

# Judith Witt: Antidiskriminierungsrechtliche Zulässigkeit eines Erwachsenenhotels

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 5. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des Seminars „Urteile kritisch lesen“ am Lehrstuhl Zivilrecht 10 – Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht bei Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU) entstanden.

## A. Zunehmende Beliebtheit von Erwachsenenhotels

Erwachsenenhotels, also Hotels, in denen ausschließlich Gäste ab 16-18 Jahren erwünscht sind, werden immer beliebter.<sup>1</sup> Genervt vom beruflichen Stress wünschen sich viele Urlauber eine Auszeit, in der ganz auf ihre Bedürfnisse, wie Ruhe und Erholung, Rücksicht genommen wird. Doch kann eine solch unverhohlene Ungleichbehandlung aufgrund des Alters antidiskriminierungsrechtlich zulässig sein? Mit der möglichen Rechtfertigung einer derartigen Differenzierung aus Altersgründen befasst sich nun ein Urteil des BGH vom 27. Mai 2020 (VIII ZR 401/18). Im Folgenden werden zunächst die Gründe der Entscheidung aus Sicht des BGH geschildert. Anschließend werden abweichende Lösungsansätze für die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung dargestellt und analysiert.

## B. Entscheidung

### I. Sachverhalt

Die fünf Kläger verlangen von der Beklagten Zahlung einer angemessenen Entschädigung, hilfsweise die Zahlung von 500 € pro Kläger, jeweils zuzüglich Zinsen, wegen einer angeblich unrechtmäßigen Altersdiskriminierung.<sup>2</sup> Die Beklagte führt ein Erwachsenenhotel in B., das auf Wellness und Tagungen spezialisiert ist und nur Gäste ab 16 Jahren beherbergt. Im Dezember 2016 lehnte die Beklagte die Erstellung eines Angebots für einen Hotelaufenthalt der damals unter-16-jährigen Kläger und ihrer Eltern ab und verwies auf die Altersbeschränkung des Hotels.<sup>3</sup>

### II. Prozessgeschichte

Die Klage auf Verurteilung der Beklagten zu der oben beschriebenen Entschädigung vor dem Amtsgericht Fürstenwalde/Spree blieb erfolglos. Das Landgericht Frankfurt (Oder) wies auch die darauffolgende Berufung der Kläger zurück und erlegte den Klägern gesamtschuldnerisch die Kosten des Berufungsverfahrens auf. Die Kläger bestehen in der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision weiterhin auf ihrer Zahlungsforderung.<sup>4</sup>

### III. Rechtsproblem

Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters gem. § 19 I Nr. 1 AGG nimmt der BGH in diesem Fall ohne Weiteres an.<sup>5</sup> Insbesondere das Vorliegen eines Massengeschäfts wird unter Verweis auf fehlende dahingehende Tatsachenfeststellungen des Berufungsrichters bejaht. Ob ein solches Massengeschäft grundsätzlich vorliegt, hängt nicht nur davon ab, ob das Schuldverhältnis typischerweise ohne Ansehen der Person geschlossen wird, was nach der Verkehrssitte zu beurteilen ist.<sup>6</sup> (Dies ist zumindest bei einer Hotelbuchung, bei der Vertragsschluss und Abwicklung via Internet stattfinden, zu bejahen.)<sup>7</sup> Vielmehr muss der Vertrag auch durch den konkreten Anbieter<sup>8</sup> typischerweise zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen geschlossen werden,<sup>9</sup> sodass das Vorliegen eines Massengeschäfts von den individuellen Umständen des Vertragsschlusses abhängt. Angesichts des Fehlens tatsächlicher Feststellungen von Seiten des LG Frankfurt (Oder) ist allerdings im vorliegenden Fall in der Tat von einem Massengeschäft auszugehen. Damit ist sodann fraglich, ob diese Ungleichbehandlung durch einen

<sup>1</sup> Deicke, Christina: So gut fühlt sich Urlauber im Erwachsenenhotel an, Focus Online, [https://www.focus.de/reisen/hotels/trend-adults-only-endlich-kinderfrei-urlaub-im-erwachsenen-hotel-auf-gran-canaria\\_id\\_9963360.html](https://www.focus.de/reisen/hotels/trend-adults-only-endlich-kinderfrei-urlaub-im-erwachsenen-hotel-auf-gran-canaria_id_9963360.html) (zuletzt abgerufen am 05.01.2021).

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 4.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 3.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 4.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 21.

<sup>6</sup> Thüsing, Gregor, in: Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina [Hrsg.], MüKo - BGB, Bd. 1, AGG, 8. Aufl. 2018, § 19, Rn. 18.

<sup>7</sup> Thüsing (Fn. 6), § 19, Rn. 21.

<sup>8</sup> Thüsing (Fn. 6), § 19, Rn. 30 m.w.N. Serr, Stephan, in: von Staudinger Julius [Hrsg.], Staudinger- BGB, AGG, Stand: 2020, § 19, Rn. 29.

