Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

Diskriminierung von und wegen Kindern

Eine rechtliche Betrachtung des jungen Alters

Prof. Dr. Constanze Janda und Mathieu Wagner

Nomos

Diskriminierung von und wegen Kindern

Eine rechtliche Betrachtung des jungen Alters

Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Prof. Dr. Constanze Janda und Mathieu Wagner
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis 9

1. Einleitung 15
   - 1.1 Gegenstand der Untersuchung 15
   - 1.2 Ziel der Untersuchung 16
   - 1.3 Ausblick auf den Gang der Untersuchung 18

2. Diskriminierungsschutz für Kinder und Familien im Völkerrecht 21
   - 2.1 Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen 21
     - 2.1.1 Gehalt der allgemeinen Diskriminierungsverbote im Hinblick auf Lebensalter und Elternschaft 22
     - 2.1.2 Schutz der Rechtsfähigkeit (auch) von Kindern 23
     - 2.1.3 Schutz der Familie 24
     - 2.1.4 Schutz der Rechte des Kindes 24
   - 2.2 UN-Kinderrechtskonvention 25
     - 2.2.1 Vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls 25
     - 2.2.2 Verbot der Diskriminierung von Kindern 28
     - 2.2.3 Zugang zu Gütern und Dienstleistungen 29
     - 2.2.4 Mitspracherechte und Beschwerdemöglichkeiten 31
   - 2.3 Normenhierarchie und Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung 32
   - 2.4 Zwischenergebnis 34

3. Diskriminierungsschutz im Unionsrecht 35
   - 3.1 Primärrecht 36
     - 3.1.1 Diskriminierungsschutz nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) 36
     - 3.1.2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union 37

3.2 Sekundärrecht 39
3.2.1 Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG 40
3.2.2 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG 41
3.2.3 Genderrichtlinien 42
3.2.4 Elternzeitrichtlinie 2019/1158/EU 43
3.3 Zwischenergebnis 44

4. Diskriminierungsschutz für Kinder und Eltern nach dem Grundgesetz 45
4.1 Gleichheitssatz, Art. 3 GG 45
4.1.1 Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG 45
4.1.2 Wirkung des Gleichheitssatzes im Privatrechtsverhältnis 46
4.2 Staatliche Schutzpflichten aus dem Gleichheitssatz? 47
4.2.1 Diskriminierungsschutz und Privatautonomie 48
4.2.2 Staatliche Schutzpflichten aus dem Familiengrundrecht 49
4.2.3 Spezifische Schutzpflichten zugunsten von Kindern 50

5. Schutz vor Diskriminierungen nach dem AGG 53
5.1 Kategorien nach § 1 AGG 53
5.2 Versorgung mit und Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG 54
5.3 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG 55
5.4 Besonderheiten bei der Vermietung von Wohnraum 57
5.5 Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, § 3 AGG 59
5.5.1 Unmittelbare Diskriminierung, § 3 Abs. 1 AGG 59
5.5.2 Schutz vor assoziierten Benachteiligungen 60
5.5.3 Mittelbare Diskriminierung, § 3 Abs. 2 AGG 65
5.5.4 Mögliche Rechtfertigungsgründe für unmittelbare Diskriminierungen, § 20 AGG 67
5.6 Positive Maßnahmen, § 5 AGG 67
5.7 Mehrfachdiskriminierungen, § 4 AGG 68
5.8 Rechtsfolgen, § 21 AGG 69

6. Fallgruppen der Benachteiligung von und wegen Kindern im Zivilrechtsverkehr 71
6.1 Zugang zu Wohnraum 71
6.1.1 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien? 72
6.1.2 Schutz der Eltern vor Benachteiligungen wegen ihrer Kinder 74
6.1.3 Rechtfertigungsgründe 76
6.1.4 Zwischenergebnis 83
6.2 Zugang zu Vereinen und Nutzung von Freizeit- und Sportanlagen 85
6.2.1 Zugang zu Vereinen 85
6.2.2 Exkurs: Immissionsrechtliche Aspekte der Nutzung von Freizeit- und Sportanlagen 87
6.3 Zugang zu Hotels und Restaurants 89
6.3.1 Vorliegen eines Massengeschäfts 89
6.3.2 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien 90
6.3.3 Rechtfertigungsgründe 90
6.4 Zugang zu Kindertagesbetreuung 96
6.4.1 Kinderbetreuung als „Massengeschäft“ oder massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft 96
6.4.2 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien 100
6.4.3 Rechtfertigungsgründe 102
6.4.4 Mitspracherechte und Beschwerdemöglichkeiten in Kindertagesstätten 105
6.5 Autonomie und medizinische Behandlung von Kindern 106
6.5.1 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien 106
6.5.2 Rechtfertigungsgründe 107
6.6 Besondere Preisgestaltungen für Kinder beziehungsweise Familien 111
6.6.1 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien 111
6.6.2 Rechtfertigungsgründe 111
6.7 Fazit 115

7. Schlussfolgerungen und Lösungsvorschläge 117
7.1 Diskriminierung von Kindern 117
7.2 Diskriminierung wegen Kindern / aus Gründen der Elternschaft 118
7.3 Gebotene Rechtsänderungen 119
7.3.1 Präzisierung der Diskriminierungskategorie: „Lebensalter“ statt „Alter“ 119
7.3.2 Ergänzung der Diskriminierungskategorien: Elternschaft oder familiärer Status 120
7.3.3 Ergänzung der Benachteiligungsformen 123
7.3.4 Sonstige notwendige Klarstellungen im geltenden Recht 124
7.4 Sensibilisierung der Rechtsanwender*innen und von Interessengruppen 126
7.5 Intensivierung der Forschung 127
7.6 Fazit 128

Literatur 129

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Sammlung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImschG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrats
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Amtliche Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CRC/C/GC	Committee on the Rights of the Child – General Comments (Kommentare zur UN-KRK)
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
ECSR	Europäischer Ausschuss für soziale Rechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ErwG	Erwägungsgrund
ESC rev.	Europäische Sozialcharta, revidierte Fassung
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
ESC	Europäische Sozialcharta
FPfZG	Gesetz über die Familienpflegezeit (Familienpflegezeitgesetz)
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht (Zeitschrift)
GdW	Verband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V.

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Herv. d. Verf.	Hervorhebung der Verfasser*innen
Hrsg.	Herausgeber*in
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
jM	juris Die Monatszeitschrift
jurisPK	juris Praxiskommentar
jurisPR	juris Praxisreport
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LMK	Lindenmaier-Möhring, Kommentierte BGH-Rechtsprechung
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz)

MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens (Zeitschrift)
RelKErzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
Rn.	Randnummer
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchAZtg	Schiedsamts-Zeitung
SchKG	Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten
SDG	Sustainable Development Goals (Ziele für nachhaltige Entwicklung)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

UA	Unterabsatz
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UN-KRK	Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
WoFG	Wohnraumförderungsgesetz
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

1. Einleitung

1.1 Gegenstand der Untersuchung

In Politik und Gesellschaft ist das Bekenntnis zu den Rechten von Kindern und zur Notwendigkeit ihres Schutzes omnipräsent. Dies zeigen die jüngsten Debatten um die Rechte der nachwachsenden Generationen im Rahmen der Klimapolitik oder um die Verankerung von Kindergrundrechten im Grundgesetz ebenso wie der Streit um den Schutz der Entwicklungschancen von Kindern und Jugendlichen bei der Bekämpfung der Coronapandemie. Weitgehend unter dem Radar bleiben jedoch ganz alltägliche Situationen, in denen sich Kinder und ihre Eltern Benachteiligungen ausgesetzt sehen. Diese reichen von Schwierigkeiten auf dem Wohnungsmarkt über den Zugang zu Hotels bis hin zu Nachbarschaftsbeschwerden gegen Kindertagesstätten und Freizeiteinrichtungen. Insofern werden Kinder häufig als Störfaktor angesehen. Allein die Vielzahl von Klagen gegen sogenannten Kinderlärm[1] deutet darauf hin, dass es im Hinblick auf die Interessen und Rechte von Kindern und Jugendlichen im gesellschaftlichen Miteinander oftmals bei Lippenbekenntnissen bleibt.

Das Alter ist in § 1 AGG als verpöntes Differenzierungskriterium aufgeführt. Darunter ist nach einhelliger Auffassung das Lebensalter zu verstehen; junge und alte Menschen stehen folglich gleichermaßen unter dem Schutz des Antidiskriminierungsrechts. Während Benachteiligungen aufgrund hohen Alters in Rechtsprechung und Literatur – namentlich im Arbeitsrecht – bereits viel Aufmerksamkeit erfahren haben,[2] ist die Benachteiligung aufgrund „jungen Alters“ bisher nicht systematisch untersucht worden. In der Rechtsprechung liegt der Schwerpunkt der Klagen im Arbeitsrecht, auch hier geht es nahezu ausschließlich um Benachteiligungen wegen höheren Alters.[3] Der Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und die Versorgung damit beschäftigt die Gerichtsbarkeit generell weniger als das Arbeitsrecht.

1 Die juristische Datenbank „juris“ weist 252 Urteile zum Schlagwort „Kinderlärm“ aus, die Datenbank „beck-online“ gar 735 Entscheidungen (Stand: 15. November 2021).

2 Exemplarisch Rothermund/Temming, Diskriminierung aufgrund des Alters, Berlin 2010; Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Zu jung? Zu alt? Altersdiskriminierung als Herausforderung, Berlin 2012. Beide Publikationen beziehen sich trotz des offen formulierten Titels auf das höhere Alter.

3 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Ausgewählte Entscheidungen deutscher Gerichte zum Antidiskriminierungsrecht, Berlin 2021, Seite 140 ff.

Das Alter als Diskriminierungskategorie ist insofern nur Gegenstand vereinzelter Entscheidungen; eine Klage wegen Benachteiligung aufgrund jungen Alters ist – soweit ersichtlich – lediglich im Zusammenhang mit dem Zugang zu sogenannten Erwachsenenhotels dokumentiert.[4] Dies deckt sich mit empirischen Befunden, wonach Diskriminierungserfahrungen wegen des Vorhandenseins von Kindern oder wegen des Lebensalters vor allem im Arbeitsleben auftreten.[5] Rassistische Diskriminierungen sind demgegenüber in allen Lebensbereichen verbreitet.[6] Im Hinblick auf den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und die Versorgung damit sehen sich Eltern und Alleinerziehende wegen ihrer Kinder vor allem Benachteiligungen auf dem Wohnungsmarkt ausgesetzt.[7] Weitere Daten sind nicht verfügbar.

1.2 Ziel der Untersuchung

Trotz oder gerade wegen der fehlenden empirischen Erkenntnisse ist ein rechtswissenschaftlicher Blick auf die Benachteiligung von beziehungsweise wegen Kindern geboten. Die fehlende (wissenschaftliche) Auseinandersetzung deutet auf eine unzureichende Wahrnehmung dieser Art von Diskriminierungserfahrungen hin. Sind Frauen und Männer etwa wegen ihrer familiären Verpflichtungen Benachteiligungen ausgesetzt,[8] wird diese Erfahrung häufig der Kategorie „Geschlecht“ zugeordnet.[9] Dies mag auch daran liegen, dass das geltende Recht keinen Schutz vor als diskriminierend empfundenen Verhaltensweisen aufgrund des Familienstands gewährleistet.[10] Dass die Benachteiligung aber weder am Geschlecht noch am

4 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Ausgewählte Entscheidungen deutscher Gerichte zum Antidiskriminierungsrecht, Berlin 2021, Seite 254 f.

5 Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 289 (Geschlecht), Seite 294 (Lebensalter); siehe auch Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 44 f. und 53.

6 Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 288.

7 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 243.

8 Dazu Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 290, wiederum für das Arbeitsleben.

9 Exemplarisch ebenda, Seite 289 – die Ausführungen finden sich unter der Überschrift „Diskriminierungen anhand des Geschlechts beziehungsweise der Geschlechtsidentität“.

10 Beigang/Boll/Egenberger/Hahn/Leidinger/Tischbirek/Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 2021, Seite 44.

Familienstand ansetzt, sondern am Vorhandensein von Kindern – überdies noch am Vorhandensein von Kindern in einem Alter, das ein besonderes Maß an Zuwendung und Betreuung verlangt –, wird damit ausgeblendet. Die Benachteiligungen mögen sich also in der Person der*des Erziehungsberechtigten auswirken, knüpfen aber an Merkmale anderer Personen an, die selbst nicht Vertragspartner sind beziehungsweise werden. Hier bedarf es einer rechtsdogmatischen Einordnung, um in solchen Fällen assoziierter Diskriminierung angemessen intervenieren zu können.

Zuweilen werden altersbezogene Differenzierungen im Zivilrecht gar als Bereicherung des Angebots an Gütern und Dienstleistungen betrachtet; eine systematische Ausgrenzung wegen des Alters wird nicht gesehen.[11] Dies mag für Vergünstigungen wie etwa Kinder-, Schüler*innen- oder Familientarife im Nahverkehr oder in Freizeiteinrichtungen gelten. Kinder und Jugendliche können jedoch in unterschiedlichen Kontexten Diskriminierung erleben, weil ihnen stereotyp bestimmte Verhaltensweisen zugeschrieben werden. Überdies sind sie der Gefahr ausgesetzt, wegen des Status ihrer Eltern diskriminiert zu werden; dies betrifft etwa Kinder aus migrantischen Familien oder Regenbogenfamilien.[12]

In all diesen Fällen wird der Zugang von Kindern und Jugendlichen zu Gütern und Dienstleistungen erschwert und letztlich ihre gesellschaftliche Teilhabe insgesamt behindert. Denn entscheidend dafür ist nicht nur die Möglichkeit der Eltern, ein für die Sicherung der Existenz der Familie auskömmliches Einkommen zu erzielen und Kindern wie Jugendlichen den gleichberechtigten Zugang zu Bildung zu eröffnen. Für die Existenzsicherung und die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist der Zugang zu angemessenem Wohnraum ebenso wichtig wie der Zugang zu angemessener medizinischer Behandlung, Betreuungsmöglichkeiten oder Spiel- und Freizeiteinrichtungen.

11 Neuner, JZ 2003, Seite 62.

12 Der Begriff der „Regenbogenfamilie“ bezieht sich auf Familien mit gleichgeschlechtlichen Eltern. Diese gestalten ihr Familienleben, namentlich die Einbeziehung der leiblichen Eltern in den Alltag, überaus unterschiedlich aus und sehen sich zudem Hürden bei der rechtlichen Anerkennung ihrer Elternschaft ausgesetzt. Diese ist im Grunde nur für die biologischen Eltern sowie im Falle der Adoption gesichert; siehe den Überblick von Buschner, NZFam 2015, Seite 1105.

Das Rechtsgutachten geht daher der Frage nach, ob und inwiefern Kinder beziehungsweise ihre Eltern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG) vor Benachteiligungen geschützt sind. Zugleich sollen Maßnahmen herausgearbeitet werden, mit denen Diskriminierungen von beziehungsweise wegen Kindern rechtssicher bewältigt werden können.

1.3 Ausblick auf den Gang der Untersuchung

Dazu werden in Kapitel 2 zunächst die völkerrechtlichen Grundlagen des Diskriminierungsschutzes vorgestellt, insbesondere aber die aus der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen (UN-KRK) folgenden Verbürgungen. Kapitel 3 widmet sich in der gebotenen Kürze dem unionsrechtlichen Rahmen, Kapitel 4 geht der verfassungsrechtlichen Einordnung des Schutzes von Kindern und ihren Eltern vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr nach. Kapitel 5 stellt die einschlägigen Normen des AGG und ihre Interpretation vor.

In Kapitel 6 werden unterschiedliche Fallgruppen von Gütern und Dienstleistungen untersucht, bei deren Inanspruchnahme Kinder, Jugendliche und Familien Benachteiligungen ausgesetzt sein können. Im Mittelpunkt des Interesses stehen der Zugang zu Wohnraum, zu Urlaub und Freizeiteinrichtungen, zur Kindertagesbetreuung und zur selbstbestimmten medizinischen Behandlung. Eingegangen wird zudem auf besondere Preisgestaltungen zugunsten von Kindern, Jugendlichen und Familien. Im Wege einer Literatur- und Rechtsprechungsanalyse wird ermittelt, an welche Kategorien Benachteiligungen in diesen Fallgruppen anknüpfen, ob diese unmittelbar oder mittelbar wirken und welche Rechtfertigungsgründe im Falle unmittelbarer Benachteiligungen herangezogen werden. Mehrfachdiskriminierungen und intersektionale Diskriminierungen, etwa die Benachteiligung von Regenbogenfamilien, wird gegebenenfalls in den jeweiligen Fallgruppen thematisiert.

Das Arbeitsrecht bleibt in der Analyse der Fallgruppen ausgeklammert. Dies gründet sich zum einen auf das weitgehende Fehlen von Fallbeispielen in den arbeitsrechtlichen Betrachtungen zur Diskriminierung wegen jungen Alters wie auch in der Rechtsprechung. Zum anderen gibt das geltende Recht oftmals dezidiert eine ungleiche Behandlung von Kindern und Jugendlichen vor – dies betrifft etwa die Arbeitszeiten und zulässigen Beschäftigungen nach dem JArbSchG, aber auch die Ausnahmen von Mindestlohn für minderjährige Beschäftigte ohne abgeschlossene Berufsausbildung oder Auszubildende nach § 22 Abs. 2 und Abs. 3 MiLoG. Arbeitgeber*innen, die diese Vorgaben umsetzen, benachteiligen ihre jungen Beschäftigten nicht wegen des Alters und fallen daher nicht in den Anwendungsbereich des AGG. Dass aber der Gesetzgeber selbst im persönlichen Anwendungsbereich des MiLoG nach dem Alter differenziert, wirft unions- und verfassungsrechtliche Fragen auf. Die Begründung, es sei zu verhindern, dass Jugendliche keine Ausbildung aufnehmen, weil sie auch ungelernt eine Beschäftigung zum Mindestlohn aufnehmen können,[13] lässt zwar nicht per se eine altersbezogene Abwertung erkennen. Sie bringt gleichwohl eine gewisse paternalistische Grundhaltung zum Ausdruck, wonach junge Menschen vor den Folgen ihrer Entscheidungen zu schützen seien. Ob das Anliegen durch eine Einschränkung ihrer arbeitsrechtlichen Ansprüche zu erreichen ist, darf infrage gestellt werden.[14]

Im abschließenden Kapitel 7 werden die aus den Fallgruppen ersichtlichen Schutzlücken systematisiert und Vorschläge unterbreitet, mit denen diese angemessen geschlossen werden können. In diesem Kontext wird auf die eingangs aufgeworfenen Fragen des Völker-, Unions- und Verfassungsrechts zurückzukommen sein. Diskutiert wird zum einen die Präzisierung beziehungsweise Ergänzung der in § 1 AGG genannten Kategorien. Insbesondere das europäische Recht hat in jüngerer Zeit Impulse gesetzt, mit denen die Benachteiligung von Sorgearbeitenden auf dem Arbeitsmarkt bekämpft werden soll (RL 2019/1158/EU). Diese können zur Überwindung von Stereotypen beitragen[15] und womöglich auch für das allgemeine Zivilrecht nutzbar gemacht werden. Ferner wird auf die dezidierte Verankerung des Schutzes vor assoziierter sowie intersektionaler Diskriminierung und schließlich auf Maßnahmen zur Steigerung des allgemeinen gesellschaftlichen Bewusstseins für die Rechte und Teilhabemöglichkeiten von Kindern und Jugendlichen sowie ihren Familien eingegangen.

13 BT-Drs. 18/1558, Seite 43.
14 Preis/Ulber, Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, Köln 2014, Seite 14.
15 Dazu ausführlich Nebe/Gröhl/Thoma, ZESAR 2021, Seite 157 und 210.

2. Diskriminierungsschutz für Kinder und Familien im Völkerrecht

Das Völkerrecht bekennt sich in vielfältiger Weise zu den Rechten und Freiheiten von Kindern und Familien. Zugleich sind der Schutz vor Diskriminierungen und die Gewährleistung der Gleichheit aller Menschen seit jeher einer der Grundpfeiler internationalrechtlicher Rechtsakte. In ihrem Regelungsgehalt unterscheiden sich die völkerrechtlichen Vorgaben dadurch, dass diese teilweise Prinzipienerklärungen, teilweise Rechtssetzungsaufträge an die ratifizierenden Staaten beinhalten. Letztere setzen ein Tätigwerden der nationalen Gesetzgebung voraus, um Wirksamkeit zu entfalten. Sofern eine völkerrechtliche Prinzipienerklärung so eindeutig formuliert ist, dass sie keiner staatlichen Umsetzung bedarf (*self-executing norms*), ist diese unmittelbar anwendbar; verbürgt sie subjektive Rechte, können diese unmittelbar vor den nationalen Gerichten eingeklagt werden.[16]

2.1 Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)[17] bildet den Grundstein einer Vielzahl von Menschenrechtsverbürgungen. Sie ist durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR)[18] und den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)[19] näher ausgeformt und mit höherer Verbindlichkeit ausgestattet worden.

16 Schmahl, KRK, Einleitung, Baden-Baden 2017, Rn. 26; Wapler, RdJB 2019, Seite 253.
17 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, UN-Doc A/RES/217 A (III).
18 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II Seite 1533.
19 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II Seite 1569.

2.1.1 Gehalt der allgemeinen Diskriminierungsverbote im Hinblick auf Lebensalter und Elternschaft

Artikel 2 AEMR statuiert ebenso wie Art. 2 Abs. 1 IPbpR und Art. 2 Abs. 2 IPwskR das Verbot der Diskriminierung im Hinblick auf die jeweils verbürgten Rechte und Freiheiten. Als verpönte Kategorien werden „Rasse", Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politische oder sonstige Überzeugungen, nationale oder soziale Herkunft, Eigentum beziehungsweise Vermögen sowie Geburt und sonstige Umstände genannt. Das Lebensalter wie auch die Elternschaft sind nicht explizit aufgeführt. Der Wortlaut („etwa" in Art. 2 AEMR beziehungsweise „insbesondere" in Art. 2 IPbpR und Art. 2 IPwskR) verdeutlicht jedoch, dass die Aufzählung nicht abschließend ist.

2.1.1.1 Lebensalter als geschützte Kategorie

Grundaussage der drei Verbürgungen ist, dass die Menschenrechte allen Menschen ohne jeden Unterschied zustehen, sodass auch Unterscheidungen anhand weiterer Kategorien am Völkerrecht zu messen sind. Den Kategorien ist gemein, dass sie an Umstände anknüpfen, die der Disposition durch den einzelnen Menschen entzogen sind.[20] Dies gilt zweifelsohne für das Lebensalter. Zwar ist dies naturgemäß veränderlich und führt dazu, dass ein Mensch in unterschiedlichem Alter unterschiedlichen Diskriminierungsrisiken ausgesetzt ist. Als solches haftet das Alter aber jeder Person an und ist von dieser nicht beeinflussbar.

2.1.1.2 Elternschaft als geschützte Kategorie

Für die Berücksichtigung der Elternschaft als Diskriminierungskategorie kann dagegen kein eindeutiger Schluss gezogen werden. Zum einen beruht die Gründung einer Familie üblicherweise auf einem freien Willensentschluss der künftigen Eltern. Zum anderen ist fraglich, ob die Generalversammlung der Vereinten Nationen beziehungsweise die Signatarstaaten ein Schutzbedürfnis von Eltern gerade wegen ihrer Kinder vor Augen hatten. Die Rechte von Familien und Kindern sind vielmehr Gegenstand gesonderter Normen. Auch im sonstigen internationalen Recht, für das die

20 Neuner, JZ 2003, Seite 62.

AEMR als Folie dient, ist die Elternschaft nicht explizit als verpönte Kategorie verankert. Dies spricht ebenfalls dafür, dass die globale Staatengemeinschaft der Elternschaft keinen spezifischen diskriminierungsrechtlichen Gehalt zumisst.

2.1.1.3 Wirkung des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Privatrechtsverhältnissen

Artikel 2 AEMR adressiert ebenso wie Art. 2 Abs. 1 IPbpR und Art. 2 Abs. 2 IPwskR das Verhältnis Bürger*in–Staat und hat im Zivilrechtsverkehr keine unmittelbaren Auswirkungen.[21] Indes statuiert Art. 7 AEMR den Anspruch aller Menschen auf gesetzlichen Schutz gegen „jede unterschiedliche Behandlung", die die Menschenrechtserklärung verletzen würde. Artikel 26 IPbpR verpflichtet die Staaten zum Erlass gesetzlicher Diskriminierungsverbote und wirksamer Schutzvorschriften und bezieht sich dabei auf die von Art. 2 Abs. 1 IPbpR erfassten Kategorien. Zumindest im Hinblick auf das Lebensalter sind die ratifizierenden Staaten also zum Tätigwerden verpflichtet. Ihnen ist insofern jedoch ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Nach Art. 2 Abs. 2 IPbpR sollen sie die „erforderlichen" Maßnahmen ergreifen, die für einen wirksamen Menschenrechtsschutz „notwendig" sind. Artikel 2 Abs. 1 IPwskR stellt die Umsetzung des Schutzes wirtschaftlicher, politischer und kultureller Rechte überdies unter den Vorbehalt „aller seiner Möglichkeiten". Lassen sich damit aus den Menschenrechtspakten keine konkreten Verpflichtungen herleiten, so ist der Erlass von Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund des Lebensalters im Zivilrechtsverkehr aber durchaus vom Gesetzgebungsauftrag gedeckt.

2.1.2 Schutz der Rechtsfähigkeit (auch) von Kindern

Nach Art. 6 AEMR hat jeder Mensch überall einen Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson. Dieser Grundsatz wird in Art. 16 IPbpR bestätigt. Die Rechtsfähigkeit beschreibt die Eigenschaft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Sie weist jedoch im Hinblick auf den Zugang von Kindern zu öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen keine spezifische antidiskriminierungsrechtliche Dimension auf.

21 Neuner, JZ 2003, Seite 60; sowie Neuner, NJW 2000, Seite 1824, speziell für die Rechte von Menschen mit Behinderung.

2.1.3 Schutz der Familie

Der Schutz der Familie als „natürliche und grundlegende Einheit der Gesellschaft“ ist in Art. 16 Abs. 3 AEMR gewährleistet; er ist durch Staat und Gesellschaft zu bewirken. Diesen Grundsatz gibt Art. 23 Abs. 1 IPbpR im Rahmen des Rechts auf Eheschließung wieder. Art. 10 Nr. 1 IPwskR präzisiert, dass sich die Schutzverpflichtung insbesondere auf die Gründung der Familie und die Betreuung und Erziehung unterhaltsberechtigter Kinder erstreckt, sie aber als „natürliche Kernzelle der Gesellschaft größtmöglichen Schutz und Beistand genießen soll.“ Darüber hinaus sind nach Art. 17 IPbpR willkürliche oder rechtswidrige Eingriffe in das Familienleben unzulässig; die Staaten haben den Schutz vor solchen Eingriffen und Beeinträchtigungen zu gewährleisten.

2.1.4 Schutz der Rechte des Kindes

Artikel 24 IPbpR statuiert das Recht von Kindern auf den Schutz durch Familie, Gesellschaft und Staat, der aufgrund ihrer Minderjährigkeit erforderlich ist. Diese Maßnahmen müssen allen Kindern ohne Diskriminierung[22] zuteilwerden. Die Regelung bezieht sich jedoch weniger auf die gleichberechtigte Teilhabe von Kindern und ihren Eltern am Zivilrechtsverkehr. Ihr Schwerpunkt liegt vielmehr auf die Förderung von Familien, etwa durch finanzielle Unterstützung oder Regelungen zum Mutterschutz.[23]

Artikel 10 Nr. 3 IPwskR thematisiert „Sondermaßnahmen zum Schutz und Beistand für alle Kinder und Jugendlichen“. Auch diese sollen diskriminierungsfrei gewährleistet sein. Im Weiteren bezieht sich die Regelung vor allem auf arbeitende Kinder und Jugendliche, sodass die Norm für den gleichberechtigten Zugang zu Gütern und Dienstleistungen ebenfalls nichts hergibt.

22 Hinsichtlich der Kategorien wiederholt Art. 24 IPbpR die des Art. 2 Abs. 1 IPbpR, nennt also explizit weder Lebensalter noch Elternschaft.

23 Hofmann/Boldt, Art. 24 IPbpR, Rn. 1, Baden-Baden 2005.

2.2 UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK)[24] formt die allgemeinen menschenrechtlichen Verbürgungen für Kinder und Jugendliche spezifisch aus und berücksichtigt dabei deren besonderes Schutzbedürfnis und deren Entwicklungsstand.[25] Die Staatengemeinschaft erachtete dies trotz der in der AEMR verankerten Kinderrechte als notwendig, da Kinder wegen ihrer „mangelnden körperlichen und geistigen Reife" des besonderen Schutzes und der besonderen Fürsorge bedürfen. Seither werden Kinder nicht allein als schutzbedürftige Personen angesehen, für deren Wohl und Wehe Staat und Gesellschaft einzustehen haben, sondern auch als „Subjekt eigener Rechte".[26] Gemäß Art. 1 UN-KRK bezeichnet der Begriff „Kind" alle Personen unter 18 Jahren; eine Differenzierung zwischen Kindern, Jugendlichen, Heranwachsenden oder jungen Erwachsenen ist der UN-KRK fremd.

2.2.1 Vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls

Die Konvention ist getragen von dem in Art. 3 Abs. 1 UN-KRK verankerten Primat des Kindeswohls. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Kinder aufgrund ihres Alters und ihres Entwicklungsstands in der Regel auf die Wahrnehmung ihrer Rechte und Interessen durch Erwachsene angewiesen sind, diese also nicht immer selbst artikulieren oder gar durchsetzen können.[27]

2.2.1.1 Begriff und Bedeutung

Das Kindeswohl ist nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK ein Gesichtspunkt, der bei allen kinderbetreffenden Maßnahmen von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, von Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen „vorrangig zu berücksichtigen" ist. Das Wohl des Kindes genießt jedoch keinen absoluten Vorrang vor allen anderen Rechtsgütern und Interessen.[28] Der Wortlaut der Norm macht dies hinrei-

24 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (BGBl. 1992 II Seite 121) zuletzt geändert durch ÄndVertr. vom 12. Dezember 1995 (BGBl. 2017 II Seite 1554).
25 Krappmann/Lüscher, RdJB 2009, Seite 327.
26 Schmahl, KRK, Einleitung, Rn. 2, Baden-Baden 2017, Schmahl, RdJB 2020, Seite 6.
27 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/14 N°37.
28 Vorrangig ist das Kindeswohl im Falle der Misshandlung oder Vernachlässigung durch die Eltern (Art. 20 UN-KRK) sowie im Rahmen von Adoptionen (Art. 21 UN-KRK), Krappmann/Lüscher, RdJB 2009, Seite 328.

chend deutlich: Das Kindeswohl ist lediglich „*ein*“, aber nicht „*der*“ Gesichtspunkt“, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Da aber Art. 3 Abs. 1 UN-KRK den Interessen des Kindes einen hohen Stellenwert zumisst, bedarf es der Begründung, wie es im Rahmen der Güterabwägung bewertet, welches Gewicht ihm beigemessen und warum es im Vergleich zu anderen Interessen – etwa den Interessen anderer Kinder, der Eltern oder dritter Personen – nachrangig bewertet wird.[29] Soll das Kindeswohl absoluten Vorrang genießen, ist dies in der Konvention ausdrücklich angeordnet; dies betrifft etwa die Adoption nach Art. 21 UN-KRK.[30]

Was das Kindeswohl – in der englischen Originalfassung das *best interest of a child* – ist, lässt die Konvention offen. Die Begriffsbestimmung muss sich jedoch an den in der UN-KRK verbürgten Kinderrechten orientieren, ist es doch gerade das Ziel von Art. 3 UN-KRK, „vollen und wirksamen Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und die ganzheitliche Entwicklung des Kindes“ zu gewährleisten.[31]

2.2.1.2 Relevante Rechtsgebiete

Das Primat des Kindeswohls bezieht sich jedoch nur auf Maßnahmen von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, von Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen. Im Zivilrechtsverkehr wirkt sich das Prinzip nicht unmittelbar aus, da explizit nur private Einrichtungen der öffentlichen Fürsorge angesprochen sind. Die Auffassung des Ausschusses für Kinderrechte, dass auch andere Privatpersonen an das Primat des Kindeswohls gebunden seien, etwa wenn sie Dienstleistungen erbringen oder Entscheidungen fällen, die ein Kind betreffen oder Auswirkungen auf ein Kind haben,[32] findet im Wortlaut der Norm keine Stütze.[33]

---

29 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/14 III; Wapler in Richter/Krappmann/Wapler, Kinderrechte, Baden-Baden 2020, Seite 90; Schmahl, KRK, Art. 3, Rn. 7, Baden-Baden 2017; Krappmann/Lüscher, RdJB 2009, Seite 329; Wapler, RdJB 2019, Seite 260, Schmahl, RdJB 2020, Seite 7; siehe auch BVerwG, 10. Februar 2011 – 1 B 22/10, Rn. 4 für die Abwägung zwischen Kindeswohl und Ausweisungsinteresse im Ausländerrecht.

30 Danach gewährleisten die „Vertragsstaaten, die das System der Adoption anerkennen oder zulassen, ..., daß dem Wohl des Kindes bei der Adoption die höchste Bedeutung [Herv. d. Verf.] zugemessen wird.“

31 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/14 N° 51.

32 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/14 N° 14c.

33 Kritisch auch Wapler, RdJB 2019, Seite 255; ebenso Schmahl, KRK, Art. 3, Rn. 14, Baden-Baden 2017.

Indes wird die Regelung über den Handlungsauftrag an Gesetzgebung und Judikative auch im Privatrecht Wirksamkeit entfalten können. Dies verdeutlicht Art. 3 Abs. 2 UN-KRK, wonach die ratifizierenden Staaten alle geeigneten Maßnahmen in Gesetzgebung und Verwaltung ergreifen, um Kindern den für ihr Wohlergehen notwendigen Schutz und Fürsorge zu gewährleisten. Die Regelung birgt keinerlei Umsetzungsspielraum und ist damit *self-executing*, also unmittelbar anwendbar, sodass das Primat des Kindeswohls von allen staatlichen Akteuren von Amts wegen zu beachten ist.[34]

2.2.1.3 Gebotene Maßnahmen

Die ratifizierenden Staaten haben alle geeigneten – in der englischen Originalfassung *appropriate*, also angemessene – Maßnahmen zu treffen, um die Konventionsrechte zu verwirklichen, Art. 4 Abs. 1 UN-KRK. Dabei kommt ihnen Gestaltungsspielraum zu, sofern die Normen nicht so formuliert sind, dass sie diesen ausschließen.

Angemessen sind die Maßnahmen der ratifizierenden Staaten, „wenn sie in einem bestimmten Kontext, einschließlich der öffentlichen Haushalte, direkt oder indirekt zur Förderung der Rechte des Kindes beitragen."[35] Im Hinblick auf die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte[36] stellt Art. 4 Satz 2 UN-KRK die zu ergreifenden Maßnahmen unter den Vorbehalt ihrer verfügbaren Mittel. Die UN-KRK beansprucht folglich nicht allein in den Rechtsgebieten Geltung, die Kinder und Jugendliche unmittelbar betreffen – etwa im Kindschaftsrecht oder der Kinder- und Jugendhilfe. Vielmehr sind die Auswirkungen sämtlicher staatlicher Maßnahmen auf die Rechte und Interessen der Kinder zu bewerten.

34 Wapler, RdJB 2019, Seite 255; Schmahl, KRK, Art. 3, Rn. 14, Baden-Baden 2017.
35 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/19 N° 22.
36 Eine präzise Abgrenzung zu den bürgerlichen und politischen Rechten erfolgt nicht, Schmahl, KRK, Art. 4, Rn. 11, Baden-Baden 2017. Jedoch wird man sich insofern von den im IPbpR und dem IPwskR verbürgten Rechten leiten lassen können.

2.2.2 Verbot der Diskriminierung von Kindern

Artikel 2 UN-KRK garantiert jedem Kind ein Recht auf Nichtdiskriminierung unabhängig von der „Rasse", der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds. Dies zu gewährleisten, obliegt den ratifizierenden Staaten für alle Kinder, die ihrer Hoheitsgewalt unterstehen. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes interpretiert dieses Recht als *general principle*, also als Grundprinzip, das im Zusammenspiel mit jedem einzelnen in der UN-KRK gewährleisteten Recht anwendbar ist. Das Diskriminierungsverbot ist folglich akzessorisch zu den Konventionsrechten und steht nicht für sich allein.

Das Alter ist in Art. 2 UN-KRK nicht explizit genannt. Dass Kinder wegen ihres Alters nicht benachteiligt werden dürfen, ist der UN-KRK immanent und lässt sich bereits aus Art. 1 UN-KRK ableiten, der alle Personen unter 18 Jahren schützt. Da auch die Diskriminierung wegen eines „sonstigen Status" untersagt ist, ist Art. 2 UN-KRK über die explizit genannten unzulässigen Diskriminierungsmerkmale hinaus entwicklungsoffen und schließt alle Kategorien ein, deren Wirkung der der explizit genannten vergleichbar ist.[37] Als ein „sonstiger Status" gelten etwa die geschlechtliche sowie die sexuelle Identität eines Kindes. Insofern geht der kinderrechtliche Diskriminierungsschutz weit über den allgemeinen Diskriminierungsschutz aus anderen menschenrechtlichen Verträgen hinaus. Damit bietet die Konvention einen wirksamen Ansatzpunkt für den Schutz vor Mehrfachdiskriminierung wie auch vor intersektionalen Benachteiligungen, denn oftmals wird einer Familie nicht allein wegen des Vorhandenseins von Kindern der Zugang zu Gütern und Dienstleistungen verschlossen bleiben, sondern weil sie weitere Kriterien erfüllen – etwa eine bestimmte ethnische Herkunft oder einen bestimmten sozialen Status.[38]

Artikel 2 UN-KRK verbietet darüber hinaus auch Diskriminierungen, die an Merkmale oder Zugehörigkeiten der Eltern, Familienangehörigen oder des Vormunds des Kindes anknüpfen (Abs. 1). Ebenso wird das Kind vor Diskriminierungen wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäußerungen oder der Weltanschauung seiner Eltern, seines Vormunds oder seiner

37 Schmahl, KRK, Art. 2, Rn. 26, Baden-Baden 2017.
38 Schmahl, KRK, Art. 2, Rn. 7, Baden-Baden 2017.

Familienangehörigen geschützt (Abs. 2). Die UN-KRK ist also maßgeblich durch die Vorstellung geprägt, dass kein Kind für seine Eltern verantwortlich ist. Sie bietet damit als eines der wenigen völkerrechtlichen Instrumente auch Schutz vor assoziierter Benachteiligung, spezifisch von Kindern wegen ihrer Eltern.[39]

2.2.3 Zugang zu Gütern und Dienstleistungen

Zwar beinhaltet die UN-KRK keine spezifischen Vorgaben zum Zugang von Kindern zu öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen. Aus Art. 27 Abs. 1 UN-KRK folgt jedoch, dass sie ein Recht auf die Lebensbedingungen haben, die für ihre körperliche, geistige, seelische, sittliche und soziale Entwicklung unerlässlich sind.

2.2.3.1 Wirkung gegenüber Privaten?

Auch wenn die Konvention allgemein und das Diskriminierungsverbot des Art. 2 UN-KRK im Besonderen unmittelbar nur das Verhältnis Staat–Individuum betrifft, folgt daraus nicht, dass der Staat die zur Sicherstellung eines angemessenen Lebensstandards erforderlichen Güter und Dienstleistungen selbst zur Verfügung zu stellen hat. Artikel 4 Abs. 1 UN-KRK verpflichtet die Vertragsstaaten zum Ergreifen „alle[r] geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen". Als „geeignet" gelten alle Maßnahmen, die direkt oder indirekt zur Förderung der Rechte des Kindes beitragen.[40] Dies ermöglicht auch Maßnahmen, mit denen der Zugang zu entsprechenden Leistungen nichtstaatlicher Anbieter*innen für alle Kinder ermöglicht wird. An das Lebensalter anknüpfende Diskriminierungsverbote stellen insofern ein taugliches Mittel dar: Stünde es Privaten frei, die von ihnen öffentlich angebotenen Güter und Dienstleistungen Kindern und Jugendlichen beziehungsweise Familien vorzuenthalten, fänden Familien kein Umfeld vor, in denen sich ihre Kinder uneingeschränkt entfalten können. Erst die Ermöglichung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu Gütern und Dienstleistungen überwindet Ausgrenzung – ausgrenzende Erfahrungen hingegen beeinträchtigen die seelische und soziale Entwicklung zweifellos.

39 Schmahl, KRK, Art. 2, Rn. 5, Baden-Baden 2017.
40 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/19 N°22.

Zwar betont Art. 27 Abs. 2 UN-KRK die primäre Verantwortung der Eltern; zugleich macht Art. 27 Abs. 3 UN-KRK die staatliche Verantwortung deutlich. Die Vertragsstaaten müssen alle geeigneten Maßnahmen treffen, um Eltern in die Lage zu versetzen, dass sie ihr Kind in seiner Entwicklung unterstützen können. Im Falle der Bedürftigkeit sieht die Konvention eine staatliche Pflicht zur Gewährung materieller Hilfs- und Unterstützungsprogramme vor. Außerhalb von Bedürftigkeitslagen sind jedoch auch andere Maßnahmen möglich und von der Konvention gedeckt, die ja gerade einen umfassenden („*alle*“) Handlungsauftrag zur Sicherstellung der Entwicklung des Kindes etabliert. Zudem entfaltet das Diskriminierungsverbot mittelbare Drittwirkung, das heißt, die ratifizierenden Staaten sind verpflichtet, von Privaten ausgehende Benachteiligungen zu verhindern.[41]

2.2.3.2 Umfang des Zugangs

Im Rahmen der Kindesentwicklung stellt Art. 27 Abs. 3 UN-KRK Ernährung, Bekleidung und Wohnraum besonders heraus. Generell unterscheidet die UN-KRK jedoch nicht zwischen lebenswichtigen – im Sinne von überlebensnotwendigen – und sonstigen Rechten. So haben Kinder nach Art. 31 UN-KRK etwa ein Recht auf Ruhe und Freizeit, auf Spiel und altersgemäße aktive Erholung sowie auf freie Teilnahme am kulturellen und künstlerischen Leben. Daher muss jedes Kind und jede*r Jugendliche Zeit für sich haben, um eigenen Interessen und Neigungen nachgehen zu können; zugleich haben die ratifizierenden Staaten entsprechende Freizeiteinrichtungen zu schaffen.[42] Dies verdeutlicht den ganzheitlichen Blick der Konvention auf die Persönlichkeitsentwicklung von Kindern, die auch und gerade von solch soziokulturellen Aspekten profitiert. Das Recht auf Ruhe und Freizeit ist gleichwertig mit allen anderen Rechten, wirkt sich die Möglichkeit zu Freizeitaktivitäten doch genauso auf die kindliche Entwicklung aus wie Ernährung, Unterkunft und Gesundheitsversorgung.[43] Das Recht auf Freizeit steht folglich in engem Zusammenhang zum Recht auf Leben und Entwicklung aus Art. 6 UN-KRK.[44] Die Vertragsstaaten sind auch insofern gehalten, „geeignete und gleiche Möglichkeiten“ für Erholung und Freizeit zu fördern, Art. 31 Abs. 2 UN-KRK.

41 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/16 III.A.; Schmahl, KRK, Art. 2, Rn. 29, Baden-Baden 2017.

42 Schmahl, KRK, Art, 31, Rn. 3, Baden-Baden 2017; Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/17 VIII; zu den Anforderungen an solche Spielräume Kimpel in Kinderreport Deutschland 2015, Berlin 2015, Seite 60 ff.

43 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/17 III.

44 Kimpel in Kinderreport Deutschland 2015, Berlin 2015, Seite 55.

2.2.4 Mitspracherechte und Beschwerdemöglichkeiten

Es wirft ein Schlaglicht auf die gesellschaftliche Wahrnehmung der Belange von Kindern und Jugendlichen, wenn ihnen eine eigenständige Formulierung ihrer Interessen und Wünsche abgesprochen wird. Im privatrechtlichen Kontext geschieht dies etwa dann, wenn die Kommunikation zur Anbahnung und Durchführung von Verträgen, die ihre Interessen berühren, ausschließlich über die Eltern geführt wird, diese also als Sorgeberechtigte wahrgenommen werden, die gleichsam automatisch die für ihre Kinder besten Entscheidungen treffen. Dies betrifft beispielsweise die medizinische Behandlung.

Dass Kindern und Gruppen von Kindern das Recht zur Mitsprache in ihren eigenen Angelegenheiten einzuräumen ist, ist durch Art. 12 Abs. 1 UN-KRK gewährleistet. Sie müssen die Möglichkeit haben, ihre Anliegen nicht nur zu äußern, sondern die vorgetragenen Anliegen sind zu berücksichtigen. Es bedarf daher der sachlichen Rechtfertigung, wenn die von Kindern und Jugendlichen vorgebrachten Erwägungen nicht berücksichtigt werden.[45] Zwar adressiert Art. 12 Abs. 1 UN-KRK zuvörderst die Vertragsstaaten und nennt explizit das Recht der Kinder, in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren gehört zu werden. Mittelbar können sich Kinder im Verhältnis zu Privaten aber über die Aufsichtsbehörden Gehör verschaffen.[46] Zudem wird die Beteiligung von Kindern bei unternehmerischen Großprojekten als unerlässlich angesehen, die sie und ihre Interessen betreffen. Die Staaten werden insofern aufgefordert, Leitlinien für inklusive und zugängliche Anhörungsverfahren durch Unternehmen zu erstellen, die auch auf die Verhinderung von diskriminierender Verhaltensweisen gegenüber Kindern abzielen.[47] Dass die Mitspracherechte von Kindern und Jugendlichen auch in den Privatrechtsverkehr einwirken, ist der Konvention folglich immanent.

45 Wapler, RdJB 2019, Seite 269.
46 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/16 III.D.
47 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/16 III.D.

Die ratifizierenden Staaten sind darüber hinaus verpflichtet, Mitspracherechte von Kindern durch geeignete gesetzliche Vorgaben auch in der Kinderbetreuung zu gewährleisten.[48] Nur durch solch einen echten Austausch kann Teilhabe von Kindern gelingen;[49] die Beteiligung ist damit Ausdruck des Kindeswohls.[50] Ein Mindestalter ist nicht vorgesehen, sondern es kommt lediglich darauf an, ob ein Kind in der Lage ist, sich eine Meinung zu bilden.[51] Zudem sind das Alter und der individuelle Entwicklungsstand zu berücksichtigen, vergleiche Art. 5 UN-KRK.

2.3 Normenhierarchie und Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung

Bei der AEMR handelt es sich nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag, sondern um eine Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen. Sie ist nicht per se verbindlich, genießt jedoch den Status des Völkergewohnheitsrechts.

Im Gegensatz dazu sind IPbpR und IPwskR für die ratifizierenden Staaten verbindlich. Im dualistischen Modell, dem die Bundesrepublik folgt, ist die Wirksamkeit an den Erlass eines gleichlautenden Parlamentsgesetzes geknüpft (vergleiche Art. 59 Abs. 2 GG). Den Menschenrechtspakten kommt der Rang einfachen Rechts zu.[52] Sie sind folglich gleichrangig gegenüber anderen Bundesgesetzen, aber vorrangig gegenüber Landesrecht und untergesetzlichen Rechtsnormen wie Rechtsverordnungen oder Satzungen.[53] Gleiches gilt für die UN-KRK. Normenkonflikte können nicht über die Lex-superior-Regel aufgelöst werden, sondern es bedarf des Rückgriffs auf die Lex-posterior- beziehungsweise die Lex-specialis-Regel. Um zu vermeiden, dass sich die ratifizierenden Staaten durch den Erlass neuerer Gesetze der Bindungswirkung völkerrechtlicher Verträge entledigen, kommt der *Lex-posterior*-Grundsatz indes nur eingeschränkt zur Anwendung.[54]

48 Schmahl, KRK, Art. 12, Rn. 22, Baden-Baden 2017.
49 Krappmann/Lüscher, RdJB 2009, Seite 331.
50 Schmahl, RdJB 2020, Seite 6.
51 Wapler in Richter/Krappmann/Wapler, Kinderrechte, Baden-Baden 2020, Seite 84; Wapler, RdJB 2019, Seite 268.
52 BVerfGE 74, 358, 370; BVerfGE 82, 106, 120.
53 Wapler, RdJB 2019, Seite 252.
54 Schmahl, KRK, Einleitung, Rn. 25, Baden-Baden 2017; vergleiche BVerfGE 74, 358, 370 für die Auslegung der EMRK; allgemein Vranes, ZaöRV 2005, Seite 402 f.

Gleichwohl entfalten Völkerrechtsakte beachtliche Wirkung auf das nationale Recht: Es gilt der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung. Nationales Recht ist danach so zu interpretieren, dass den völkerrechtlichen Vorgaben – und zwar sowohl den umzusetzenden Vorgaben als auch den *self-executing norms* – größtmögliche Wirkung zukommt; dies gilt auch für die Interpretation der Grundrechte, sofern diese dadurch nicht eingeschränkt oder in ihrer Schutzwirkung gemindert werden.[55] Die Auslegung findet jedoch ihre Grenze im ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.[56] Es ist daher nicht zulässig, dem geltenden Recht durch eine vermeintlich völkerrechtsfreundliche Auslegung neue Ziele und neue Instrumente und Elemente einzulegen, die von der Intention des nationalen Gesetzgebers nicht umfasst sind. Gegebenenfalls muss das nationale Recht ergänzt werden, wobei den ratifizierenden Staaten nach Art. 4 UN-KRK ein erheblicher politischer Gestaltungsspielraum eingeräumt ist.

Wenngleich dem Völkerrecht eine unmittelbare Drittwirkung in Privatrechtsverhältnissen fremd ist, finden die menschenrechtlichen Verbürgungen über die unbestimmten Rechtsbegriffe des Zivilrechts Eingang in das nationale Recht. So sind etwa völkerrechtliche Diskriminierungsverbote als Verbotsgesetze zu werten, sodass ihre Verletzung Schadenersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB auslösen kann; zudem sind sie im Rahmen der §§ 134, 138 und 242 BGB zu berücksichtigen.[57] Das unmittelbar anwendbare Diskriminierungsverbot aus Art. 2 UN-KRK entfaltet daher im Zivilrecht ebenso Wirkung wie das Gebot der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls aus Art. 3 Abs. 1 UN-KRK. Aber auch die Konventionsrechte, die der staatlichen Umsetzung bedürfen – etwa die Mitspracherechte aus Art. 12 UN-KRK, das Recht auf Entwicklung aus Art. 27 UN-KRK oder das Recht auf Freizeit aus Art. 31 UN-KRK müssen umfassend berücksichtigt werden. Sie sind daher auch bei der Auslegung des AGG zu würdigen, etwa im Rahmen der Prüfung, ob für an das Alter von Kindern anknüpfende Benachteiligungen eine sachliche Rechtfertigung im Sinne von § 19 Abs. 1 AGG besteht.

55 BVerfGE 58, 1 (34); 59, 63 (89); 74, 352 (370); 111, 307 (317); siehe auch Schmahl, KRK, Einleitung, Rn. 25, Baden-Baden 2017, Wapler, RdJB 2019, Seite 254.

56 Schäfers, JuS 2015, Seite 876.

57 Beigang/Boll/Egenberger/Hahn/Leidinger/Tischbirek/Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 2021, Seite 63.

2.4 Zwischenergebnis

Die Benachteiligung von Kindern aufgrund ihres jungen Alters beziehungsweise von Eltern wegen ihrer Kinder im Zivilrechtsverkehr steht zwar nicht im Fokus des Völkerrechts. Die klassischen Menschenrechtakte formulieren die Rechte des Kindes und der Familie vor allem als Freiheit von Eingriffen in die innerfamiliäre Binnenorganisation und betont die staatliche Verantwortung für angemessene Lebensbedingungen. Die Abwehr von Benachteiligungen durch gleichgeordnete Dritte erweist sich jedoch ebenfalls als eine geeignete und gebotene Maßnahme zur Umsetzung und Verwirklichung der Menschenrechte von Kindern und Jugendlichen.

Lebensalter und Elternschaft werden in den Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen und in der UN-KRK zwar nicht explizit als verpönte Kategorie genannt. Zumindest im Hinblick auf das Lebensalter lässt sich dem Völkerrecht jedoch ein Rechtssetzungsauftrag zur Verhinderung von Benachteiligungen auch im Zivilrecht entnehmen. Im Hinblick auf die Elternschaft ist der Befund dagegen weniger eindeutig.

Aufgrund ihres spezifischen Regelungsziels erweist sich die UN-KRK im Vergleich zu den sonstigen Menschenrechtsakten als ertragreichstes Instrument des Völkerrechts, um Kindern die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit und umfassenden Schutz ihrer Rechte und Freiheiten zu gewährleisten. Trotz des Gleichrangs in der Normenhierarchie begründet die Konvention eine Verpflichtung, die im nationalen Recht bereits bestehenden Benachteiligungsverbote wegen des Alters konsequent auch zum Schutz von Kindern und Jugendlichen heranzuziehen und anzuwenden. Nur eine wirksame Ausgestaltung des Diskriminierungsschutzes im Lichte der UN-KRK ermöglicht Kindern, Jugendlichen und Familien die volle gleichberechtigte Teilhabe. Dies verpflichtet den Gesetzgeber zu einer hinreichend präzisen Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots wegen des Alters bei allen die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen (Art. 27 UN-KRK) tangierenden Fragen. Daneben sind die Verwaltung und die Gerichtsbarkeit zur Würdigung der Konventionsrechte in jedweden Angelegenheiten verpflichtet, die Kinder und Jugendliche betreffen. Sind Umsetzungs- und Anwendungsdefizite erkennbar, ist der Gesetzgeber zum Handeln verpflichtet, um der UN-KRK zu größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen.[58]

58 Siehe unter 7.3.

3. Diskriminierungsschutz im Unionsrecht

Der Gleichheitsgedanke prägt auch das Unionsrecht. Für das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander ist vor allem das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit von Bedeutung, jedoch haben auch die Kategorien des Völkerrechts Eingang in das europäische Recht gefunden.

Der Begriff des Kindes ist im Unionsrecht nicht einheitlich definiert, sondern unterscheidet sich je nach regulatorischem Zusammenhang.[59] So sind Kinder im Freizügigkeitsrecht als Verwandte „in gerader absteigender Linie [...], die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen [...] Unterhalt gewährt wird" definiert.[60] Anstelle der Minderjährigkeit werden also biologische und wirtschaftliche Kriterien zugrunde gelegt. Richtlinie 94/33/EG[61], die den Zugang von Kindern zu formeller Beschäftigung und deren Bedingungen regelt, unterscheidet demgegenüber zwischen „jungen Menschen" (Personen unter 18 Jahren), „Jugendlichen" (junge Menschen, die mindestens 15, aber noch nicht 18 Jahre alt sind und nicht mehr der Vollzeitschulpflicht unterliegen) und „Kindern" (junge Menschen, die noch nicht 15 Jahre alt sind). Im Übrigen wird die Begriffsbestimmung insbesondere dort, wo EU-Maßnahmen die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten ergänzen – dies betrifft soziale Sicherheit, Zuwanderung und Bildung – dem nationalen Recht überlassen.[62] Insofern wird in der Regel die KRK-Definition angewandt.[63]

---

59 Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechte des Kindes, Luxemburg 2015, Seite 18.

60 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158 vom 29. April 2004, Art. 2 Abs. 2 lit. c.

61 Richtlinie 94/33/EG des Rates vom 20. August 1994 über den Jugendarbeitsschutz, ABl. L 216 vom 20. August 1994.

62 Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechte des Kindes, Luxemburg 2015, Seite 19.

63 Hierzu ausführlich unter 2.2.

3.1 Primärrecht

Nach Art. 3 Abs. 3 UA 2 EUV bekämpft die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen; sie fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes. Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV kann die EU nur in den Politikfeldern Maßnahmen ergreifen, die ihr von den Mitgliedstaaten explizit übertragen worden sind.[64] Des Weiteren gibt das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 UA 1 EUV vor, dass die EU nur tätig werden darf, wenn und soweit die mit den Maßnahmen verfolgten Ziele von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, sodass die Rechtssetzung auf unionaler Ebene geboten ist.

3.1.1 Diskriminierungsschutz nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Nach Art. 19 Abs. 1 AEUV hat der Rat geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der „Rasse", der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Der Begriff des Alters rekurriert auf das Lebensalter und zielt damit gleichermaßen auf den Schutz jüngerer wie älterer Menschen ab.[65] Die Elternschaft oder ein sonstiger familiärer Status ist in der abschließenden Aufzählung dagegen nicht genannt.

Für einen spezifischen Schutz von Kindern und Jugendlichen beziehungsweise Familien lässt sich allenfalls noch Art. 153 Abs. 1 lit. j AEUV heranziehen, wonach der EU die Kompetenz zur Unterstützung und Ergänzung der Politik der Mitgliedstaaten im Kampf gegen soziale Ausgrenzung eingeräumt ist. Die Regelung ist Bestandteil der europäischen Sozialpolitik, die gemäß Art. 151 Abs. 1 AEUV auf die Förderung der Beschäftigung sowie

64 Seifert in Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 40, Rn. 6, Baden-Baden 2020; vergleiche Sagan in Preis/Sagan, EuArbR, § 1, Rn. 38, Köln 2019; Pache in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, EUV, Art. 5, Rn. 17, Tübingen 2017; Kadelbach in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, EUV, Art. 5, Rn. 4, Baden-Baden 2015.

65 Michl in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, EUV, Art. 19, Rn. 28, Tübingen 2017.

die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen gerichtet ist. Diese Ziele sind kein Selbstzweck, sondern sollen einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzung ermöglichen.[66] Der Begriff der „sozialen Ausgrenzung" ist facettenreich und inhaltlich schwer zu konkretisieren. Das Politikfeld beschränkt sich nicht auf die Bekämpfung von Armut, sondern schließt die soziale Teilhabe ein, die sich auf den Arbeitsmarkt, das Gesundheitswesen, den Zugang zu Wohnraum und sonstigen Gütern und Dienstleistungen erstreckt.[67] Anders als Art. 19 AEUV zielen die Art. 150 ff. AEUV jedoch auf das Verhältnis Bürger*in–Staat; sie bilden daher keine taugliche Rechtsgrundlage für den Diskriminierungsschutz in Zivilrechtsverhältnissen.

3.1.2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Mit Art. 6 Abs. 1 EUV ist die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) in den Rang des Primärrechts erhoben.

3.1.2.1 Verbot der Diskriminierung, Art. 21 GRC

Das Verbot der Diskriminierung ist in Art. 21 GRC als ein eigenständiger Grundsatz formuliert. Er ist folglich auch anwendbar, wenn keine andere Bestimmung der Charta eröffnet ist.[68] Neben Geschlecht, „Rasse", Hautfarbe, ethnischer oder sozialer Herkunft, genetischen Merkmalen, Sprache, Religion oder Weltanschauung, politischer oder sonstiger Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt, Behinderung und sexueller Ausrichtung wird das Alter explizit als Kategorie genannt. Werden Kinder benachteiligt, liegt darum eine Anknüpfung an das Alter vor, sodass das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GRC tangiert ist.

66 Vergleiche Krebber in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV, Art. 151, Rn. 32, München 2016; vergleiche Franzen in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, AEUV, Art. 151, Rn. 20, München 2021.

67 Krebber in Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 153, Rn. 14, München 2016; Langer in von der Groeben/Schwarze, AEUV, Art. 153, Rn. 39, Baden-Baden 2015; enger Eichenhofer in Streinz, AEUV, Art. 153, Rn. 25, München 2018, der diese Norm vor allem im Kontext der Existenzsicherung versteht.

68 Vergleiche Mohr in Franzen/Gallner/Oetker, GRCh, Art. 21, Rn. 1, München 2021; ebenso Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechte des Kindes, Luxemburg 2015, Seite 51.

Die Elternschaft ist – ebenso wie in den sonstigen Diskriminierungsverboten des Unions- und Völkerrechts – nicht aufgeführt. Da die Aufzählung in Art. 21 GRC abschließend ist, kommt eine erweiternde Auslegung oder eine analoge Anwendung auf Benachteiligungen wegen der Elternschaft nicht in Betracht.

3.1.2.2 Rechte des Kindes, Art. 24 GRC

Nach Art. 24 GRC haben Kinder Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Dem Kindeswohl wird eine vorrangige Bedeutung bei allen kinderbetreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen und privater Einrichtungen zugewiesen. Dies meint öffentliche und private Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichte, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorgane, Art. 3 Abs. 1 GRC. „Schutz" und „Fürsorge" werden in der Norm nicht näher bestimmt, in der Literatur wird jedoch für eine weite Auslegung plädiert, welche Sicherheit, Gesundheit sowie die körperliche, geistige, sittliche und soziale Entwicklung einschließt.[69] Der Begriff der Fürsorge bezieht sich jedoch vor allem auf staatliche Leistungen und kann folglich nicht für einen zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz nutzbar gemacht werden. Staatliche Vorgaben zum Verbot der Benachteiligung von Kindern beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen lassen sich aber durchaus als Schutzmaßnahmen verstehen und laufen Art. 24 GRC daher zumindest nicht zuwider. Auf diese Weise können auch Personen des Privatrechts an Art. 24 GRC gebunden werden.[70]

3.1.2.3 Schutz von Familien- und Berufsleben, Art. 33 GRC

Der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie wird in Art. 33 Abs. 1 GRC gewährleistet. Um Familien- und Berufsleben miteinander in Einklang bringen zu können, hat jeder Mensch das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes, Art. 33 Abs. 2 GRC.

Unter den Begriff „wirtschaftlicher Schutz" fallen direkte und indirekte Maßnahmen, die kinderbezogene Ausgaben kompensieren, etwa Kindergeld und andere Sozial- oder Familienleistungen sowie steuerliche Ver-

69 Thiele in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, GRC, Art. 24, Rn. 12, Tübingen 2017.

70 Lemke in von der Groeben/Schwarze, GRC, Art. 24, Rn. 9, Baden-Baden 2015.

günstigungen.[71] Zum „sozialen Schutz" der Familie gehören unter anderem die Förderung des Bauens familiengerechter Wohnungen, staatliche Einrichtungen zur Kinderbetreuung oder familiäre Beratungsangebote; insofern wird auf die Aufzählung in Art. 16 ESC rev. zurückgegriffen.[72] Der Streit, ob Art. 33 Abs. 1 GRC ein Grundrecht oder lediglich einen Grundsatz beinhaltet,[73] kann an dieser Stelle dahinstehen. Der Anwendungsbereich der Norm beschränkt sich wiederum auf staatliche Maßnahmen und Leistungen und gibt daher keine hinreichende Basis für einen Diskriminierungsschutz von Familien im Zivilrecht.

3.1.2.4 Bindungswirkung der europäischen Grundrechte, Art. 51 GRC

Die Charta bindet nach Art. 51 GRC jedoch nur die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union. Für die Mitgliedstaaten ist sie nur verbindlich, wenn und soweit diese Unionsrecht durchführen. Diskriminierungen wegen des Alters sind sekundärrechtlich jedoch nur im arbeitsrechtlichen Kontext relevant, Diskriminierungen im Hinblick auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen nur wegen des Geschlechts verboten. Da die Bundesrepublik die sekundärrechtlichen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz im AGG folglich überobligatorisch umgesetzt hat,[74] kann die GRC für den Zugang zu und die Versorgung mit öffentlich verfügbaren Gütern und Dienstleistungen nicht nutzbar gemacht werden.

3.2 Sekundärrecht

Verschiedene EU-Richtlinien verbieten die Diskriminierung im Hinblick auf den Zugang zu Beschäftigung, aber auch für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Sie sind potenziell für Kinder und ihre Eltern relevant, bieten aber keinen umfassenden Schutz.

---

71 Fernandes Fortunato, EuR 2008, Seite 37; Rohleder in Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 33, Rn. 25, Baden-Baden 2015.

72 Fernandes Fortunato, EuR 2008, Seite 37; Rohleder in Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 33, Rn. 25, Baden-Baden 2015.

73 Zum Streitstand Jarass, GrCh, Art. 33, Rn. 3, München 2021; Rohleder in Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 33, Rn. 25, Baden-Baden 2015; Schubert in Franzen/Gallner/Oetker, GRCh, Art. 33, Rn. 3, München 2021; Kingreen in Calliess/Ruffert, GRC, Art. 33, Rn. 5, München 2016.

74 Dazu 5.3.

3.2.1 Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG

Die Richtlinie 2000/43/EG des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft verbietet Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft nicht nur im Zusammenhang mit der Beschäftigung und dem Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, sondern auch bezogen auf den sozialen Schutz und Gesundheitsdienste sowie Bildung.[75]

Der Begriff der Diskriminierung ist insofern weit zu verstehen. Dies hat der EuGH in der Rechtssache Feryn[76] deutlich gemacht. Gegenstand des Verfahrens waren öffentliche Äußerungen eines Arbeitgebers, dass er keine Menschen fremder Herkunft als Monteur*innen einstellen werde, weil seine Kundschaft Bedenken habe, diesen Zugang zu ihren privaten Wohnungen zu gewähren. Darin erkannte der EuGH eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“ und der ethnischen Herkunft bei der Einstellung im Sinne der RL 2000/43/EG. Solche Äußerungen seien geeignet, bestimmte Bewerber*innen ernsthaft davon abzuhalten, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit letztlich ihren Zugang zum Arbeitsmarkt zu behindern. Dass in dem Fall keine konkrete Person identifiziert werden konnte, die Opfer dieser Diskriminierung geworden ist, ist nach Auffassung des EuGH unschädlich. Die bloße Eignung der Äußerungen zur Abschreckung genügt also, um eine sanktionsbewehrte Benachteiligung anzunehmen, sofern dem Arbeitgeber nicht der Entlastungsbeweis gelingt, dass die tatsächliche Einstellungspraxis in seinem Unternehmen nicht diskriminierend ausgestaltet ist. Die Entscheidung ist auch auf das sonstige diskriminierungsrechtliche Sekundärrecht übertragbar, bezieht sich die Argumentation des Gerichtshofs doch ersichtlich nicht ausschließlich auf die Kategorien „Rasse“ und ethnische Herkunft, sondern ist geeignet, den Schutz aller von Benachteiligungen betroffenen Personen möglichst effektiv auszugestalten.[77]

75 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180 vom 29. Juni 2000.

76 EuGH, Urt. vom 10. Juli 2008, C-54/07 (Feryn); dazu ausführlich Lobinger, EuZA 2009, Seite 365.

77 Dazu ausführlich unter 6.1.1.

3.2.2 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG

Die Richtlinie 2000/78/EG[78] zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf verbietet die Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Sie gilt ausschließlich für das Arbeitsrecht, schließt aber Kinder ein, die nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten rechtmäßig arbeiten dürfen. Gemäß Art. 6 RL 2000/78/EG können Ungleichbehandlungen wegen des Alters unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sein. Dies setzt voraus, dass sie objektiv und angemessen sind und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Für den gleichberechtigten Zugang von Kindern und Jugendlichen zu öffentlich verfügbaren Gütern und Dienstleistungen gibt die Richtlinie wegen ihres beschränkten sachlichen Anwendungsbereichs nichts her. Ihre Auslegung durch den EuGH ist gleichwohl von erheblicher Bedeutung für das gesamte Antidiskriminierungsrecht. In der Rechtssache Coleman[79] hatte sich der EuGH mit der Kündigung einer Arbeitnehmerin auseinanderzusetzen, die ein behindertes Kind betreut. Der Arbeitgeber zeigte keinerlei Verständnis für die familiäre Situation der Klägerin, sondern verweigerte ihr – anders als den Kolleg*innen – flexible Arbeitszeiten oder die Gewährung von freier Zeit für die Betreuung des Kindes. Zudem vielen herabsetzende Äußerungen im Hinblick auf ihr Kind. Die Klägerin konnte sich mit Erfolg darauf berufen, dass sie wegen der Behinderung ihres Kindes benachteiligt worden ist. Das Verbot der Diskriminierung und Belästigung wegen einer Behinderung nach RL 2000/78 EG ist nach Auffassung des EuGH nicht auf Personen beschränkt, die selbst behindert sind. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in Art. 1 RL 2000/78/EG genannten Gründe. Ein engeres Verständnis des Diskriminierungsschutzes würde der Richtlinie einen großen Teil ihres Anwendungsbereichs nehmen und sie damit in ihrer Wirksamkeit einschränken. Mit dieser Entscheidung ist der Weg für einen effektiven Schutz vor assoziierten Benachteiligungen geebnet, der auch für den Zugang von Kindern, Jugendlichen und Familien zu Gütern und Dienstleistungen nutzbar gemacht werden kann.[80]

78 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.
79 EuGH, Urt. vom 17. Juli 2008, Rs. C-303/06 (Coleman).
80 Dazu ausführlich unter 6.1.2.

3.2.3 Genderrichtlinien

Die sogenannte Genderrichtlinie 2002/73/EG[81] bezieht sich auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen. Die RL 2004/113/EG dient dagegen der Schaffung eines Rahmens für die Bekämpfung geschlechtsspezifischer Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.[82] Artikel 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG schließt „eine unterschiedliche Behandlung nicht aus, wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind". Es ist daher stets eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Dies ist im AGG zwar nicht explizit formuliert, jedoch sind die Rechtfertigungsgründe des nationalen Rechts insofern europarechtskonform auszulegen. Eine bloße Willkürkontrolle genügt diesen Maßstäben nicht.[83]

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die unternehmerische Freiheit der Anbieter*innen von Gütern und Dienstleistungen ausweislich des 14. ErwG RL 2004/113/EG nachrangig zum Ziel des Diskriminierungsschutzes ist. Die Vertragsfreiheit kann daher allenfalls in engen Grenzen zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen herangezogen werden.[84] Der der GRC immanente Gleichrang von Privatautonomie und unternehmerischer Freiheit einerseits und dem Schutz vor Diskriminierungen andererseits ist im Sekundärrecht damit aufgebrochen.

81 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 269 vom 5. Oktober 2002, Seite 15–20.

82 Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373 vom 21. Dezember 2004, Seite 37–43; ausführlich dazu Schiek in Schiek, Einl AGG, Rn. 36.

83 Thüsing/Pöschke, jM 2020, Seite 360.

84 Heese, NJW 2012, Seite 572.

Die Genderrichtlinien sind durch die RL 2006/54/EG[85] zusammengefasst und neu geordnet worden, ohne den Diskriminierungsschutz aus Gründen des Geschlechts jedoch grundsätzlich abzuändern.

3.2.4 Elternzeitrichtlinie 2019/1158/EU

Die neue Richtlinie 2019/1158/EU86 zielt darauf ab, Benachteiligungen von Fürsorgeleistenden (berufstätige Eltern und pflegende Angehörige) im Arbeitsrecht abzuwenden. Die übliche Bezeichnung „Work-Life-Balance-RL" ist insofern irreführend, denn sie schließt explizit auch die Sorge für pflegebedürftige Angehörige ein. Die RL sieht die Gewährung von Vaterschaftsurlaub sowie Urlaub für pflegende Angehörige vor und modifiziert den bisherigen Anspruch auf bezahlten Elternurlaub. Dadurch sollen Familie und Beruf gemäß Art. 33 GRC besser zu vereinbaren sein und außerdem mehr Frauen eine (Vollzeit-)Beschäftigung ermöglicht werden. Dies dient zum einen der Chancengleichheit von Frauen und Männern auf dem Arbeitsmarkt sowie der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz (Art. 23 GRC und Art. 3 Abs. 3 EUV), soll aber auch den wirtschaftlichen Schaden durch die geringe Beschäftigungsquote von Frauen und deren hohe Teilzeitquote verringern.[87] Menschen, die die in der Richtlinie verankerten Rechte – zum Beispiel flexible Arbeitszeit oder familienbedingte Freistellungen – wahrnehmen, sollen keine Benachteiligungen erfahren.[88] Artikel 11 RL 2019/1158/EU verbietet die Diskriminierung nur im arbeitsrechtlichen Kontext und zieht dort einigen Umsetzungsbedarf nach sich,[89] nicht aber im Hinblick auf die Zugänglichkeit von Gütern und Dienstleistungen. Bemerkenswert ist gleichwohl die weit gefasste Zielsetzung der Richtlinie: Ausweislich ihres 11. ErwG soll sie auch gegen Stereotype wirken und die Sozialpartner stärker für Diskriminierungen sensibilisieren.

85 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 5. Juli 2006, ABl. Nr. L 204, Seite 23.

86 Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl. L 188, Seite 79.

87 Umzusetzen haben die Mitgliedstaaten die neue Richtlinie bis zum 2. August 2022.

88 Ausführlich Nebe/Gröhl/Thoma, ZESAR 2021, Seite 157 und 210.

89 Dazu ausführlich Treichel, NZFam 2021, Seite 433; Thüsing/Bleckmann, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, Berlin 2020, Seite 46 ff.

3.3 Zwischenergebnis

Aufgrund der vergleichsweise beschränkten Kompetenzen der Europäischen Union wirkt sich das Unionsrecht kaum auf die Rechte von Kindern und Jugendlichen aus. Der Schutz vor Diskriminierung wegen des Alters ist wegen Rechtfertigungsmöglichkeiten weniger stark ausgeprägt als der Schutz vor rassistischen oder ethnisch motivierten Benachteiligungen sowie solchen wegen des Geschlechts.[90] Die Kategorie „Alter" schließt zudem zwar auch das junge Alter ein, ist aber ebenso wie die sexuelle Ausrichtung, Behinderung und Religion oder Weltanschauung nur im Zusammenhang mit dem Zugang zur Beschäftigung geschützt.[91] Die Elternschaft ist ebenfalls nur im arbeitsrechtlichen Kontext relevant. Der EuGH hat eine Ausdehnung des sekundärrechtlichen Diskriminierungsschutzes auf nicht explizit genannte Kategorien abgelehnt.[92] Es ist daher nicht möglich, etwa die Rahmenrichtlinie interpretatorisch auf Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr zu erstrecken oder um weitere Kategorien wie etwa die Elternschaft zu ergänzen. Dies gilt jedoch nur für die Auslegung der Richtlinien selbst. Da sie nur Mindeststandards statuieren, ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, die antidiskriminierungsrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts überobligatorisch umzusetzen und in ihrem nationalen Recht weitere Diskriminierungskategorien zu verankern.

90 Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechte des Kindes, Luxemburg 2015, Seite 59.

91 Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechte des Kindes, Luxemburg 2015, Seite 59.

92 EuGH, 18. Dezember 2014, C-354/13 (Kaltoft), Rn. 31 zur Erstreckung des Diskriminierungsschutzes auf Krankheiten.

4. Diskriminierungsschutz für Kinder und Eltern nach dem Grundgesetz

Ebenso wie das Völker- und das Unionsrecht sind auch die im Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte vom Gedanken der Gleichheit aller Menschen getragen. Dieser findet zuvörderst in der Menschenwürdegarantie seinen Ausdruck, die sich gleichsam als Wurzel des Antidiskriminierungsrechts erweist.[93] Kinder und Jugendliche sind in der Verfassung nicht explizit erwähnt. Ihre Rechte und Interessen werden gleichwohl geschützt.

4.1 Gleichheitssatz, Art. 3 GG

Artikel 3 Abs. 1 GG verbürgt die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz. Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 GG verbietet die Benachteiligung wie auch die Bevorzugung wegen des Geschlechts, der Abstammung, der „Rasse", Sprache, Heimat und Herkunft, des Glaubens sowie der religiösen oder politischen Anschauungen. Indes sind weder das Lebensalter noch die Elternschaft oder ein sonstiger familiärer Status genannt. Wegen des abschließenden Charakters der Aufzählung ist eine Erweiterung des Schutzbereichs des Art. 3 Abs. 3 GG auf andere Kategorien nicht möglich, sodass er für den Diskriminierungsschutz von und wegen Kindern nicht nutzbar gemacht werden kann.

4.1.1 Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG

Nach der vom BVerfG geprägten „neuen Formel" schließt der allgemeine Gleichheitssatz Ungleichbehandlungen nicht generell aus, sondern stellt diese unter den Vorbehalt der sachlichen Rechtfertigung. Artikel 3 Abs. 1 GG soll gewährleisten, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz ist folglich nur verletzt, „wenn eine Grup-

93 Neuner, JZ 2003, Seite 58; Britz, VVdStRL 64 (2005), Seite 357.

pe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten."[94] Folglich ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber wegen der spezifischen Situation von Kindern – ihres Alters und Entwicklungsstands – oder von Eltern – etwa wegen ihrer Belastung durch die Pflege und Erziehung von Kindern – Ungleichbehandlungen vorsieht.

4.1.2 Wirkung des Gleichheitssatzes im Privatrechtsverhältnis

Indes gilt Art. 3 Abs. 1 GG ausschließlich im Verhältnis Bürger*in–Staat, bindet also nur Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung. Auch die für junge Familien so wichtigen Kindertagesstätten sind an das Diskriminierungsverbot gebunden, wenn sie in öffentlicher Trägerschaft stehen.[95]

Eine unmittelbare Drittwirkung im Verhältnis Privater untereinander ist dem allgemeinen Gleichheitssatz dagegen nicht zu entnehmen.[96] Dies wird mit dem Gedanken der Privatautonomie[97] sowie der Wertungsoffenheit und dem fehlenden freiheitsrechtlichen Charakter des Art. 3 Abs. 1 GG begründet.[98] Ausnahmen werden nur im Fall eines Machtgefälles zwischen den Vertragsparteien im Sinne der strukturellen Überlegenheit einer Partei als zulässig erachtet, da das Zivilrecht die Gleichordnung der Vertragspartner*innen voraussetzt, sowie bei öffentlich angebotenen Leistungen.[99] Diese Fälle hat der Gesetzgeber im AGG geregelt.[100]

94 St. Rspr. seit BVerfGE 55, Seite 88.
95 Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 6.
96 Siehe nur BVerfGE 148, Seite 288; BVerfG, NJW 2019, Seite 3770.
97 Dazu sogleich unter 4.2.1.
98 Ausführlich Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 70 f. Im Kontext des Art. 3 Abs. 3 GG ist umstritten, ob dieser unmittelbare Wirkung im Verhältnis zu Privaten entfaltet; dazu ausführlich Uerpmann-Wittzack, ZaöRV 2008, Seite 361 f.
99 Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 71; Boysen in vom Münch/Kunig, GG, Art. 3, Rn. 50; BVerfGE 148, Seite 283; BVerfG, NJW 2019, Seite 3770; BGH, NJW 2013, Seite 1521.
100 Zur rechtspolitischen Diskussion im Vorfeld des Inkrafttretens des AGG Britz, VVdStRL 64 (2005), Seite 357 (passim).