<sup>9</sup> Serr (Fn. 8), § 19, Rn. 29.

sachlichen Grund gem. § 20 I 1 AGG gerechtfertigt ist. Für den sachlichen Grund kommt die Berufsfreiheit der Beklagten gem. Art. 12 I GG infrage, denn die Marktpositionierung könnte ein Bestandteil der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit sein. Dabei stellt sich einerseits die Frage, ob sich die Berufsfreiheit der Beklagten innerhalb des Anwendungsbereichs des AGG überhaupt auswirkt oder ob das AGG nicht vielmehr eine absolute Schranke dieses Grundrechts darstellt.<sup>10</sup> Ferner ist problematisch, welche Folgen es auf die Rechtfertigung hat, wenn das Motiv für die Ungleichbehandlung auf der Berücksichtigung von diskriminierenden Kundenwünschen beruht. Das entscheidende Rechtsproblem dieses Urteils ist also, wovon die Rechtfertigung der Altersdifferenzierung abhängt und ob die vorliegende Ungleichbehandlung doch zulässig ist.

#### IV. Lösung des BGH

##### 1. Ungleichbehandlung gem. § 19 I Nr. 1 AGG

Das Gericht bejaht das Vorliegen des Tatbestands des §§ 1, 3 I, 19 I Nr. 1 AGG ohne nähere Prüfung.<sup>11</sup>

##### 2. Mögliche Rechtfertigung durch § 20 I 1 AGG

Der BGH sieht die Ungleichbehandlung des § 19 I Nr. 1 AGG jedoch als durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt an, gem. § 20 I 1 AGG.<sup>12</sup> Hierbei lässt das Gericht offen, ob der sachliche Grund verhältnismäßig sein muss oder nur nicht willkürlich sein darf, bejaht im Ergebnis aber die Verhältnismäßigkeit des konkreten Grundes.<sup>13</sup> Das LG Frankfurt (Oder) hat die Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen und dabei die Legitimität des Ziels sowie Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Ungleichbehandlung geprüft.<sup>14</sup>

#### a) Ausübung der Berufsfreiheit als legitimes Ziel

##### aa) Antizipierter Kundenwunsch als Ausübung der Berufsfreiheit

Zur Begründung der Entscheidung wird angeführt, dass die exklusive Ausrichtung auf Kunden ab 16 Jahren die Besetzung einer Marktnische sei, durch die die Beklagte Umsatz erzielen wolle.<sup>15</sup> Die Idee, sich durch ein besonderes Angebot am Wettbewerb zu beteiligen, sei von der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit und damit vom Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG umfasst.<sup>16</sup>

##### bb) Berufung auf die Berufsfreiheit im Anwendungsbereich des AGG

Das Gericht wirft allerdings die Frage auf, ob eine Rechtfertigung durch Art. 12 I GG im Anwendungsbereich des AGG überhaupt möglich ist und beantwortet diese zustimmend.<sup>17</sup> Zwar sieht es das AGG grundsätzlich als Schranke der Berufsfreiheit und stimmt darin mit der Revision überein.<sup>18</sup> Eine verfassungsorientierte Auslegung des Rechtfertigungstatbestands erfordere jedoch die Möglichkeit der Berücksichtigung des Art. 12 I GG<sup>19</sup>, sodass wirtschaftliche Interessen eine Ungleichbehandlung grundsätzlich rechtfertigen könnten, wenn auch das angewandte Mittel verhältnismäßig sei. Für diese Argumentation führt das Gericht auch an, dass der EuGH im Bereich des harmonisierten Antidiskriminierungsrechts eine Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Gründen erlaube.<sup>20</sup> Außerdem verweist der BGH auf das Beispiel des § 20 I 2 Nr. 3 AGG, der eine Rechtfertigung vorsehe, wenn die Ungleichbehandlung sich eigentlich nur als spiegelbildliche Konsequenz zu einem besonderen Vorteil für eine andere Konsumentengruppe darstelle.<sup>21</sup> Die Gewährung solcher Vorteile geschehe zur Anwerbung neuer Kundenkreise, sodass auch hier wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigend wirkten.<sup>22</sup>

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18 Rn. 31 f.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 19.

<sup>12</sup> Ebd.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 27.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 10 ff.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 28.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 29.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 31 f.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 31 f.

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> EuGH, Urt. v. 31.03.1981, C-96/80, EU:C:1981:80, Rn. 11 f.; BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 55.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 33.

<sup>22</sup> Ebd.

## b) Geeignetheit der Ungleichbehandlung

Ferner sieht der BGH den Ausschluss aller Personen unter der Altersgrenze auch als geeignetes Mittel zur Zielerreichung, nämlich der finanziellen Stabilität des Hotels, an.<sup>23</sup> Hierbei stellt sich das Problem, dass nicht sicher ist, ob alle (potenziellen) älteren Gäste des Hotels nur kommen würden, wenn Jugendliche ausgeschlossen werden. Hätte die Anwesenheit von Jugendlichen keinen Einfluss auf die Buchungsentscheidung, wäre der Ausschluss kein geeignetes Mittel zur Erzielung von Umsatz. Dieses Problem löst das Gericht, indem dem Hotelier ein Spielraum zur Beurteilung der Geeignetheit zugestanden wird, der aus der unternehmerischen Freiheit des Art. 12 I GG resultieren soll.<sup>24</sup> Ist der Hotelier also der Ansicht, dass seine Gäste das Hotel wegen der besonderen Ruhe schätzen, gelte diese Einschätzung grundsätzlich als zutreffend. Dieser Spielraum würde vor allem dadurch noch bestätigt, dass die Hotelbuchung im vorliegenden Hotel als Massengeschäft betrachtet wird.<sup>25</sup> Dahinter steht der Gedanke, dass es bei einem solchen Massengeschäft für den Betreiber erst recht nicht zumutbar sei, jeden Gast einzeln nach seinen Vorlieben zu fragen, um die Geeignetheit des Mittels sicherzustellen.