Jedoch kann sich in Konstellationen, in denen der Anwendungsbereich des Gesetzes nicht eröffnet ist, etwa wenn nicht von § 1 AGG erfasste Kategorien[101] betroffen sind, auch in Zivilrechtsverhältnissen aus Art. 3 Abs. 1 GG ein Verbot des Ausschlusses bestimmter Personen von Gütern und Dienstleistungen ergeben, wenn es dafür keinen sachlichen Grund gibt.[102] Dies kann freilich nicht pauschal angenommen werden, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein strukturelles Machtungleichgewicht vorliegt und eine Benachteiligung, etwa im Rahmen eines Vertragsschlusses, gerechtfertigt werden kann. Eingangstor für die Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertungen sind die unbestimmten Rechtsbegriffe des Zivilrechts, etwa der Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB oder der Begriff der Sittenwidrigkeit aus § 138 BGB oder § 826 BGB.[103]

4.2 Staatliche Schutzpflichten aus dem Gleichheitssatz?

Ob der Gleichheitsgrundsatz darüber hinaus den Gesetzgeber zu konkreten Fördermaßnahmen verpflichtet, ist umstritten. Uneingeschränkt bejaht wird dies lediglich für die Kategorien Geschlecht und Behinderung. So verpflichtet Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG den Staat zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter und zum Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile. Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 GG verbietet – anders als Satz 1 für die sonstigen Kategorien – allein die Benachteiligung, nicht aber die Bevorzugung wegen einer Behinderung. Daraus wird gefolgert, dass spezifische Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderung zulässig sind.[104]

101 Dazu unter 5.1.
102 Eichenhofer, DVBl 2004, Seite 1081.
103 BVerfGE 89, Seite 229.
104 Neuner, NJW 2000, Seite 1822.

4.2.1 Diskriminierungsschutz und Privatautonomie

Nach überwiegender Auffassung lässt sich dem Gleichheitssatz indes keine konkrete staatliche Verpflichtung zum Erlass allgemeiner antidiskriminierungsrechtlicher Regelungen entnehmen.[105] Für eine auf die Vermeidung beziehungsweise Sanktionierung von Diskriminierungen in Zivilrechtsverhältnissen gerichtete staatliche Schutzpflicht spricht jedoch, dass diese die „faktische Durchsetzung der rechtlichen Gleichheit" ermöglicht.[106] Eine so verstandene Schutzpflicht kann sich wegen der ebenfalls grundrechtlich geschützten Privatautonomie jedoch nur auf die Gewährleistung sozialer Mindeststandards richten; sie wirkt also nicht allumfassend.[107]

Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Anbieter*innen von Gütern und Dienstleistungen in ihrer Vertragsfreiheit nicht isoliert sind, sondern dass der Markt nur durch das Zusammenwirken von Angebot und Nachfrage funktioniert. Auch die potenziellen Kund*innen können sich auf ihre Vertragsfreiheit berufen. Sie ist „Voraussetzung für Markt und Wettbewerb, Pluralismus und Vielfalt".[108] Als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG steht die Privatautonomie unter dem Vorbehalt der einfachgesetzlichen Ausgestaltung. Dabei sind die verfassungsimmanenten Schranken zu beachten und damit auch die Grundrechte der Nachfrager*innen, die einer uneingeschränkten Vertragsfreiheit der Anbieter*innen entgegenstehen. Die Privatautonomie vermittelt zwar auch ihnen kein Recht auf Vertragsschluss mit einer bestimmten Person zu bestimmten Bedingungen. Die Ermöglichung von Rechtsschutz gegen Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr erhöht jedoch die Chance derer, die auf dem Markt ohnehin strukturell benachteiligt sind, auf Zugang zu Vertragsverhältnissen.[109] Damit wird gewährleistet, dass jede*r ihre*seine Grundrechte effektiv wahrnehmen kann;[110] auch dem aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) resultierende Achtungsanspruch jedes Menschen wird zu umfassender Wirkung verholfen.[111] Vertragsfreiheit beinhaltet gerade nicht die Freiheit zu diskriminieren.[112]

---

105 Dazu Britz, VVdStRL 64 (2005), Seite 363 f.
106 Heun in Dreier, GG, Art. 3, Rn. 67.
107 Neuner, JZ 2003, Seite 60 f.; Neuner, NJW 2000, Seite 1824; zum Streitstand auch Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVdStRL 64 (2005) Seite 339 ff.; Uerpmann-Wittzack, ZaöRV 2008, Seite 362 f.
108 Neuner, JZ 2003, Seite 59.
109 Eichenhofer, DVBl 2004, Seite 1084.
110 BVerfGE 81, Seite 255; Eichenhofer, DVBl 2004, Seite 1084.
111 Neuner, NJW 2000, Seite 1824.
112 Baer, ZRP 2002, Seite 292.

4.2.2 Staatliche Schutzpflichten aus dem Familiengrundrecht

Steht danach die Systematik der Grundrechte zivilrechtlichen Regelungen zum Schutz vor Diskriminierungen nicht entgegen, stellt sich die Frage, ob sich die staatliche Schutzpflicht so weit konkretisieren lässt, dass sie auch und gerade den Schutz vor Diskriminierungen von Kindern, Jugendlichen und Familien beziehungsweise wegen der Elternschaft umfasst. Hinweise lassen sich dem Familiengrundrecht aus Art. 6 GG entnehmen.

Der Familienbegriff des Grundgesetzes ist ausweislich der Systematik des Art. 6 Abs. 2 GG durch eine Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Eltern und Kindern geprägt, wobei es jedoch weder auf den Personenstand der Eltern noch auf die biologische Elternschaft ankommt.[113] Auch Regenbogenfamilien können sich auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Familie berufen.[114] Der Status als „Kind" endet erst mit Erreichen der Volljährigkeit. Dieses weite Verständnis von Familie geht indes nicht zwangsläufig mit einem weiten Verständnis der zum Schutz der Familie gebotenen Maßnahmen einher. Nach Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Der Gehalt dieses Grundrechts liegt zuvörderst darin, dass das Familienleben als Sphäre der privaten Lebensgestaltung staatlicher Einflussnahme weitgehend entzogen ist;[115] es handelt sich folglich um ein klassisches Abwehrrecht.

Das BVerfG hat Art. 6 Abs. 1 GG jedoch darüber hinaus spezifische Schutzpflichten entnommen. Aus dem Zusammenwirken des Grundrechts mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG folge eine Verpflichtung zur Gewährleistung umfassender Leistungs- und Teilhaberechte. Umfasst davon sind etwa der (teilweise) Ausgleich der wirtschaftlichen Belastungen von Eltern durch das Kindergeld oder die Steuerfreiheit des Existenzminimums aller Familienmitglieder.[116] Diese Rechtsprechung bezieht sich jedoch ausschließlich auf staatliche Leistungen. Es ist fraglich, ob sich dem

113 Britz, NZFam 2018, Seite 290 f.; vergleiche aber noch BVerfGE 79, Seite 267, wonach die Familie im Regelfall dadurch gekennzeichnet sei, dass das Kind leiblich vom Ehegatten der Mutter abstamme.

114 BVerfGE 133, Seite 78: Das Grundgesetz spreche „von geschlechtlich nicht spezifizierten Eltern". So auch die allgemeine Auffassung in der Literatur, vergleiche nur Brosius-Gersdorf in Dreier, GG, Art. 6, Rn. 44 und 105; Robbers in vom Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 77.

115 Robbers in vom Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 85.

116 Vergleiche BVerfGE 11, 105 (115 ff.); 99, 246 (264); 107, 205 (213); 110, 412 (445).

„besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“ auch ein verpflichtender Auftrag zum Schutz von Familien vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr entnehmen lässt. Eltern übernehmen mit der Pflege und Erziehung ihrer Kinder eine Aufgabe mit gesamtgesellschaftlicher Relevanz. Sie bedürfen daher der staatlichen Unterstützung, um dieser Aufgabe gerecht zu werden.[117] Der Gesetzgeber verfügt bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung seiner Schutzpflichten jedoch über einen weiten Spielraum. Konkrete Rechtssetzungsaufträge birgt das Familiengrundrecht nicht; der Gesetzgeber ist unmittelbar aus Art. 6 Abs. 1 GG daher nicht verpflichtet, zusätzliche Regelungen zum Diskriminierungsschutz von Familien im AGG zu verankern. Er könnte sich auch anderer geeigneter Maßnahmen bedienen.

Zweifelsohne stünde jedoch ein zivilrechtlich verankertes gleichberechtigtes Recht auf Zugang zu Gütern und Dienstleistungen im Einklang mit dem Familiengrundrecht. Entschlösse sich der Gesetzgeber zu einer solchen Regelung, würde gewährleistet, dass Eltern nicht allein wegen des Vorhandenseins von Kindern auf dem freien Markt strukturellen Nachteilen, etwa beim Zugang zu angemessenem Wohnraum, ausgesetzt sind. Damit würde zwar die Privatautonomie der Anbietenden beschränkt. Dies wäre jedoch sachlich gerechtfertigt, wenn Familien oder Kinder und Jugendliche strukturellen Benachteiligungen ausgesetzt sind, die eine Regulierung erforderlich machen.

4.2.3 Spezifische Schutzpflichten zugunsten von Kindern

Dem Grundgesetz sind spezifische Kinderrechte fremd. Eine Initiative zur Verankerung von Kinderrechten in der Verfassung[118] ist jüngst gescheitert. Artikel 6 Abs. 2 GG hätte um die Aussage ergänzt werden sollen, dass die „verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten [...] zu achten und zu schützen“ sind. Das Wohl des Kindes sollte – im Unterschied zur UN-KRK, die eine vorrangige Berücksichtigung fordert[119] – „angemessen“ berücksichtigt, die Erstverantwortung der Eltern explizit nicht berührt werden.

117 Thüsing/Bleckmann, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, Berlin 2020, Seite 13.

118 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen Verankerung der Kinderrechte vom 31. März 2021, BT-Drs. 19/28138.

119 Dazu bereits unter 2.2.1.

Diese Grundgesetzänderung hätte jedoch keinen Paradigmenwechsel bewirkt. Zwar bietet der grundrechtliche Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG nur beschränktes Potenzial für den Schutz der Rechte von Kindern. Obwohl die Kindeswohlorientierung integraler Bestandteil des Familiengrundrechts ist, erwachsen Kindern daraus keine eigenen subjektiven Rechte. Sie sind im Familienverbund, also als Teil einer Familie, nicht aber als Individuum geschützt.[120] Dass jedoch Kinder selbst Träger*innen von Grundrechten sind, ist in der Rechtsprechung des BVerfG seit jeher anerkannt. Sie haben aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG ein eigenes Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit, das zu achten und zu schützen Aufgabe der staatlichen Gemeinschaft ist.[121] Die UN-KRK ist mit einer solchen Anerkennung von Kindern als eigenständiges Rechtssubjekt hinreichend umgesetzt.[122] Das Völkerrecht gebietet die grundgesetzliche Verankerung von expliziten Kinderrechten folglich nicht. Sie hätte jedoch die Verantwortung der staatlichen Gemeinschaft für das Wohl der Kinder auch im Kontext ihrer allgemeinen Persönlichkeitsentwicklung stärker als bisher betont.[123]

Zur Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Jugendlichen trägt ein Aufwachsen unter angemessenen Bedingungen bei, was ihre gleichberechtigte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben einschließt. Dies hat das BVerfG in seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Schulschließungen im Zuge der Coronapandemie bestätigt: Das Persönlichkeitsrecht der Kinder vermittele diesen Anspruch auf Einhaltung eines für ihre chancengleiche Entwicklung unverzichtbaren Mindeststandards an Bildungsangeboten.[124] Diese Überlegung lässt sich auch auf andere Rechtsgebiete übertragen. In Gänze ist der Teilhabeanspruch von Kindern und Jugendlichen nur verwirklicht, wenn sie ebenso wie Erwachsene Zugang zu Gütern und Dienstleistungen haben. Ebenso wenig wie Art. 6 GG lässt sich jedoch den sonstigen Verfassungsnormen ein expliziter und verpflichtender Auftrag zum Diskriminierungsschutz von Kindern im Zivilrechtsverkehr entnehmen. Entsprechende Regelungen wären aber verfassungsrechtlich, wenngleich nicht zwingend geboten, jedoch zulässig.

120 Brosius-Gersdorf in Dreier, GG, Art. 6, Rn. 152; Robbers in vom Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 6, Rn. 182.
121 BVerfGE 24, Seite 144.
122 Schmahl, KRK, Einleitung, Rn. 22, Baden-Baden 2017; Schmahl, RdJB 2020, Seite 10.
123 Wapler in Richter/Krappmann/Wapler, Kinderrechte, Baden-Baden 2020, Seite 93; umfassend zur Debatte Brosius-Gersdorf, RdJB 2020, Seite 14 (passim).
124 BVerfG, 19. November 2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, Rn. 57.

5. Schutz vor Diskriminierungen nach dem AGG

5.1 Kategorien nach § 1 AGG

Dass AGG zielt darauf ab, Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Paragraf 1 AGG beschreibt die doppelte Zielsetzung des Gesetzes: Benachteiligungen aus den angeführten Gründen sollen verhindert und im Falle ihres Auftretens beseitigt werden.[125] Der Gesetzgeber bezieht den Begriff des „Alters“ auf das Lebensalter und will damit umfassenden Schutz gegen ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlungen gewährleisten, die an das konkrete Lebensalter anknüpfen. Es sollen also nicht allein ältere Menschen vor Benachteiligungen geschützt werden, wenngleich der Gesetzgeber darin den Schwerpunkt des Anwendungsbereichs dieser Kategorie sieht.[126] Unzulässig ist auch eine Benachteiligung wegen „jungen Alters“.[127]

Grundsätzlich ist zwischen der Diskriminierung von Kindern aufgrund des Alters und zwischen der Diskriminierung wegen Kindern (Elternschaft) zu unterscheiden. Die Elternschaft ist in § 1 AGG nicht als Kategorie aufgeführt. Wegen der abschließenden Aufzählung kommt eine entsprechende Anwendung des Gesetzes auf die Elternschaft nicht in Betracht. Werden Eltern wegen des Vorhandenseins von Kindern benachteiligt, kann jedoch eine assoziierte Benachteiligung wegen des Alters vorliegen.[128]

125 Däubler in Däubler/Bertzbach, AGG, § 1, Rn. 1.
126 BT-Drs. 16/1780, Seite 31.
127 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 1, Rn. 45; Hey in Hey/Forst, AGG, § 1, Rn. 114; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 1, Rn. 52; Däubler in Däubler/Bertzbach, AGG, § 1, Rn. 95; Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, Berlin 2017, Seite 50.
128 Dazu ausführlich unter 6.1.2.

5.2 Versorgung mit und Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG

Das Gutachten bezieht sich auf Benachteiligungen von beziehungsweise wegen Kindern beim Zugang zu und der Versorgung mit öffentlich verfügbaren Gütern und Dienstleistungen.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG gilt das Benachteiligungsverbot für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum. Die Formulierung „Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen" entspricht dem Sprachgebrauch des AEUV und den dort garantierten Freiheiten, vor allem dem freien Waren- und Dienstleistungsverkehr im Sinne von Art. 28 f., 56 AEUV.[129] Der Begriff der „Dienstleistungen" bezieht sich auf alle Leistungen, die im Wege von Dienst- und Werkverträgen, Geschäftsbesorgungsverträgen, Mietverträgen, Kredit- und Versicherungsverträgen oder vergleichbaren Vertragsverhältnissen erbracht werden.[130] Güter sind demgegenüber die Gegenstände der Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 AEUV, also körperliche Gegenstände, die das Objekt von Handelsgeschäften sein können.[131]

Wesentliche Voraussetzung ist jedoch, dass die Güter und Dienstleistungen öffentlich verfügbar sind. Der Gesetzgeber verweist insofern auf das öffentliche Anbieten des Vertragsschlusses in Annoncen, Auslagen oder im Internet. Entscheidend ist, dass das Angebot über die Privatsphäre des Anbietenden hinausgeht.[132] Maßgeblich ist, ob die Anbietenden bereit sind, ihre Leistungen nach Maßgabe ihrer Kapazitäten an jede*n Interessierte*n zu erbringen.[133]

129 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 2, Rn. 41; Hey in Hey/Forst, AGG, § 2, Rn. 30; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 2, Rn. 27; Franke in Däubler/Bertzbach, AGG, § 2, Rn. 56.
130 BT-Drs. 16/1780, Seite 32.
131 Schlachter in ErfK, AGG, § 2, Rn. 14; Franke in Däubler/Bertzbach, AGG, § 1, Rn. 56.
132 BT-Drs. 16/1780, Seite 32.
133 Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 2, Rn. 29; Heese, NJW 2012, Seite 573.

Das Sekundärrecht sieht Diskriminierungsverbote beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen nur im Hinblick auf die Kategorien „Rasse“ und ethnische Herkunft (RL 2004/43/EG) sowie das Geschlecht (RL 2002/73/EG) vor. Der Gesetzgeber hat das Unionsrecht folglich überobligatorisch umgesetzt, wenn er den Diskriminierungsschutz auf alle Kategorien des § 1 AGG erstreckt. Dies geschah jedoch bewusst, um einen breiten Rahmen gegen Benachteiligungen im alltäglichen Leben zu schaffen.[134]

Kategorien	Arbeitsrecht	Zivilrecht
„Rasse“ und ethnische Herkunft	RL 2000/43/EG	RL 2000/43/EG
	AGG	AGG
Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung	RL 2000/78/EG	–
	AGG	AGG
Geschlecht	RL 2002/73/EG	RL 2004/113/EG
	AGG	AGG
Elternschaft	RL 2019/1158/EU	–
	FPfZG, TzBfG, BEEG, …	–

Überobligatorische Umsetzung des Sekundärrechts (eigene Darstellung).

5.3 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG

Gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist eine Benachteiligung aus den in § 1 AGG genannten Gründen bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse unzulässig.

Es muss sich jedoch um ein sogenanntes Massengeschäft oder ein massengeschäftsähnliches Geschäft handeln. Ein Massengeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass es typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt. Ein massengeschäftsähnliches Geschäft liegt dagegen bei Verträgen vor, bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine

134 BT-Drs. 16/1780, Seite 26.

nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen.[135] Der Gesetzgeber nennt für die „Vielzahl von Fällen" im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG keine Mindestmenge, jedoch werden mindestens drei Vertragsschlüsse vorausgesetzt. Zur Begründung wird auf die Rechtsprechung des BGH zum Vorliegen von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zurückgegriffen, was nach § 305 BGB ebenfalls eine Verwendung solcher Klauseln in einer „Vielzahl von Fällen" erfordert.[136]

Ob der Vertragsschluss ohne Ansehen der Person erfolgt, richtet sich nach der Verkehrssitte; ein*e Anbieter*in kann folglich nicht durch eine diskriminierende Auswahl ihrer Vertragspartner*innen das Vorliegen eines Massengeschäfts abwenden.[137] „Ohne Ansehen einer Person" im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG erfolgt der Vertragsschluss, wenn die Kategorien des § 1 AGG bei der Auswahl der Vertragspartner*innen bei dieser Art von Verträgen typischerweise keine Rolle spielen, diese also nicht nach individualisierten Maßstäben und Merkmalen erfolgt.[138] Paragraf 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG ist in den Fällen einschlägig, in denen der Vertragsschluss zwar durch das Ansehen der Person geleitet, aber gleichwohl von nachrangiger Bedeutung ist, da die anbietende Person mit jeder*jedem geeigneten potenziellen Vertragspartner*in einen Vertrag zu gleichen Konditionen zu schließen bereit ist.[139] Dies kann nach den Vorstellungen des Gesetzgebers vor allem dann angenommen werden, wenn es der anbietenden Person vor allem auf die Zahlungsfähigkeit der Vertragspartner*innen ankommt.[140]

135 Im Einzelnen Franke/Schlichtmann in Däubler/Bertzbach, AGG, § 19, Rn. 1 ff.; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 2, Rn. 15 ff.; Weimann in Hey/Forst, AGG, § 19, Rn. 46 ff.

136 Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 19, Rn. 35; andere Auffassung Franke/Schlichtmann in Däubler/Bertzbach, AGG, § 19, Rn. 29, die diese Schwelle als zu gering ablehnen und für eine Würdigung im Einzelfall plädieren.

137 BT-Drs. 16/1780, Seite 41.

138 BT-Drs. 16/1780, Seite 41.

139 Aus jüngerer Zeit etwa BGH, 5. Mai 2021, VII ZR 78/20, Rn. 15; siehe auch Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 19, Rn. 17 ff.; Weimann in Hey/Forst, AGG, § 19, Rn. 67.

140 BT-Drs. 16/1780, Seite 41.

5.4 Besonderheiten bei der Vermietung von Wohnraum

Für Mietverträge über Wohnraum hat der Gesetzgeber in § 19 Abs. 3 und Abs. 5 AGG eine Spezialregelung aufgenommen. So sind Schuldverhältnisse nach § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG vom Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots ausgenommen, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis begründet wird. Die Bereichsausnahme soll unverhältnismäßige Eingriffe in den engsten Lebensbereich der durch das Benachteiligungsverbot verpflichteten Person verhindern.[141] Das für die Bereichsausnahme erforderliche besondere Nähe- oder Vertrauensverhältnis setzt mehr als die ohnehin durch jedes Schuldverhältnis begründeten wechselseitigen Schutzpflichten der Parteien voraus. Es bedarf einer engen Bindung, die entweder einen starken Bezug zur Privatsphäre der beteiligten Person beinhaltet oder aufgrund ihrer Eigenart auf dem besonderen familiären oder vergleichbaren Vertrauen der Parteien zueinander beruht.[142] Dies ist der Fall, wenn es sich um ein besonderes bedeutendes Geschäft für die verpflichtete Person handelt oder der Vertrag besonders engen oder lang andauernden Kontakt der Parteien erfordert.[143] Bei der Vermietung von Wohnraum wird ein solches Näheverhältnis vermutet, wenn Mieter*innen und Vermieter*innen beziehungsweise deren Angehörige auf dem gleichen Grundstück leben. Diese Bereichsausnahme weist keinen Bezug zum Diskriminierungsgrund Alter auf.

Eine weitere Ausnahme beinhaltet § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG, wonach ein Massengeschäft nicht vorliegt, wenn Vermieter*innen weniger als 50 Wohnungen anbieten.[144] Diese Beschränkung findet im Sekundärrecht keine Stütze. Sie ist daher im Falle einer rassistischen Diskriminierung unionsrechtswidrig.[145] Da der Gesetzgeber das Richtlinienrecht im AGG aber überobligatorisch umgesetzt hat, erweist sich die Regelung im Hinblick auf Benachteiligungen unter anderem wegen des Alters als unproblematisch.

141 BT-Drs. 16/1780, Seite 42.
142 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 19, Rn. 18; Weimann in Hey/Forst, AGG, § 19, Rn. 232; Franke/Schlichtmann in Däubler/Bertzbach, AGG, § 19, Rn. 66.
143 BT-Drs. 16/1780, Seite 16.
144 Dazu Rolfs, NJW 2007, Seite 1490.
145 Vergleiche nur Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 139; Thüsing/Vianden, Rechtsfreie Räume? Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie im Wohnungsbereich, Berlin 2020, Seite 20 speziell zum Schutz vor rassistischen Benachteiligungen.

In der Literatur wird vertreten, dass es sich bei der Wohnraummiete in der Regel nicht um Massengeschäfte im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG handele, da die Anbieter*innen von Wohn- oder Geschäftsräumen ihre Vertragspartner*innen regelmäßig individuell nach vielfältigen Kriterien aus dem Bewerber*innenkreis auswählen. Dabei geben die Liquidität und die Vertrauenswürdigkeit besonderen Ausschlag.[146] Anders kann es sich verhalten, wenn etwa der Vertragsschluss über Hotelzimmer oder Ferienwohnungen über das Internet abgewickelt und somit auf eine individuelle Auswahl verzichtet wird.[147] Eine pauschale Aussage ist jedoch nicht möglich, sondern es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an. Zu berücksichtigen ist auch hier, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Anwendung diskriminierender Kriterien bei der Auswahl potenzieller Vertragspartner*innen gerade keinen nachvollziehbaren Grund bildet, um den Vertrag nicht als Massengeschäft zu qualifizieren.[148] Die entgegenstehende Auffassung des BGH, wonach sich die Auswahl der Vertragspartner*innen auch auf die in § 1 AGG genannten Kriterien erstrecken darf,[149] ist mit dieser Zielsetzung schlechterdings nicht vereinbar. Sie führte dazu, dass der Diskriminierungsschutz inhaltsleer wird, wenn Anbieter*innen bestimmte Interessent*innen pauschal ausgrenzen wollen.

Gemäß § 19 Abs. 3 AGG ist bei der Vermietung von Wohnraum eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig. Bei der Vermietung von Wohnraum darf den bewährten Grundsätzen einer sozialen Stadt- und Wohnungspolitik Rechnung getragen werden. Diese Ziele sind § 6 WoFG[150] entnommen. Die Regelung beinhaltet einen Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Behandlung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe.[151] Damit sollen Ghettobildung und Parallelgesellschaften begegnet werden. Die Gesetzesbegründung wie auch die Literatur rekurriert insofern offenbar vor allem auf die „Rasse“ und die

146 Franke/Schlichtmann in Däubler/Bertzbach, AGG, § 19, Rn. 36; Weimann in Hey/Forst, AGG, § 19, Rn. 118.
147 BT-Drs. 16/1780, Seite 42.
148 BT-Drs. 16/1780, Seite 41.
149 BGH, NJW 2021, Seite 2516, zur Verweigerung des Zutritts zu einer Musikveranstaltung wegen zu hohen Alters, mit kritischer Anmerkung von Grünberger, ebenda Seite 2517.
150 Gesetz über die soziale Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz–WoFG) vom 13. September 2001, BGBl. I, Seite 2376.
151 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 19, Rn. 14; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 19, Rn. 80; Maier-Reimer, NJW 2006, Seite 2580.

ethnische Herkunft[152] und wirft damit unionsrechtliche Bedenken auf.[153] Eine Rechtfertigung nach § 19 Abs. 3 AGG erfordert den Nachweis eines schlüssigen wohnungspolitischen Konzepts der*des Vermieterin*Vermieters.[154]

5.5 Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, § 3 AGG

Das Gesetz unterscheidet im Einklang mit dem Sekundärrecht zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung.

5.5.1 Unmittelbare Diskriminierung, § 3 Abs. 1 AGG

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt gemäß § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Es muss also direkt (unmittelbar) an eine Kategorie nach § 1 AGG angeknüpft werden, wobei irrelevant ist, ob dies offen oder verdeckt geschieht.[155]

Indes stellt nicht jede Ungleichbehandlung wegen eines Benachteiligungsverbots eine Benachteiligung im Sinne von § 19 Abs. 1 AGG dar. Vielmehr muss die abweichende Behandlung für die betroffene Person ungünstig sein, sie muss folglich gegenüber einer anderen zurückgesetzt werden.[156] Ob eine Person weniger günstig behandelt wird als eine andere Person, ist Gegenstand einer wertenden Betrachtung. Dabei ist ein objektiver Vergleichsmaßstab anzulegen.[157] Die maßgebliche Vergleichsgruppe für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen bilden alle am Vertragsschluss interessierten Personen im Fall der Verweigerung

152 BT-Drs. 16/1780, Seite 42; Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 19, Rn. 14; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 19, Rn. 81; vergleiche auch Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz", Berlin 2017, Seite 102.

153 Thüsing/Vianden, Rechtsfreie Räume? Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie im Wohnungsbereich, Berlin 2020, Seite 25; Klose/Braunroth in Däubler/Bertzbach, AGG, § 19, Rn. 54.

154 Rolfs, NJW 2007, Seite 1491.

155 Weinberg, EuZA 2020, Seite 63; Liebel, Diskurs Kindheits- und Jugendforschung 2010, Seite 308; Hey in Hey/Forst, AGG, § 3, Rn. 5.

156 Rupp, RdA 2009, Seite 307; Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 3, Rn. 7; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 3, Rn. 2.

157 BAG, NZA 2012, Seite 1345; siehe auch Rupp, RdA 2009, Seite 307.

des Vertragsschlusses – beziehungsweise alle Personen, mit denen bereits ein solcher Vertrag zu vergleichbaren Bedingungen geschlossen worden ist, im Fall der ungleichen Vertragsgestaltung. Insofern genügt eine hypothetische Betrachtung, das heißt, es ist nicht zwingend erforderlich, dass die Vergleichsperson tatsächlich existiert.[158] Ob eine nach dem AGG zu sanktionierende Zurücksetzung vorliegt, bestimmt sich nicht nach dem subjektiven Empfinden der betroffenen Person, sondern danach, ob ein*e verständige*r Dritte*r in der Situation der*des Betroffenen die infrage stehende Behandlung als Zurücksetzung empfunden hätte.[159]

5.5.2 Schutz vor assoziierten Benachteiligungen

Werden Eltern im Zivilrechtsverkehr wegen des Vorhandenseins von Kindern benachteiligt, trifft dies sie als potenzielle Vertragspartner*innen nicht selbst in einem der in § 1 AGG genannten Gründe. Vielmehr liegt ein Tatbestand der assoziierten Benachteiligung vor. Dieser beschreibt Diskriminierungen von Personen, die zwar ihrerseits keines der Merkmale nach § 1 AGG aufweisen, aber enge familiäre oder persönliche Bindungen zu einer solchen Person haben.[160] Dies betrifft Eltern, die wegen des Alters oder einer Behinderung ihrer Kinder beispielsweise bei der Wohnungssuche benachteiligt werden, aber auch Kinder, die etwa wegen der sexuellen Orientierung ihrer Eltern keinen Kitaplatz erhalten. Ob und inwiefern diese Fälle vom Anwendungsbereich des AGG erfasst sind, ist unklar.[161] Dabei spielt auch eine Rolle, dass solche engen persönlichen Zusammenhänge zwischen den Inhaber*innen des Merkmals und der deswegen benachteiligten Person oftmals nicht erkannt werden.

5.5.2.1 Exkurs: Assoziierte Benachteiligungen im Arbeitsrecht

Eindrücklich belegt dies eine Entscheidung des BAG, in der sich das Gericht mit der Nichtberücksichtigung der Bewerbung einer Mutter auseinanderzusetzen hatte. Auf ihrem Lebenslauf, der der Bewerberin zusammen mit den anderen Bewerbungsunterlagen zurückgeschickt worden war,

158 Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 3, Rn. 3; Hey in Hey/Forst, AGG, § 3, Rn. 7; Schrader/Schubert in Däubler/Bertzbach, AGG, § 2, Rn. 29.
159 Wisskirchen, DB 2006, Seite 1491; Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 3, Rn. 7.
160 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz", Berlin 2017, Seite 52. Welti, ZESAR 2009, Seite 150, verwendet den Terminus „vermittelte direkte Benachteiligung".
161 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 140.

fand sich die handschriftliche und unterstrichene Anmerkung „ein Kind sieben Jahre alt!“[162] Der Arbeitgeber war offensichtlich der Auffassung, dass die Sorge für ein Kind in diesem Alter der erwartungsgemäßen Ausübung einer Vollzeitbeschäftigung entgegensteht. Die Klägerin hatte ihre – im Ergebnis erfolglose – Klage auf Benachteiligung wegen ihres Geschlechts gestützt. Wiewohl die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Coleman[163] bereits sechs Jahre alt war, wurde sie vom BAG nicht thematisiert. Zwar stellen Benachteiligungen einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts dar.[164] Das BAG stellte jedoch klar, dass der Begriff der Mutterschaft nicht auf das Vorhandensein von Kindern rekurriere, sondern in engem Zusammenhang „mit einer kurz bevorstehenden oder gerade erfolgten Entbindung zu verstehen“ sei.[165] Fokus dieser Kategorie ist folglich der an die Geburt anknüpfende Mutterschutz, der tatsächlich einen unmittelbaren Bezug zum biologischen Geschlecht aufweist. Umstände, die Männer wie Frauen aufgrund ihrer Elternschaft gleichermaßen beträfen, können der Kategorie Mutterschaft nicht zugeordnet werden.[166]

Indes könnten – so das BAG – an vermeintlich neutrale Kriterien anknüpfende Personalentscheidungen, die aber auf einem überkommenen Rollenbild basieren und von der Annahme getragen sind, dass Frauen wegen der ihnen zugeschriebenen Kinderbetreuung weniger flexibel oder nur eingeschränkt einsetzbar sein, eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellen.[167] Keine Benachteiligung liege dagegen vor, wenn ein*e Arbeitgeber*in das Vorhandensein kleiner Kinder bei Männern und Frauen gleichermaßen bei der Personalauswahl berücksichtige und damit das Anliegen der Förderung der beruflichen Entwicklung von Eltern (vergleiche § 5 AGG) verfolge. Nur wenn sich das Vorhandensein von Kindern allein bei weiblichen Bewerberinnen negativ auswirke, liege eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vor.[168] Eine mittelbare Diskriminierung verneinte das BAG.[169] Dass das LAG Hamm in der Vorinstanz den Hinweis auf ein siebenjähriges Kind als neutrales Anknüpfungs-

162 BAG, 18. September 2014, 8 AZR 753/13.
163 EuGH, 17. Juli 2008, C-303/06 (Coleman), dazu 3.2.2.
164 So auch die Rechtsprechung des EuGH, 8. November 1990, C-177/88 (Dekker); 4. Oktober 2001, C438/99 (Jiménez Melgar); 18. November 2004, C-284/02 (Sass).
165 BAG, 18. September 2014, 8 AZR 753/13, Rn. 26.
166 LAG Hamm, 6. Juni 2013, 11 Sa 335/13, Rn. 31; so auch Thüsing/Bleckmann, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, Berlin 2021, Seite 25.
167 BAG, 18. September 2014, 8 AZR 753/13, Rn. 29.
168 BAG, 18. September 2014, 8 AZR 753/13, Rn. 31.
169 Anders die Vorinstanz LAG Hamm, 6. Juni 2013 – 11 Sa 335/13, Rn. 32.

kriterium gewertet hatte, beanstandete das BAG nicht. Jedoch seien die Aussagen des Mikrozensus zur Erwerbsquote von Ehefrauen und Müttern nicht geeignet zu belegen, dass Mütter im Bewerbungsverfahren in besonderer Weise benachteiligt würden.[170]

Die Ausführungen offenbaren einen blinden Fleck: Dass eine eventuelle Anknüpfung an das Alter des Kindes diskriminierungsrechtlich gerade nicht neutral ist, wird schlichtweg nicht gesehen. Zwar setzt sich das LAG Hamm mit dem Grundschulalter des Kindes auseinander, es beschränkt sich jedoch auf die Analyse, dass der in diesem Alter zweifelsohne bestehende Betreuungsbedarf gesellschaftlich typischerweise als Aufgabe der Mutter betrachtet werde. Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf wird damit allein als Geschlechterfrage gesehen, nicht aber vom Lebensalter des Kindes her gedacht. Ein Mann wäre – so das LAG Hamm – nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht wegen des Vorhandenseins eines Kindes in diesem Alter abgelehnt worden.[171]

Auch die wenigen Rechtsprechungsberichte, in denen die Entscheidung thematisiert wird, stellen die auf das Geschlecht beschränkte Argumentation nicht infrage.[172] Im Nachgang zur BAG-Entscheidung stelle das LAG Hamm wesentlich darauf ab, dass der*die Arbeitgeber*in das Indiz für eine unmittelbare Benachteiligung der Bewerberin aufgrund ihres Geschlechts wegen tradierter Rollenzuschreibungen nicht habe widerlegen können.[173] Diese Entscheidungen und ihre Rezeption in der Literatur führen zu einer Verstetigung von Rollenzuschreibungen, statt sie aufzubrechen.[174] Sie rekurrieren darauf, dass ein Mann mit Kind nicht abgelehnt worden wäre – damit werden nicht zuletzt Absagen gegenüber Vätern pauschal auf ihre Fachbezogenheit reduziert und sorgebedingte Hindernisse gar nicht erst in Betracht gezogen. Zudem steht und fällt die Benachteiligung der Mütter damit, ob auch Väter diskriminiert würden. Während also die Diskriminierung wegen des (weiblichen) Geschlechts unzulässig ist, klingt darin an, dass eine Benachteiligung von jungen Eltern wohl offenbar unproblematisch wäre. Die Argumentation ist daher abzulehnen; stattdessen ist syste-

170 BAG, 18. September 2014, 8 AZR 753/13, Rn. 40 f.
171 LAG Hamm, 6. Juni 2013, 11 Sa 335/13, Rn. 40.
172 Vergleiche nur Pötters, SAE 2015, Seite 60; Feldhoff, jurisPR-ArbR 8/2016 Anm. 3.
173 LAG Hamm, 11. Juni 2015, 11 Sa 194/15, Rn. 38.
174 Ebenfalls kritisch Thüsing/Bleckmann, jM 2021, Seite 153 sowie Thüsing/Bleckmann, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, Berlin 2021, Seite 31 zum Verständnis von Caregiver Discrimination als mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts.

matisch zutreffend auf eine assoziierte Benachteiligung der Eltern – gleich welchen Geschlechts – wegen des Alters ihres Kindes abzustellen.

5.5.2.2 Übertragbarkeit der Coleman-Rechtsprechung des EuGH auf sonstige assoziierte Benachteiligungen

Nur eine solche Herangehensweise deckt sich mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Coleman.[175] Wesentliches Argument war hier, dass es für den Diskriminierungsschutz – hier: wegen einer Behinderung nach RL 2000/78/EG – nicht darauf ankomme, dass die benachteiligte Person wegen ihrer Behinderung diskriminiert worden ist: Der Gleichbehandlungsgrundsatz gelte „nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in ihrem Art. 1 genannten Gründe".[176] Aus dem Umstand, dass die RL 2000/78/EG auch Regelungen enthalte, die ausschließlich für Menschen mit Behinderung gelten, lasse sich nicht folgern, dass das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung aus Art. 3 Abs. 1 lit. c) RL 2000/78/EG ebenfalls nur einen eingeschränkten personellen Anwendungsbereich hat. Dadurch, dass der EuGH auf alle in der Rahmenrichtlinie genannten Kategorien Bezug nimmt, gilt seine Rechtsprechung auch für Benachteiligungen wegen des Alters.[177]

Die Interpretation ist auch auf das AGG übertragbar. Paragraf 1 AGG statuiert das Ziel, unter anderem Benachteiligungen „aus Gründen" des Alters zu verhindern oder zu beseitigen. Eine Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn eine Person „wegen eines in § 1 genannten Grundes" eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine Person in einer vergleichbaren Situation. Der Wortlaut der Regelungen deutet also nicht darauf hin, dass nur Menschen benachteiligt werden können, die selbst einer der genannten Kategorien zuzuordnen sind. Die Ansprüche wegen einer Benachteiligung stehen nach § 21 Abs. 1 AGG der benachteiligten Person zu; auch hier wird an keiner Stelle die persönliche Merkmalsträgerschaft gefordert. Das AGG lässt sich daher nach Maßgabe der Coleman-Entscheidung richtlinienkonform dahin auslegen, dass es auch die Tatbestände assoziierter Benachteiligung umfasst.[178]

175 Dazu bereits unter 3.2.2.

176 EuGH, 17. Juli 2008, C-303/06 (Coleman), Rn. 38.

177 Siehe auch Sutschet, EuZA 2009, Seite 250, der zugleich darauf hinweist, dass nach dem Wortlaut der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG und nach der Richtlinie 2006/54/EG die diskriminierte Person selbst das betreffende Merkmal aufweisen muss. So auch Schlachter, RdA 2010, Seite 107.

178 Bayreuther, NZA 2008, Seite 988; Sutschet, EuZA 2009, Seite 256; Welti, ZESAR 2009, Seite 150; Schlachter, RdA 2010, Seite 109.

Diese richtlinienkonforme Auslegung betrifft freilich nur das Arbeitsrecht, legt die RL 2000/78/EG doch lediglich den „allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ – so der Titel der Richtlinie – fest. Mit dem AGG hat der Gesetzgeber das Sekundärrecht überobligatorisch umgesetzt, Diskriminierungsschutz wegen anderer Merkmale als „Rasse“ und ethnische Herkunft beziehungsweise Geschlecht ist im Unionsrecht nicht vorgegeben. Der Gesetzgeber wollte die Benachteiligungsverbote im AGG jedoch bewusst breiter anlegen, um „in den wesentlichen Bereichen des alltäglichen Rechtslebens Regelungen für alle Diskriminierungsmerkmale“ zu schaffen.[179] Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Benachteiligung im Zivilrecht anders zu verstehen ist als im Arbeitsrecht – lediglich die Rechtfertigungsmöglichkeiten und Rechtsfolgen unterscheiden sich je nach Rechtsgebiet. Auch soll kein unterschiedliches Schutzniveau für die einzelnen Diskriminierungsgründe entstehen. Ferner lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen, dass die benachteiligte Person selbst einer Diskriminierungskategorie zuzuordnen sein muss. Der Gesetzgeber bedient sich hier des Wortlauts des Sekundärrechts, wenn er darauf hinweist, dass das AGG „nicht auf den Schutz besonderer Gruppen, sondern auf den Schutz vor Benachteiligungen [zielt], die an die in den Richtlinien genannten Merkmale anknüpfen.“[180] Auch für den Begriff der unmittelbaren Benachteiligung rekurriert der Gesetzgeber nur darauf, dass diese „wegen eines der in § 1 erwähnten Merkmale“ erfolgt, nicht aber dass die benachteiligte Person dies selbst aufweisen muss.[181]

Bei der mittelbaren Benachteiligung stellt sich die Bewertung weniger eindeutig: Der Gesetzgeber geht davon aus, dass „Personen oder Personengruppen, bei denen (Herv. d. Verf.) eines der in § 1 genannten Merkmale vorliegt“, durch vermeintlich neutrale Kriterien besonders benachteiligt wird. Das Wort „bei“ kann sowohl auf das eigene Beispiel rekurrieren als auch auf die Nähe zu jemandem hindeuten.[182] Da es sich aber bei der Verweigerung des Abschlusses eines Mietvertrags mit Familien um eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters handelt, muss der Frage an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Die Coleman-Rechtsprechung kann in diesen Konstellationen ohne Weiteres zur Anwendung kommen.

179 BT-Drs. 16/1780, Seite 26.
180 BT-Drs. 16/1780, Seite 30.
181 BT-Drs. 16/1780, Seite 32.
182 Duden, Wörterbuch, Stichwort „bei“, abzurufen unter https://www.duden.de/rechtschreibung/bei (Stand 01.12.2021).

Nicht geklärt ist freilich, wie weit die persönliche oder familiäre Bindung zwischen der benachteiligten und der merkmalstragenden Person sein muss. Einigkeit besteht darüber, dass die Eltern-Kind- sowie die Geschwisterbeziehung auf jeden Fall geschützt ist.[183] Es steht außer Frage, dass Diskriminierungen nicht isoliert auf die Personen wirken, die selbst Träger*innen eines Merkmals sind beziehungsweise denen in benachteiligender Weise bestimmte Eigenschaften zugeschrieben werden. Vielmehr treffen diese Benachteiligungen immer auch alle Personen, die in einer sozialen Beziehung zu ihnen stehen.[184] Erstreckt man den diskriminierungsrechtlichen Schutz auch auf assoziierte Benachteiligungen, schützt man immer auch die Personen, die selbst strukturell benachteiligt sind und ermöglicht ihnen gemeinsam gesellschaftliche Teilhabe.[185]

5.5.3 Mittelbare Diskriminierung, § 3 Abs. 2 AGG

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung nach § 3 Abs. 2 AGG ist ein Hilfsinstrument zur Durchsetzung des eigentlichen Verbots unmittelbarer Benachteiligung. Hierdurch soll verhindert werden, dass über den „Umweg" vorgeschobener, scheinbar neutraler Kriterien diskriminierende Entscheidungen realisiert werden.[186]

Gemäß § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes in besonderer Weise benachteiligen können. Insofern besteht eine Parallele zur Rechtsprechung des BVerfG zum besonderen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 GG: Auch dieser Gleichheitssatz verbietet nicht nur die unmittelbare Anknüpfung an eine der genannten Kategorien, sondern auch die mittelbare Benachteiligung.[187]

Der weit gefasste Wortlaut – „Vorschriften, Kriterien oder Verfahren" – macht deutlich, dass mittelbare Diskriminierungen sowohl im Rahmen von Vereinbarungen – im Arbeitsrecht auch Kollektivvereinbarungen – als auch bei einseitigen Vorgaben der Arbeitgeber*innen beziehungsweise der Anbieter*innen von Gütern und Dienstleistungen vorliegen können.[188]

183 Bayreuther, NZA 2008, Seite 987; Schlachter, RdA 2010, Seite 109; für eine weite Interpretation Lindner, NJW 2008, Seite 2752; Sutschet, EuZA 2009, Seite 252.
184 Welti, ZESAR 2009, Seite 151.
185 Welti, ZESAR 2009, Seite 152.
186 Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, Seite 1236; Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 3, Rn. 20.
187 Weinberg, EuZA 2020, Seite 63; vergleiche etwa BVerfGE 97, 35, 43; 104, 373, 393; 121, 241, 254 f.
188 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 3, Rn. 21.

„Dem Anschein nach neutral" ist eine Regelung, die explizit keinen Bezug zu einer der in § 1 AGG genannten Kategorien beinhaltet. Hierin liegt der wesentliche Unterschied zur unmittelbaren Benachteiligung. Die vermeintlich neutrale Anknüpfung muss jedoch geeignet sein, Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes im Vergleich zu anderen Personen besonders zu benachteiligen. Maßgeblich sind also die tatsächlichen Auswirkungen solcher Regeln und Maßstäbe.[189] Auch insofern sind wiederum Vergleichsgruppen zu bilden, welche die von der in Rede stehenden Anknüpfung berührten Personen einbeziehen.[190] Im Zivilrecht sind wiederum potenzielle beziehungsweise tatsächliche Vertragspartner*innen heranzuziehen. Die besondere Benachteiligung kann sich sowohl aus einer statistischen Betrachtung ergeben als auch daraus, dass Merkmale zugrunde gelegt werden, die bestimmte Personengruppen schlechterdings nicht oder nur schwer erfüllen können.[191]

Eine genaue Abgrenzung beider Benachteiligungsformen ist erforderlich, weil für die mittelbare Diskriminierung ein erleichterter Rechtfertigungsmaßstab gilt. Eine Ungleichbehandlung ist zulässig, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.[192] Rechtmäßig ist ein Ziel, wenn es nach objektiven Maßstäben billigenswert ist.[193] Die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Benachteiligung zur Erreichung dieses Ziels ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung im jeweiligen Einzelfall zu ermitteln.[194] Überdies lässt die sachliche Legitimation und Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung ausweislich des Wortlauts von § 3 Abs. 2 AGG die mittelbare Benachteiligung schon tatbestandsmäßig entfallen. Sie wirkt also nicht erst auf der Rechtfertigungsebene. Ein Rückgriff auf die Rechtfertigungsgründe nach § 20 AGG ist insofern nicht notwendig.

189 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz", Berlin 2017, Seite 39.
190 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 3, Rn. 24; Schrader/Schubert in Däubler/Bertzbach, AGG, § 3, Rn. 49; vergleiche dazu etwa BAG, NZA 2011, Seite 1361.
191 Dazu Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 3, Rn. 31 ff. mit Beispielen aus dem Arbeitsrecht; siehe auch Schrader/Schubert in Däubler/Bertzbach, AGG, § 3, Rn. 62.
192 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 3, Rn. 23; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 3, Rn. 26; Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz", Berlin 2017, Seite 59.
193 BAG, NZA 2010, Seite 625; dazu auch Hey in Hey/Forst, AGG, § 3, Rn. 54.
194 Siehe dazu die einzelnen Fallgruppen in Kapitel 6.

5.5.4 Mögliche Rechtfertigungsgründe für unmittelbare Diskriminierungen, § 20 AGG

Unmittelbare Benachteiligungen wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts bei der Begründung, Durchführung und Beendigung eines zivilrechtlichen Schuldverhältnisses stehen nach § 20 Abs. 1 AGG der Rechtfertigung offen. Dies erfordert einen sachlichen Grund, der am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen ist, § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG. § 20 Abs. 1 Satz 2 AGG formuliert Regelbeispiele, bei denen eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein kann. Dies betrifft Ungleichbehandlungen zur Vermeidung oder Verhütung von Gefahren und Schäden oder vergleichbaren Zielen (Nr. 1), zum Schutz der Intimsphäre und der persönlichen Sicherheit (Nr. 2), zur Gewährung besonderer Vorteile, bei denen kein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung besteht (Nr. 3)[195] oder aufgrund der Religionszugehörigkeit, wenn sie durch das Selbstverständnis einer Religionsgemeinschaft geboten sind (Nr. 4). Die Regelbeispiele leiten auch die Auslegung des sachlichen Grundes nach § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG,[196] das heißt, dieser muss wertungsmäßig die gleiche Schwere und Bedeutung aufweisen, nachvollziehbar und nicht willkürlich sein.[197]

Für Versicherungsverträge ist in § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG eine Spezialregelung getroffen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist in diesen Fällen nur zulässig, wenn sie auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht.

5.6 Positive Maßnahmen, § 5 AGG

Nach § 5 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn dadurch bestehende Nachteile tatsächlicher oder struktureller Art für nach § 1 AGG besonders geschützte Personen verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Der Begriff „Maßnahme“ umfasst alle denkbaren Handlungen, die auf eine Verhinderung oder Beseitigung von Nachteilen wegen eines in

195 Ein praxisrelevantes Beispiel dafür bieten Preisnachlässe oder sonstige Sonderkonditionen, dazu ausführlich unter 6.6.
196 BT-Drs. 16/1780, Seite 43.
197 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, Berlin 2017, Seite 104.

§ 1 AGG genannten Grundes gerichtet sind.[198] Der Begriff des Nachteils ist ebenfalls weit zu verstehen und erfasst Nachteile tatsächlicher wie struktureller Art.[199]

Ob es sich dabei um einen weiteren Rechtfertigungsgrund neben § 20 AGG handelt oder ob eine positive Maßnahme schon tatbestandlich keine Benachteiligung darstellt, ist umstritten, kann im Ergebnis aber dahinstehen. Hintergrund der Regelung ist die Annahme, dass das Interesse an einer zielgerichteten Förderung von Minderheiten das Interesse Einzelner am Schutz vor Benachteiligung überwiegt. Sie zielt vor allem auf die (arbeitsrechtliche) Förderung unterrepräsentierter oder strukturell benachteiligter Bevölkerungsgruppen,[200] beschränkt sich jedoch nicht auf diese. So sind alle Maßnahmen, die speziell dazu dienen, Kinder als „Menschen jungen Alters" besonders zu fördern, zulässig, wenn damit strukturelle Nachteile von Kindern auf dem Markt für Güter und Dienstleistungen ausgeglichen werden. Auch § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GG lässt sich als besondere Ausprägung positiver Maßnahmen im Zivilrecht verstehen.[201]

5.7 Mehrfachdiskriminierungen, § 4 AGG

Diskriminierungen knüpfen nicht immer ausschließlich an einer der in § 1 AGG genannten Kategorien an, sondern bestimmte Personengruppen werden oftmals aufgrund mehrerer Merkmale zugleich benachteiligt.[202] Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung wird zuweilen so verstanden, dass er sich auf Benachteiligungen in ein- und demselben Vertragsverhältnis bezieht, die sich im Zeitverlauf aufsummieren.[203] Diese Sichtweise wird kritisiert, da die formelle Trennung einzelner Kategorien beziehungsweise daran anknüpfender Zuschreibungen kaum möglich ist. Stattdessen wird darauf abgestellt, dass sich in einem Fall Benachteiligungen wegen verschiedener Kategorien kumulieren, also insgesamt aufsummieren.[204] Der Begriff der intersektionalen Diskriminierung rekurriert dagegen auf Be-

198 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 5, Rn. 6; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 5, Rn. 5; Hey in Hey/Forst, AGG, § 5, Rn. 6.
199 BT-Drs. 16/1780, Seite 34.
200 Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 5, Rn. 3; Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz", Berlin 2017, Seite 60.
201 Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 5, Rn. 26.
202 BT-Drs. 16/1780, Seite 33.
203 Schiek, NZA 2004, Seite 875 f.
204 Holtzleithner in Hommel/Scherr, Diskriminierung, Seite 97 f.; Weinberg, EuZA 2020, Seite 61.

nachteiligungen, die gerade durch das Zusammenwirken verschiedener Kategorien gekennzeichnet sind, weil eine Person verschiedene Kategorien in sich vereint, diese jedoch für sich genommen keine Anknüpfung für eine Benachteiligung wären.[205]

Ein umfassender Schutz vor Diskriminierungen ist im Falle der Mehrfachdiskriminierung nur gewährleistet, wenn alle Benachteiligungen gleichermaßen sanktioniert werden können, die betroffene Person also nicht gezwungen ist, sich auf einzelne Kategorien zu stützen, ohne die anderen zu thematisieren.[206] Dem trägt § 4 AGG Rechnung. Eine Benachteiligung kann danach nur gerechtfertigt sein, wenn für jedes der betroffenen Merkmale ein eigener Rechtfertigungsgrund nach § 20 AGG erfüllt ist. Der Umstand, dass die an eine Kategorie anknüpfende Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, führt also nicht automatisch zur Rechtfertigung der an eine andere Kategorie anknüpfenden Ungleichbehandlung.[207] Solche Fälle von Mehrfachdiskriminierung können etwa vorliegen, wenn einer Familie „mit Migrationshintergrund" der Abschluss eines Mietvertrags über eine Wohnung wegen ihrer ethnischen Herkunft und wegen des Vorhandenseins von Kindern verweigert wird. Ähnliche Fälle betreffen etwa die Aufnahme in Kindertagesstätten, wenn ein freier Platz im Interesse der Gruppenzusammensetzung nur an ein Kind bestimmten Alters und bestimmten Geschlechts vergeben werden soll.[208]

5.8 Rechtsfolgen, § 21 AGG

Paragraf 21 AGG normiert die Ansprüche und Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Verbot der Benachteiligung im Zivilrecht. Dabei sieht § 21 Abs. 1 AGG einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der Benachteiligung vor. Wiewohl der im ursprünglichen Entwurf des AGG noch enthaltene Kontrahierungszwang keinen Eingang in § 21 AGG gefunden hat, lässt sich dieser aus dem Beseitigungsanspruch herleiten. Ist der Abschluss des Vertrags noch möglich und wurde einer*einem Interessentin*Interessenten der Vertragsschluss in benachteiligender Weise ohne sachlichen Grund verweigert, erweist sich der Kontrahierungszwang als schlüssiger und ein-

205 Schiek, NZA 2004, Seite 875 f.; Holtzleithner in Hommel/Scherr, Diskriminierung, Seite 98; Weinberg, EuZA 2020, Seite 61.
206 Holtzleithner in Hommel/Scherr, Diskriminierung, Seite 99.
207 BT-Drs. 16/1780, Seite 33; siehe auch BAG, 26.1.2017, 8 AZR 848/13, Rn. 36.
208 Dazu unter 6.4.3.1 und 6.4.3.2.

zig wirksamer actus contrarius.[209] Für Arbeitsverträge schließt § 15 Abs. 6 AGG einen Kontrahierungszwang explizit aus. Auch dies spricht dafür, dass ohne ausdrückliche Regelung für zivilrechtliche Verträge ein Anspruch auf Vertragsschluss angenommen werden kann.

Paragraf 21 Abs. 2 AGG regelt einen Sekundäranspruch, nämlich den Ersatz von Schäden materieller oder immaterieller Art; Ansprüche aus unerlaubter Handlung nach §§ 823 ff. BGB bleiben davon unberührt. Nach § 21 Abs. 5 AGG sind die Ansprüche innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach Entstehung des Anspruchs geltend zu machen.

Inhaber*in der Ansprüche nach § 21 AGG ist „der Benachteiligte". Weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Gesetzesbegründung[210] legen nahe, dass nur (potenzielle) Vertragspartner*innen Beseitigungs- und Unterlassungs- sowie Schadensersatzansprüche geltend machen können. Berechtigt sind vielmehr alle Personen, die wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes einen Nachteil erlitten haben. Wird ein Vertrag zugunsten Dritter angebahnt oder abgeschlossen, kann auch die dritte Person, die nach § 328 Abs. 1 BGB einen eigenen Leistungsanspruch hat, die Ansprüche nach § 21 AGG geltend machen. Dies betrifft etwa Verträge zur medizinischen Behandlung von Kindern. Ausgeschlossen ist lediglich, dass die dritte Person Ansprüche geltend macht, die das Vertragsverhältnis umgestalten, denn sie ist nicht selbst Vertragspartner*in. Auf Sekundäransprüche etwa nach § 280 Abs. 1 in Verbindung mit § 311 BGB trifft dies jedoch nicht zu.[211] Dies muss ebenso für die diskriminierungsrechtlichen Schadensersatzansprüche gelten. Auch für Verträge mit Schutzwirkung für Dritte – dies betrifft etwa Mietverträge, in deren Schutzbereich die im Haushalt lebenden Kinder der Vertragspartner*innen einbezogen sind – besteht Konsens, dass sie eigene vertragliche Schadensersatzansprüche erwerben, wenn sie von der*dem Vertragspartner*in in zurechenbarer Weise schuldhaft in ihren Rechten verletzt werden.[212] Es besteht kein Anlass, dies für Ansprüche nach dem AGG anders zu beurteilen.

209 Thüsing in MüKo, BGB, § 21, Rn. 17 mit weiteren Nachweisen zum Streitstand in der Literatur.
210 BT-Drs. 16/1780, Seite 46.
211 Vergleiche Gottwald in MüKo, BGB, § 328, Rn. 31.
212 Siehe nur BGHZ 193, 297, Rn. 13 ff.; zu den Voraussetzungen im Einzelnen Gottwald in MüKo, BGB, § 328, Rn. 192 ff.

6. Fallgruppen der Benachteiligung von und wegen Kindern im Zivilrechtsverkehr

Im Folgenden werden die Fallgruppen rechtlich bewertet, in denen Diskriminierungserfahrungen von Kindern und Jugendlichen beziehungsweise von Eltern wegen ihrer Kinder dokumentiert worden sind. Diese ergeben sich aus empirischen Befunden, haben aber nur vereinzelt die Rechtsprechung erreicht. Der Fokus liegt auf öffentlich verfügbaren Gütern und Dienstleistungen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG.

6.1 Zugang zu Wohnraum

Angesichts der Knappheit von Wohnungen ist die Konkurrenz um angemessenen und preiswerten Wohnraum hoch. Besonders häufig werden rassistische Diskriminierungen von Wohnungssuchenden[213] dokumentiert,[214] aber auch der soziale Status, insbesondere der Bezug von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende, erweist sich als Diskriminierungsrisiko.[215] Darüber hinaus werden Familien immer wieder auf dem Wohnungsmarkt benachteiligt; das Vorhandensein von Kindern erweist sich damit als Hindernis für den Zugang zu Wohnraum.[216] Dabei liegen häufig intersektionale Benachteiligungen vor, etwa wenn migrantische Familien – die bereits aufgrund rassistischer Zuschreibungen auf dem Wohnungsmarkt strukturell benachteiligt sind – mit einer (potenziell) großen Zahl

213 Im Folgenden wird wegen der weiten Verbreitung von Mietwohnungen der Fokus auf Mietverhältnissen über Wohnraum liegen; der Erwerb von Wohneigentum wird nicht berücksichtigt. Insofern gelten aber gleiche Maßstäbe, sodass die Ergebnisse übertragbar sind.

214 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 128; Müller, Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt, Seite 17 f.; zur rechtlichen Bewertung umfassend Thüsing/Vianden, Rechtsfreie Räume? Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie im Wohnungsbereich, Berlin 2020.

215 Dazu Kraft/Mense/Wrede, NZM 2020, Seite 827.

216 Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 205 f.; Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2017, Berlin 2017, Seite 19.

von Kindern assoziiert werden.[217] Die Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche haben ihre Ursache nicht allein in der Knappheit hinreichend großer Wohnungen und den damit verbundenen hohen Aufwendungen für Miete und Nebenkosten. Familien werden im Vergleich zu Kinderlosen als weniger attraktiv angesehen, weil ihnen Lärmbelästigungen zugeschrieben werden.

Der Diskriminierungsschutz beim Zugang zu Wohnraum ist wegen § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG, wonach bei der Vermietung von weniger als 50 Wohnungen durch eine*n Vermieter*in in der Regel kein Massengeschäft vorliegt, ohnehin erschwert.[218] Auch in den Fällen, in denen Vermieter*innen oder deren Angehörige auf dem Grundstück wohnen, auf dem auch die Mietwohnung gelegen ist, besteht kein Schutz vor Benachteiligungen. Die berechtigte Kritik an diesen Regelungen[219] sei an dieser Stelle nicht wiedergegeben, sondern für die Zwecke des Gutachtens wird unterstellt, dass die Schwelle zum Massengeschäft überschritten ist beziehungsweise kein besonderes räumliches Näheverhältnis zwischen den Parteien des Mietvertrags besteht.

6.1.1 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien?

Eine unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG liegt vor, wenn Vermieter*innen explizit auf das Alter der Kinder rekurrieren, also den Vertragsschluss verweigern, wenn etwa eine Familie mit Kleinkindern Interesse an einer Wohnung bekundet. Werden Wohnungen „nicht an Familien“ beziehungsweise „nur an Kinderlose“ vermietet, wird der Vertragsschluss formal von einem Kriterium abhängig gemacht, das in § 1 AGG nicht explizit normiert ist. Dies zielt jedoch ebenso darauf zu verhindern, dass Kinder oder Jugendliche in der Wohnung leben werden; das verwendete Kriterium ist folglich nicht „dem Anschein nach neutral“, sondern formuliert lediglich in anderen Worten, dass Kinder unerwünscht sind. Es handelt sich folglich gleichermaßen um einen Fall der unmittelbaren Diskriminierung der Kinder wegen des Alters. Dies gilt selbst wenn keine konkrete am Ver-

217 Müller, Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt, Seite 63; Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 208.

218 Dazu Rolfs, NJW 2007, Seite 1490.

219 Vergleiche nur Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 139; Thüsing/Vianden, Rechtsfreie Räume? Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie im Wohnungsbereich, Berlin 2020, Seite 20 speziell zum Schutz vor rassistischen Benachteiligungen.

tragsschluss interessierte Person identifiziert werden kann. In der Rechtssache Feryn[220] hat der EuGH eine unmittelbare Benachteiligung aus Gründen der „Rasse“ bejaht, nachdem ein Arbeitgeber öffentlich angekündigt hatte, keine „Menschen fremder Herkunft“ als Monteur*innen in seinem Unternehmen zu beschäftigen, da Kund*innen diese nicht gern in ihre Wohnungen lassen würden. Solche Äußerungen seien geeignet, bestimmte Menschen von einer Bewerbung abzuschrecken und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt zu gefährden. Dass keine konkrete Person identifizierbar sei, die sich wegen der Äußerungen nicht bei diesem Arbeitgeber beworben hat, sei unschädlich.[221] Der EuGH stützte sich insofern auf das Ziel der Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG, günstige Bedingungen für einen Arbeitsmarkt zu schaffen, der die soziale Integration fördert. Diese Rechtsprechung kann auch für den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen fruchtbar gemacht werden. Auch hier haben die Regelungen des Antidiskriminierungsrechts das Ziel, allen Menschen gleichermaßen den Zugang zu solchen öffentlich angebotenen Leistungen zu eröffnen. Durch Aussagen, dass eine Wohnung nicht an Familien oder nur an Kinderlose vermietet wird, werden Eltern von vornherein abgeschreckt, sich auf entsprechende Wohnungsanzeigen zu melden. Bereits dies schränkt ihre Position auf dem Wohnungsmarkt ein, sodass es nicht darauf ankommt, ob eine konkrete Person identifiziert werden kann, die Interesse am Mietvertragsschluss hat.

Andere gegen Kinder gerichtete Maßnahmen, etwa eine Klausel in einem Wohnungsmietvertrag, die Vermieter*innen ein Kündigungsrecht für den Fall der Geburt eines Kindes einräumt, sind nicht vom Anwendungsbereich des AGG erfasst. Sie sind jedoch sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB.[222]

Wird einer Regenbogenfamilie der Abschluss eines Mietverhältnisses mit der Begründung verweigert, man vermiete nicht an Wohngemeinschaften, kann darin eine mittelbare Benachteiligung aus Gründen der sexuellen Identität liegen. So wenig dies hinnehmbar ist,[223] liegt darin doch keine Benachteiligung von oder wegen Kindern, sodass diese Fälle im Rahmen dieses Gutachtens außer Betracht bleiben.

220 EuGH, 10. Juli 2008, C-54/07 (Feryn); dazu 3.2.1.

221 Bayreuther, NZA 2008, Seite 988 verwendet daher den Begriff der hypothetischen Diskriminierung.

222 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, Berlin 2017, Seite 120 sowie Bieber in MüKo, BGB, § 540, Rn. 6.

223 Siehe auch AG Nürnberg, 21. Dezember 1992, 25 C 7444/92, Rn. 5 bereits vor Inkrafttreten des AGG und der unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien für ein homosexuelles Paar.

Zuweilen werden in Anzeigen Eigenschaften wie eine „ruhige Wohnanlage" hervorgehoben. Ob darin unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Feryn eine Benachteiligung gesehen werden kann, ist fraglich. Der Hinweis auf eine ruhige Wohnlage oder auf die Eignung einer Wohnanlage für Senior*innen allein weist eine andere Qualität auf als der offene und pauschale Ausschluss von Familien mit Kindern, der den herabsetzenden Äußerungen des Arbeitgebers in der Rechtssache Feryn vergleichbar wäre. Solche Äußerungen erlauben nicht den automatischen Rückschluss auf eine Benachteiligung von Familien mit (kleinen) Kindern bei der Vertragsanbahnung. Sie lassen sich vielmehr auch als Ausweis einer verkehrsberuhigten Lage oder der Barrierefreiheit der Wohnung verstehen. Daran können auch Familien ein besonderes Interesse haben, die dadurch etwa einen erleichterten Zugang zum Gebäude mit Kinderwagen haben oder ihre Kinder ungefährdet außerhalb der Wohnung spielen lassen können.[224]

Für das Vorliegen einer Benachteiligung im Sinne von § 3 AGG ist es irrelevant, ob die Ablehnung der Familie mit Kindern durch Vermieter*innen selbst oder durch von diesen eingeschaltete Dritte, etwa durch Makler*innen oder Hausverwalter*innen, erfolgt. In den Fällen, in denen keine Anweisung zur Benachteiligung nach § 3 Abs. 5 AGG vorliegt, kann ohne Weiteres auf die Normen des Schuldrechts zurückgegriffen werden, welche im Unterschied zum AGG jedoch ein Verschulden der benachteiligenden Person voraussetzen.[225]

6.1.2 Schutz der Eltern vor Benachteiligungen wegen ihrer Kinder

Wird der Abschluss eines Mietvertrags wegen des Vorhandenseins von Kindern abgelehnt, werden die Eltern als potenzielle Vertragspartner*innen wegen des Alters ihrer Kinder benachteiligt. Es handelt sich folglich um eine assoziierte Benachteiligung.[226]

224 Derleder, NZM 2007, Seite 625.

225 Thüsing in MüKo, BGB, AGG § 19, Rn. 130; siehe auch OLG Köln, NJW 2010, Seite 1676 (Haftung einer Wohnungseigentümerin aus § 831 BGB für rassistisches Verhalten der mit der Wohnungsbesichtigung betrauten Hausmeisterin als Verrichtungsgehilfin); LG Stendal, 6. November 2013, 21 O 240/12 (Zurechnung des Verschuldens eines angestellten Arztes nach § 276 BGB als Erfüllungsgehilfe eines Krankenhauses wegen einer Behandlungsverweigerung aus rassistischen Gründen).

226 Ausführlich unter 5.5.2.

Dass Eltern und Kinder in diesem Fall diskriminierungsrechtlich geschützt sind, ergibt sich auch aus der schuldrechtlichen Systematik des Mietverhältnisses. Leben Kinder zusammen mit ihren Eltern in einer Mietwohnung, sind sie keine „Dritten" im Sinne von § 540 BGB.[227] Vermieter*innen müssen die Aufnahme von Kindern ungefragt hinnehmen, Eltern müssen keine Zustimmung dazu einholen. Dies ist Ausdruck des besonderen verfassungsmäßigen Schutzes der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG.[228] Kindern kommen die Leistungen im Rahmen des Mietverhältnisses ihrer Eltern folglich bestimmungsgemäß und unmittelbar zugute, und dies ist für die andere Vertragspartei auch erkennbar. Es handelt sich damit um einen klassischen Fall eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte.[229] Verletzt ein*e Vertragspartner*in schuldhaft die Rechte dieser in die Schutzwirkung des Vertrags einbezogenen Dritten, haben diese einen eigenen vertraglichen Haftungsanspruch.[230]

Das BVerfG hat zudem anerkannt, dass die durch das Grundgesetz vorgegebene objektive Werteordnung in Privatrechtsverhältnissen nicht ausschließlich den Vertragsparteien zugutekommt, sondern auch im Hinblick auf die Personen zu berücksichtigen ist, die ein*e Mieter*in berechtigterweise in ihren Haushalt aufgenommen hat. Daher war ein Vermieter wegen des Verbots der Benachteiligung wegen einer Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verpflichtet, den Einbau eines Treppenlifts durch einen Mieter zu dulden, der mit seiner gehbehinderten Lebenspartnerin in der Mietwohnung lebte.[231] Das LAG München hat mit einer ähnlichen Argumentation entschieden, dass der Vermieter den Einbau einer Satellitenschüssel dulden muss, damit die Informationsfreiheit (Art. 5 GG) des türkischstämmigen Lebenspartners seines Mieters gewährleistet ist.[232] Die Rechtsprechung verfolgt damit die Linie, dass die Grundrechte aller Personen, die berechtigt in den Haushalt von Mieter*innen aufgenommen sind, im zivilrechtlichen Vertragsverhältnis zu berücksichtigen sind, sich die Abwägung also nicht auf die Interessen der unmittelbaren Vertragsparteien beschränkt.

227 Bieber in MüKo, BGB, § 540, Rn. 5.
228 Siehe auch BGH, NJW 2004, Seite 57.
229 BGHZ 49, 350, 353 ff; 61, 227, 233, zu den Kriterien des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte Gottwald in MüKo, BGB, § 328, Rn. 182 ff.
230 Im Einzelnen Gottwald in MüKo, BGB, § 328, Rn. 192 ff.
231 BVerfG, NJW 2000, Seite 2659 f.
232 LG München I, 5. August 2004, 31 S 1039/04, Rn. 16.

Die Anerkennung des Tatbestands der assoziierten Benachteiligung im AGG birgt folglich keinen Bruch mit der Systematik des Schuldrechts, sofern der Zugang zu öffentlich verfügbaren Gütern und Dienstleistungen in Rede steht.

6.1.3 Rechtfertigungsgründe

Unmittelbare Benachteiligungen bei Zugang zu öffentlich verfügbaren Gütern und Dienstleistungen stehen der Rechtfertigung offen. Für die Vermietung von Wohnraum beinhaltet § 19 Abs. 3 AGG einen besonderen Rechtfertigungstatbestand. Im Übrigen ist die Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG bei Vorliegen eines sachlichen Grunds möglich, für den § 20 Abs. 1 Satz 2 AGG Regelbeispiele nennt.

6.1.3.1 Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen, § 19 Abs. 3 AGG

Paragraf 19 Abs. 3 AGG erlaubt die Ungleichbehandlung bei der Vermietung von Wohnraum „im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen". Die Vereinbarkeit dieser Rechtfertigungsmöglichkeit mit dem Unionsrecht wird für die Kategorien „Rasse" und ethnische Herkunft verneint, da sie keine Grundlage im Sekundärrecht hat. Für die sonstigen Kategorien ist sie jedoch aufgrund der überobligatorischen Umsetzung des Richtlinienrechts im AGG unproblematisch.[233]

Der Gesetzgeber stellt jedoch klar, dass auf diese Regelung keine Ungleichbehandlungen gestützt werden können, die zur Unterrepräsentanz bestimmter Gruppen führen. Vielmehr sollen integrative Stadträume geschaffen werden, in denen die „Kulturen ohne wechselseitige Ausgrenzung" zusammenleben können.[234] Diese recht abstrakten Aussagen lassen keine Rückschlüsse auf die Wohnsituation von Kindern und Jugendlichen und deren Eltern zu. Die Gefahr einer „Ghettobildung" oder der Entstehung von „sozialen Brennpunkten" beziehungsweise „Parallelgesellschaften", die durch § 19 Abs. 3 AGG abgewendet werden soll,[235] dürfte jedenfalls kaum auf Familien zu beziehen sein. Die Verweigerung des Vertragsschlusses mit einer Familie wegen des Vorhandenseins von Kindern kann daher nicht auf

233 Thüsing/Vianden, Rechtsfreie Räume? Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie im Wohnungsbereich, Berlin 2020, Seite 25.
234 BT-Drs. 16/1780, Seite 42.
235 Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 19, Rn. 81.

§ 19 Abs. 3 GG gestützt werden, da dies offensichtlich nicht von der Intention des Gesetzgebers gedeckt ist.

Überdies müssten Vermieter*innen nachweisen, dass sie sich bei der Auswahl unter den Mietinteressent*innen von den Grundsätzen einer ausgewogenen Wohnungspolitik leiten lassen, was die Vorlage eines schlüssigen Integrationskonzepts für die von ihnen zu vermietenden Wohnungen voraussetzt.[236] Auch diese Anforderung wird in aller Regel nicht erfüllt sein.

6.1.3.2 Kein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung

Die Regelbeispiele nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2 und 4 AGG sind ersichtlich nicht relevant, wenn Familien der Abschluss eines Mietvertrags verweigert wird. Ein Fall des § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AGG, also der Gewährung besonderer Vorteile an eine Gruppe, bei der das Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt, ist bei reinen Senior*innenwohnanlagen gegeben.[237] Diese sind so stark auf die Bedürfnisse alter und hochbetagter Menschen zugeschnitten und oftmals an soziale Begleitangebote wie etwa Betreutes Wohnen angebunden, von denen Familien nicht profitieren könnten. Solche spezifischen Wohnanlagen sind daher als sozial anerkannt zu betrachten, weswegen kein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung aller Altersgruppen beim Zugang zu diesen besteht.

6.1.3.3 Furcht vor Kinderlärm als sachlicher Grund?

Das Anliegen, Wohnungen nicht an Familien zu vermieten, beruht offenkundig auf der Annahme, dass die übrigen Mieter*innen im Gebäude oder in der Wohnanlage durch Lärm oder Gegenstände wie Kinderwagen gestört werden. Dass Kinder Lärm verursachen, ist eine notwendige Begleiterscheinung ihres Aufwachsens. Ein sachlicher Grund im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG setzt jedoch voraus, dass sich die Benachteiligung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht als „sozial verwerfliche Unterscheidung“ erweist.[238] Die Benachteiligung muss folglich einem legitimen Ziel dienen, geeignet und angemessen sein.[239]

236 Rolfs, NJW 2007, Seite 1491; Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 19, Rn. 85; Bauer/Krieger/Günther, AGG, § 19, Rn. 14.
237 Derleder, NZM 2007, Seite 628.
238 BT-Drs. 16/1780, Seite 43.
239 Vergleiche nur Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 20, Rn. 14; Rolfs, NJW 2007, Seite 1491.

a) Schutz des Ruhebedürfnisses als legitimes Anliegen

Zwar ist das auskömmliche und störungsfreie Zusammenleben aller Mieter*innen ein legitimes Ziel, an dem auch Vermieter*innen ein berechtigtes Interesse haben. Ein*e Vermieter*in schuldet die Überlassung der Mietsache in einem Zustand, in dem sie sich zum vorgesehenen Gebrauch eignet. Dieser muss während der gesamten Laufzeit der Mietsache aufrechterhalten werden, § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Mängel der Mietsache muss der*die Vermieter*in beseitigen. Während der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit müssen Mieter*innen nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich einen geminderten Mietzins entrichten. Unerhebliche Minderungen der Tauglichkeit sind jedoch unbeachtlich, § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB.

Die Wohnung bildet das „Zentrum der persönlichen Existenz“;[240] dies gilt für alle Bewohner*innen, zwischen deren Interessen ein Ausgleich gefunden werden muss. Neben dem Zugang zu den Räumlichkeiten zählt auch deren Nutzung als Wohnraum entsprechend den eigenen Vorstellungen. Diese eigenen Vorstellungen und Nutzungsabsichten finden eine Grenze in den Interessen der Mitbewohner*innen. Lärm – egal ob von Vermieter*innen, Mitmieter*innen oder Dritten verursacht – kann sich, insbesondere wenn er eine hohe Intensität aufweist und lange andauert, auf die Gesundheit auswirken. Lärm kann daher grundsätzlich einen Mangel der Mietsache begründen.[241] Wegen der Subjektivität des Lärmempfindens sind Konflikte nicht immer vermeidbar, jedoch muss im Einzelfall neben technischen Vorgaben des Immissionsschutzes auch und vor allem die Sozialadäquanz der Geräuschentwicklung berücksichtigt werden.

b) Exkurs: Die Privilegierung von Kinderlärm in § 22 Abs. 1a BImSchG

Kinderlärm war in der Vergangenheit oftmals Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen – seien es mietrechtliche Streitigkeiten, seien es bau- oder immissionsschutzrechtliche Klagen etwa gegen Einrichtungen und Anlagen für Kinder. Auch wenn diese nicht immer erfolgreich waren,[242] sah der Gesetzgeber ein Regelungsbedürfnis, um ein „Signal für eine kinderfreundliche Gesellschaft“ zu setzen.[243] Seit 2011 sind nach § 22 Abs. 1a BImSchG „Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen,

240 Häublein in MüKo BGB, § 535, Rn. 81.
241 Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, BGB, § 536, Rn. 115.
242 Vergleiche BVerwG, NJW 1992, Seite 1780, zur baurechtlichen Klage gegen einen Spielplatz in einem Wohngebiet.
243 BT-Drs. 17/5709, Seite 1.

Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätzen durch Kinder hervorgerufen werden, [...] im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung."[244] Mit der Neuregelung sollte nicht nur deutlich gemacht werden, dass Kinderlärm sozialadäquat ist und damit einem „besonderen Toleranzgebot der Gesellschaft"[245] unterliegt, sondern es sollte auch die Ansiedlung von Einrichtungen für Kinder in Wohngebieten gefördert werden.[246] Insgesamt wurden die von Kindern verursachten Geräusche damit vom „Stigma der Schädlichkeit" befreit.[247] Dies gilt jedoch nur „im Regelfall". In atypischen Fällen kann weiterhin eine schädliche Umwelteinwirkung vorliegen.[248]

Hintergrund der immissionsschutzrechtlichen Privilegierung ist, dass die Betreiber*innen nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen – zu denen Spiel- oder Freizeitsportplätze zählen – verpflichtet sind, schädliche Umwelteinwirkungen zu vermeiden oder auf ein Mindestmaß zu beschränken, §§ 22 Abs. 1, 23 BImSchG. Da Lärm eine Umwelteinwirkung darstellt, war der Anwendungsbereich der Norm eröffnet. Als schädlich wurden und werden erheblich beeinträchtigende und damit für die Nachbar*innen unzumutbare Einwirkungen eingestuft. Über das Maß des Hinzunehmenden wurde rege gestritten und auch über die Frage, ob die technischen Vorgaben zum Lärmschutz auch auf den von Kindern und Jugendlichen ausgelösten Lärm anwendbar sind.[249]

Das BImSchG regelt zwar nur Lärmemissionen von Anlagen wie Spielplätzen oder Kindestagesstätten, nicht aber die Geräuschkulisse in Wohnräumen, die ohne immissionsschutzrechtliche Anlagen entsteht.[250] Gleichwohl sind die Wertungen des § 22 Abs. 1a BImSchG nach einhelliger Auffassung auch in mietrechtlichen Streitigkeiten heranzuziehen, da die Regelung die

244 Abs. 1a eingefügt durch das Zehnte Gesetz zur Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Privilegierung des von Kindertageseinrichtungen und Kinderspielplätzen ausgehenden Kinderlärms vom 20. Juli 2011, BGBl. I, Seite 1474.