## c) Erforderlichkeit des Ausschlusses

Darüber hinaus hält das Gericht den Ausschluss aller Gäste unter 16 Jahren auch für ein erforderliches Mittel zur Gewinnerzielung.<sup>26</sup> Das Mittel ist dabei erforderlich, wenn es kein milderes und dabei gleich effektives Mittel zur Zweckerreichung gibt.<sup>27</sup> In diesem Zusammenhang taucht wiederum ein Standardisierungsproblem auf, denn es ist nicht sicher, dass alle jüngeren Gäste mehr Störungen produzieren. Würde ein Teil dieser Jugendlichen gar nicht mehr Lärm verursachen als ältere Gäste, könnte die Zulässigkeit der Ungleichbehandlung an der Erforderlichkeit scheitern. Hier prüft der BGH deshalb, ob es ausreichen würde, störende jüngere Gäste nur kurativ des Hauses zu verweisen.<sup>28</sup> Dies verneint er aber mit der Begründung, dass das Ruhebedürfnis

der übrigen Gäste bereits gestört wurde, wenn ein lärmendes Kind erst nach der Störung aus dem Hotel verschwindet.<sup>29</sup> Außerdem verweist er auf die besonders strengen Anforderungen für ein Hausverbot nach Abschluss eines Beherbergungsvertrags. Hierfür wären dann nämlich besonders gewichtige Sachgründe notwendig.<sup>30</sup>

## d) Zumutbarkeit des Ausschlusses

Ferner betrachtet das Gericht den generellen Ausschluss aller Personen unterhalb der Altersgrenze auch als zumutbar.<sup>31</sup> Bei der Zumutbarkeitsprüfung wägt es zwischen dem Gewicht der Berufsfreiheit und dem Grad der Beeinträchtigung für die Kläger ab.<sup>32</sup>

### aa) Fehlendes Interesse der Kläger an Beherbergung

Hierfür wird zunächst auf das mangelnde besondere Interesse der Kläger abgestellt, gerade in diesem Hotel abzusteigen. Es handle sich bei den Dienstleistungen der Beklagten nicht um solche des täglichen Lebens, sondern vielmehr um Angebote zur Freizeitgestaltung.<sup>33</sup> Außerdem könnten die Kläger, abgesehen von einer sehr guten Bewertung des Hotels auf einem Internetportal und der Zufriedenheit anderer Familienmitglieder bei früheren Besuchen, keine Gründe anführen, warum die Leistungen für sie doch besonders wichtig wären.<sup>34</sup> Aufgrund dieser beiden Tatsachen liegt nach Ansicht des BGH kein stark ausgeprägtes Interesse der Kläger an einem Hotelaufenthalt vor.<sup>35</sup> Außerdem hält er in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht das Interesse der Benachteiligten bei Massengeschäften auch deshalb für in der Regel weniger gravierend, da in solchen Fällen häufig noch viele andere Anbieter vorhanden und die Kläger nur wenig auf die Leistung eines Einzelnen angewiesen seien.<sup>36</sup> Im Ergebnis bewertet der BGH das Klägerinteresse in diesem Fall als eher unbedeutend.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 36.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 35 f.

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 37.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 37 f.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 38.

<sup>29</sup> Ebd.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 39; BGH, NJW 2012, S. 1725, Rn. 14.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 41.

<sup>32</sup> Ebd.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 45.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 44.

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 16, Rn. 18.

## bb) Marktpositionierung als Ausübung der unternehmerischen Handlungsfreiheit

Für die Zumutbarkeit spricht laut dem BGH die Berufsfreiheit der Beklagten, die auf das gesteigerte Ruhebedürfnis ihrer Gäste eingehen will. Zwar liegen keine individuellen Wünsche diesbezüglich vor, aber auch die Berücksichtigung antizipierter Kundenwünsche sei ein Teil der Berufsfreiheit.<sup>37</sup> Diese Benachteiligung aufgrund bloßer Befürchtungen eines möglichen Umsatzverlustes sieht der BGH nämlich deshalb als unproblematisch an, weil jede unternehmerische Entscheidung auf der Einschätzung von Kundenpräferenzen beruhe.<sup>38</sup> Somit werden laut höchstrichterlicher Ansicht keine Interessen Dritter zur Diskriminierungsrechtfertigung herangezogen, sondern die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der Beklagten.<sup>39</sup> Dieses Interesse an einer marktnischenbesetzung sei aufgrund des vollen Hotelmarktes in der Region als besonders hoch zu gewichten, während das Klägerinteresse unterliege.<sup>40</sup>

Das Gericht sieht die Benachteiligung aufgrund des Alters mithin als zumutbar an.

## C. Analyse und Einordnung der Entscheidung

Bei den verschiedenen Stufen der Rechtfertigungsprüfung tauchen mehrere Probleme auf, über deren Lösung sich Rechtsprechung und Literatur nicht einig sind. Bevor die Lösungsansätze für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund des Alters diskutiert werden, ist es notwendig, die Rolle der Grundrechte im Privatrecht festzuhalten. Einer starken Literaturansicht zufolge gelten die Grundrechte, mit Ausnahme des Art. 3 I GG<sup>41</sup>, mittelbar auch zwischen Privaten.<sup>42</sup> Man spricht hier von mittelbarer Drittwirkung, weil die Wertungen der Grundrechte über auslegungsbedürftige Begriffe der Rechtsnormen in das Zivilrecht einfließen.<sup>43</sup> Für Art. 3 I GG gilt dies nicht, weil zwischen Privaten der Grundsatz der Privatautonomie

herrscht.<sup>44</sup> In diesem Fall ist der Rechtsbegriff des „sachlichen Grundes“ aus § 20 I 1 AGG auslegungsbedürftig, sodass sowohl die Grundrechte der Beklagten, also v.a. Art. 12 I 1 GG, als auch die der Kläger, insbesondere Art. 1 I 1, 2 I i.V.m. 1 I GG und Art. 6 I GG, in die Prüfung der Zumutbarkeit der Ungleichbehandlung miteinfließen. Infolge der neueren Rechtsprechung des BVerfG wird in bestimmten Konstellationen sogar von einer faktisch unmittelbaren Bindung von Privatrechtsakteuren an die Grundrechte ausgegangen<sup>45</sup>, obwohl das BVerfG diese nicht so bezeichnet.<sup>46</sup> Dies erfordert jedoch stets eine gewisse soziale Mächtigkeit des Grundrechtsgebundenen<sup>47</sup>, die etwa in einer Monopolstellung zum Ausdruck kommen kann. Da eine solche Stellung der Beklagten wegen der ähnlichen Angebote anderer Unternehmer in diesem Fall nicht vorliegt<sup>48</sup>, ist ein Streitentscheid hier entbehrlich.

## I. Berufsfreiheit als legitimes Ziel

Die Frage, ob der sachliche Grund auch verhältnismäßig sein muss, wird von großen Teilen der Literatur<sup>49</sup> bejaht, sodass die Ungleichbehandlung als erste Voraussetzung ein legitimes Ziel<sup>50</sup> verfolgen muss. Deshalb stellt sich zunächst einmal die Frage, ob die Berufsfreiheit ein solches Ziel sein kann. Der BGH bejaht dies u.A. mit Verweis auf die verfassungskonforme Auslegung des AGG und der Rechtsprechung des EuGH (s. oben).

Im Gegensatz dazu geht die Revision davon aus, dass das AGG eine absolute Schranke von Art. 12 I 1 GG sei und gerade die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung markieren soll.<sup>51</sup> Dieser Ansicht nach können deshalb Verstöße gegen § 19 I Nr. 1 AGG gerade nicht durch die Berufsfreiheit gerechtfertigt werden.

Dabei übersieht die Klägerseite allerdings, dass ein Gesetz nur verfassungsmäßig ist, wenn es das betroffene Grundrecht nur

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 48.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 49.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18, Rn. 14, Rn. 18.

<sup>41</sup> *Classen, Claus Dieter*: Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 01/1997, S.65 (105).

<sup>42</sup> *Classen* (Fn. 41), S.65 (105); *Ogorek, Markus*, in: Epping, Volker/ Hillgruber, Christian [Hrsg.], BeckOK-GG, 46. Edition, Stand: 15.02.2021, Art. 10, Rn. 78 m.w.N. *Armbrüster, Christian*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, BGB (Fn. 6), § 134, Rn. 34.

<sup>43</sup> *Classen* (Fn. 41), S. 65 (106) m.w.N. *Herdegen, Matthias*, in: Maunz, Theodor/ Dürig, Günter [Hrsg.], Maunz/Dürig-GG, Stand: August 2020, Art. 1 III, Rn. 64.

<sup>44</sup> *Classen* (Fn. 41), S. 65 (93).

<sup>45</sup> *Jobst, Simon*: Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, S. 11.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 11. 04. 2018, 1 BvR 3080/09, Rn. 32.

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 29. 05. 2020, V ZR 275/18, m.w.N. *Jobst* (Fn. 45), S. 11 (16).

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 46.

<sup>49</sup> *Mörsdorf, Oliver*, in: Gsell, Beate/ Krüger, Wolfgang/ Lorenz, Stephan/ Reymann, Christoph [Hrsg.], Beck OGK, AGG, Stand: 01.03.2021, § 20, Rn. 24 m.w.N. *Thüsing* (Fn. 6), § 20, Rn. 12, 14; *Serr* (Fn. 8), § 20, Rn. 10.

<sup>50</sup> *Armbrüster*, in: Westermann, Harm Peter/ Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg [Hrsg.], Erman-BGB, AGG, 16. Aufl. 2020, § 20, Rn. 4.