245 Hommel, SchAZtg 2018, Seite 51.

246 Bringewat, ZfIR 2011, Seite 480. § 3 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO erlaubt seit 2013 auch in reinen Wohngebieten die Errichtung von Anlagen zur Kinderbetreuung, die den Bedürfnissen der Bewohner des Gebiets dienen.

247 Laubinger in FS Riedel, Seite 549.

248 Der Gesetzgeber nennt etwa die Nachbarschaft zu besonders ruhebedürftigen Einrichtungen wie Krankenhäusern oder Pflegeeinrichtungen, BR-Drs. 128/11, Seite 7.

249 Ausführlich Krumb, BauR 2011, Seite 1252; Stollenberg, NZM 2004, Seite 292; Rojahn, ZfBR 2010, Seite 752; Laubinger in FS Riedel, Seite 551 f.

250 Bringewat, ZfIR 2011, Seite 480; Laubinger in FS Riedel, Seite 544.

„Grundeinstellung der Rechtsordnung gegenüber Kinderlärm“ repräsentiert.[251] Ungeachtet der stark subjektiven Prägung des Lärmempfindens ist Kinderlärm im Mietrecht daher weitgehend unbeachtlich. Dies galt bereits vor der Änderung des BImSchG,[252] wenngleich damals stärker der Kompromiss zwischen dem natürlichen Spiel- und Bewegungsdrang der Kinder und den Interessen ihrer Eltern einerseits und dem Ruhebedürfnis der Mitmieter*innen andererseits betont wurde. So wurde etwa darauf hingewiesen, dass absichtlich verursachter Kinderlärm nicht hinzunehmen sei.[253] Zahlen zu anhängigen Klagen wegen Kinderlärms sind nicht verfügbar, jedoch werden diese seit Inkrafttreten des § 22 Abs. 1a BImSchG regelmäßig abgewiesen.[254]

c) Sozialadäquanz von Kinderlärm

Dass Kinder während ihres Aufwachsens typischerweise mehr Lärm als Erwachsene verursachen, ist folglich hinzunehmen – dies gilt für Vermieter*innen ebenso wie für andere Mietparteien im Gebäude oder in der Wohnanlage. Ihren natürlichen Spiel- und Bewegungsdrang ausleben zu können, ist ein notwendiger Aspekt ihrer Entwicklung und der Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Dies darf nicht nur in abgegrenzten und speziell gewidmeten Orten wie Spielplätzen oder Kindertagesstätten geschehen, sondern gilt auch und gerade in der eigenen Wohnung, die ja auch für die Familie das Zentrum ihrer Existenz bildet. Altersgemäß üblicher und dem Spiel- und Bewegungsdrang entsprechender Kinderlärm ist sozialadäquat. Dabei ist es auch hinzunehmen, wenn die üblichen Grenzwerte des Lärmschutzrechts überschritten oder Ruhezeiten nicht eingehalten werden.

Indes sind auch Familien gegenüber den Mitbewohner*innen und Vermieter*innen zur Rücksichtnahme verpflichtet. Kinderlärm ist trotz § 22 Abs. 1a BImSchG nicht generell hinzunehmen, sondern seine Art, Qualität

251 BT-Drs. 17/4836, Seite 7; so auch die Rechtsprechung, vergleiche BGHZ 205, 177, Rn. 27; BGH, NJW-RR 2017, Seite 1291; aus jüngerer Zeit LG Berlin, 30. Juli 2021, 65 S 104/21. Siehe auch BGH, NJW-RR 2012, Seite 1292 für das Wohnungseigentumsrecht; Hommel, SchAZtg 2018, Seite 51 mit weiteren Nachweisen aus der Literatur.

252 Bringewat, ZfIR 2011, Seite 477.

253 Stollenberg, NZM 2004, Seite 290.

254 Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/211, 21183 D – Antwort auf eine schriftliche Anfrage in BT-Drs. 18/10828, Seite 4. Dies war indes auch schon vor der Änderung in der Regel der Fall, vergleiche die Übersicht bei Laubinger in FS Riedel, Seite 558 f.; Rojahn, ZfBR 2010, Seite 755.

und Dauer sowie das Alter und der Gesundheitszustand der Kinder sind ebenso zu würdigen wie das Ruhebedürfnis und die Rückzugsmöglichkeit der Nachbar*innen.[255] Die Sozialadäquanz findet folglich dort eine Grenze, wo das Maß des Zumutbaren überschritten wird. Dies ist etwa der Fall bei „massive[n] Lärmstörungen durch heftiges Stampfen, Springen, Poltern sowie [...] Schreie und sonstige lautstarke und aggressive familiäre Auseinandersetzungen".[256] Gleiches gilt für „Geschrei, laute Musik, Springen und Trampeln unter anderem auf der Treppe in der häuslichen Wohnung, Möbelrücken, Türenknallen [...], soweit es sich um einen nicht nur einmaligen, sondern um einen wiederholten oder einen Vorgang von einiger Dauer handel[t]."[257] Eltern sind also zu erzieherischen Maßnahmen angehalten,[258] wenngleich sie nicht jedwede Äußerungen ihrer Kinder unterbinden müssen.[259] Dabei ist zu berücksichtigen, dass Kinder mit zunehmendem Alter umso eher in der Lage sind, ihr Verhalten zu steuern. Damit steigen auch die Erwartungen an das erzieherische Einwirken durch die Eltern. Das Toleranzgebot gegenüber Kinderlärm endet dort, wo etwa „nächtliche Ruhezeiten durch die Einwirkung Erwachsener, die zum Kindeswohl handeln und ihre Kinder schlafen legen, eingehalten werden könnten, dies aber nicht geschieht."[260]

Wird die Lautstärke beziehungsweise die Wahrnehmbarkeit von Kinderlärm dagegen durch die bauliche Situation des Gebäudes verstärkt, fällt dies in die Verantwortungssphäre der Vermieter*innen. Wenn also bereits die alltägliche Nutzung der Mietwohnung eine störende Geräuschkulisse verursacht, kann ein technischer Mangel der Wohnung vorliegen, der Vermieter*innen zu geeigneten baulichen Maßnahmen – namentlich Maßnahmen zum Schallschutz – verpflichtet.[261]

255 BGH, NJW-RR 2017, Seite 1291; LG Berlin, 19.2.2019, 63 S 303/17, Rn. 25.
256 BGH, NJW-RR 2017, Seite 1290.
257 OLG Düsseldorf, NJW 2009, Seite 3378 zum Wohnungseigentumsrecht; ähnlich BayObLG, NJW-RR 1994, Seite 599.
258 BGH, NJW-RR 2017, Seite 1291 weist jedoch darauf hin, dass Schreien der Eltern insofern keine geeignete Erziehungsmethode ist. So auch OLG Düsseldorf, NJW 2009, Seite 3378 für das Wohnungseigentumsrecht. Zu den familienrechtlichen Aspekten Schiefer, FuR 2018, Seite 396.
259 LG München, NJW-RR 2005, Seite 598.
260 LG Berlin, 30. Juli 2021, 65 S 104/21.
261 Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, BGB, § 536, Rn. 119; Schneider, jM 2018, Seite 146; vergleiche auch BayObLG, NJW-RR 1994, Seite 599 zum Wohnungseigentumsrecht.

d) Zwischenergebnis

Die bloße Annahme, dass Kinder Lärm verursachen und andere Bewohner*innen belästigen, bildet keinen sachlichen Grund für die Verweigerung des Mietvertragsschlusses mit Familien. Solche Stereotype können nicht zur Rechtfertigung von Benachteiligungen herangezogen werden. Anders verhält es sich, wenn tatsächlich Lärmbelästigungen entstehen, die das Maß des Zumutbaren überschreiten und die auch nicht durch andere – etwa bauliche – Maßnahmen abgewendet werden können. Dies wirkt sich jedoch nicht bei der Anbahnung, sondern im bestehenden Mietverhältnis aus.

6.1.3.4 Präferenzen der Nachbar*innen als sachlicher Grund?

Im Arbeitsrecht können sogenannte Kund*innenpräferenzen unter sehr strengen Voraussetzungen zur Rechtfertigung von Diskriminierungen – in der Regel geht es um benachteiligende Kündigungen[262] – herangezogen werden. Hintergrund ist, dass sich diese auf die wirtschaftliche Lage einer*eines Arbeitgeberin*Arbeitgebers auswirken können, wenn es zum Boykott durch Kund*innen kommt oder Kolleg*innen ihrerseits mit Kündigung drohen.[263]

Vergleichbare Situationen sind auch im allgemeinen Zivilrecht denkbar. Bei der Vermietung oder dem Verkauf von Wohnraum mögen sich die Anbieter*innen darauf berufen, dass Mitbewohner*innen oder Nachbar*innen ein hohes Ruhebedürfnis haben und Familien mit (kleinen) Kindern unerwünscht seien. Im Unterschied zum Arbeitsrecht trifft die Anbieter*innen von Gütern und Dienstleistungen keine besondere Fürsorgepflicht für potenziell benachteiligte Personen. Da sich die Präferenzen anderer Kund*innen durchaus auf die wirtschaftliche Situation der Anbieter*innen auswirken können, ist die Berufung auf diese nicht von vornherein ausgeschlossen. Jedoch ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermitteln, ob diese Wünsche das Interesse am Diskriminierungsschutz überwiegen. Ob dabei insbesondere die Knappheit des angebotenen Guts beziehungsweise der angebotenen Dienstleistung zu würdigen ist, ist fraglich. Das Innehaben einer Wohnung zählt aber jedenfalls zu den Grundbedürfnissen, die für eine menschenwürdige Existenz

262 Vergleiche nur EuGH, 14. März 2017, C-188/15 (Bougnaoui) zur Kündigung wegen des Tragens eines Kopftuchs auf einen vermeintlichen Kund*innenwunsch hin.

263 Solche wirtschaftlichen Erwägungen sind nach dem Willen des Gesetzgebers zumindest dem Grunde nach geeignet, Benachteiligungen zu rechtfertigen, BT-Drs. 16/1780, Seite 44.

unerlässlich sind. Daher wiegt das Interesse der Interessent*innen am Zugang zu einem Mietverhältnis grundsätzlich schwer.

Hinzu kommt, dass bloße Behauptungen nicht in die Interessenabwägung einfließen können. Allein negative Erfahrungen mit früheren Mieter*innen reichen nicht aus, um andere Familien zu benachteiligen, erwiese sich dies doch als verallgemeinernde Zuschreibung, denen das AGG gerade begegnen will.[264] Auch ist die bloße Anwesenheit von Kindern in einem Mehrfamilienhaus kein Umstand, aus dem heraus Vermieter*innen wirtschaftliche Nachteile durch die Mitmieter*innen zu befürchten hätten. Die Zahlung einer geminderten Miete wegen eines Mangels der Wohnung kommen – wie dargestellt – nur im Falle tatsächlicher und nicht mehr sozialadäquater Geräuschentwicklungen, nicht aber auf Verdacht in Betracht. Wirtschaftliche Einbußen dürfen zudem nicht lediglich behauptet werden, sondern sind nachzuweisen. Dass besonders geräuschempfindliche Mieter*innen allein wegen des Einzugs einer Familie ihren Mietvertrag kündigen, ist nicht nur recht unwahrscheinlich, sondern rechtfertigt überdies keine Benachteiligung der am Vertragsschluss interessierten Familien. Es liegt vielmehr in der Verantwortung der Personen, die sich durch die von Kindern verursachte Geräuschkulisse so gestört fühlen, dass ihre bloße Anwesenheit im gleichen Gebäude ihre Lebensqualität beeinträchtigt, sich andere Wohnlagen suchen.[265]

6.1.4 Zwischenergebnis

Das Innehaben einer Wohnung zählt zu den Grundbedingungen einer menschenwürdigen Existenz. Verweigern Vermieter*innen den Abschluss eines Mietvertrags mit Eltern, liegt eine assoziierte Benachteiligung wegen des Alters der Kinder vor. Eine Benachteiligung setzt nicht zwingend einen persönlichen Kontakt mit potenziellen Mietinteressent*innen voraus, sondern bereits abschreckende Äußerungen in Inseraten sind im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Feryn als unmittelbare Benachteiligung zu werten. Es kommt nicht darauf an, dass die Benachteiligung durch die Vermieter*innen selbst erfolgt, sondern Handlungen und Äußerungen der von ihnen beauftragten dritten Personen können ihnen als Erfüllungsgehilfen zugerechnet werden.

264 Rolfs, NJW 2007, Seite 1491.
265 Vergleiche auch Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, BGB, § 536, Rn. 129.

Es ist unverhältnismäßig und somit nicht mehr von § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG gedeckt, wenn Vermieter*innen gestützt auf stereotype Zuschreibungen Familien den Abschluss eines Mietvertrags vorenthalten. Vielmehr ist es allen Beteiligten zuzumuten, die tatsächliche Entwicklung abzuwarten und gegebenenfalls durch den Erlass einer Hausordnung die Interessen aller Beteiligten zum Ausgleich zu bringen. Treten Störungen auf, kann diesen durch Abmahnungen entgegengewirkt werden. Dies erweist sich im Vergleich zur generellen Ausgrenzung von Familien als weitaus milderes Mittel. Die Verweigerung des Vertragsschlusses wegen befürchteten Kinderlärms ist lediglich in den Fällen gerechtfertigt, in denen eine Familie in der Vergangenheit immer wieder negativ wegen inadäquaten Lärms aufgefallen ist.[266]

Machen Nachbar*innen[267] oder Vermieter*innen im Falle fehlender Sozialadäquanz von ihren Rechten Gebrauch, benachteiligen sie Kinder und Jugendliche beziehungsweise Familien nicht. Eine Pflicht zur Ruhe beziehungsweise die Gefahr einer Abmahnung entsteht nach Maßgabe der Wertungen des § 22 Abs. 1a BImSchG nur in Ausnahmefällen, sodass bereits das Schutzbedürfnis der ruhestörenden Familie infrage gestellt werden kann. Diese würde auch nicht wegen ihrer Kinder benachteiligt, sondern wegen der Verursachung nicht hinnehmbarer Emissionen. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen oder die Geltendmachung von Ansprüchen kann sich nicht als unzulässige Benachteiligung im diskriminierungsrechtlichen Sinne erweisen. Ebenso wenig handelt es sich bei einer Kündigung des Mietverhältnisses wegen der nachhaltigen Störung des Hausfriedens durch von Kindern verursachte inadäquate Lärmbelästigungen[268] um eine Benachteiligung im Sinne von § 3 AGG. Sie knüpft nicht an das Alter der Kinder der Mieter*innen an, sondern an deren Verhalten.

266 Vergleiche Rolfs, NJW 2007, Seite 1491.

267 Sie haben aus §§ 1004, 906 BGB einen eigenen Unterlassungsanspruch gegen die Lärmverursachenden.

268 LG Berlin, 30. Juli 2021, 65 S 104/21: „laute Streitereien, Geschrei und Gebrüll sowie Türenknallen und Kinderlärm zu Ruhezeiten“ trotz mehrmaliger Abmahnung.

6.2 Zugang zu Vereinen und Nutzung von Freizeit- und Sportanlagen

Private Betreiber*innen von Spiel- und Sportanlagen sowie Vereine werden Kindern und Jugendlichen in aller Regel den Zutritt gestatten, machen diese doch einen wesentlichen Teil der Zielgruppe solcher Angebote aus. Der Umstand, dass im Hinblick auf die Freizeit keine Benachteiligungsfälle wegen jungen Alters dokumentiert sind, belegt dies.[269] Gleichwohl sind im Einzelfall Benachteiligungen nicht ausgeschlossen.

6.2.1 Zugang zu Vereinen

Wollen Kinder und Jugendliche in einen Verein aufgenommen werden, bedarf dies aufgrund der vielfältigen Verpflichtungen, die mit der Mitgliedschaft einhergehen können, der Zustimmung der Sorgeberechtigten, § 107 BGB. Aufgrund der Vereinsautonomie können Vereine vergleichsweise frei entscheiden, wen sie als Mitglied aufnehmen.

Sieht die Satzung eines Vereins vor, dass etwa Kinder und Jugendliche erst ab einem bestimmten Alter aufgenommen werden oder dass nur Personen eines bestimmten Geschlechts Vereinsmitglied werden kann, stellt sich die Frage, ob der Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist. Eine spezifische Regelung zur Mitgliedschaft in Vereinigungen findet sich in §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 18 AGG und ist damit im arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz angelegt. Auch die Gesetzesbegründung nimmt allein auf Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen Bezug.[270] Gleichwohl wird § 18 Abs. 1 Nr. 2 AGG, wonach ein Aufnahmeanspruch bei Vereinen besteht, die eine „überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich“ haben, auch über Beschäftigte hinaus, etwa auf „Geselligkeitsvereine“, angewandt.[271] Dies setzt jedoch eine überragende wirtschaftliche oder soziale Machtstellung der Vereinigung voraus, die einer Monopolstellung gleichkommt.[272] Eine solche Monopolstellung wird bei Freizeit- und Sportvereinen angesichts des breiten Angebots in aller Regel nicht vorliegen.

269 Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 213 f.
270 BT-Drs. 16/1780, Seite 25.
271 LG Memmingen, 28. Juli 2021 – 13 S 1372/20, Rn. 60.
272 Vergleiche BGH, NJW 1985, Seite 1216; NJW 1987, Seite 2504.

Ein diskriminierungsrechtlicher Aufnahmezwang besteht nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 AGG zudem nur, wenn die betreffende Person ein grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft hat. Dies setzt voraus, dass sie gleichsam auf die Mitgliedschaft in dem Verein angewiesen ist, um beruflich, wirtschaftlich oder sozial hinreichend repräsentiert zu sein.[273] Mit der Nichtmitgliedschaft müssen also erhebliche Nachteile verbunden sein. Auch dieses Merkmal wird typischerweise nicht erfüllt sein. Zwar erweist sich die fehlende Möglichkeit, in einem Verein Sport zu treiben individuell durchaus als nachteilig. Die Mitgliedschaft in einem konkreten Verein ist jedoch regelmäßig nicht unerlässlich, um Sport treiben oder künstlerischen Interessen nachgehen zu können. Zumindest setzte dies besondere Umstände voraus, beispielsweise dass ohne die Mitgliedschaft in gerade diesem Verein eine Teilnahme an Wettkämpfen nahezu unmöglich ist.[274]

Überdies ist aufgrund der Vereinsautonomie (Art. 9 Abs. 1 GG) selbst im Falle einer monopolartigen oder vergleichbaren Machtstellung eine besondere Berücksichtigung der Interessen des Vereins angezeigt. Auch insofern sind verallgemeinernde Aussagen nur schwer möglich. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo ein Verein mit einer satzungsrechtlichen Einschränkung der Mitgliedschaft unbillige Ziele verfolgt und die ausgeschlossenen Personen unverhältnismäßig benachteiligt.[275] Nimmt beispielsweise ein Sportverein oder ein Chor nur Menschen bestimmten Alters oder Geschlechts auf, ist diese Schwelle nicht automatisch überschritten. So rechtfertigt sich etwa ein Aufnahmeverbot für Mädchen in einem Knabenchor mit dem Klangbild.[276] Im Hinblick auf Sportvereine ist zu berücksichtigen, dass Wettkämpfe üblicherweise getrennt nach Geschlechtern oder bestimmten Altersgruppen stattfinden, sodass die Aufnahme eines Jungen in einen Mädchensportverein etwa dessen Zugang zu Wettbewerben gar nicht erweitern würde. Rassistisch motivierte Aufnahmeverbote sind dagegen nicht hinzunehmen.

273 So bereits BGH, NJW 1985, Seite 1216.
274 Vergleiche BGHZ 63, 282; BGH, NJW-RR 1986, Seite 583 zum Anspruch eines Sportvereins auf Aufnahme in den Deutschen Sportbund; siehe auch LG Heidelberg, NJW 1991, Seite 927 zum Anspruch eines Vereins auf Aufnahme in den Stadtjugendring.
275 Vergleiche OVG Berlin-Brandenburg, 21. Mai 2021 – OVG 5 B 32.19, Rn. 60.
276 OVG Berlin-Brandenburg, 21. Mai 2021 – OVG 5 B 32.19, Rn. 66.

6.2.2 Exkurs: Immissionsrechtliche Aspekte der Nutzung von Freizeit- und Sportanlagen

Sport- und Freizeitaktivitäten von Kindern und Jugendlichen können überdies durch Klagen gegen die Errichtung beziehungsweise den Betrieb von Freizeit- und Sportanlagen wie Spiel- und Bolzplätzen oder Skate-Anlagen eingeschränkt werden, meist wegen der möglichen Verursachung von Lärm. Solche Klagen werden nicht nur auf das Immissionsschutzrecht, sondern auch auf das Baurecht gestützt. Beide folgen vergleichbaren Maßstäben.[277] Insofern erweist sich jedoch der Wortlaut des § 22 Abs. 1a BImSchG als problematisch: Nicht als schädliche Umwelteinwirkung gelten nur „Geräuscheinwirkungen, die von Kindertageseinrichtungen, Kinderspielplätzen und ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise Ballspielplätzen durch Kinder [Herv. d. Verf.] hervorgerufen werden." Als Kinder werden unter Bezugnahme auf § 7 SGB VIII oder § 1 JSchG nur Personen verstanden, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.[278]

Nach der noch vor Inkrafttreten des § 22 Abs. 1a BImSchG ergangenen Rechtsprechung des BVerwG sind die für Sportanlagen geltenden Lärmschutzvorschriften nicht unmittelbar auf Bolzplätze oder Skate-Anlagen anwendbar, da diese der Funktion solcher Einrichtungen, insbesondere dem Erfordernis der Wohnortnähe, nicht hinreichend gerecht werden.[279] Ob die davon ausgehenden Geräusche für Nachbar*innen zumutbar sind, sei Gegenstand einer wertenden Betrachtung im Einzelfall, bei der neben der Stärke, Frequenz und Häufigkeit auch die Tageszeit und die Ortsüblichkeit sowie der „soziale Sympathiewert der Geräuschquelle" zu berücksichtigen sei.[280] Das BVerwG bezog sich jedoch explizit nur auf Anlagen, die speziell für Kinder unter 14 Jahren errichtet worden sind. Auch der Gesetzgeber differenziert zwischen Sportanlagen für Kinder und solchen für Jugendliche. Jene müssten aufgrund ihrer sozialen Funktion zwingend

277 Rojahn, ZfBR 2010, Seite 753; Krumb, BauR 2011, Seite 1256.
278 BT-Drs. 17/4836, Seite 6.
279 BVerwG, NVwZ 2003, Seite 752. Dass die technischen Lärmschutzwerte nicht herangezogen werden dürfen, stellt § 22 Abs. 1a Satz 2 BImSchG nunmehr ausdrücklich klar. Dies gilt freilich nicht für die auf Spielplätzen befindlichen Einrichtungen und Spielgeräte, Fricke/Schütte, ZUR 2012, Seite 92.
280 BVerwGE 84, 31, Rn. 48; BVerwG, NVwZ 2003, Seite 752; siehe auch VG Trier, 7. Juli 2010, 5 K 47/10.TR für einen Abenteuerspielplatz.

wohnortnah erreicht werden, diese hingegen seien „größräumiger angelegt [...] und [haben] ein anderes Lärmprofil", sodass sie vom Anwendungsbereich des § 22 Abs. 1a BImSchG nicht erfasst sind.[281] Lärmeinwirkungen von Bolzplätzen und ähnlichen Anlagen, die nicht nur von Kindern genutzt werden, sondern auch Personen über 14 Jahren offenstehen, sind folglich nicht privilegiert.[282]

Diese Unterscheidung ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die UN-KRK alle Minderjährigen erfasst. Zwar lassen einzelne Konventionsrechte durchaus Abstufungen im Hinblick auf das Alter und die Reife des Kindes zu;[283] dies gilt etwa für die Mitspracherechte nach Art. 12 UN-KRK. Das Recht auf Freizeit nach Art. 31 UN-KRK ist jedoch allen Minderjährigen ungeachtet ihrer Entwicklungsstufe gewährleistet. Dies wäre folglich der zutreffende Referenzpunkt.[284] Überdies ist es wenig lebensnah, den Lärm, den Kinder gemeinsam mit Älteren verursachen, von der Privilegierung auszuschließen. Solche „Mischfälle" hat der Gesetzgeber offensichtlich nicht gesehen.[285] Ein diskriminierungsrechtlicher Blick auf diese Frage legt jedoch nahe, andere Wertungen in die Betrachtung einzubeziehen. Andernfalls werden Heranwachsende im öffentlichen Diskurs als Gefahr wahrgenommen und damit die Beschränkung der Nutzung öffentlichen Raums in ihrer und für ihre Freizeit zu rechtfertigen gesucht.[286]

Bau- und immissionsschutzrechtliche Streitigkeiten fallen jedoch nicht in den Anwendungsbereich des AGG. Gehen Nachbar*innen gegen Spiel- und Bolzplätze oder Kindertagesstätten vor, so agieren sie nicht in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis über den Zugang zu Dienstleistungen und Gütern. Gleichwohl wäre hier ein Tätigwerden des Gesetzgebers wünschenswert, wird mit solchen im öffentlichen Recht angelegten Differenzierungen und den damit normierten Wertungen doch ein Bild von Jugendlichen (re)produziert, das ihrem völkerrechtlich verbürgten Status nicht gerecht wird.

281 BR-Drs. 128/11, Seite 6.
282 Laubinger in FS Riedel, Seite 548; Fricke/Schütte, ZUR 2012, Seite 90; Krumb, BauR 2011, Seite 1259; VGH Baden-Württemberg, 23. Mai 2014, 10 S 249/14, Rn. 29. Siehe auch Stollenberg, NZM 2004, Seite 291 f. mit Rechtsprechungsnachweisen zum Baurecht.
283 Schmahl, KRK, Art, 1, Rn. 2, Baden-Baden 2017.
284 Vergleiche auch Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/17 VI.B. sowie Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/20 N° 75, wo die spezifische Ausgrenzung von Heranwachsenden aus dem öffentlichen Raum problematisiert wird.
285 Laubinger in FS Riedel, Seite 543.
286 Kritisch Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/17 VI.B.

6.3 Zugang zu Hotels und Restaurants

Während das Vorhandensein von Kindern bei der Wohnungssuche zu vielfältigen Benachteiligungen führt, ist dies im Hinblick auf andere Güter und Dienstleistungen offenbar nicht im gleichen Ausmaß der Fall, sondern diese betreffen hier eher das hohe Lebensalter.[287] Gleichwohl sind Benachteiligungen dokumentiert, weil Restaurants, Hotels oder Freizeiteinrichtungen wie etwa Thermalbäder Kindern und Jugendlichen den Zutritt verweigern oder diesen beschränken.[288]

6.3.1 Vorliegen eines Massengeschäfts

Sind entsprechende Leistungen einer breiten Öffentlichkeit zugänglich und sind die Anbieter*innen bereit, diese nach Maßgabe ihrer Kapazitäten an jede*n Interessierte*n zu erbringen, liegt eine öffentlich verfügbare Leistung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG vor. Erfolgt der Vertragsschluss in einer Vielzahl von Fällen ohne Ansehen der Person, handelt es sich um ein Massengeschäft im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Bei Gastronomie- und Beherbergungsbetrieben ist dies in aller Regel gegeben,[289] insbesondere wenn Buchungen online getätigt werden können. Eine andere Einschätzung ist nur geboten, wenn eine Einrichtung den Zutritt auf einen eng definierten Kundenkreis – etwa Stammgäste – beschränkt; in diesem Fall steht die Dienstleistung der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung, vergleiche § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG.

Zwar hat der BGH im Hinblick auf Wellnesshotels vertreten, dass mit einem solchen Konzept erkennbar nur ein bestimmter Personenkreis angesprochen werden solle. Die Betreiber*innen solcher Hotels behielten sich klar ersichtlich eine individuelle Entscheidung darüber vor, wem sie Zutritt zu ihrem Betrieb gestatten und wem nicht.[290] Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass es am öffentlichen Angebot der Leistung oder an einem Massengeschäft fehlt, zumal die Entscheidung ein Hausverbot außerhalb des Anwendungsbereichs des AGG betraf. Der Gesetzgeber weist zudem darauf hin, dass ein Massengeschäft nicht allein dadurch ausge-

287 Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 188.

288 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 95.

289 BT-Drucks. 16/1780, Seite 41 für die Gastronomie; vergleiche auch Heese, NJW 2012, Seite 573; sowie BGH, NJW 2020, Seite 3383 für ein Thermalbad, wenngleich im Kontext des Hausrechts.

290 BGH, NJW 2012, Seite 1729.

schlossen ist, dass Unternehmer*innen bei der Erbringung ihrer Leistungen beziehungsweise der Auswahl ihrer Vertragspartner*innen von vornherein nach den Merkmalen des § 1 AGG differenzieren.[291] Wenn also beim Zugang nach dem Alter differenziert wird, ändert dies nichts an der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Gesetzes.[292]

6.3.2 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien

Werden Personen bis zu einem bestimmten Alter vom Besuch eines Hotels, Restaurants oder einer Freizeiteinrichtung ausgeschlossen, liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters vor.[293] Eine Benachteiligung liegt auch vor, wenn der Zutritt von Kindern und Jugendlichen auf bestimmte Zeiten beschränkt wird, während Erwachsenen längere Öffnungszeiten eingeräumt werden.

6.3.3 Rechtfertigungsgründe

Die Regelbeispiele aus § 20 Abs. 1 Satz 2 AGG sind in diesen Fällen offenkundig nicht einschlägig, sodass sich eine Rechtfertigung allenfalls aus der allgemeinen Regelung in § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG ergeben kann. Die Benachteiligung muss daher einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet und angemessen sein.

6.3.3.1 Unternehmerisches Konzept

Ein Dienstleistungsangebot nur für Erwachsene oder Jugendliche ab einem bestimmten Mindestalter anzubieten, kann Gegenstand eines besonderen unternehmerischen Konzepts sein (sogenannte Adult-only-Hotels, Wellnesshotels, Tagungshotels). Die Ausrichtung des Angebots und die Platzierung der Dienstleistung auf dem Markt ist von der Berufsfreiheit der Unternehmer*innen aus Art. 12 Abs. 1 GG gedeckt. Diese vermittelt ihnen das Recht, die Bedingungen für die Inanspruchnahme der angebotenen Waren beziehungsweise Dienstleistungen selbst festzulegen, also bestimmte Kund*innen gezielt anzusprechen.[294] Auch der BGH hat dieses Ziel als legitim erachtet und betrachtet ein Mindestalter von 16 Jahren für den Ver-

291 BT-Drs. 16/1780, Seite 41; andere Auffassung BGH, NJW 2021, Seite 2514, dazu bereits kritisch unter 5.4.
292 andere Auffassung LG Hannover, 23.1.2013, 6 O 115/12, Rn. 26.
293 BGHZ 226, 145, Rn. 21.
294 BGHZ 226, 145, Rn. 29.

tragsschluss mit einem Wellness- und Tagungshotel als verhältnismäßig. Ruhe und Entspannung hätten in einem solchen Konzept nicht lediglich untergeordnete Bedeutung; das Verhalten und die Bedürfnisse von Kindern seien damit nicht in Einklang zu bringen.[295]

Das Vorhalten zielgruppenspezifischer Angebote ist zweifelsohne ein wichtiges Instrument, um sich auf dem Markt zu positionieren. Solche Erwägungen sind durchaus legitim. So ordnet der Gesetzgeber etwa die Gewährung von Sonderkonditionen für bestimmte Gruppen von Kund*innen dem Regelbeispiel des § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AGG zu. Er macht dabei aber deutlich, dass die Vorteile für die eine Gruppe in diesen Fällen nicht mit Nachteilen für die andere Gruppe einhergehen.[296] Solche Angebote müssen folglich insgesamt als sozialadäquat gelten, dürfen also von Personen außerhalb der Zielgruppe nicht als ausgrenzend wahrgenommen werden.[297]

Die Regelbeispiele bieten Orientierung für die Bestimmung sachlicher Gründe im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG.[298] Diesen müssen folglich vergleichbare Wertungen und Erwägungen zugrunde liegen. Indes unterscheiden sich die im Rahmen von § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AGG gemeinhin akzeptierten Frauenbadetage im Schwimmbad erheblich von sogenannten Erwachsenenhotels. Während Männer und Kinder durch „Frauenbadetage" lediglich temporär vom Besuch eines Schwimmbads ausgeschlossen werden, haben Kinder beziehungsweise Familien vor Erreichen des Mindestalters gar keine Möglichkeit des Zugangs zu entsprechenden Beherbergungsbetrieben. Überdies steht bei Frauenbadetagen der Schutz der Intimsphäre und das Sicherheitsbedürfnis der Frauen im Vordergrund; dies ermöglicht ihnen zuweilen überhaupt erst das Betreten einer solchen Einrichtung. Erwachsene mit ausgeprägten Ruhebedürfnis haben demgegenüber kein gleichsam schwerwiegendes Interesse.[299] Der Ausschluss von Kindern und Jugendlichen aus Wellnesshotels und ähnlichen Angeboten soll vielmehr andere Kund*innen anziehen.[300] Diesen wird damit aber kein Vorteil zuteil, sondern sie machen lediglich von einer ohnehin öffentlich verfügbaren Leistung Gebrauch.

295 BGHZ 226, 145, Rn. 36; zustimmend Pfeiffer, LMK 2020, 430872; Scholl/Götz, EWiR 2021, Seite 19; kritisch Thüsing/Pöschke, jM 2020, Seite 359; ohne inhaltliche Positionierung Schwenker, jurisPR-BGHZivilR 4/2021 Anm. 5.
296 BT-Drs. 16/1780, Seite 44.
297 Vergleiche Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 20, Rn. 16.
298 Thüsing in MüKo BGB, AGG, § 20, Rn. 14.
299 Vergleiche auch Thüsing/Pöschke, jM 2020, Seite 362.
300 So Rath/Rütz, NJW 2007, Seite 1500 für U30-Partys.

Auch die Entscheidung des BGH zum Hausverbot in einem Wellnesshotel[301] bildet für die diskriminierungsrechtlichen Fälle keine passende Folie. Zwar hatte der BGH darin bestätigt, dass eine Hotelbetreiberin ein legitimes Interesse habe, auf die Zusammensetzung ihres Publikums Einfluss zu nehmen. Das Gericht nahm hier jedoch dezidiert darauf Bezug, dass sich die Anbieter*innen „eine *individuelle* [Herv. d. Verf.] Entscheidung darüber vorbehalten [...] [dürfen], ob er demjenigen, der um eine Beherbergung nachsucht oder aus sonstigen Gründen das Hotelgelände betreten will, den Zutritt gestattet." Eine solche individuelle Entscheidung wird bei sogenannten Erwachsenenhotels jedoch gerade nicht getroffen, sondern vielmehr bestimmten Interessent*innen allein wegen des Alters der Vertragsschluss verweigert.

Legitim ist also nicht per se die Verweigerung des Zutritts von Personen unter einer bestimmten Altersgrenze, sondern legitim ist das Konzept als solches. Insofern ist fraglich, ob die mit dem pauschalen Ausschluss von Kindern und Jugendlichen einhergehende Benachteiligung trotz des legitimen Zuschnitts eines Hotel-, Restaurant- oder Freizeitangebots auf Tagungen, Wellness und Erholung verhältnismäßig ist.

6.3.3.2 Ruhebedürfnis anderer Gäste

Ebenso wie beim Zugang zu Mietwohnungen wird die Verweigerung des Zutritts von Kindern und Jugendlichen auch bei Freizeitdienstleistungen mit dem Ruhebedürfnis anderer Menschen begründet. Es wird vertreten, dass das Interesse von Hotelbetreiber*innen, ihren Gästen durch eine ruhige Umgebung Erholung oder konzentriertes Arbeiten zu ermöglichen, „bei einer typisierenden Betrachtung mit der Lautstärke von Kindern und ihrem natürlichen Bedürfnis nach Bewegung und Unterhaltung" kollidiere.[302] Um Störungen von vornherein zu vermeiden, sei die Ausübung des Hausrechts nicht geeignet, da dieses erst ex post zur Anwendung kommen könne.[303]

301 BGH, NJW 2012, Seite 1725.
302 Scholl/Götz, EWiR 2021, Seite 20; ähnlich LG Hannover, 23.1.2013, 6 O 115/12, Rn. 28.
303 BGHZ 226, 145, Rn. 38.

Die Argumentation beruht auf stereotypen Zuschreibungen und ist bereits deshalb unangemessen. Zwar gehört das Verursachen von Lärm zum Wesen kindlichen Aufwachsens. Starre Altersgrenzen berücksichtigen jedoch weder die mit dem Heranwachsen einhergehende Entwicklung noch den erzieherischen Einfluss der Eltern. Vielmehr wird auch diesen pauschal das Unvermögen unterstellt, ihre Kinder zu ruhigem und angemessenem Verhalten anzuhalten. Das Interesse der anderen Gäste liegt nicht in der Abwesenheit von Kindern, sondern der Möglichkeit ungestörter Erholung und Entspannung.[304] Dies unterscheidet sogenannte Erwachsenenhotels auch von Events wie Ü30- oder U30-Partys oder Festivals, bei denen die Interaktion zwischen den Gästen im Vordergrund steht, die auch durch eine gewisse altersmäßige Homogenität der Gäste gefördert wird.[305]

Dem Anliegen, Störungen von vornherein entgegenzutreten, lässt sich auch mit einer strikten Hausordnung entsprechen. Auch die Beschränkung des Zugangs zu einigen Bereichen des Hotels, gegebenenfalls zu bestimmten Uhrzeiten, erwiese sich im Vergleich zum generellen altersbezogenen Ausschluss bestimmter Kund*innen als angemesseneres Mittel.[306] Selbst wenn nur Personen der Zugang gestattet wird, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, werden sich jedwede Störungen nicht von vornherein und stets ausschließen lassen. Die Altersgrenze von 16 Jahren erweist sich letztlich als willkürlich,[307] ist allein mit dem Erreichen dieses Alters kein bestimmtes Verhalten verbunden. Es ist nicht ersichtlich, warum das Hausrecht in diesen Fällen anders zu bewerten sein soll als bei jüngeren Kund*innen.

Hinzu kommt, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen der Zulassung von Kindern zu einem Wellness- oder Tagungshotel – etwa durch das Fernbleiben von Kund*innen ohne Kinder – nicht lediglich behauptet werden dürfen, sondern substanziiert darzulegen und zu beweisen sind. Es reicht nicht aus, dass womöglich ein Teil der Kund*innen positiv auf solche Altersgrenzen reagiert und sich dadurch zu einem Hotelaufenthalt veranlasst sieht. Vielmehr wäre zu prüfen gewesen, ob das Konzept tatsächlich eine relevante Zielgruppe mit hohem Ruhebedürfnis anspricht und daher Gewinnsteigerungen zu erwarten sind.[308]

304 Thüsing/Pöschke, jM 2020, Seite 360.
305 AG München, Urt. vom 10. Oktober 2018, 122 C 5020/18.
306 Thüsing/Pöschke, jM 2020, Seite 361.
307 Vergleiche etwa auch Rath/Rütz, NJW 2007, Seite 1500 für U30-Partys.
308 Thüsing/Pöschke, jM 2020, Seite 360.

6.3.3.3 Unterscheidung zwischen lebensnotwendigen und sonstigen Leistungen?

In seiner Entscheidung zu Adult-only-Hotels hat der BGH wesentlich darauf abgestellt, dass der Hotelbesuch der Freizeitgestaltung zuzuordnen ist, die potenziellen Vertragspartner*innen darauf also – anders als bei Inanspruchnahme von Gütern oder Dienstleistungen zur täglichen Lebensgestaltung oder zur Befriedigung zentraler Lebensbedürfnisse – nicht angewiesen seien.[309] Teilweise wird differenzierter argumentiert und auf die Art der angebotenen Leistung, der Verweildauer und der grundsätzlichen Geräuschkulisse in den jeweiligen Einrichtungen abgestellt. Danach sei der Ausschluss von Kindern aus Wellnesshotels wegen der dort herrschenden Atmosphäre von Ruhe und Erholung zulässig, nicht aber bei Cafés oder Restaurants, deren Besuch der Interaktion diene.[310]

Zwar mag sich beispielsweise der diskriminierungsfreie Zugang zu Wohnraum im Vergleich zu anderen Gütern und Dienstleistungen als besonders dringlich darstellen und eine Benachteiligung in der Freizeit als weniger einschneidend wahrgenommen werden. Das AGG zielt jedoch nicht darauf ab, nur einzelne Marktsegmente benachteiligungsfrei auszugestalten, sondern soll den diskriminierungsfreien Zugang zu allen Gütern und Dienstleistungen gewährleisten. Dies erspart benachteiligten Personen die Zurückweisung und wahrt ihren Achtungsanspruch, welcher im Falle einer Benachteiligung völlig unabhängig vom Charakter der angebotenen Leistung verletzt werden kann.[311]

Auch die Argumentation, dass Familien ihr Freizeitinteresse andernorts in vergleichbarer Weise befriedigen können,[312] überzeugt nicht. Die eigene diskriminierende Praxis kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass andere Anbieter*innen Interessent*innen nicht benachteiligen. Es kommt gerade nicht darauf an, ob insgesamt auf dem Markt entsprechende Ange-

309 BGHZ 226, 145, Rn. 45; so auch bereits BGH, NJW 2012, Seite 1729 sowie Neuner, JZ 2003, Seite 62; Jestaedt, VVdStRL 64 (2005), Seite 346.

310 Beigang/Boll/Egenberger/Hahn/Leidinger/Tischbirek/Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 2021, Seite 75 f.

311 Daraus folgt jedoch nicht, dass nur solche Benachteiligungen unter das AGG zu subsumieren wären, denen ein „demütigendes Element“ innewohnt, so aber Rath/Rütz, NJW 2007, Seite 1500.

312 BGHZ 226, 145, Rn. 46.

bote auch für die benachteiligte Gruppe zugänglich sind, sondern das AGG will jede*n Marktteilnehmer*in zu benachteiligungsfreiem Verhalten anhalten und allen potenziellen Kund*innen die benachteiligungsfreie Inanspruchnahme öffentlich angebotener Güter und Dienstleistungen ermöglichen.[313]

Schließlich lässt die Differenzierung nach dem Grad des Angewiesenseins auf die Leistung die Vorgaben der UN-KRK außer Acht. Deren Wertungen finden über den unbestimmten Begriff des sachlichen Grundes Eingang in § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG. Kinder haben nicht nur das Recht auf Befriedigung lebensnotwendiger Grundbedürfnisse, sondern Art. 31 UN-KRK gewährleistet ihnen ein Recht auf Freizeit und Erholung. Dieses trägt gleichermaßen zur Persönlichkeitsentwicklung bei. Auch insofern verbietet sich eine Abstufung der Benachteiligung von Kindern in der Freizeit.

6.3.3.4 Zwischenergebnis

In den 1980er Jahren konnte die Anwesenheit von Menschen mit körperlicher oder geistiger Behinderung in Hotels noch Schadenersatzansprüche der anderen Reisenden auslösen. Solche, auch in ihrer Wortwahl in jeder Hinsicht indiskutable Ausführungen zur vermeintlichen „Beeinträchtigung des Urlaubsgenusses“[314] sind seit Inkrafttreten des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht mehr denkbar.[315] Auch wenn das Lebensalter in Art. 3 Abs. 3 GG nicht geschützt ist, ergibt sich doch aus der Systematik des AGG selbst, dass eine altersbezogene Benachteiligung auch bei der Erholung dienenden Dienstleistungen unzulässig ist. Die Annahme, dass die bloße Anwesenheit von Kindern und Jugendlichen den Aufenthalt anderer Gästen beeinträchtigt, reproduziert altersbezogene Stereotype und ist nicht hinnehmbar.

313 Kritisch daher auch Thüsing/Pöschke, jM 2020, Seite 362.
314 LG Frankfurt/Main, NJW 1980, Seite 1170.
315 Vergleiche nur AG Kleve, 12. März 1999, 3 C 460/98, Rn. 42.

6.4 Zugang zu Kindertagesbetreuung

Einrichtungen der Kinderbetreuung sind nicht nur für die Entwicklung von Kindern von Bedeutung, die Verfügbarkeit von Betreuungsplätzen wirkt sich auch auf die Vereinbarkeit der Sorgearbeit mit der Erwerbstätigkeit der Eltern aus. Diskriminierungserfahrungen beziehen sich insofern vor allem auf die Kategorien „Rasse“ und ethnische Herkunft sowie Behinderung und die sozioökonomische Situation der Familien. Benachteiligungen wegen des Alters werden vergleichsweise selten dokumentiert.[316]

6.4.1 Kinderbetreuung als „Massengeschäft“ oder massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft

Betreuungsverträge mit Tagesbetreuungspersonen oder Kindertagesstätten privater oder freier Träger sind dem Zivilrecht zuzuordnen.[317] Wird ein Betreuungsvertrag geschlossen beziehungsweise wird der Abschluss eines solchen Vertrags angebahnt, ist der Anwendungsbereich des AGG grundsätzlich eröffnet. Betreuungsverträge betreffen nach überwiegender Auffassung nicht den Zugang zu öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG, sondern den Zugang zu Bildung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG.[318]

Der Abschluss von Betreuungsverträgen liegt zwar nicht ausschließlich, aber zuvörderst im Interesse der Eltern oder Sorgeberechtigten, da ihnen durch die Kinderbetreuung die Ausübung einer Berufstätigkeit ermöglicht wird. Zwar sind auch die Interessen des Kindes geschützt, dies geht jedoch nicht so weit, dass es einen eigenen Anspruch auf die vertragliche Leistung hat. Es handelt sich daher nicht um einen Vertrag zugunsten Dritter,[319] sondern um einen schuldrechtlichen Vertrag zwischen den Sorgeberechtigten und dem Einrichtungsträger.

316 Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 143.

317 Auch bei öffentlich-rechtlichen Trägern liegt ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vor, wenngleich die Zulassung zu solche Einrichtungen nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist, BGHZ 209, 52, Rn. 28; VGH München, 10. Oktober 2012, 12CE 12.2170, Rn. 35.

318 Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 9; Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, Berlin 2017, Seite 28; Franke in Däubler/Bertzbach, AGG, § 2, Rn. 54.

319 OLG Berlin-Brandenburg, 26. März 2021 – 4 U 26/21, Rn. 32.

Während rassistische oder ethnisch motivierte Benachteiligungen gemäß § 19 Abs. 2 AGG in jedweden Vertragsverhältnissen unzulässig sind, kommt es für die übrigen Kategorien darauf an, ob ein Massengeschäft beziehungsweise massengeschäftsähnliches Geschäft vorliegt. Dies kann insbesondere bei kleineren Einrichtungen oder in der Tagespflege nach § 43 SGB VIII fraglich sein. Die Schwelle von mindestens drei Vertragsschlüssen dürfte in den meisten Fällen überschritten sein, sodass ein Vertragsschluss „in einer Vielzahl von Fällen“[320] regelmäßig gegeben ist. Gleichwohl ist zu prüfen, ob der Vertragsschluss ohne Ansehen der Person zustande kommt beziehungsweise ob dem Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung zukommt. Dabei kommt es nicht auf die (potenziellen) Vertragspartner*innen, sondern auf die die Leistung anbietenden Personen an.

6.4.1.1 Einrichtungen zur Kinderbetreuung nach §§ 22 Abs. 1 Satz 1, 45a SGB VIII

In Einrichtungen zur Kinderbetreuung nach §§ 22 Abs. 1 Satz 1, 45a SGB VIII kann von einem Massengeschäft ausgegangen werden.[321] Eine mögliche Auswahlentscheidung im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Betreuungsvertrags bezieht sich auf das Kind; dessen Person wird unter Umständen berücksichtigt.[322] Das „Ansehen der Person“ im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG bezieht sich jedoch auf den Vertragsschluss, mithin also auf die Auswahl der Vertragspartner*innen.[323] Dies sind die Eltern oder andere Sorgeberechtigte. Steht deren Ansehen bei Abschluss des Vertrags nicht im Vordergrund, kann ein Massengeschäft nicht mit der Begründung verneint werden, dass unter Umständen die Persönlichkeit des Kindes ein Auswahlkriterium bildet. Zudem ist die Individualität der Betreuungsbeziehung in größeren Gruppen nicht so stark ausgeprägt,[324] dass es dem Kitaträger entscheidend auf die Person und Persönlichkeit des Kindes oder gar der Eltern ankommen wird. Die Einrichtungsträger werden vielmehr mit allen Interessent*innen einen Betreuungsvertrag abschließen, typischerweise zu vorformulierten Bedingungen. Dies ist nicht zuletzt wegen des Rechtsanspruchs auf Förderung in Tageseinrichtungen

320 Dazu unter 5.3.
321 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Standpunkte Nr. 02 – 07/2021, Seite 5.
322 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 193.
323 Vergleiche BT-Drs. 16/1780, Seite 41
324 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 193 f.; vergleiche auch OLG Brandenburg, 26. März 2021, 4 U 26/21, Rn. 36.

und in Kindertagespflege aus § 24 SGB VIII geboten.[325] Auch die Bedingungen des Vertragsschlusses sind vergleichbar. In Kindertageseinrichtungen ist im Allgemeinen eine vergleichsweise feste Tagesstruktur vorgegeben. Die Mindestanforderungen an die Einrichtung selbst sind in § 45 SGB VIII festgelegt, die Anforderungen an die pädagogische Arbeit sind durch §§ 22, 22a SGB VIII determiniert; überdies bestimmen die landesrechtlichen Bildungspläne das Betreuungsangebot.[326] Auch das Entgelt für die Tagesbetreuung wird nicht individuell ausgehandelt. Die Versorgung und Betreuung der einzelnen Kinder ist in die jeweilige Gruppe eingebunden, auch wenn dabei auf die individuelle Persönlichkeit des Kindes eingegangen wird. Die Ausgestaltung der Betreuungsverträge für alle Kinder folgt im Ergebnis gleichen Grundsätzen, sodass ein Maß der Individualisierung der Leistung, das ein Absehen vom diskriminierungsrechtlichen Schutz ermöglichen würde, nicht gegeben ist.[327]

6.4.1.2 Tagespflege nach §§ 22 Abs. 1 Satz 2, 43 SGB VIII

Tagespflegepersonen, die gemäß § 43 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII maximal fünf Kinder gleichzeitig betreuen dürfen, werden sich unter Umständen darauf berufen, dass die Betreuung von kleinen Kindern in einer Frühphase ihrer Entwicklung derart sensibel ist, dass es auf die Beziehung zwischen der Betreuungsperson und dem Kind einerseits als auch der betreuten Kinder untereinander entscheidend ankommt. Auch sie mögen zwar in einer Vielzahl von Fällen Betreuungsverträge abschließen, dem „Ansehen der Person" kommt aber durchaus eine gewisse Bedeutung zu.

Im Hinblick auf das Ausmaß der Individualisierung der Auswahlentscheidung ist freilich keine generelle Aussage möglich. Ist eine Tagespflegeperson grundsätzlich bereit, mit allen geeigneten Personen einen Vertrag abzuschließen, spricht dies für ein Massengeschäft. Dies dürfte in der weitaus größten Zahl der Fälle gegeben sein. Die Vertragsbedingungen selbst sind trotz des individuellen Eingehens auf die Persönlichkeit des Kindes einheitlich, denn auch in einer kleinen Gruppe erfolgt die Betreuung nicht 1:1,

325 Zu berücksichtigen ist jedoch, dass § 24 SGB VIII den Jugendhilfeträger, nicht aber die einzelnen Kindertagesstätten verpflichtet, Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 19.

326 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Standpunkte Nr. 02 – 07/2021, Seite 5; Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 10.

327 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Standpunkte Nr. 02 – 07/2021, Seite 6.

sondern ist in die Gruppe eingebettet. Auch das Entgelt ist für alle Vertragspartner*innen gleich. Nur wenn eine Tagespflegeperson ihre Auswahlentscheidung stark individualisiert, etwa weil sie ein hohes Engagement und umfangreiche Mitwirkung der Eltern erwartet, sodass es ihr auch und gerade auf deren Persönlichkeit und Erziehungsvorstellungen ankommt, lässt sich ein anderes Ergebnis vertreten.

Überdies kann – anders als in einer Einrichtung im Sinne von § 45 SGB VIII – der Tagespflege ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis zu Eltern und Kind eigen sein. Dies lässt jedoch nicht zwingend den Schluss zu, dass die Ausnahme des § 19 Abs. 5 AGG erfüllt ist und §§ 19 ff. AGG keine Anwendung finden. Die Tätigkeit der Tagespflegepersonen weist zwar durchaus einen engen Bezug zum Privat- und Familienleben auf. Dieser mag auch über die sozialen Kontakte hinausgehen, die üblicherweise im Rahmen eines Schuldverhältnisses zwischen den Parteien bestehen. Vor dem unionsrechtlichen Hintergrund dieser Ausnahmeregelung[328] ist jedoch davon auszugehen, dass diese vor allem dem Schutz der Privatsphäre der anbietenden Person dienen soll, dass also ein Absehen von der Anwendung diskriminierungsrechtlicher Normen um des Schutzes ihrer persönlichen Interessen willen geboten ist.[329] Auch wenn es sich bei der Tagespflege um eine familienähnliche Betreuung handelt, die in der überwiegenden Zahl der Fälle in der eigenen Wohnung der Betreuungsperson angeboten wird, steht die Leistungserbringung nicht immer in einem derart starken Zusammenhang zu deren Familienleben, dass § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG von vornherein in jedem Fall greift. Dies ist vielmehr anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Wird die Tagespflege außerhalb der eigenen Wohnung in gesonderten Räumen angeboten, ist § 19 Abs. 5 AGG jedenfalls nicht erfüllt.[330] Im Übrigen kommt es darauf an, dass die betreuten Kinder tatsächlich wie eigene Kinder beziehungsweise mit diesen zusammen versorgt und betreut werden.

328 Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG, vergleiche auch Erwägungsgrund 3 RL 2004/113/EG: „Durch das Diskriminierungsverbot dürfen andere Grundrechte und Freiheiten nicht beeinträchtigt werden; hierzu gehören der Schutz des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen sowie die Religionsfreiheit." Die Richtlinie bezieht sich zwar lediglich auf das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts, der Gesetzgeber wollte diese aber umfassend für alle Kategorien umsetzen.

329 Thüsing in MüKo BGB, § 19 AGG, Rn. 109; für eine enge Auslegung auch Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 11; Weinmann in Hey/Forst, AGG, § 19, Rn. 247.

330 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Standpunkte Nr. 02 – 07/2021, Seite 7.

6.4.1.3 Elterninitiativen

Nach diesen Grundsätzen ist auch für von Elterninitiativen betriebene Kinderbetreuungsangebote nicht in jedem Fall von einem Massengeschäft auszugehen. Solche Initiativen sind üblicherweise als Verein organisiert, gerade weil es ihnen darauf ankommt, durch eine persönliche Auswahl der zu betreuenden Kinder und ihrer Eltern deren „Kompatibilität" mit dem Betreuungsangebot sicherzustellen. Sofern darauf abgestellt wird, dass sich die von Elterninitiativen betriebenen Betreuungsformen nur unwesentlich von kleinen Kindertagesstätten unterscheiden, sodass sie ebenfalls als Massengeschäft einzustufen seien,[331] überzeugt dies in dieser Allgemeinheit nicht. Es ist vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen, das heißt, der Grundorganisation und -struktur wie auch dem Selbstverständnis der Elterninitiative als solcher und der Verfahrensweise zur Aufnahme neuer Interessent*innen. Je stärker die Restriktionen für die Aufnahme neuer Mitglieder in eine als Verein organisierte Elterninitiative und je individualisierter die Auswahl unter den Interessent*innen, umso weniger spricht für ein Massengeschäft oder massengeschäftsähnliches Geschäft. In diesen Fällen besteht kein Schutz vor Diskriminierungen etwa von Eltern, die wegen eines behinderten Kindes nicht aufgenommen werden. Dies gilt gleichermaßen etwa für Kinder aus Regenbogenfamilien, denen wegen der sexuellen Orientierung ihrer Eltern die Betreuung durch die Elterninitiative verwehrt wird.

6.4.2 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien

Paragraf 24 SGB VIII statuiert einen Rechtsanspruch auf Förderung in Kindertageseinrichtungen und der Kindertagespflege. Diesem subjektiven Recht steht oftmals ein Mangel an Plätzen gegenüber. Die Träger der Kindertagesstätten haben in diesem Fall zwangsläufig eine Auswahl unter verschiedenen Bewerber*innen zu treffen. Erfolgt diese nicht durch Los oder nach der zeitlichen Reihenfolge des Eingangs einer Bewerbung, wird im Interesse einer ausgewogenen Zusammensetzung der Gruppen oftmals explizit auf das Alter oder das Geschlecht des Kindes Bezug genommen, etwa wenn ein Mädchen im Vorschulalter keinen Betreuungsplatz erhält, da bereits viele Mädchen in der Gruppe und zudem Kinder im jüngeren Alter

331 Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 11.

unterrepräsentiert sind. Nicht auszuschließen ist freilich, dass Kinder auch aus anderen Gründen – etwa wegen der ethnischen Herkunft oder des sozio-ökonomischen Status ihrer Eltern oder wegen einer Behinderung des Kindes – abgewiesen werden. Bei konfessionell gebundenen Kindertagesstätten ist überdies eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund der Religion denkbar. In einer Vielzahl von Fällen werden jedoch gar keine Begründungen geliefert, sodass sich die Vergabekriterien für Betreuungsplätze insgesamt als intransparent darstellen, was die Rechtsverfolgung erheblich erschwert.[332]

Über die benachteiligende Auswahl beim Vertragsschluss hinaus können sich Kinder – wie im gesellschaftlichen Leben im Allgemeinen – auch im Betreuungsalltag Diskriminierungen ausgesetzt sehen. Diese knüpfen regelmäßig nicht an ihr junges Lebensalter, sondern an andere Kategorien wie die „Rasse", die ethnische Herkunft oder eine Behinderung an. Benachteiligungen, die daraus resultieren, dass Co-Eltern in Regenbogenfamilien in der Kinderbetreuung zuweilen nicht als gleichwertige Ansprechpartner wahrgenommen werden, bilden nicht per se eine Benachteiligung von beziehungsweise wegen Kindern, sondern es wird unmittelbar an die sexuelle Orientierung der Eltern angeknüpft. Erfährt ein Kind objektiv Nachteile, weil es in einer Regenbogenfamilie lebt, liegt ein Fall der assoziierten Benachteiligung des Kindes wegen der sexuellen Orientierung seiner Eltern vor.

Womöglich fühlen sich Regenbogenfamilien ausgegrenzt, wenn in einer Einrichtung zur Kinderbetreuung besondere Aktionen etwa zur Einbeziehung von Vätern angeboten werden, ein Kind aber zwei Mütter hat – vice versa.[333] Angeknüpft wird dabei unmittelbar an das Geschlecht der Eltern. Ob in diesen Fällen jedoch die Schwelle zur Benachteiligung überschritten ist, ist fraglich, handelt es sich bei solchen „Vätertagen" doch um punktuelle Angebote, die die Durchführung des Betreuungsvertrags als solchen nicht tangieren. Zudem begründet nicht jede unterschiedliche Behandlung einen Nachteil, solange diese kein „Ausdruck unterschiedlicher Wertigkeit" ist.[334] Aktionen, die sich gezielt an bestimmte Elternteile richten, sollen keineswegs Missachtung für andere Elternteile oder Familienkonstellationen

332 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 197.
333 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Standpunkte Nr. 02 – 07/2021, Seite 1.
334 Thüsing in MüKo BGB, § 3 AGG, Rn. 2.

zum Ausdruck bringen.[335] Kinder werden insofern nicht assoziiert wegen des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung ihrer Eltern benachteiligt, zumal ein wegen der Nichtteilnahme des betreffenden Elternteils empfundener Nachteil auch Kinder von Alleinerziehenden treffen kann ebenso wie Kinder, deren Elternteile aus zeitlichen oder anderen Gründen nicht teilnehmen können. Es handelt sich folglich nicht um diskriminierungsrechtlich relevante Sachverhalte, sondern um solche, die pädagogisch angemessen bewältigt werden können und sollten.

6.4.3 Rechtfertigungsgründe

Paragraf 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AGG kann als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden, wenn eine konfessionell gebundene Kindertagesstätte ein Kind wegen fehlender Religionszugehörigkeit ablehnt.[336] Die übrigen Regelbeispiele sind offensichtlich nicht einschlägig, sodass für einzelne Benachteiligungssituationen zu prüfen ist, ob sie nach § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG durch einen sachlichen Grund getragen und verhältnismäßig sind.[337]

6.4.3.1 Altersmäßige Zusammensetzung der Gruppen

Wird ein freier Platz in einer Gruppe nach Maßgabe des Alters besetzt, ist eine sachliche Rechtfertigung möglich. Diese liegt nicht zuletzt darin, dass sich die landesrechtlich festgelegten Betreuungsschlüssel am Alter der Kinder orientieren – je jünger die Kinder, umso weniger Kinder dürfen einzelne Erzieher*innen betreuen. Dies gründet im wesentlich höheren Betreuungs-, Unterstützungs- und Förderbedarf von Kleinstkindern, die nur eingeschränkt selbstständig agieren können und mehr Zuwendung und Fürsorge benötigen als etwa Vorschulkinder.[338]

---

335 Sogenannte Vätertage adressieren die klassische Rollenverteilung, die in vielen Familien noch immer gelebt wird und nach der die Hauptlast der Kinderbetreuung und -erziehung von den Müttern getragen wird. Väter sollen auf diese Weise in die Alltagsumgebung ihrer Kinder einbezogen werden – ein Anliegen, das als sozialadäquat im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 3 AGG anzusehen sein dürfte, solange Familien- und Sorgearbeit nicht paritätisch wahrgenommen wird.

336 Franke in Däubler/Bertzbach, AGG, § 2, Rn. 54; Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, Berlin 2017, Seite 103.

337 Die Ablehnung der Aufnahme eines Kindes kann sich auch aus Spezialgesetzen ergeben, etwa dem IfSG. Vergleiche OVG Münster, 29. Oktober 2021, 12 B 1277/21, wonach die Aufnahme eines Kindes in eine Kindertagesstätte verweigert werden kann, wenn die erforderliche Immunisierung gegen Masern nicht nachgewiesen ist.

338 Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 17.

6.4.3.2 Geschlechtsbezogene Zusammensetzung der Gruppen

Eine Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts – also keine Aufnahme von Mädchen, da zu wenige Jungen in der Gruppe seien – ist dagegen sachlich nicht zu rechtfertigen. Dies setzte voraus, dass sich das Geschlecht eines Kindes so stark auf dessen Persönlichkeit und Betreuungsbedarf auswirkt, dass die geschlechterbezogene Zusammensetzung einer Gruppe im Interesse der pädagogischen Arbeit ein bestimmtes Verhältnis aufweisen muss. Davon kann schlechterdings nicht ausgegangen werden. Insofern ist zu berücksichtigen, dass das Recht einiger Länder den Einrichtungen zur Kinderbetreuung dezidiert die Betreuung und Erziehung fern von Geschlechterstereotypen vorgibt. Auch nach § 9 Nr. 3 SGB VIII sind bei der Erfüllung der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe Benachteiligungen von Mädchen, Jungen sowie transidenten, nichtbinären und intergeschlechtlichen jungen Menschen abzubauen. Angesichts dessen wäre es widersprüchlich, beim Zugang von Kindern zu Betreuungseinrichtungen nach Geschlecht zu differenzieren.[339] Schließlich ist zu bedenken, dass eine geschlechtsbezogene Auswahlpolitik Kinder ausgrenzt, die sich keinem binären Geschlecht zuordnen lassen. Ihre Existenz wird damit von vornherein nicht wahrgenommen, sodass die an das Geschlecht anknüpfende Verweigerung des Abschlusses eines Betreuungsvertrags auch aus diesem Grund nicht sachgerecht ist.

Wird die Ablehnung neben dem Geschlecht auch auf das Alter gestützt, etwa wenn eine Kindertagesstätte ein Mädchen im Vorschulalter nicht aufnimmt, weil gerade nur ein Platz für einen jüngeren Jungen zu vergeben sei, liegt eine Mehrfachdiskriminierung vor. Obwohl die Benachteiligung wegen des Alters gerechtfertigt sein kann, verstößt die Verweigerung des Abschlusses eines Betreuungsvertrags insgesamt gegen das Benachteiligungsverbot, da die geschlechtsbezogene Differenzierung unzulässig ist, vergleiche § 4 AGG.

339 Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 17 zur Rechtslage in Berlin.

6.4.3.3 Fehlende Kapazitäten zur Betreuung und Versorgung von Kindern mit Behinderung

Aufgrund der umfassenden Verpflichtung zur Inklusion von Menschen mit Behinderung nach der UN-BRK, die im SGB IX umgesetzt worden ist, ist eine Ablehnung des Abschlusses eines Betreuungsvertrags wegen der Behinderung eines Kindes unzulässig. Nach Art. 7 Abs. 1 UN-BRK haben die ratifizierenden Staaten zu gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt mit anderen Kindern wahrnehmen können.

Anders kann sich die Situation jedoch darstellen, wenn die Kindertagesstätte nicht über hinreichende Kapazitäten zur Versorgung und Betreuung eines behinderten Kindes verfügt.[340] Insofern sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalls eingehend zu würdigen. Es ist auszuschließen, dass das Argument fehlender personeller wie sachlicher Kapazitäten nur vorgeschoben wird, um eine vermeintlich aufwendige oder belastende Betreuungssituation abzuwehren. Nicht jede Behinderung erfordert die Betreuung und Versorgung durch eine speziell ausgebildete medizinische oder pädagogische Fachkraft. Neben der Ausstattung und der personellen Besetzung der Einrichtung sind deshalb stets auch Art und Umfang des Betreuungsbedarfs des Kindes zu würdigen. Nur wenn dieser so intensiv ist, dass die Bedürfnisse aller Kinder nicht adäquat berücksichtigt werden können, ist eine sachliche Rechtfertigung möglich. Aufgrund der völkerrechtlichen Vorgaben zur umfassenden gesellschaftlichen Gleichstellung von Menschen mit Behinderung sind solche Ausnahmen aber eng auszulegen, zumal der alltägliche Kontakt von Kindern ohne Behinderung zu Kindern mit Behinderung Berührungsängste, Stereotype und Vorurteile nachhaltig abbauen kann.

6.4.3.4 Fehlende Sprachkenntnisse und reibungslose Abläufe im Alltag

Die Verweigerung des Vertragsschlusses aus rassistischen Gründen oder wegen der ethnischen Herkunft des Kindes beziehungsweise seiner Familie ist wegen § 19 Abs. 2 AGG generell unzulässig, auch – dies sei hier noch einmal betont – wenn kein Massengeschäft vorliegt. Es sind keine Rechtferti-

340 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 196 mit dem Beispiel der Ablehnung eines Mädchens mit Diabetes, weil die Erzieher*innen nicht in der Lage seien, Insulin zu spritzen.

gungsmöglichkeiten denkbar. Wird der Abschluss eines Betreuungsvertrags verweigert, weil die Eltern eines Kindes nicht oder nicht hinreichend gut Deutsch sprechen, stellt dies eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft dar. Die Begründung, dass ohne Deutschkenntnisse Elterngespräche nicht geführt werden können,[341] kann nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden. Selbst wenn keine*r der Beschäftigten der Sprache der Eltern mächtig ist und die Kommunikation auf diese Weise nicht gewährleistet werden kann, ist die Verweigerung des Vertragsschlusses unverhältnismäßig. Elterngespräche lassen sich auch unter Hinzuziehung von Sprachmittler*innen durchführen; desgleichen die Alltagskommunikation.

6.4.4 Mitspracherechte und Beschwerdemöglichkeiten in Kindertagesstätten

Paragraf 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB VIII setzt voraus, dass Kindertagesstätten und andere Einrichtungen zur Betreuung von Kindern geeignete Verfahren der Selbstvertretung und Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten bereithalten. Andernfalls ist, davon auszugehen, dass das Wohl der Kinder in der Einrichtung nicht gewährleistet ist und eine Betriebserlaubnis kann verweigert beziehungsweise entzogen werden.

Die Beschwerdeverfahren sind diskriminierungsfrei auszugestalten. Da die Kinder auf die Mitwirkung Erwachsener, namentlich der in den Tagesstätten tätigen Erzieher*innen, angewiesen sind, ist sicherzustellen, dass die Beschwerden aller Kinder – gleich in welcher Form sie geäußert werden – mit gleicher Aufmerksamkeit behandelt werden. Es darf daher nicht etwa mit Blick auf das Alter des Kindes oder wegen einer Behinderung oder seiner ethnischen Herkunft von vornherein das Anliegen als weniger relevant eingestuft werden.[342] Eine sachliche Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 AGG ist in diesen Fällen nicht vorstellbar. Altersbedingte Artikulationsschwierigkeiten sind beispielsweise durch geeignete pädagogische Konzepte zu überwinden. Beschwerdeverfahren dürfen folglich nicht formalisiert werden, sondern müssen jedem Kind gemessen an seinem Entwicklungsstand offen stehen.

341 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 196.

342 Vergleiche dazu Wolter/Backhaus, Beschweren erleichtern! Für diskriminierungssensible Beschwerdeverfahren in der Kita, KiDs aktuell 1/2019.

Werden die Beteiligungsrechte eines Kindes nicht gewährleistet, sind damit nicht die Eltern selbst, sondern das Kind benachteiligt. Dessen Ansprüche als „Benachteiligte*r“ im Sinne von § 21 AGG geltend machen können jedoch die Eltern in seinem Namen, vergleiche § 1626 Abs. 1 BGB, § 51 Abs. 1 ZPO.

6.5 Autonomie und medizinische Behandlung von Kindern

Das in Art. 12 Abs. 1 UN-KRK verankerte Gebot der Achtung der Autonomie von Kindern betrifft auch deren Behandlung im Krankheitsfall. Die Vertragsstaaten werden dem Gebot nicht nur durch Rechtssetzung gerecht, sondern auch durch eine angemessene Berücksichtigung des Willens und der Vorstellungen von Kindern und Jugendlichen in der Rechtsprechung. In deren Rahmen ist zwischen Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit zu unterscheiden, mit der Folge, dass Kinder und Jugendliche mit zunehmendem Alter unabhängig vom Vertragsschluss selbst an der Ausgestaltung der Behandlung zu beteiligen sind und autonom in diese einwilligen müssen.

In Rechtsprechung und Literatur sind keine Fälle dokumentiert, die auf verbreitete Muster struktureller Benachteiligung von Kindern und Jugendlichen beim Zugang zu medizinischer Behandlung hindeuten. Diskriminierungserfahrungen beziehen sich insofern weniger auf das Alter der Kinder oder Jugendlichen beziehungsweise auf den Familienstatus als auf hohes Alter von Patient*innen.[343]

6.5.1 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien

Auch beim Behandlungsvertrag handelt es sich um ein Massengeschäft.[344] Räumen Ärzt*innen aus Gründen vermeintlicher Rechtssicherheit im Rahmen der medizinischen Behandlung eines Kindes oder Jugendlichen dem Willen der Eltern das Primat ein, besteht ein unmittelbarer Bezug zum Alter, dessentwegen das Kind beziehungsweise der Jugendliche benachteiligt wird.

343 Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 240.

344 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Standpunkte Nr. 01 – 09/2020, Seite 2 ff.

Die medizinische Behandlung rückt überdies besondere Benachteiligungsrisiken von Patchwork- oder Regenbogenfamilien in den Vordergrund, etwa im Hinblick auf den Zugang zu Informationen oder Mitentscheidungsbefugnisse der Co-Eltern. Darin liegt keine Benachteiligung der Eltern wegen des Alters ihres Kindes oder wegen ihrer Elternschaft, sondern die erwachsene Person wird wegen ihrer sexuellen Orientierung benachteiligt. Zugleich kann eine assoziierte Benachteiligung des Kindes wegen der sexuellen Orientierung seiner Eltern vorliegen.

6.5.2 Rechtfertigungsgründe

Die Regelbeispiele aus § 20 Abs. 1 Satz 2 AGG sind im Behandlungskontext offenkundig nicht einschlägig. Es ist daher nach sachlichen Gründen zu suchen, die eine Anknüpfung an das Alter der Patient*innen rechtfertigen.

6.5.2.1 Verweigerung des Vertragsschlusses durch nicht spezialisierte Ärzt*innen

Eine denkbare Fallgruppe bildet die Verweigerung des Abschlusses eines Behandlungsvertrags mit Eltern zugunsten ihres Kindes durch Ärzt*innen, die nicht auf die Behandlung von Kindern spezialisiert sind. Dies ist mit Blick auf die fehlende Sachkunde gerechtfertigt, weist der Organismus von Kindern und Jugendlichen aufgrund ihrer noch nicht abgeschlossenen körperlichen und geistigen Entwicklung im Vergleich zu Erwachsenen doch medizinische Besonderheiten auf, die einer hinreichenden Qualifikation für die Diagnostik und Behandlung bedürfen. Andere Gründe, aus denen Kinder oder Jugendliche wegen ihres Alters oder Eltern wegen ihrer Kinder vom Vertragsschluss ausgeschlossen werden, sind nicht ersichtlich.

6.5.2.2 Missachtung des Willens des Kindes bei Durchführung oder Unterlassen einer Behandlung

Ein anderes Problemfeld betrifft die Achtung der Autonomie junger Patient*innen. Hier bestehen vielfältige Unsicherheiten in der Praxis, die im Haftungsrecht und den unterschiedlichen Altersgrenzen des Zivil- wie auch des Sozialrechts gründen. Der Abschluss eines Behandlungsvertrags wird in der Regel durch die Eltern erfolgen, die diesen entweder im Namen

und in Vertretung ihres Kindes oder als Vertrag zugunsten Dritter – das ist des Kindes – schließen.[345] Ohne Beteiligung ihrer Eltern können privat versicherte Minderjährige in aller Regel keinen wirksamen Behandlungsvertrag schließen, da es sich wegen der Vergütungspflicht (§ 630a Abs. 1 BGB) nicht um ein rechtlich neutrales Geschäft im Sinne von § 107 BGB handelt. Etwas anderes gilt nur, wenn sie die ärztliche Vergütung aus ihrem Taschengeld entrichten (§ 110 BGB) oder als gesetzlich versicherte Patient*innen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung in Anspruch nehmen, was jedoch voraussetzt, dass sie das 15. Lebensjahr vollendet haben (§ 36 SGB I).[346]

Ungeachtet des Vertragsschlusses ist deliktsrechtlich (§ 823 Abs. 1 BGB) die Einwilligung der Patient*innen in die Behandlung selbst geboten, erweist sich die ärztliche Behandlung trotz ihrer Heilungstendenz nach hergebrachter Doktrin der Rechtsprechung doch als Eingriff in die Gesundheit, welcher der Rechtfertigung bedarf. Diese wird – abgesehen von Notfällen – durch die Einwilligung herbeigeführt. Für die Einwilligung gelten die im Recht der Geschäftsfähigkeit maßgeblichen Altersgrenzen nach den §§ 104 ff. BGB nicht, denn es handelt sich nicht um eine Willenserklärung.[347] Es kommt entscheidend auf die sogenannte Einwilligungs- oder Einsichtsfähigkeit der Patient*innen an, vergleiche § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB. Hierfür ist keine feste Altersgrenze anzunehmen, sondern sie ist immer dann gegeben, wenn ein*e Patient*in in der Lage ist, die Tragweite ihrer*seiner gesundheitlichen Situation zu erkennen und die Art, Bedeutung, Risiken und Folgen einer vorgenommenen beziehungsweise unterbleibenden Behandlung abzuwägen.[348] Als Orientierung dient das Erreichen des 14. Lebensjahrs (vergleiche § 5 RelKErzG), jedoch kann im Einzelfall auch im jüngeren Alter die erforderliche Einsicht gegeben sein, ebenso wie sie im höheren Alter (auch bei Volljährigen) fehlen kann. In Zweifelsfällen ist ein psychologisches Gutachten einzuholen.[349]

345 Janda, Medizinrecht, Seite 128; Spickhoff, FamRZ 2018, Seite 414 f.
346 Janda, Medizinrecht, Seite 128 f.; Spickhoff, FamRZ 2018, Seite 415. Dass die Behandlung unter Umständen misslingen kann oder dass die Patient*innen Mitwirkungsobliegenheiten haben, ist für diese Bewertung nicht relevant.
347 BT-Drs. 17/10488, Seite 23.
348 BT-Drs. 17/10488, Seite 23; so bereits BGH, NJW 1959, Seite 811; ausführlich Valerius, RdJB 2018, Seite 243 (passim).
349 Janda, Medizinrecht, Seite 141. Zu den Schwierigkeiten der sicheren Feststellung der Einsichtsfähigkeit Lorenz, NZFam 2017, Seite 784 f.; Spickhoff, FamRZ 2018, Seite 418 f.

Schätzt ein*e Arzt*Ärztin die Einsichtsfähigkeit falsch ein, ist jedoch fraglich, ob sie*er damit eine*n minderjährige*n Patient*in im Sinne von § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, ob diese*r also eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Problematisch ist insofern bereits die Bestimmung der Vergleichsgruppe, also der Personen, denen bei Interesse am Vertragsschluss dieser zu den gleichen Bedingungen angeboten würde. Zutreffenderweise wird sich dieser Vergleich nicht an allen Patient*innen ausrichten können. So werden Klein- und Kleinstkinder sowie Kinder im Grundschulalter stets als einwilligungsunfähig betrachtet werden. Umgekehrt dürfte dies für Kinder beziehungsweise Jugendliche gelten, die bereits nah am Volljährigkeitsalter sind und mangels anderweitiger Anhaltspunkte als einwilligungsfähig angesehen werden. Gerade in der Altersphase des Heranwachsens beziehungsweise des Beginns der Pubertät ist die Beurteilung generell mit Schwierigkeiten verbunden und wird nie schematisch erfolgen. Ärztinnen und Ärzte werden bei Patient*innen dieser Altersgruppe den Behandlungsvertrag stets nur zu Bedingungen ausgestalten, die nach ihrer Einschätzung der Einsichtsfähigkeit angemessen ist.