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 31.

so weit einschränkt, wie es erforderlich ist.<sup>52</sup> Diese Grenze der Erforderlichkeit würde nicht mehr gewahrt werden, wenn die Berufsfreiheit eine Ungleichbehandlung niemals rechtfertigen könnte, unabhängig von deren Verhältnismäßigkeit. Dem BGH ist somit darin zuzustimmen, dass die Berufsfreiheit ein legitimes Ziel für eine Ungleichbehandlung darstellen kann. Außerdem bilden die Grundrechte auch eine objektive Werteordnung, die die Gerichte bei der Auslegung unklarer Begriffe beachten müssen.<sup>53</sup> Darüber hinaus ist dem Hinweis des BGH auf den Rechtfertigungsgrund § 20 I 2 Nr. 3 AGG zuzustimmen, denn in der Tat geschieht die Gewährung besonderer Vorteile zur Anwerbung neuer Kundenkreise, sodass auch hier wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigende Wirkung entfalten. Die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG ist mithin ein legitimes Ziel i.S.d. Art. 20 I Nr. 1 AGG.

## II. Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme

Somit stellt sich die Frage, ob der Ausschluss überhaupt geeignet und erforderlich zur Erzielung von Gewinn ist. Wie bereits oben ausgeführt, hält der BGH die Einschätzung der Lärmempfindlichkeit der älteren und die Lärmverursachung der jüngeren Gäste für im Einschätzungsspielraum des Hoteliers inbegriffen.<sup>54</sup> Auch in der Literatur wird dem Unternehmer ein gewisser Einschätzungsspielraum zugebilligt, solange die Annahme nicht objektiv abwegig erscheint.<sup>55</sup> Die Erwägung, dass jüngere Kinder so lautstark spielen, dass es Erwachsene davon abhält, in diesem Hotel Wellnessurlaub zu machen, erscheint zumindest nicht unrealistisch und gilt damit als geeignet. Den Ausführungen des BGH bzgl. der Erforderlichkeit ist ebenfalls zuzustimmen, denn in der Tat ist kein milderes und dabei gleich effektives Mittel ersichtlich, um die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten zu wahren.

## III. Zumutbarkeitsprüfung

### 1. Ungleichbehandlung als antizipierter Kundenwunsch

#### a) Ansicht des BGH: Trennung von antizipiertem und individuellem Kundenwunsch

Vorangehend wurde festgestellt, dass die Berufsfreiheit grundsätzlich geeignet ist, eine Ungleichbehandlung wegen des Alters zu rechtfertigen. Allerdings liegt der Fall hier so, dass der Hotelier durch den Ausschluss der Jugendlichen ein besonderes Geschäftskonzept aufrechterhalten will, um die Rentabilität seines Hotels zu sichern. Fraglich ist also, ob hier auf Kundenwünsche abgestellt wurde und wie das rechtlich zu bewerten ist. Der BGH hält diese Schaffung eines „Erwachsenen-Konzepts“ lediglich für eine reine Ausprägung der unternehmerischen Handlungsfreiheit, die er von der Berücksichtigung von Kundeninteressen abgrenzt.<sup>56</sup> Kundeninteressen dürfen seiner Einschätzung nach berücksichtigt werden, können die Ungleichbehandlung aber nicht alleine rechtfertigen.<sup>57</sup> Wurden diese Wünsche aber nicht ausgesprochen, sondern der Hotelier vermutet sie nur, ist das laut BGH keine Berücksichtigung von Interessen Dritter, denn schließlich würden jeder unternehmerischen Entscheidung die vermeintlichen allgemeinen Kundenwünsche zugrunde liegen.<sup>58</sup> Der BGH trennt also die Behandlung antizipierter Kundenwünsche von der rechtlichen Behandlung ausgesprochener Wünsche. Somit wägt der BGH die Berufsfreiheit nur noch mit dem Klägerinteresse ab, ohne spezifisch auf die Bewertung des Problems diskriminierender Kundenwünsche einzugehen.<sup>59</sup>

#### b) Ansicht der Literatur: Trennung von Imagebildung und antizipiertem Kundenwunsch

Ein Teil der Literatur trennt hingegen in solchen Konstellationen zwischen der Berücksichtigung von antizipierten Kundenwünschen und bloßer Imagebildung.<sup>60</sup> Imagebildung bejaht sie immer dann, wenn es dem Hotelier nicht auf die Zahl der Kunden ankommt, sondern darauf, welche Zusammensetzung von Kunden (in diesem Fall

<sup>52</sup> *Wienbracke, Mike*: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ZJS 02/2013, S. 148.

<sup>53</sup> *Lindner, Josef Franz*, in: Lindner, Josef Franz/ Möstl, Markus/ Wolff, Heinrich Amadeus [Hrsg.], Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Zweiter Hauptteil, Vorbemerkungen, Rn. 87.

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 35 ff.

<sup>55</sup> *Thüsing* (Fn. 6), § 20, Rn. 14 m.w.N. *Serr* (Fn. 8), § 20, Rn. 12.

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 30.

<sup>57</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 48.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 49.

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 47.

<sup>60</sup> *Serr* (Fn. 8), § 20, Rn. 17.