Hinzu kommt, dass nicht nur die medizinisch-psychologische, sondern auch die rechtswissenschaftliche Beurteilung der Patient*innenautonomie schwierig ist. In der Rechtswissenschaft werden verschiedene Ansichten zu den Folgen der Einsichtsfähigkeit von Minderjährigen vertreten, die von der Annahme einer vollautonomen Entscheidungsbefugnis[350] über die Differenzierung nach der Schwere der Erkrankung beziehungsweise der Behandlung[351] bis hin zur Forderung nach einer generellen Co-Genehmigung[352] oder gar einer Alleinentscheidungsbefugnis[353] der sorgeberechtigten Personen reichen.[354] Hier werden die Besonderheiten der Behandlung Minderjähriger sichtbar, die aus der Einbettung in die elterliche Sorge resultieren, die auch die Sorge um die Gesundheit des Kindes umfasst. Kinder und Jugendliche sind insofern keineswegs autonom, sondern bis zum Er-

350 Antomo, RdJB 2020, , Seite 398; Janda, Medizinrecht, Seite 140 f.; Spickhoff, FamRZ 2018, Seite 423; Valerius, RdJB 2018, Seite 250. So auch für die ärztliche Schweigepflicht Ludyga, NZFam 2017, Seite 1122.

351 Vergleiche BGH, NJW 1972, Seite 335 (Warzenbehandlung).

352 Coester-Waltjen, MedR 2012, Seite 560.

353 Lorenz, NZFam 2017, Seite 787, wenngleich mit einem Plädoyer für eine gesetzliche Regelung. Eine solche fordern auch Birck/Solscheid, MedR 2021, Seite 975.

354 Zum Streitstand Spickhoff, FamRZ 2018, Seite 422 ff.; Birck/Solscheid, MedR 2021, Seite 971.

reichen des Volljährigkeitsalters noch immer durch die Vorstellungen der Eltern über die Erziehung geprägt, wenngleich § 1626 Abs. 2 BGB gebietet, dass die Sorgeberechtigten die zunehmende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis von Kindern und Jugendlichen zu eigenverantwortlichem Handeln berücksichtigen. Probleme treten immer dann auf, wenn Eltern und Kind nicht einig sind oder die*der Jugendliche die Eltern aufgrund einer konfliktbehafteten Beziehung gar nicht erst informieren, geschweige denn in die Entscheidung einbeziehen möchte.[355] Der Streit ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden, verdeutlicht aber die Vielfalt und das Gewicht der widerstreitenden Interessen bei der Behandlung von Kindern und Jugendlichen, sodass die Nichtberücksichtigung des Willens minderjähriger Patient*innen schon deshalb nicht regelhaft als Fall der Altersdiskriminierung zu werten ist. Es kommt auf die Einsichtsfähigkeit an, und diese richtet sich stets auch nach der konkreten Erkrankungs- beziehungsweise Behandlungssituation.[356]

Überdies ist zu hinterfragen, ob es tatsächlich nachteilig oder eher vorteilhaft ist, wenn die Eltern entgegen dem geäußerten Willen einer*eines Minderjährigen um ihr Einverständnis gebeten werden. In Literatur und Rechtsprechung werden insofern Schwangerschaftsabbrüche von Minderjährigen kontrovers diskutiert.[357] Die Fähigkeit und Befugnis, eine solche Entscheidung autonom ohne Eltern zu treffen, mag sich in belasteten Eltern-Kind-Beziehungen als vorteilhaft darstellen. Demnach wäre die Einbeziehung der Eltern hier als Benachteiligung zu interpretieren, die gerade im Alter und der darauf gestützten Annahme fehlender Einsichtsfähigkeit gründet. Zugleich ist die Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch, aber auch über die Behandlung schwerer Erkrankungen oder die Vornahme gefährlicher Eingriffe so einschneidend, dass es sich belastend auswirken kann, diese allein treffen zu müssen.[358] Der Beistand und die Beratung und Sorge durch die Eltern kann sich insofern wiederum als vorteilhaft erweisen. Dies zu beantworten, ist letztlich weniger eine antidiskriminierungsrechtliche als eine familienrechtliche Frage.

355 Antomo, RdJB 2020, , Seite 397.
356 Valerius, RdJB 2018, Seite 249.
357 Umfassend zum Streitstand in Rechtsprechung und Literatur Antomo, RdJB 2020, Seite 395 (passim), Ludyga, NZFam 2017, Seite 1125 f. Entgegen der herrschenden Meinung hat OLG Hamm, 29. November 2019, 12 UF 236/19 im Falle der Einwilligungsfähigkeit der Minderjährigen eine Zustimmung der Eltern für entbehrlich gehalten und sich dabei insbesondere auch das SchKG gestützt.
358 Siehe auch Antomo, RdJB 2020, Seite 398 zur Tragweite der Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch.

6.6 Besondere Preisgestaltungen für Kinder beziehungsweise Familien

Keine Benachteiligung, sondern ein Vorteil für beziehungsweise wegen Kindern geht mit spezifischen Preismodellen für öffentlich verfügbare Güter und Dienstleistungen einher. Dies betrifft etwa Museen und Freizeitparks, aber auch den öffentlichen Personennahverkehr. Zuweilen werden auch im Bank- und Versicherungswesen gesonderte Konditionen gewährt.

6.6.1 Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an Benachteiligungskategorien

Knüpft ein Tarif ausdrücklich an das Lebensalter an beziehungsweise wird „für Kinder" gewährt, liegt eine unmittelbare Benachteiligung älterer Menschen wegen ihres Alters vor, die der sachlichen Rechtfertigung nach § 20 AGG bedarf.

Die Verknüpfung des zu entrichtenden Entgelts mit einem bestimmten Status – Schüler*in, Student*in – erweist sich demgegenüber als mittelbare Benachteiligung, da Schüler*innen und Student*innen typischerweise ein geringeres Lebensalter aufweisen.[359] Sind sachliche Gründe ersichtlich, liegt bereits tatbestandsmäßig keine Benachteiligung vor, § 3 Abs. 2 AGG.[360] Günstige Familientarife knüpfen an das Vorhandensein von Kindern an. Sie mögen kinderlose Menschen wirtschaftlich benachteiligen, indes bildet die Elternschaft keine verpönte Kategorie nach § 1 AGG, sodass insofern kein diskriminierungsrechtlich relevanter Nachteil vorliegt.

6.6.2 Rechtfertigungsgründe

Das Angebot von Sondertarifen für Kinder, Schüler*innen und Studierende oder auch für Familien wird gemeinhin als sozialadäquat betrachtet. Als positive Maßnahmen im Sinne von § 5 AGG lassen sie sich nicht verstehen, da diese strukturelle Nachteile wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründen voraussetzen.[361] Zudem kommt § 5 AGG kein eigenständiger Gehalt zu, wenn § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AGG erfüllt ist. Mit dieser Regelung lassen sich Familienrabatte rechtfertigen.

359 Vergleiche Becker, VersR 2021, Seite 1134.
360 Dazu bereits unter 5.5.2.
361 Becker, VersR 2021, Seite 1139.

6.6.2.1 Fehlendes Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung

Die Bevorzugung wegen des Alters durch Preisnachlässe oder sonstige Vergünstigungen bei Massengeschäften stellt einen „klassischen Fall" des § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG dar.[362] Eine unterschiedliche Behandlung ist danach gerechtfertigt, wenn besondere Vorteile gewährt werden und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt. Im Interesse einer auf Wettbewerb beruhenden Marktwirtschaft besteht hier also ein Recht zur Bevorzugung einer Gruppe, wenngleich damit automatisch Nachteile für eine andere Gruppe einhergehen.[363] Die Ungleichbehandlung ist sozial nicht verwerflich.[364]

Das Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt bei sogenannten „zielgruppenorientierten Verkaufsfördermaßnahmen",[365] wenn Vergünstigungen einer weniger leistungsfähigen Gruppe zugutekommen oder wenn bestimmte Kund*innen als soziale Gruppe gezielt angesprochen werden sollen,[366] welche die anbietende Person üblicherweise nicht oder nur schwer erreicht. Insofern ist die wirtschaftliche Lage von Kindern, Jugendlichen und deren Familien zu würdigen. Bei typisierender Betrachtung steht jungen Menschen weniger Geld zur Verfügung als Älteren, die ihr Auskommen durch Erwerbsarbeit zu verdienen imstande sind. Auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Familien ist geringer als die von Kinderlosen, sind Eltern doch kraft Unterhaltsrechts verpflichtet, ihre Einkünfte (auch) zum Unterhalt ihrer Kinder zu verwenden.[367] Das Einkommen steht ihnen damit nicht uneingeschränkt zur eigenen Verwendung zur Verfügung. Werden Rabatte für Kinder und Jugendliche oder Familien angeboten, wird etwa ein Besuch in einem Freizeitpark für diese folglich wesentlich attraktiver. Auch das Anliegen, die Nutzer*innen der angebotenen Leistung gleichmäßig über den Tag zu verteilen und auf diese Weise die

362 BGHZ 226, 145, Rn. 33; AG Düsseldorf, 11. Mai 2010, 58 C 1687/10, Rn. 29 ff.; AG Mannheim, NJW 2008, Seite 3443; AG Berlin-Schöneberg, NJW 2007, Seite 1493.
363 Armbrüster in Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 11; Franke/Schlichtmann in Däubler/Bertzbach, AGG, § 20, Rn. 20.
364 BT-Drs. 16/1780, Seite 44.
365 Heese, NJW 2012, Seite 574.
366 Vergleiche auch Rath/Rütz, NJW 2007, Seite 1499; Heese, NJW 2012, Seite 574 zu sogenannten „Ladies Nights".
367 Vergleiche Armbrüster in Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 11.

Kapazitäten wirtschaftlich auszuschöpfen, ist legitim.[368] Zudem würde sich ein Verbot von derartigen Preisvorteilen nicht zugunsten der benachteiligten Gruppe auswirken, da sie mit dem Wegfall des Rabatts keinen Vorteil erlangt, sondern weiterhin den ursprünglichen Preis zu entrichten hätte.[369]

Schließlich ist das besondere Interesse von Kindern, Jugendlichen und Familien an den angebotenen Gütern und Dienstleistungen zu berücksichtigen. Kinder- oder Familienrabatte werden üblicherweise in Freizeiteinrichtungen angeboten, deren Besuch zur kindlichen Entwicklung beiträgt und in besonderem Maße auf deren Interesse stößt – seien es Sporteinrichtungen wie Schwimmbäder, aber auch Bildungsangebote wie Museen oder Vergnügungseinrichtungen wie Freizeitparks. Die Nutzung derartiger Freizeitangebote ist von großer Bedeutung für die motorische Entwicklung wie auch für das soziokulturelle Lernen. Das „bloße" Freizeitvergnügen bildet ebenso einen wesentlichen Aspekt gelingenden Aufwachsens, ermöglicht es doch gemeinsame Familienerlebnisse und eine kindlichen Interessen gemäße Freizeitgestaltung.

Indes lassen nicht jedwede soziale Gründe das Bedürfnis zur Durchsetzung der Gleichbehandlung entfallen, sondern es sind auch die Interessen der benachteiligten Personen zu würdigen. Die Besserstellung der einen darf im Vergleich zur Benachteiligung der anderen Gruppe nicht außer Verhältnis stehen.[370] Ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung bei bestimmten Preisgestaltungen kann daher bestehen, wenn die Vergünstigungen dazu führen, dass Leistungen nicht kostendeckend angeboten werden können, sodass die benachteiligte Gruppe dies durch höhere Preise betriebswirtschaftlich ausgleichen muss; in diesem Fall hätte der Wegfall des Rabatts womöglich ein Absinken der Preise für alle Kund*innen zur Folge.[371] Anders zu beurteilen ist dies jedoch, wenn der Vorteil eher gering ist.[372] So liegt es bei vergünstigten Entgelten für Kinder und Jugendliche oder für Familien: Diese nehmen im Vergleich zu den regulären Entgelten kein Ausmaß an, dass kinderlose Erwachsene faktisch von der Inanspruchnahme der begehrten Leistung ausgeschlossen werden. Sie begehren zudem gerade nicht als familienähnliche Kleingruppe Zugang zu den genannten Einrichtungen, sondern entrichten nur den Tarif für sich selbst.

368 AG Mannheim, 6. Juni 2008, 10 C 34/08, Rn. 26 zu Schüler*innen- und Rentner*innentickets im ÖPNV.
369 BT-Drs. 16/1780, Seite 44.
370 Becker, VersR 2021, Seite 1137.
371 Becker, VersR 2021, Seite 1137.
372 Thüsing in MüKo, BGB, AGG § 20, Rn. 42.

Daher können sie schon wirtschaftlich nicht benachteiligt werden, wenn der Familientarif in Summe höher ist als der Einzeltarif, zumal die Elternschaft keine Kategorie bildet, deren Anknüpfung im Kontext des AGG verpönt ist.

Die genannten Einrichtungen privilegieren üblicherweise nicht nur Kinder, Jugendliche und Familien, sondern bieten in aller Regel auch besondere Tarife für Arbeitsuchende, Menschen mit Behinderung oder Rentner*innen an und lassen damit Gruppen an dem Vorteil teilhaben, die unter pauschalierender Betrachtung ebenfalls weniger Einkommen zur Verfügung haben. Der soziale Ausgleich bleibt damit gewahrt.

6.6.2.2 Ausschluss von Kinderlosen durch Familientage

Eine Benachteiligung kann auftreten, wenn Kinderlosen gänzlich der Zugang zu bestimmten Leistungen und Gütern verwehrt wird. Dies betrifft etwa Familientage, bei denen nur Eltern und Kinder Zutritt etwa zu Freizeitparks oder Zoos erhalten. Hier ist zum einen keine der in § 1 AGG thematisierten Kategorien einschlägig, zum anderen handelt es sich um temporäre Aktionen, sodass damit ein systematischer oder struktureller Ausschluss von kinderlosen Menschen einhergeht.

6.6.2.3 Ausschluss von Regenbogenfamilien und Alleinerziehenden von Familientagen und Familienrabatten

In Regenbogenfamilien sind Sport- und Freizeitaktivitäten mit Kindern unter den Partner*innen ungeachtet ihrer biologischen Elternschaft gleich verteilt.[373] Keiner weiteren Diskussion bedarf die Frage, ob Regenbogenfamilien gleichermaßen von Angeboten wie Familientagen oder Familienrabatten profitieren müssen. Es versteht sich von selbst, dass solche Vergünstigungen nicht auf die „klassische“ Familienkonstellation Vater-Mutter-Kind(er) beschränkt werden dürfen. Darin läge eine unzulässige Anknüpfung an die sexuelle Orientierung, die nach § 1 AGG verpönt ist und zugleich eine assoziierte Benachteiligung der Kinder. Zur Rechtfertigung lassen sich weder die Regelbeispiele aus § 20 Abs. 1 Satz 2 AGG heranziehen, noch sind sonstige sachliche Gründe denkbar.

373 Buschner, NZFam 2015, Seite 1106.

Würden familienbezogene Vergünstigungen Alleinerziehenden vorenthalten, läge keine Anknüpfung an eine der in § 1 AGG genannten Kategorien vor. Auch Alleinerziehende bilden mit ihren Kindern eine Familie, sie würden in solchen Fällen aber wegen ihres Personenstands benachteiligt. Ungeachtet dessen, dass insofern der Anwendungsbereich des AGG nicht eröffnet ist, sind keine Rechtfertigungsgründe denkbar, dass nur Eltern-Kind-Konstellationen mit zwei Elternteilen Zugang zu Familientagen oder Familienrabatten hätten. Der Literatur lassen sich jedoch keine Hinweise entnehmen, dass insofern Diskriminierungserfahrungen gemacht werden.

6.7 Fazit

Der Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass bisher weder eine signifikante Zahl von Streitigkeiten wegen Benachteiligungen aufgrund jungen Alters die Gerichtsbarkeit erreicht hat. Die wenigen Fälle machen jedoch deutlich, dass in der Rechtsprechung kein ausgeprägtes Bewusstsein für die Rechte von Kindern und Jugendlichen herrscht. Namentlich die völkerrechtlichen Vorgaben der UN-KRK bleiben ausgeblendet. In den seltenen dokumentierten arbeitsrechtlichen Fällen wird die Diskriminierung wegen Kindern als Benachteiligung wegen des Geschlechts eingestuft. Dies reflektiert und zementiert überkommene Rollenbilder und führt überdies in den Fällen zu Schutzlücken, in denen Mütter und Väter gleichermaßen benachteiligt werden.[374]

Diskriminierungen von und wegen Kindern im Hinblick auf den Zugang zu Wohnraum, Gastronomie und Beherbergungsbetriebe knüpfen in aller Regel an das Alter der Kinder beziehungsweise Jugendlichen an. Bestimmten Lebens- und Entwicklungsphasen werden damit stereotyp negative Eigenschaften zugeschrieben – bei Klein- und Kleinstkindern bezieht sich dies auf lautes und unkontrolliertes Lärmen und erhöhten Bewegungsdrang beim Spiel, bei Jugendlichen auf „pubertäres Verhalten“. Diesen ist gemein, dass sie junge Menschen als störend wahrnehmen. Insbesondere im Hinblick auf Beherbergungsbetriebe scheint ein Teil der Literatur im Einklang mit dem BGH einen absoluten Schutz vor Ruhestörungen durch Kinder für geboten zu halten und sucht nicht nach Wegen, die widerstreitenden Interessen zum Ausgleich zu bringen. Dies belegt neben der stereo-

374 Thüsing/Bleckmann, jM 2021, Seite 153.

typen Sicht auf Kinder und Jugendliche auch ein mangelndes Bewusstsein für die Bedeutung des jungen Alters als Diskriminierungskategorie. Zudem wird außer Acht gelassen, dass das Spielverhalten von Kindern, das für ihre körperliche und geistige Entwicklung unerlässlich ist, zwangsläufig mit Lärm einhergeht. Die UN-KRK gewährleistet nicht nur das Recht auf Freizeit als Freiraum, sondern auch das Recht auf freies und autonomes Spielen, das nicht von Erwachsenen gelenkt und kontrolliert wird.[375] Dies gilt nicht nur in der eigenen Wohnung, sondern auch und gerade in der Öffentlichkeit.[376] Die KRK trägt damit der hohen Bedeutung des Spielens für die körperliche und seelische Entwicklung, die Motivation, Kreativität, Resilienz, Gesundheit und Fähigkeiten von Kindern und Jugendlichen Rechnung.[377]

Daher ist eine Unterscheidung zwischen „wichtigen" und „verzichtbaren"[378] Gütern und Dienstleistungen nicht angezeigt. Zwar mag im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung durchaus eine Rolle spielen, wie stark die benachteiligte Person auf eine Leistung angewiesen ist. Die Grenzziehung erweist sich jedoch als schwierig – Diskriminierungsschutz kann sich schlechterdings nicht auf Angebote beschränken, mit denen existenzielle Bedarfe gedeckt werden. Die gesellschaftliche Teilhabe ist gleichermaßen wichtig für die Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Jugendlichen.

375 Schmahl, KRK, Art. 31, Rn. 4, Baden-Baden 2017; Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/17 IV.b. und c.

376 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/17 VI.B., so auch Schmahl, KRK, Art. 31, Rn. 5, Baden-Baden 2017.

377 Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/17 III; siehe auch Kimpel in Kinderreport Deutschland 2015, Berlin 2015, Seite 54 zum Spielen als Grundbedürfnis von Kindern.

378 Vergleiche Becker, VersR 2021, Seite 1138, der für das Versicherungswesen zwischen elementaren Lebensrisiken (Kfz-Versicherung, Haftpflichtversicherung) und sonstigen Risiken (Smartphone-, Reisegepäck- oder Zahnzusatzversicherungen) unterscheidet.

7. Schlussfolgerungen und Lösungsvorschläge

Das Antidiskriminierungsrecht soll Stereotypen bekämpfen[379] und die Teilhabe aller Menschen am gesellschaftlichen Leben sicherstellen. Dafür ist es unerlässlich, strukturell benachteiligten Personen auch tatsächlich den Zugang zu öffentlich verfügbaren Gütern und Dienstleistungen zu eröffnen. Dies ist umso dringender, je notwendiger diese – wie etwa Wohnraum – der Deckung essenzieller Bedarfe dienen, muss sich aber zwingend auf den gesamten Markt der Güter und Dienstleistungen erstrecken. Diskriminierungsschutz verfolgt eben nicht nur sozialstaatliche, sondern rechtsstaatliche Ziele und gründet in der Würde des Menschen.[380]

7.1 Diskriminierung von Kindern

Das Alter ist seit jeher im AGG als Diskriminierungskategorie verankert. Darüber, dass das Merkmal auch das junge Alter einschließt und damit jüngere Menschen ebenso wie ältere vor Benachteiligungen schützt, besteht allgemeiner Konsens.[381] Faktisch zeigt sich aber ein deutliches Ungleichgewicht – in Literatur und Rechtsprechung werden nahezu ausschließlich Fälle der Benachteiligung älterer und alter Menschen problematisiert und dies mit einem klaren Fokus auf das Arbeitsrecht. Dass Benachteiligungen von und wegen Kindern beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen dokumentiert sind, findet in der Diskussion keinen Widerhall.

Vielmehr wird zuweilen geäußert, eine Diskriminierung wegen jungen Alters wiege nicht so schwer wie eine Benachteiligung aus Gründen der ethnischen Herkunft, der sexuellen Identität oder einer Behinderung, da jeder Mensch im Laufe seines Lebens das Stadium der Kindheit durchlaufe.[382]

379 Vergleiche ErwG 11 RL 2019/1158/EU.
380 Neuner, JZ 2003, Seite 58.
381 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz", Berlin 2017, Seite 50; Ernst & Young Law GmbH, Rechtsexpertise zum Bedarf einer Präzisierung und Erweiterung der im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Merkmale, Berlin 2019, Seite 46.
382 Scholl/Götz, EWiR 2021, Seite 20.

Solche Ansichten finden jedoch keine Stütze im Gesetz: Die Diskriminierungskategorien sind völlig gleichwertig,[383] eine Hierarchisierung der Opfer verbietet sich.[384] Zudem liegt dieser Argumentation die Annahme zugrunde, dass eine rechtserhebliche Benachteiligung nur vorliegt, wenn nicht jeder Mensch gleichermaßen Gefahr läuft, benachteiligt zu werden. Zwar wird wegen jungen Alters nicht mehr benachteiligt, wer erwachsen ist. Indes sieht das AGG keine hypothetische Vergleichsbetrachtung von Benachteiligungen im Lebensverlauf vor. Eine Diskriminierung wegen hohen Alters würde zu Recht nicht akzeptiert, nur weil eine Vielzahl von Menschen auch ein hohes Alter erreicht. Richtiger Vergleichsmaßstab muss das „Hier und Jetzt" sein. Wer aufgrund jungen Alters vom Zugang zu Waren und Dienstleistungen ausgeschlossen wird oder dabei Nachteile erleidet, wird in der konkreten Situation ausgegrenzt, auch wenn dies zu einem späteren Zeitpunkt in seinem Leben nicht mehr geschehen wird.

7.2 Diskriminierung wegen Kindern / aus Gründen der Elternschaft

Die Elternschaft ist in § 1 AGG nicht genannt. Auch im Unionsrecht und Völkerrecht spielt die Elternschaft als Zugangshindernis für öffentlich verfügbare Güter und Dienstleistungen keine Rolle. Die noch recht neue RL 2019/1158/EU[385] soll zwar Benachteiligungen von Sorgearbeitenden überwinden, bezieht sich dabei aber ausschließlich auf das Arbeitsrecht.

Eltern sind deshalb jedoch nicht gänzlich schutzlos. Wollen sie einen Vertrag zugunsten Dritter oder mit Schutzwirkung für eine*einen Dritte*n über Güter und Dienstleistungen abschließen und wird ihnen der Vertragsschluss wegen ihrer Kinder verweigert, liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters vor.[386] Es handelt sich dabei um die spezifische Form der assoziierten Benachteiligung, die vom Anwendungsbereich des AGG erfasst ist. Dies gilt nicht nur, wenn der Vertragsschluss – wie bei den sogenannten Erwachsenenhotels – an festen Altersgrenzen scheitert, sondern generell. Kindern wird insofern, anders als Erwachsenen, pauschalierend

383 So auch Thüsing/Pöschke, jM 2020, Seite 362.
384 Baer, ZRP 2002, Seite 294.
385 Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl. L 188, Seite 79.
386 Pfeiffer, LMK 2020, 430872 zu „Erwachsenenhotels".

störendes, nicht steuerbares Verhalten zugeschrieben, das es zu vermeiden gilt. Die Elternschaft ist folglich ohne das Alter der Kinder unterhalb der Volljährigkeitsschwelle nicht denkbar.

7.3 Gebotene Rechtsänderungen

Ausgrenzungen im Zivilrechtsverkehr, die auf Stereotypen basieren, berühren den Achtungsanspruch jedes einzelnen Menschen[387] und sind nicht hinnehmbar. Gleichwohl wird oftmals ein weites Verständnis diskriminierungsrechtlicher Vorgaben vor dem Hintergrund der Privatautonomie problematisiert. Die Einsicht, dass die Freiheit, seine Vertragspartner*innen frei zu wählen und die Vertragsbedingungen frei auszugestalten, durch das Antidiskriminierungsrecht teilweise überformt wird, setzt sich nur Schritt für Schritt durch. Insbesondere finden in der Rechtsanwendung die unions- und völkerrechtlichen Aspekte nicht immer hinreichend Berücksichtigung. So wird etwa die UN-KRK, die nach dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung nationalen Rechts auch von den Gerichten zu beachten wäre, allenfalls in der Rechtsprechung der Familiengerichte berücksichtigt, ebenso im Migrations- und Flüchtlingsrecht – wenngleich oftmals nicht im gebotenen Maße –, jedoch kaum in anderen Rechtsgebieten.[388] Werden unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Normen – dies betrifft namentlich das Gebot der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK oder das Diskriminierungsverbot nach Art. 2 UN-KRK – in der Rechtsanwendung nicht beachtet, ist der Gesetzgeber aufgrund der durch die Ratifikation erzeugten Verbindlichkeit auch zum Erlass klarstellender Normen verpflichtet.[389]

7.3.1 Präzisierung der Diskriminierungskategorie: „Lebensalter“ statt „Alter“

Defizite im Schutz von Kindern, Jugendlichen und Familien beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen beruhen auf einer verengten Wahrnehmung der Kategorie „Alter“ in § 1 AGG. Dies betrifft durchaus auch den Gesetzgeber selbst: Im Entwurf für das AGG wird die UN-KRK zwar genannt,[390] die Rechte und Interessen von Kindern und Jugendlichen werden aber an keiner Stelle thematisiert. Trotz der Klarstellung, dass sich die Kategorie

387 Vergleiche Uerpmann-Wittzack, ZaöRV 2008, Seite 367 f.
388 Ausführlich Wapler, RdJB 2019, Seite 263 ff.
389 Wapler, RdJB 2019, Seite 253 f.
390 BT-Drs. 16/1780, Seite 21.

„Alter" auf jedes Lebensalter bezieht,[391] wird sie im Gesetzentwurf durchweg allein mit älteren Menschen in Verbindung gebracht – etwa deren Armutsrisiko, deren benachteiligte Lage auf dem Arbeitsmarkt, der betrieblichen Altersvorsorge oder der altersbedingt reduzierten Fähigkeit zur Erfüllung militärischer Aufgaben. Angesichts dessen ist es zwar nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber den Schwerpunkt der Wirkung des AGG in der Benachteiligung älterer Menschen sieht.[392] Er offenbart damit jedoch eindrücklich einen blinden Fleck in der Wahrnehmung der Belange und Interessen von Kindern, Jugendlichen und Familien.

Auch wenn Kinder und Jugendliche beziehungsweise Eltern de lege lata vor (assoziierten) Benachteiligungen wegen des Alters geschützt sind, würde eine Klarstellung im Gesetzwortlaut wohl zu einer Schärfung des Bewusstseins beitragen. Der Begriff des Alters sollte durch den Begriff „Lebensalter" ersetzt oder eine Formulierung wie „junges ebenso wie hohes Alter" ersetzt werden. Mit einer solchen Klarstellung würden Benachteiligungen gegenüber jüngeren Menschen besser sichtbar gemacht.[393]

7.3.2 Ergänzung der Diskriminierungskategorien: Elternschaft oder familiärer Status

Ein Schutz vor als diskriminierend empfundenen Verhaltensweisen gegenüber Personen aufgrund ihres Familienstands wird im AGG derzeit als nicht gewährleistet angesehen.[394] In einer Vielzahl von EU-Mitgliedstaaten ist der Familienstand explizit als verpönte Kategorie im Antidiskriminierungsrecht verankert. Er bezieht sich auf den personenstandsrechtlichen Status, also das Bestehen einer Ehe, schließt in einem Teil der Staaten aber explizit auch die Elternschaft oder die Zahl der Kinder beziehungsweise die familiäre Situation insgesamt („pflegende Angehörige") ein.[395] Durch das Unionsrecht ist dies für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen nicht zwingend geboten, da Benachteiligungen von Sorgearbeitenden (berufstätige Eltern und pflegende Angehörige) mit der RL 2019/1158/EU nur im Arbeitsrecht, und hier mit Fokus auf die Verein-

391 BT-Drs. 16/1780, Seite 24.
392 BT-Drs. 16/1780, Seite 31.
393 So auch BR-Drs. 713/20, Seite 4.
394 Beigang/Boll/Egenberger/Hahn/Leidinger/Tischbirek/Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 2021, Seite 44.
395 Vergleiche den Überblick bei Ernst & Young Law GmbH, Rechtsexpertise zum Bedarf einer Präzisierung und Erweiterung der im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Merkmale, Berlin 2019, Seite 70 ff.

barkeit von Beruf und Privatleben, adressiert werden. Da aber Ungleichbehandlungen aufgrund des familiären Status als gesellschaftliches Problem wahrgenommen werden, ist dem Gesetzgeber eine überobligatorische Umsetzung der neuen Richtlinie anzuraten. Eine Ergänzung von § 1 AGG um die Kategorie Elternschaft, Familienstand oder familiärer Status nach dem Vorbild entsprechender Regelungen anderer Mitgliedstaaten ist grundsätzlich sinnvoll.[396]

7.3.2.1 Systematische Passgenauigkeit

Dieses Merkmal würde sich freilich von den sonstigen Kategorien des § 1 AGG unterscheiden. Diese sind typischerweise nicht selbst gewählt, sondern der Disposition der*des Einzelnen weitgehend entzogen.[397] Die Elternschaft beruht dagegen in einer Vielzahl von Fällen auf einer freien Entscheidung der Eltern. Dies bedeutet jedoch keinen Systembruch. Zum einen kann ausgeschlossen werden, dass sich Menschen „missbräuchlich" den Diskriminierungsschutz dieser Kategorie verschaffen, indem sie durch eine bewusste Entscheidung ihre Elternschaft herbeiführen, um die damit verbundenen rechtlichen Vorteile – etwa den gleichberechtigten Zugang zu Wohnungsmietverträgen – genießen zu können. Zudem lässt sich argumentieren, dass die Elternschaft – ähnlich wie etwa die Religionszugehörigkeit – auf einer höchstpersönlichen Entscheidung beruht und auch deshalb schutzwürdig ist.[398]

Eine Erweiterung des Tatbestands sollte so ausgestaltet sein, dass nicht nur der Personenstand im engeren Sinn (Ehe, Lebenspartnerschaft, geschieden, verwitwet), sondern die familiäre Situation insgesamt vor Benachteiligungen geschützt wird.[399] Dafür bietet sich der Begriff „Elternschaft" ebenso an wie „familiärer Status".[400] Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Elternschaft im Familienrecht sehr eng angelegt ist. Die Regelungen zur Abstammung in §§ 1591 ff. BGB spiegeln eine binäre Geschlechtsidentität wider, die der Situation und den Interessen von Regenbogenfamilien nur unge-

396 So wohl auch Thüsing/Bleckmann, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, Berlin 2021, Seite 68.
397 Neuner, NJW 2000, Seite 1823; Neuner, JZ 2003, Seite 62.
398 Ernst & Young Law GmbH, Rechtsexpertise zum Bedarf einer Präzisierung und Erweiterung der im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Merkmale, Berlin 2019, Seite 95.
399 Ernst & Young Law GmbH, Rechtsexpertise zum Bedarf einer Präzisierung und Erweiterung der im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Merkmale, Berlin 2019, Seite 94; vergleiche auch BR-Drs. 713/20, Seite 4.
400 So BR-Drs. 713/20, Seite 2.

nügend Rechnung trägt.[401] Will man trotz dieser berechtigten Erwägungen den Begriff der Elternschaft nicht vermeiden,[402] bedürfte es einer ausdrücklichen Klarstellung im Gesetz oder in der Gesetzesbegründung, dass der Terminus nicht deckungsgleich mit dem des Familienrechts zu verstehen ist, sondern Eltern-Kind-Beziehungen einschließt, ungeachtet der sexuellen Identität der Personen, die Verantwortung für das Kind übernommen haben.

7.3.2.2 Offene Fragen

Eine Ergänzung des AGG um die Kategorie der Elternschaft würde sich vor allem im Arbeitsrecht[403] positiv auswirken, wenn sich Eltern die Sorgearbeit für ihre Kinder gleichermaßen teilen. Die bislang übliche Zuschreibung als Diskriminierung von Frauen (unmittelbar) beziehungsweise Teilzeitbeschäftigten (mittelbar) ist mit den bislang zur Verfügung stehenden Kategorien nicht zu bewältigen, wenn Väter und Mütter (tatsächlich) gleichermaßen benachteiligt werden, weil Arbeitgeber*innen befürchten, dass sie wegen ihrer Sorgeverpflichtungen ihre Arbeitsleistungen nicht zufriedenstellend erbringen.[404] Dies hat auch das BAG so entschieden.[405] Mit der Kategorie Elternschaft könnten tradierte Zuschreibungen aufgrund überkommener Rollenvorstellungen überwunden werden.[406] Sie wäre aber nur in den Fällen effektiv wirksam, in denen Eltern allein wegen des Vorhandenseins ihrer Kinder diskriminiert werden. Werden Eltern aber gerade wegen des jungen Alters ihrer Kinder benachteiligt, wird nicht an die Elternschaft, sondern an das Alter angeknüpft. Solche Fälle lassen sich indes über die assoziierte Benachteiligung wegen des Alters angemessen lösen. Gleiches gilt für die Benachteiligung von Kindern wegen bestimmter Merkmale ihrer Eltern, etwa deren sexuelle Orientierung. Auch diese können nach geltendem Recht als assoziierte Benachteiligung wegen der sexuellen Orientierung bewältigt werden.

---

401 Ausführlich Thüsing/Bleckmann, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, Berlin 2021, Seite 60.

402 Etwa Thüsing/Bleckmann, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, Seite 63 f., die stattdessen den Begriff der „familiären Fürsorgeverantwortung“ vorschlagen, ebenda Seite 68.

403 Vergleiche Nebe/Gröhl/Thoma, ZESAR 2021, Seite 162, die eine entsprechende Forderung wegen Art. 11 RL 2019/1158/EU stellen, dabei aber für das Merkmal „Familie“ plädieren, um auch die Sorgearbeit zugunsten von pflegebedürftigen Angehörigen in den Diskriminierungsschutz einzubeziehen. So auch Thüsing/Bleckmann, jM 2021, Seite 153.

404 Ausführlich Nebe/Gröhl/Thoma, ZESAR 2021, Seite 161.

405 BAG, 18. September 2014, 8 AZR 753/13.

406 Vergleiche auch Nebe/Gröhl/Thoma, ZESAR 2021, Seite 159.

Auch im Fall von Mehrfachdiskriminierungen würde sich die Ergänzung von § 1 AGG um die Elternschaft nicht zwangsläufig auswirken. Nachteile im Zivilrechtsverkehr, die am Vorhandensein von Kindern und weiteren Kategorien – etwa der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung – anknüpfen, können de lege lata durch die Kombination von Alter und der weiteren Kategorie bewältigt werden. Schwieriger ist die Beurteilung intersektionaler Diskriminierungen in den hier beschriebenen Konstellationen, aber auch grundsätzlich. Dies betrifft etwa Fälle, in denen einer Familie der Abschluss eines Wohnungsmietvertrags auch wegen der ethnischen Herkunft verweigert wird, der Mietvertrag aber mit einer Familie ohne sogenannten Migrationshintergrund abgeschlossen worden wäre oder aber bei Kinderlosen die ethnische Herkunft keine Relevanz gehabt hätte. Es steht infrage, ob solche Konstellationen durch die Ergänzung der Diskriminierungskategorien um weitere Kriterien besser bewältigt werden können. Dies wirkte lediglich „in der Breite", das heißt, es bliebe dabei, dass eine Person verschiedene Kategorien in sich vereint, die jedoch für sich genommen keine Benachteiligung nach sich ziehen würden. Hilfreicher für diese und andere Fälle wäre insofern eine Ergänzung in § 3 oder § 4 AGG um intersektionale Benachteiligungen.

7.3.3 Ergänzung der Benachteiligungsformen

Neben der Regulierung intersektionaler Benachteiligungen ist eine Klarstellung in § 3 AGG geboten, dass auch assoziierte Benachteiligungen in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Dies ist mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtsache Coleman zwar hinreichend geklärt.[407] Auch Art. 2 Abs. 2 UN-KRK gebietet den Schutz von Kindern vor assoziierter Benachteiligung wegen ihrer Eltern.[408] Eine dezidierte Regelung würde aber einerseits deutlich machen, dass dies nicht nur im arbeitsrechtlichen Kontext und im Hinblick auf die Kategorie der Behinderung, sondern generell gilt. Überdies würde das Bewusstsein der Rechtsanwender*innen geschärft, sodass Sachverhalte wie die BAG entschiedene Ablehnung einer Bewerberin mit einem siebenjährigen Kind durch ein passgenaues Instrumentarium angemessen gelöst werden können. Insofern wäre zugleich eine Klarstellung in § 21 AGG wünschenswert, wer Inhaber*in der Ansprüche wegen unzulässiger Benachteiligung ist. Dies ist insbesondere in den

407 Vergleiche auch Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz", Berlin 2017, Seite 52.
408 Schmahl, KRK, Art. 2, Rn. 5, Baden-Baden 2017.

Fällen, in denen benachteiligte Person und verpönte Kategorie nicht zusammenfallen, nicht immer angemessen rechtssicher zu lösen.

7.3.4 Sonstige notwendige Klarstellungen im geltenden Recht

Im Interesse des Schutzes von Kindern, Jugendlichen und Familien bedarf es weiterer spezifischer Ergänzungen des AGG.

7.3.4.1 Präzisierung von § 19 AGG

Paragraf 19 Abs. 1 AGG muss um die Kategorie „Elternschaft“ oder „familiärer Status“ ergänzt werden. Wegen der expliziten Aufzählung der verpönten Kategorien in dieser Norm würde sich eine bloße Ergänzung des § 1 AGG beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen andernfalls nicht auswirken.

Im Hinblick auf den diskriminierungsfreien Zugang von Familien zu Wohnraum stellt sich die allgemeine Frage nach den Kriterien für das Vorliegen eines Massengeschäfts nach § 19 Abs. 5 AGG. Die Grenze von 50 Wohnungen abzuschaffen, zumindest aber erheblich zu reduzieren, würde es nicht nur Familien, sondern auch vielen anderen Personengruppen erleichtern, im Falle von Benachteiligungen Rechtsansprüche geltend machen zu können.

Unklarheiten wegen des Vorliegens eines Massengeschäfts bestehen im Übrigen vor allem in der Kinderbetreuung. Dies betrifft Einzelfälle der Tagesbetreuung im Sinne von § 43 SGB VIII oder Angebote von Elterninitiativen. Es ist jedoch fraglich, ob das AGG insofern der richtige Regelungsort wäre. Eine generelle Definition in § 19 AGG, dass bei der vom SGB VIII erfassten Kinderbetreuung stets ein Massengeschäft oder massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft vorliegt, könnte die Interessen besonders familiennah ausgestalteter Tagespflegepersonen verletzen. Feste zahlenmäßige Grenzen für die Zahl der betreuten Kinder wären ebenso wenig zielführend wie eine generelle Ausnahmeklausel nach dem Vorbild von § 19 Abs. 5 Satz 2 AGG, dass bei der Tagesbetreuung in der eigenen Wohnung stets ein besonderes Näheverhältnis vorliegt. Dies würde einen Großteil der Tagespflegeangebote vom Diskriminierungsschutz ausnehmen. Die geltende diskriminierungsrechtliche Rechtslage ermöglicht eine umfassende und regelmäßig auch die rechtssichere Würdigung der Interessen des Einzelfalls.

Geboten ist vielmehr eine Regelung im SGB VIII, mit der Einrichtungen der Kinderbetreuung und Tagespflegepersonen zur Offenlegung ihrer Auswahlkriterien und der Ablehnungsgründe verpflichtet werden. Ergänzend könnte eine Regelung aufgenommen werden, dass die Vorenthaltung dieser Informationen ein Indiz für eine Benachteiligung nach § 22 AGG bildet.[409] Dies ermöglichte Eltern die Nachvollziehbarkeit der Entscheidung über die Aufnahme ihres Kindes. Zugleich würde damit eine stärkere Reflexion der Anbieter*innen über ihre Entscheidungsmaßstäbe einhergehen. Diese würde verstärkt, wenn zusätzlich ein Verbot der Benachteiligung von Kindern wegen ihres Geschlechts, der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung sowie weiterer Merkmale in das SGB VIII aufgenommen wird[410] – verbunden mit der Klarstellung, dass eine altersbezogene Auswahl nur nach Maßgabe des Betreuungsschlüssels zulässig ist. Dieses Benachteiligungsverbot darf sich freilich nicht auf den Zugang zur Kinderbetreuung selbst beschränken, sondern muss sich auf das gesamte Betreuungsverhältnis erstrecken und namentlich auch die Beschwerde- und Beteiligungsverfahren umfassen.

7.3.4.2 Präzisierung von § 20 AGG

Auch die Ungleichbehandlung wegen der Elternschaft beziehungsweise des familiären Status sollte der sachlichen Rechtfertigung zugänglich gemacht werden. Es bedarf also der Ergänzung des § 20 Abs. 1 AGG um diese Kategorie. Eine spezifische Formulierung alters- oder familienbezogener Rechtfertigungsgründe ist jedoch nicht erforderlich. Paragraf 20 Abs. 1 Satz 1 AGG ermöglicht im Grunde die angemessene Abwägung aller involvierten Interessen. Eine Ergänzung, dass im Rahmen der Prüfung von Sachgründen für eine Ungleichbehandlung auch die Wertungen des Völkerrechts heranzuziehen sind, würde eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringen, könnte womöglich aber dem Anwendungsdefizit in Bezug auf die UN-KRK begegnen. Ob dies in der Praxis effektiv umgesetzt wird, steht und fällt jedoch mit dem Bewusstsein der Rechtsanwender*innen für den Gehalt und die Reichweite dieser völkerrechtlichen Verbürgungen.

409 So auch Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 216.

410 Vergleiche Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland 2021, Berlin 2021, Seite 197.

Nicht erforderlich ist auch die Aufnahme einer § 22 Abs. 1a BImSchG vergleichbaren Regelung in das AGG oder das BGB. Es herrscht Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur, dass die Wertungen des Immissionsschutzrechts auch im Zivilrecht berücksichtigt werden. Klagen wegen Kinderlärms sind seit Inkrafttreten der Privilegierung auch im Mietrecht kaum mehr erfolgreich. Insofern besteht kein Regelungsbedürfnis. Zugangsbeschränkungen zu Hotels und Gaststätten lassen sich unter Heranziehung der UN-KRK bewältigen und sind ebenfalls keine Frage der Rechtssetzung, sondern der Sensibilisierung der Rechtsanwender*innen.

Die Missachtung der Autonomie von Kindern und Jugendlichen bei der medizinischen Behandlung ist weniger ein diskriminierungsrechtliches als ein familien- und haftungsrechtliches Problemfeld. Auch insofern bedarf es keiner Regelungen im AGG.

7.4 Sensibilisierung der Rechtsanwender*innen und von Interessengruppen

Zwar ist bisher kaum Rechtsprechung zur Benachteiligung von und wegen Kindern ergangen. Das Ausmaß an Rechtsprechung ist jedoch nicht repräsentativ für das tatsächliche Ausmaß von Benachteiligungen. Vielmehr zeigen empirische Erkenntnisse[411] ebenso wie die Beratungsanfragen bei der Antidiskriminierungsstelle, dass Familien im Zivilrechtsverkehr durchaus mit Diskriminierungserfahrungen konfrontiert sind. Der Gang vor Gericht ist ein Schritt, den Betroffene nicht immer gehen[412] – sei es wegen der institutionellen Hürden durch die kurze Klagefrist nach § 15 Abs. 4 AGG oder die Darlegungslast für die Indizien einer Benachteiligung nach § 22 AGG oder sei es aufgrund von Unkenntnis über die eigenen Rechte.[413] Darüber hinaus können die mit der Rechtsverfolgung verbundenen Kosten, aber auch der zeitliche Aufwand der Rechtsmobilisierung entgegenstehen, denn

411 Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017 (passim).

412 Vergleiche zu Klagen gegen Benachteiligungen bei der Kindertagesbetreuung Liedtke/Trenner, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin, Berlin 2018, Seite 24.

413 Dazu Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, Baden-Baden 2011, Seite 35.

gerade Eltern, die sich um ihre Kinder und gegebenenfalls noch pflegebedürftige Angehörige kümmern, haben diese Zeit nicht.[414]

Über die aufgezeigten Rechtsänderungen hinaus bedarf es einer Sensibilisierung der Rechtsanwender*innen in Rechtsprechung, aber auch der von Benachteiligung betroffenen Menschen und deren Interessenvertreter*innen sowie eine Stärkung der Beratungslandschaft. Aufklärungsarbeit kann dazu beitragen, bei Familien das Bewusstsein dafür zu wecken, dass sie Nachteile wegen ihrer Kinder nicht hinnehmen müssen, sondern dass es sich um Benachteiligungen handelt, gegen die ihnen der Rechtsweg offensteht. Wenn bei Anbieter*innen von Gütern und Dienstleistungen kein hinreichendes Bewusstsein für die Rechte und Interessen von Kindern besteht, so muss die Bedeutung der UN-KRK und das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung nationalen Rechts, aber auch die Breite des Kriteriums „Alter" in der Aus- und Weiterbildung von Richter*innen und anderen Rechtsanwender*innen vermittelt werden.

Ein weiteres denkbares Instrument wäre die strategische Prozessführung, mit der anhand geeigneter Fälle die Coleman-Rechtsprechung zur assoziierten Benachteiligung im nationalen Recht stärker verankert wird.

7.5 Intensivierung der Forschung

Schließlich gilt es, die Forschung zur Benachteiligung von und wegen Kindern zu intensivieren. Eine systematische Aufarbeitung des jungen Alters und / oder Familienstatus als Diskriminierungskategorie ist geboten, da die Erkenntnislage zur Benachteiligung aufgrund des Alters beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen trotz verschiedener Studien bisher unsicher ist.[415] Es fehlt an einer hinreichenden Rechtstatsachenforschung.[416] Diese ist jedoch erforderlich, wird doch gemeinhin erst die systematische Ausgrenzung beziehungsweise eine entsprechende begründete Gefahr als Rechtfertigung für diskriminierungsschützende Regelungen gesehen.[417]

414 Nebe/Gröhl/Thoma, ZESAR 2021, Seite 214, für arbeitsrechtliche Klagen.
415 Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, Baden-Baden 2011, Seite 373; Beigang/Fetz/Kalkum/Otto, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, Berlin 2017, Seite 208.
416 Wapler, RdJB 2019, Seite 352.
417 Vergleiche Neuner, JZ 2003, Seite 63.

7.6 Fazit

Die langfristige und sicher schwierigste Aufgabe besteht darin, generell eine kinderfreundliche Gesellschaft zu fördern. Eine entsprechende staatliche Verpflichtung hat das BVerfG bereits seit Langem aus Art. 6 Abs. 1 GG hergeleitet: Eltern übernähmen mit der Erziehung ihrer Kinder „Aufgaben, deren Erfüllung sowohl im Interesse der Gemeinschaft als Ganzer als auch jedes einzelnen gelegen ist. Darum ist der Staat gehalten, eine kinderfreundliche Gesellschaft zu fördern …“[418] Um dieses Gebot umfassend umzusetzen, bedarf es der Verankerung des Diskriminierungsschutzes von Kindern, Jugendlichen und Eltern im AGG.[419] Dezidierte Regelungen im Antidiskriminierungsrecht würden nicht nur der UN-KRK gerecht, sie böten Verlässlichkeit und Rechtssicherheit und hätten überdies eine Signalwirkung, die über die völkerrechtsfreundliche Auslegung des bislang geltenden Rechts weit hinausginge.

418 BVerfGE 88, Seite 260.

419 Ernst & Young Law GmbH, Rechtsexpertise zum Bedarf einer Präzisierung und Erweiterung der im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Merkmale, Berlin 2019, Seite 95.

Literatur

Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich der Rechte des Kindes, 1. Auflage, Luxemburg 2015.

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Ausgewählte Entscheidungen deutscher Gerichte zum Antidiskriminierungsrecht, Berlin 2021.

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland. Dritter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, Berlin 2017.

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland. Vierter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, Berlin 2021.

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz", Berlin 2017.

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf medizinische Behandlungsverträge anwendbar?, Standpunkte Nr. 01 – 09/2020, Berlin 2020, Seite 1–8. https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Standpunkte/01_Behandlungsvertraege.pdf;jsessionid=02658639FFADB65DB64347936844FD61.intranet222?__blob=publicationFile&v=5

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf zivilrechtliche Betreuungsverträge in der Kindertagesbetreuung anwendbar?, Standpunkte Nr. 02 – 07/2021, Berlin 2021, Seite 1–8. https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Standpunkte/02_Kindertagesbetreuung.pdf;jsessionid=48F9480D2B102EC397FAB54B5EE3F73D.intranet222?__blob=publicationFile&v=4

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Zu jung? Zu alt? Altersdiskriminierung als Herausforderung, Berlin 2012.

Antomo, Jennifer, Entscheidung über die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs: Plädoyer für ein Alleinentscheidungsrecht der einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen – Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 29. November 2019 – 12 UF 236/19, RdJB 2020, Seite 395–420. https://huber.jura.uni-mainz.de/dr-jennifer-antomo-publikationen-und-vortraege/

Baer, Susanne, „Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? – Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, ZRP 2002, Seite 290–294. https://www.jstor.org/stable/23427144

Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2018.

Bayreuther, Frank, Drittbezogene und hypothetische Diskriminierungen, NZA 2008, Seite 986–990. https://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/richardi/Forschung/ArbRakt/2008-09.shtml

Becker, Oliver, Sonderkonditionen für Junge in Privatversicherungsverträgen im Spiegel des AGG, VersR 2021, 1133–1140.

Beigang, Steffen/Boll, Friederike/Egenberger, Vera/Hahn, Lisa/Leidinger, Andreas/Tischbirek, Alexander/Tuner Defne, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, Bestandsaufnahme, Alternativen und Weiterentwicklung, Berlin 2021.

Beigang, Steffen/Fetz, Karolina/Kalkum, Dorina/Otto, Magdalena, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Ergebnisse einer Repräsentativ- und einer Betroffenenbefragung, Berlin 2017.

Birck, Leon/Solscheid, Tobias, Einwilligungszuständigkeit bei der Behandlung Minderjähriger, MedR 2021, Seite 970–976. https://medizinrecht.uni-koeln.de/team/tobias-solscheid

Bringewat, Jörn, Kinderlärm in Wohngebieten? – Ein Plädoyer für den Nachwuchs, ZfIR 2011, Seite 477–481. https://www.zfir-online.de/heft-13-2011/

Britz, Gabriele, Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, Seite 289–336. https://www.uni-giessen.de/fbz/fb01/professuren-forschung/professuren/britz/forschung/publikationen/publikationen-oktober-2019

Britz, Gabriele, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVdStRL 64 (2005) , Seite 355–402. https://www.uni-giessen.de/fbz/fb01/professuren-forschung/professuren/britz/lehre/publikationen2017

Brosius-Gersdorf, Frauke, Kinderrechte ins Grundgesetz?, RdJB 2020, Seite 14–30. https://www.jura.uni-hannover.de/fileadmin/jura/Fakultaet/Professuren/Prof._Dr._Brosius-Gersdorf/Dokumente/Lebenslauf_Schriftenverzeichnis/2021-04-07_Schriftenverzeichnis_Brosius-Gersdorf.pdf

Buschner, Andrea, Rechtliche und soziale Elternschaft in Regenbogenfamilien, NZFam 2015, Seite 1103–1107.

Buschner, Andrea, Rechtliche und soziale Elternschaft in Regenbogenfamilien, NZFam 2015

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage, München 2016.

Coester-Waltjen, Dagmar, Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten – Ein Vergleich, MedR 2012, Seite 553–560. https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/3acd3f26ba2dbaab36dfec6e156b71c5.pdf/Patientenautonomie%20und%20Einwilligungsf%C3%A4higkeit.pdf

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Art. 3, para 1), Genf 2013.

Committee on the Rights of the Child, General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights, Genf 2016.

Committee on the Rights of the Child, General comment No. 17 on the right of the child to rest, leisure, play, recreational, activities, cultural life and the arts (Art. 31), Genf 2013.

Committee on the Rights of the Child, General comment No. 19 on public budgeting for the realization of children's rights (Art. 4), Genf 2016.

Committee on the Rights of the Child, General comment No. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence, Genf 2016.

Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2018.

Derleder, Peter, Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss über Mietwohnungen und die Diskriminierungsverbote des AGG – Realitätsnahe Fallkonstellationen für den Wohnungsmarkt, NZM 2007, Seite 625–633. https://books.google.de/books?id=QiMWEAAAQBAJ&pg=PA522&lpg=PA522&dq=Derleder,+Peter,+Vertragsanbahnung+u,+NZM+2007&source=bl&ots=3NkN6vkm9J&sig=ACfU3U1_em_P6aFJpbqPrrYioGNyaa1tCA&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwiYwcX70sr2AhUNgf0HHd4ZDQUQ6AF6BAgDEAM#v=onepage&q=Derleder%2C%20Peter%2C%20Vertragsanbahnung%20u%2C%20NZM%202007&f=false

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage, Tübingen 2013.

Duden, die deutsche Rechtschreibung: Das umfassende Standardwerk auf der Grundlage der neuen amtlichen Regeln: Band 1, 24. Auflage, Berlin 2009.

Eichenhofer, Eberhard, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, DVBl 2004, Seite 1078–1086. https://books.google.de/books?id=URF-4DwAAQBAJ&pg=PA301&lpg=PA301&dq=Eichenhofer,+Eberhard,+Diskriminierungsschutz+und+Privatautonomie,+DVBl+2004&source=bl&ots=kWWCO68q_q&sig=ACfU3U3aunJtJNgQOo3TKxdKzBwpvbHKA&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwis8P6n08r2AhXh8rsIHVE5CwQQ6AF6BAgTEAM#v=onepage&q=Eichenhofer%2C%20Eberhard%2C%20Diskriminierungsschutz%20und%20Privatautonomie%2C%20DVBl%202004&f=false

Ernst & Young Law GmbH, Rechtsexpertise zum Bedarf einer Präzisierung und Erweiterung der im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Merkmale. Rechtsexpertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2019.

Feldhoff, Kerstin, Diskriminierung wegen des Geschlechts im Bewerbungsverfahren, jurisPR-ArbR 8/2016 Anm. 3.

Fernandes Fortunato, Sérgio, Internationaler Schutz der Familie am Beispiel der Europäischen Sozialcharta, EuR 2008, Seite 27–44. https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0531-2485-2008-1-27/internationaler-schutz-der-familie-am-beispiel-der-europaeischen-sozialcharta-jahrgang-43-2008-heft-1

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2021.

Fricke, Hanns-Christian/Schütte, Matthias, Die Privilegierung des Kinderlärms im Bundes-Immissionsschutzgesetz – Eine rechtliche Anmerkung zu § 22 Abs. 1 a BImSchG, ZUR 2012, Seite 89–95. https://www.juraforum.de/rechtsanwalt/hanns-christian-fricke-hannover-2

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band 1, EUV/AEUV, 73. Auflage, München 2021.

Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.

Heese, Michael, Offene Preisdiskriminierung und zivilrechtliches Benachteiligungsverbot, NJW 2012, Seite 572–577. http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2014/12/Working_Paper_Nr.3.pdf

Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Auflage, München 2020.

Hey, Thomas/Forst, Gerrit (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2015.

Hofmann, Rainer/Boldt, Nicki, Internationaler Bürgerrechtepakt, Baden-Baden 2005.

Holtzleithner, Elisabeth, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Hormel, Ulrike/Scherr, Albert (Hrsg.), Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse, Wiesbaden 2010, Seite 95–113. https://www.fachportal-paedagogik.de/literatur/vollanzeige.html?FId=917357

Hommel, Christoph, Kinderlärm contra Ruhebedürfnis, SchAZtg 2018, Seite 50–53. https://www.schiedsamt.de/fileadmin/user_upload/schiedsamtszeitung/2018/Heft_03/2018_03_S_50-53.pdf

Janda, Constanze, Medizinrecht, 4. Auflage, Konstanz 2019.

Jarass, Hans, Charta der Grundrechte der Europäischen Union – unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK, Kommentar, 4. Auflage, München 2021.

Jestaedt, Matthias, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVdStRL 64 (2005), Seite 298–354. https://books.google.de/books?id=WxXTDwAAQBAJ&pg=PA229&lpg=PA229&dq=Jestaedt,+Matthias,+Diskriminierungsschutz+und+Privatautonomie,+VVdStRL+64+(2005&source=bl&ots=3geU-gSFjd&sig=ACfU3U0x4gMEv-mvyPQUCgIzq_K8EA0MSsQ&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwiHzKTU1M-r2AhVegv0HHY3dAgUQ6AF6BAgLEAM#v=onepage&q=Jestaedt%2C%20Matthias%2C%20Diskriminierungsschutz%20und%20Privatautonomie%2C%20VVdStRL%2064%20(2005&f=false

Kimpel, Christine, Spielräume für Kinder: Möglichkeiten und Hindernisse kreativer Weltaneignung, in: Deutsches Kinderhilfswerk e.V. (Hrsg.), Kinderreport Deutschland 2015. Rechte von Kindern in Deutschland, Berlin 2015, Seite 54–64. vgl.: https://images.dkhw.de/fileadmin/Redaktion/1.1_Startseite/3_Nachrichten/Kinderreport_2015/DKHW-kinderreport2015.pdf

Kraft, Julia/Mense, Andreas/Wrede, Matthias, Diskriminierung von „Hartz IV-Empfängern" auf dem Wohnungsmarkt, NZM 2020, 826–831.

Krappmann, Lothar/Lüscher, Kurt, Kinderrechte im Generationenverbund. Plädoyer für eine aktuelle Lektüre der Kinderrechtskonvention, RdJB 2009, Seite 326–333. vgl.: https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0034-1312-2009-3-326.pdf?download_full_pdf=1

Krumb, Joachim, „Kinderlärm" als Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen, BauR 2011, Seite 1251–1263. https://books.google.de/books?id=fWqjDwAAQBAJ&pg=PT327&lpg=PT327&dq=Krumb,+Joachim,+%E2%80%9EKinderl%C3%A4rm%E2%80%9C+als+Gegenstand+rechtlicher+Auseinandersetzungen,+BauR+2011&source=bl&ots=OJ2mkrtr7S&sig=ACfU3U1yg1knM2H3VspuO7S704sPkX5PXQ&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwjXltng1cr2AhUyg_0HHTmTDAUQ6AF6BAgCEAM#v=onepage&q=Krumb%2C%20Joachim%2C%20%E2%80%9EKinderl%C3%A4rm%E2%80%9C%20als%20Gegenstand%20rechtlicher%20Auseinandersetzungen%2C%20BauR%202011&f=false

Laubinger, Hans-Werner, Kinderlärm – Kein Grund zur Klage? Die Privilegierung des Kinderlärms durch das Immissionsschutzrecht, in: Hanschel, Dirk/Kielmannsegg, Sebastian Graf/Kischel, Uwe/Koenig, Christian/Lorz, Ralph Alexander (Hrsg.), Mensch und Recht. Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, Seite 535–560. https://www.duncker-humblot.de/_files_media/leseproben/9783428539338.pdf

Liebel, Manfred, Diskriminiert, weil sie Kinder sind – ein blinder Fleck im Umgang mit Menschenrechten, Diskurs Kindheits- und Jugendforschung 2010, Seite 307–319. https://books.google.de/books?id=k_vHDwAAQBAJ&pg=PA265&lpg=PA265&dq=Liebel,+Manfred,+Diskriminiert,+weil+sie+Kinder+sind+%E2%80%93+ein+blinder+Fleck+im+Umgang+mit+Menschenrechten,+Diskurs+Kindheits-+und+Jugendforschung+2010&source=bl&ots=M4EMEyPmGt&sig=ACfU3U0JG5rQchnWUaXFFqwuTLB-JnqxZw&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwj-rKbA3cr2AhUdhv0HHZ5tCwQQ6AF6BAgREAM#v=onepage&q=Liebel%2C%20Manfred%2C%20Diskriminiert%2C%20weil%20sie%20Kinder%20sind%20%E2%80%93%20ein%20blinder%20Fleck%20im%20Umgang%20mit%20Menschenrechten%2C%20Diskurs%20Kindheits-%20und%20Jugendforschung%202010&f=false

Liedtke, Cornelia/Trenner, Nele, Diskriminierungsschutz in der Kindertagesbetreuung in Berlin. Rechtsgutachten im Auftrag von KiDs – Kinder vor Diskriminierung schützen! Fachstelle Kinderwelten am Institut für den SituationsanSatz (ISTA) / INA gGmbH, Berlin 2018, https://kids.kinderwelten.net/de/Publikationen/#rechtsgutachtendiskriminierungsschutzinderkindertagesbetreuunginberlin (letzter Abruf 15. November 2021).

Lindner, Josef Franz, Die Ausweitung des Diskriminierungsschutzes durch den EuGH, NJW 2008, Seite 2750–2752. https://books.google.de/books?id=hQEzEAAAQBAJ&pg=PA271&lpg=PA271&dq=Lindner,+Josef+Franz,+Die+Ausweitung+des+Diskriminierungsschutzes+durch+den+EuGH,+NJW+2008&source=bl&ots=LTRKzA9NUw&sig=ACfU3U1AT034NGuhy2wRNJ-uAwK9kGfWpg&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwiTnP2h3cr2AhXRgP0HHUDGDgQQ6AF6BAgSEAM#v=onepage&q=Lindner%2C%20Josef%20Franz%2C%20Die%20Ausweitung%20des%20Diskriminierungsschutzes%20durch%20den%20EuGH%2C%20NJW%202008&f=false

Lobinger, Thomas, Fehlende Diskriminierungsopfer, klagende Verbände und fragwürdige Kundenerwartungen, EuZA 2009, Seite 365–384.

Lorenz, Annegret, Das Selbstbestimmungsrecht des einsichtsfähigen Minderjährigen bei Eingriffen in die körperliche Integrität, NZFam 2017, Seite 782–788. https://www.rlp-forschung.de/public/people/Annegret_Lorenz_ehemals_Will

Ludyga, Hannes, Die Schweigepflicht von Ärzten bei der Behandlung Minderjähriger, NZFam 2017, Seite 1121–1126. https://books.google.de/books?id=b6a5DwAAQBAJ&pg=PA250&lpg=PA250&dq=Ludyga,+Hannes,+Die+Schweigepflicht+von+%C3%84rzten+bei+der+Behandlung+Minderj%C3%A4hriger,+NZFam+2017&source=bl&ots=ZIPblp5cOx&sig=ACfU3U00pgyEDEAygmNTlhpIIeqwpbPBTA&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwjE3OTw3Mr2AhVTg_0HHaAxCgUQ6AF6BAgPEAM#v=onepage&q=Ludyga%2C%20Hannes%2C%20Die%20Schweigepflicht%20von%20%C3%84rzten%20bei%20der%20Behandlung%20Minderj%C3%A4hriger%2C%20NZFam%202017&f=false

Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflage, München 2018.

Maier-Reimer, Georg, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, Seite 2577–2583. https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/rechtsgutachten_rechtsfreie_raeume_umsetzg_eu_rl_im_wohnungsbereich.pdf?__blob=publicationFile&v=5

Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2015.

Müller, Annekathrin, Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt. Strategien zum Nachweis rassistischer Benachteiligungen, Berlin 2015.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage, München 2021.

Münch, Ingo von/Kunig, Philip/Kämmerer/Jörn Axel/Kotzur, Markus (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Band 1: Präambel bis Art. 69, München 2021.

Nebe, Katja/Gröhl, Stefanie/Thoma, Nicole, Der Diskriminierungsschutz von Sorgeleistenden (Teil 1), ZESAR 2021, Seite 157–163. https://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/nebe/mitarbeiter/2805773_3366099/

Nebe, Katja/Gröhl, Stefanie/Thoma, Nicole, Der Diskriminierungsschutz von Sorgeleistenden (Teil 2), ZESAR 2021, Seite 210–216. https://www.jura.uni-halle.de/lehrstuehle_dozenten/nebe/mitarbeiter/2805773_3366099/

Neuner, Jörg, Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000, Seite 1822–1833. vgl.: https://www.researchgate.net/publication/318627973_Die_Stellung_Korperbehinderter_im_Privatrecht [Nr. 5] https://www.uni-augsburg.de/de/fakultaet/jura/lehrende/neuner/lehrstuhl-team/neuner_joerg/

Neuner, Jörg, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, Seite 57–66. vgl.: https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110894189.183/pdf

Obwexer, Walter, Vertikale Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten, in: Hummer, Waldemar/Obwexer, Walter, Der Vertrag über eine Verfassung in Europa, Baden-Baden 2007, Seite 125–146. https://books.google.de/books?id=Y5EhBAAAQBAJ&pg=PA847&lpg=PA847&dq=Obwexer,+Walter,+Vertikale+Kompetenzverteilung+zwischen+der+Union+und+ihren+Mitgliedstaaten,+in:+Hummer,+Waldemar/Obwexer,+Walter,+Der+Vertrag+%C3%BCber+eine+Verfassung+in+Europa,+Baden-Baden+2007&source=bl&ots=1vxTknsPCE&sig=ACfU3U0qCZIUignreB7aaUbaQcfxFr6wQQ&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwijp_7dps32AhUr_bsIHaUMBwUQ6AF6BAgUEAM#v=onepage&q=Obwexer%2C%20Walter%2C%20Vertikale%20Kompetenzverteilung%20zwischen%20der%20Union%20und%20ihren%20Mitgliedstaaten%2C%20in%3A%20Hummer%2C%20Waldemar%2FObwexer%2C%20Walter%2C%20Der%20Vertrag%20%C3%BCber%20eine%20Verfassung%20in%20Europa%2C%20Baden-Baden%202007&f=false

Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich, Frankfurter Kommentar zum EUV, GRC und AEUV, 1. Auflage, Tübingen 2017.

Pfeiffer, Thomas, Erwachsenenhotels nicht gleichheitswidrig, LMK 2020, 430872.

Pötters, Stephan, Glaube keiner Statistik – Besprechungsaufsatz zum BAG-Urteil vom 18. September 2014 – 8 AZR 753/13, SAE 2015, 60–65.

Preis, Ulrich/Sagan, Adam, Europäisches Arbeitsrecht – Grundlagen und Richtlinien, Folgen für das deutsche Recht, 2. Auflage, Köln 2019.

Preis, Ulrich/Ulber, Daniel, Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns. Rechtsgutachten auf Ersuchen der Hans-Böckler-Stiftung, Köln 2014, http://www.boeckler.de/pdf/gf_gutachten_preis_2014_04.pdf (letzter Abruf 2. Dezember 2021).

Rath, Michael/Rütz, Eva Maria, Ende der „Ladies Night", der „Ü-30-Partys" und der Partnervermittlung im Internet? Risiken und Nebenwirkungen des allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots der §§ 19, 20 AGG, NJW 2007, Seite 1498–1500. https://www.luther-lawfirm.com/newsroom/publikationen/detail/613

Rojahn, Ondolf, Kinderlärm zwischen Immissionsschutz und Sozialadäquanz, ZfBR 2010, Seite 752–757. https://books.google.de/books?id=fWqjDwAAQBAJ&pg=PT327&lpg=PT327&dq=Rojahn,+Ondolf,+Kinderl%C3%A4rm+zwischen+Immissionsschutz+und+Sozialad%C3%A4quanz,+ZfBR+2010&source=bl&ots=OJ2mkruwbW&sig=ACfU3U32pdcCcQ-h0H8XfEfmEYFYWuZoSg&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwjgxezA28r2AhWm7rsIHVfXBssQ6AF6BAgEEAM#v=onepage&q=Rojahn%2C%20Ondolf%2C%20Kinderl%C3%A4rm%20zwischen%20Immissionsschutz%20und%20Sozialad%C3%A4quanz%2C%20ZfBR%202010&f=false

Rolfs, Christian, Allgemeine Gleichbehandlung im Mietrecht, NJW 2007, https://books.google.de/books?id=fDUUKfvBMYIC&pg=PA217&lpg=PA217&dq=Rolfs,+Christian,+Allgemeine+Gleichbehandlung+im+Mietrecht,+NJW+2007&source=bl&ots=Swf1kUbIH4&sig=ACfU3U03BGD5QY6wJu6zuE91z2ijoIQyyw&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwiBp-7locv2AhXzh_0HHRtUDQUQ6AF6BAgUEAM#v=onepage&q=Rolfs%2C%20Christian%2C%20Allgemeine%20Gleichbehandlung%20im%20Mietrecht%2C%20NJW%202007&f=false

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 61. Edition, München 2021.

Rothermund, Klaus/Temming, Felipe, Diskriminierung aufgrund des Alters, Berlin 2010.

Rottleuthner, Hubert/Mahlmann, Matthias, Diskriminierung in Deutschland. Vermutung und Fakten, Baden-Baden 2011.

Rupp, Hans-Jürgen, Die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG, RdA 2009, Seite 307–311. https://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/richardi/Forschung/Schriftenverzeichnis/Rupp.shtml

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1–240 BGB, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Auflage, München 2021.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: §§ 311–432 BGB, 8. Auflage, München 2019.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: §§ 535–630h BGB, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, 8. Auflage, München 2020.

Schäfers, Dominik, Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, JuS 2015, Seite 875–879 vgl.: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/406024

Schiefer, Jennifer, Erziehungsunfähigkeit als Mietmangel, FuR 2018, Seite 396–399. https://www.bag-jugendschutz.de/PDF/Beitrag_Roll_KJug_4-2018.pdf

Schiek, Dagmar, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, Seite 873–884. https://www.grin.com/document/131741

Schiek, Dagmar (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 1. Auflage, Regensburg 2007.

Schlachter, Monika, Benachteiligung wegen besonderer Verbindungen statt Zugehörigkeit zu einer benachteiligten Gruppe – Der Diskriminierungsbegriff des EuGH in der Entscheidung Coleman vom 17. Juli 2008 – C-303/06, RdA 2010, 104–109.

Schmahl, Stefanie, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2017.

Schmahl, Stefanie, Verpflichtet das Völkerrecht zur Einführung von Kinderrechten ins Grundgesetz? Ein Statement in 18 Thesen, RdJB 2020, Seite 5–13 vgl.: https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/schmahl/prof-dr-schmahl/schriftenverzeichnis/aufsaetze-in-zeitschriften/

Schmidt-Futterer, Wolfgang/Blank, Hubert (Hrsg.), Mietrecht. Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 14. Auflage, München 2019.

Schneider, Gero, Grenzen der Rücksichtnahmepflicht bei Kinderlärm aus der Nachbarwohnung, jM 2018, 146–148.

Scholl, Bernd/Götz, Clara, Keine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters durch „Erwachsenenhotel", EWiR 2021, Seite 19–20. https://www.zip-online.de/65592-MTM5Mw.htm

Schulze, Reiner/Janssen, André/Kadelbach, Stefan, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Auflage, Baden-Baden 2020.

Schwenker, Hans Christian, Kein AGG-Verstoß bei Nichtbeherbergung von Personen unter 16 Jahren in Tagungs- und Wellnesshotel, jurisPR-BGHZivilR 4/2021 Anm. 5.

Spickhoff, Andreas, Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen im Kontext medizinischer Behandlungen, FamRZ 2018, Seite 412–425. http://docplayer.org/184475867-Tenor-der-beschluss-des-amtsgerichts-familiengericht-f-vom-wird-abgeaendert.html

Stollenwerk, Detlef, Kinderlärm im Miet-, Wohnungseigentums- und Nachbarrecht, NZM 2004, 289–292.

Streinz, Rudolf, EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018.

Suschet, Holger, Assoziierte Diskriminierung, EuZA 2009, Seite 245–256. https://books.google.de/books?id=leqAUAnHjTMC&pg=PA80&lpg=PA80&dq=Suschet,+Holger,+Assoziierte+Diskriminierung,+EuZA+2009&source=bl&ots=QvXh2GxIq5&sig=ACfU3U2L9eGLfokGECwZG-VVZVBjYBrqi9w&hl=de&sa=X&ved=2ahUKEwiVwc6G1sr2AhXph-P0HHSESDAUQ6AF6BAgMEAM#v=onepage&q=Suschet%2C%20Holger%2C%20Assoziierte%20Diskriminierung%2C%20EuZA%202009&f=false

Thüsing, Gregor/Bleckmann, Lena, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden – Caregiver Discrimination, Berlin 2021.

Thüsing, Gregor/Bleckmann, Lena, Lehren aus der Pandemie: Warum wir mehr tun müssen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf – aber nicht jeder Vorschlag hilft, jM 2021, Seite 148–155. https://www.jura.uni-bonn.de/lehrstuhl-prof-dr-thuesing/mitarbeiter/lena-bleckmann

Thüsing, Gregor/Pöschke, Carlo, Diskriminierung als Geschäftsmodell? Kritische Gedanken zu BGH, Urt. vom 27. Mai 2020 – VIII ZR 401/18; jM 2020, Seite 359–363. https://docplayer.org/194884042-Prof-dr-monika-jachmann-michel-holger-radke-prof-dr-thomasvoelzke-prof-dr-stephan-weth-ra-prof-dr-christian-winterhoff.html

Thüsing, Gregor/Vianden, Sabine, Rechtsfreie Räume? Die Umsetzung der EU-Antirassismusrichtlinie im Wohnungsbereich. Zu den Grenzen einer Bereichsausnahme und zum verbleibenden Umsetzungsbedarf der Richtlinie 2000/43/EG im deutschen Recht, Berlin 2020.

Treichel, Stefan, Reformansätze zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige, NZFam 2021, Seite 433–441. https://www.hs-emden-leer.de/en/studierende/fachbereiche/soziale-arbeit-und-gesundheit/team-und-termine/profile/treichel-stefan

Uerpmann-Wittzack, Robert, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm, ZaöRV 2008, Seite 359–370. https://www.zaoerv.de/68_2008/68_2008_2_a_359_370.pdf

Valerius, Brian, Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger, RdJB 2018, Seite 243–256. https://www.strafrecht2.uni-bayreuth.de/pool/dokumente/Publikationsverzeichnis-Webseite-aktuell.pdf

Vranes, Erich, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln", ZaöRV 2005, Seite 391–405. https://www.zaoerv.de/65_2005/65_2005_2_a_391_406.pdf

Wapler, Friederike, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechts konvention in Deutschland. Eine Untersuchung am Beispiel des Kindeswohlprinzips (Art. 3 Abs. 2 KRK) und der Beteiligungsrechte (Art. 12 KRK), RdJB 2019, Seite 252–273. https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0034-1312-2019-3-252/umsetzung-und-anwendung-der-kinderrechtskonvention-in-deutschland-jahrgang-67-2019-heft-3

Wapler, Friederike, Verfassungsrecht, in: Richter, Ingo/Krappmann, Lothar/Wapler, Friederike (Hrsg.), Kinderrechte, Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, Baden-Baden 2020, Seite Seite 69–100 vgl.: https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845296005-69/kapitel-1-verfassungsrechtfriederike-wapler?page=1

Weinberg, Nils, Ansätze zur Dogmatik der intersektionalen Benachteiligung, EuZA 2020, Seite 60–77. https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110731941-009/pdf

Welti, Felix, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 17. Juli 2008, Rs. C-303/06 – Coleman, ZESAR 2009, 142–148.

Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Georg, BGB, Handkommentar, 16. Auflage, Köln 2020.

Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, Seite 1234–1242. https://awr.uni-koeln.de/sites/awr/veroeffentlichungen/wiedemann-neu.pdf

Wisskirchen, Gerlind, Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber, DB 2006, Seite 1491–1499. https://www.rehadat-forschung.de/suche/index.html?reloaded&q=Wisskirchen%2C+Gerlind%2C+Der+Umgang+mit+dem+Allgemeinen+Gleichbehandlungsgesetz+%E2%88%92+Ein+%E2%80%9EKochrezept%E2%80%9C+f%C3%BCr+Arbeitgeber%2C+DB+2006%2C&sort=score+desc&page=8&mode=detail

Wolter, Berit/Backhaus, Anne, Beschweren erleichtern! Für diskriminierungssensible Beschwerdeverfahren in der Kita, KiDs aktuell 1/2019, https://kids.kinderwelten.net/de/Publikationen/#kidsaktuell (letzter Abruf 15. November 2021).

Impressum

Diese Publikation ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der
Antidiskriminierungsstelle des Bundes;
sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Herausgeberin:
Antidiskriminierungsstelle des Bundes
11018 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Autorin / Autor:
Constanze Janda und Mathieu Wagner,
Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Kontakt:
Servicebüro der Antidiskriminierungsstelle des Bundes
Telefonische Beratung: Montag bis Donnerstag 9–15 Uhr
Tel.: 0800 546 546 5
E-Mail: **beratung@ads.bund.de**

Allgemeine Anfragen:
E-Mail: **poststelle@ads.bund.de**

Satz & Layout: www.zweiband.de

Stand: Dezember 2021

Die Debatte um die Verankerung von Kindergrundrechten im Grundgesetz ist in jüngerer Zeit in den Fokus einer breiten Öffentlichkeit geraten. Weitgehend unter dem Radar blieben jedoch ganz alltägliche Situationen, in denen sich Kinder oder Eltern Benachteiligungen ausgesetzt sehen, die von Schwierigkeiten auf dem Wohnungsmarkt über den Zugang zu Hotels bis hin zum Respekt für die kindliche Autonomie bei der medizinischen Behandlung reichen. Das Rechtsgutachten geht der Frage nach, ob und inwiefern Kinder bzw. Eltern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG) vor Benachteiligungen geschützt sind und welche Maßnahmen geboten sind, um Diskriminierungsrisiken rechtssicher ausschließen zu können.