Erwachsene) im Hotel logieren.<sup>61</sup> Nach dieser Ansicht läge also Imagebildung vor, denn grundsätzlich könnten ja sonst Familien mit Kindern die Erwachsenen ersetzen, die wegen des Lärms fernbleiben. Somit ginge es nicht um die Anzahl der Gäste, sondern die Zusammensetzung des Kundenstammes. Imagebildung sehen die Autoren als nicht zwingend verwerflich an, letztendlich kommt es jedoch nur zu einer Rechtfertigung, wenn die Imagebildung langfristig für die Wirtschaftlichkeit des Hotels nötig ist.<sup>62</sup>

### c) Stellungnahme

Dieser Auffassung ist jedoch insoweit zu widersprechen, als dass Imagebildung in Wahrheit dasselbe ist wie die Rücksicht auf (eben nicht ausgesprochene) Kundenwünsche, also Interessen Dritter. Wenn nämlich der Hotelier die Ungleichbehandlung nicht aus eigenen Vorurteilen heraus betreibt<sup>63</sup>, was kein legitimes Ziel darstellen würde, dann um sicherzustellen, dass ohne Kinder mehr Gäste kommen als mit Kindern. Es geht also letztendlich auch wieder darum, dass das Hotel langfristig überlebt, weil die älteren Gäste die altersmäßig homogene Kundenzusammensetzung schätzen. Dem Hotelier geht es also um die Anzahl der Kunden, sodass die Imagebildung eine Form der Berücksichtigung antizipierter Kundenwünsche darstellt. Dieser Literaturansicht kann damit nicht zugestimmt werden.

Auch dem BGH, der zwar antizipierte Kundenwünsche annimmt, diese jedoch für nicht vergleichbar mit der Berücksichtigung individueller Wünsche hält, ist hier nicht zu folgen. Antizipierte Kundenwünsche sind vielmehr erst recht derselben Diskussion wie ausgesprochene Kundenwünsche auszusetzen, weil durch sie Vorurteile stillschweigend verfestigt werden.<sup>64</sup> Ein Kunde, der erlebt, dass auf seine benachteiligenden Wünsche eingegangen wird, ohne dass er diese Wünsche vorher überhaupt äußern musste, wird davon ausgehen, dass der Anbieter sein Weltbild teilt. Dadurch wird seine Ansicht höchstwahrscheinlich weiter perpetuiert. Außerdem geschieht die Benachteiligung aufgrund lediglich vermuteter Kundenwünsche aus einem weniger nachvollziehbaren Anlass heraus, als wenn Kunden tatsächlich mit Nicht-Buchung drohen.

## 2. Rechtfertigung durch antizipierte Kundenwünsche

Nachdem daher geklärt ist, dass es sich bei der Bildung einer Marktnische durchaus um einen Fall der Berücksichtigung diskriminierender Präferenzen von Dritten handelt, muss man sich damit auseinandersetzen, unter welchen Voraussetzungen dies gerechtfertigt sein kann. Dazu kursieren in der Literatur unterschiedlich strenge Ansichten.

### a) Strenge Ansicht

Die, aus Sicht des Hoteliers, strengste Ansicht hält eine Ungleichbehandlung nie für gerechtfertigt, wenn der Kundenwunsch nur auf Vermutungen des Unternehmers beruht.<sup>65</sup> Vertreter dieser Meinung führen an, dass es schlicht an einem tatsächlichen Grund für die Diskriminierung fehlt, wenn nicht wirklich ein großer Teil der Kundschaft bei Gleichbehandlung ausbleiben würde.<sup>66</sup> Sie lehnen also eine Rechtfertigung ab, noch bevor es wirklich zu einer Zumutbarkeitsabwägung kommen kann.

### b) Andere Ansicht

Einer anderen Ansicht nach kommt dem Unternehmer als Ausfluss seiner Berufsfreiheit ein gewisser Einschätzungsspielraum zu, sodass ihm grundsätzlich zu glauben ist, was die Einschätzung der Wünsche seiner Kunden angeht.<sup>67</sup> Wenn diese allerdings rechtfertigende Wirkung entfalten sollen, müssen sie zunächst einmal sozialadäquat sein.<sup>68</sup> Sozial inadäquate Wünsche können niemals als Rechtfertigung dienen, denn genau vor sozial verwerflichen Ungleichbehandlungen soll das AGG schützen.<sup>69</sup>

### c) Stellungnahme

Die Berufsfreiheit des Hoteliers fließt hier erneut in die Rechtfertigungsanforderungen mit ein, sodass es zu hart erscheint, seine Einschätzung darüber, wie die Kunden auf eine Gleichbehandlung reagieren würden, nie zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere, da es für den Hotelier mit unwiederbringlichen Verlusten verbunden sein kann, erst abzuwarten, wie viele Kunden wirklich nicht mehr bei ihm buchen. Es ist sich somit der zweiten Meinung anzuschließen,

<sup>61</sup> Serr (Fn. 8), § 20, Rn. 19.

<sup>62</sup> Ebd.

<sup>63</sup> Serr (Fn. 8), § 20, Rn. 17.

<sup>64</sup> Vgl. Franke, Bernhard/Schlichtmann, Gisbert: in Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin [Hrsg.], NK-AGG, 4. Aufl. 2018, § 20, Rn. 17.

<sup>65</sup> Vgl. Franke/Schlichtmann (Fn. 64), § 20, Rn. 17.

<sup>66</sup> Vgl. Franke/Schlichtmann (Fn. 64), § 20, Rn. 17.

<sup>67</sup> Thüsing (Fn. 6), § 20, Rn. 22.

<sup>68</sup> Ebd.

<sup>69</sup> BT-Drs. 16/1780, zu § 1, 30.

sodass zunächst die Sozialadäquanz der Maßnahme ermittelt werden muss

### 3. Sozialadäquanz im konkreten Fall

Gegen die Sozialadäquanz sprechen auf den ersten Blick mehrere Gründe. Zunächst einmal ist es für die Gesellschaft grundsätzlich wichtig, dass die verschiedenen Generationen lernen, ihre Bedürfnisse aufeinander abzustimmen und einen respektvollen Umgang miteinander zu finden. Das gilt vor allem vor dem Hintergrund des Generationenvertrags, der bereits jetzt immer weniger Zustimmung unter jüngeren Menschen findet.<sup>70</sup> Ein solcher gegenseitiger Respekt entsteht nicht durch Segregation, sondern durch gemeinsame Begegnungen. Außerdem wird der soziale Achtungsanspruch der Jugendlichen untergraben, indem sie als unerwünschte Störfaktoren abgestempelt werden. Dies erscheint angesichts der grundgesetzlichen Wertung des Art. 1 I 1 GG und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Kläger aus Art. 1 I 1 i.V.m. Art. 2 I GG bedenklich. Was jedoch vor allem anderen gegen die Rechtfertigung spricht, ist, dass das Grundgesetz mit Art. 6 I GG eine eindeutige Wertentscheidung zugunsten der Schutzwürdigkeit von Familien trifft.<sup>71</sup> Diese Wertentscheidung fließt genauso wie die Berufsfreiheit und die anderen Grundrechte der Beteiligten in die Auslegung des „sachlichen Grundes“ ein<sup>72</sup> und wird dadurch beeinträchtigt, dass Familien in ihrer Entscheidungsfreiheit bezüglich der Freizeitgestaltung deutlich eingeschränkt werden. Dies mutet zumindest subjektiv wie eine Strafe an, obwohl die Familie vom Grundgesetzgeber als Keimzelle der Gesellschaft gesehen wird.<sup>73</sup>

Besonders bei dem Aspekt der Menschenwürde muss jedoch beachtet werden, dass hier die Teilnahme am öffentlichen Leben nicht durch den Ausschluss beeinträchtigt wird. Dafür müsste die Beklagte eine Monopolstellung in der Region einnehmen<sup>74</sup>, was sie unstreitig nicht tut.<sup>75</sup> Es fand auch keine demütigende Verweisung aus dem Hotel statt, die eine

Beeinträchtigung der Menschenwürde darstellen könnte<sup>76</sup>, sondern die Weigerung zur Angebotserstellung wurde per Brief an die Kläger mitgeteilt. Somit scheidet eine Menschenwürdeverletzung hier aus. Gegen eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts spricht, dass die Jugendlichen unweigerlich aus der betroffenen Gruppe herauswachsen<sup>77</sup> und das Alter auch kein individuelles Persönlichkeitsmerkmal ist<sup>78</sup>, sondern ein Prozess, den jeder von uns durchläuft. Stattdessen streiten mehrere gewichtige Argumente für die Sozialadäquanz der Maßnahme. Erstens ist der Hotelmarkt nicht nur in die eine Richtung spezialisiert, sondern es gibt vielmehr auch zahlreiche Angebote, die genau auf die Bedürfnisse von Familien mit Kindern zugeschnitten sind.<sup>79</sup> Man mag einwenden, dass ein Erwachsener hier wohl nicht abgewiesen worden wäre, sodass zumindest keine, grundsätzlich sozialadäquate, Markttrennung<sup>80</sup> vorliegt. Allerdings stört dieser durch zu viel Ruhe nicht das laute Spielen der Kinder, während das andersherum schon der Fall ist. Außerdem ist dem Berufungsgericht, das den Fall ebenso wie der BGH entschieden hat, in der Annahme zuzustimmen, dass ein spezialisierter Markt das Wirtschaftswachstum befördert<sup>81</sup>, denn es ist einleuchtend, dass Kunden, die mit dem Angebot hochzufrieden sind, mehr konsumieren. Eine solche Aufspaltung des Marktes nach den verschiedenen Bedürfnissen hat also durchaus positive Effekte auf das Gemeinwohl. Ferner ist auch an dieser Stelle anzuführen, dass die Jugendlichen unter der Altersgrenze unweigerlich aus der benachteiligten Gruppe herauswachsen.<sup>82</sup> Der Ausschluss von Jugendlichen ist also sozialadäquat, so dass die Maßnahme nur noch geeignet, erforderlich und im Hinblick auf den erreichten Zweck angemessen sein muss.<sup>83</sup>

### 4. Abwägung mit Klägerinteresse

Schließlich muss das legitime Ziel, also die Berufsfreiheit der Beklagten, gegen das Interesse der Kläger an einem Aufenthalt im Hotel abgewogen werden. Besonders interessant ist hier,

<sup>70</sup> Menkes, Sabine: Wir kündigen den Generationenvertrag-jetzt!, Welt, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article183775654/Generationengerechtigkeit-Wir-kuendigen-den-Generationenvertrag-jetzt.html> (zuletzt abgerufen am 18.04.2021).

<sup>71</sup> Badura, Peter, in: Maunz/Dürig-GG (Fn. 43), Art. 6, Rn. 1.

<sup>72</sup> Lindner (Fn. 53), Rn. 87.

<sup>73</sup> Badura, in: Maunz/Dürig-GG (Fn. 43), Art. 6, Rn. 1.

<sup>74</sup> Neuner, Jörg: Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, S. 1851 (1855).

<sup>75</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 46.

<sup>76</sup> Lehner, Roman: Grundrechtsprobleme im Wellness-Hotel, NVwZ 2012, S. 861.

<sup>77</sup> Vgl. Däubler, Wolfgang in: NK-AGG (Fn. 64), § 1, Rn. 98.

<sup>78</sup> Anders in diesem Fall: Weller, Marc-Philippe/ Grethe, Franziska: Diskriminierungsverbot aufgrund sexueller Orientierung beim Hotelübernachtungsvertrag, ZEuP 2015, S. 606 (611, 621).

<sup>79</sup> <https://www.sachsen-tourismus.de/reisethemen/familie-jugend/unterkuenfte/> (zuletzt abgerufen am 28.12.2020).

<sup>80</sup> Thüsing (Fn. 6), § 20, Rn. 42 m.w.N. Thüsing (Fn. 6), § 8, Rn. 17.

<sup>81</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 11.

<sup>82</sup> Vgl. Däubler, in: NK-AGG (Fn. 64), § 1, Rn. 98.

<sup>83</sup> Thüsing (Fn. 6), § 20, Rn. 14.

dass der BGH das Vorgehen des Hoteliers einfach für „legitim“ erklärt, obwohl gerade dies erst zur Prüfung steht.<sup>84</sup> Hierbei argumentiert der BGH, dass das Interesse an einem Hotelaufenthalt bei der Beklagten schon generell eher gering sei, da es sich lediglich um eine Frage der Freizeitgestaltung handle, auf die man schon per se nicht dringend angewiesen sei.<sup>85</sup> Dieses Argument kann jedoch nicht überzeugen, denn das AGG verlangt gerade kein Geschäft des lebensnotwendigen Bedarfs<sup>86</sup>, sondern sieht das Problem in der Tatsache, dass alle Kunden ohne das betreffende Merkmal das Geschäft abschließen können. Des Weiteren führt er an, dass auch im konkreten Fall nur ein schwach ausgeprägtes Klägerinteresse vorliegt, weil der Hotelmarkt in der betreffenden Region stark ausgeprägt ist, sodass die Familie relativ leicht ein ähnliches Angebot hätte finden können.<sup>87</sup>

Die Auffassung, dass das Klägerinteresse von der Besetzung des Hotelmarktes in der Region abhängig ist, wird zumindest von Teilen der Literatur geteilt.<sup>88</sup> Ähnlich wie bei der Beurteilung einer Menschenwürdeverletzung leuchtet es ein, dass der Grad der Einschränkung für die Lebensgestaltung davon abhängt, ob das Hotel eine Monopolstellung besetzt oder nicht. Je weniger man auf andere Anbieter ausweichen kann, desto größer ist die Beeinträchtigung und damit das Klägerinteresse. Dass es dadurch indirekt zum Vorteil des Benachteiligten wird, wenn andere Hoteliers die grundsätzliche Wertenscheidung des Gesetzgebers in § 19 I Nr. 1 AGG für eine Gleichbehandlung der Altersgruppen strenger umsetzen, erscheint trotzdem problematisch. Erstens entsteht ein großes Maß an Rechtsunsicherheit, wenn die Rechtmäßigkeit der Benachteiligung vom Angebot der anderen Unternehmer abhängt. Im Moment der Hotelkonzeptausarbeitung kann der einzelne Unternehmer nicht wissen, wie viele Hotels in der Zukunft ebenfalls Jugendliche ausschließen werden, er kann also nicht auf die voraussichtlich dauerhafte Rechtmäßigkeit seines Konzepts bauen und wirtschaftlich planen. Dieses Argument lässt sich allerdings damit entkräften, dass es keinen Anspruch auf dauerhaft günstige Rechtsprechung gibt und das Gericht ja sogar die Pflicht hat, jeden Fall einzeln und abhängig von der konkreten Marktsituation zu beurteilen.<sup>89</sup> Wenn beispielsweise in zehn Jahren die Mehrheit der Hoteliers auf Erwachsenenhôtels umsteigt, kann es sein, dass eine zweite Klage anders beurteilt werden würde. Allerdings kann der

Hotelier ja frei entscheiden, ob er dieses Risiko eingehen möchte. Was allerdings wirklich ungerecht erscheint, ist, dass Anbieter, die nicht nach dem Alter differenzieren, im Vergleich zu den benachteiligten Hoteliers einen wirtschaftlichen Nachteil erhalten. Durch das Regel-Ausnahme-Verhältnis der §§ 19, 20 AGG wird deutlich, dass die Gleichbehandlung als das normgemäße Verhalten betrachtet wird und eine Ungleichbehandlung nur im Ausnahmefall gerechtfertigt ist. Aufgrund des diskriminierungsfreien Angebots der gleichbehandelnden Hoteliers könnten die benachbarten Unternehmer machen, was sie möchten, erstere könnten sich aber nicht in dieser Weise spezialisieren und Marktnischen besetzen. Somit würde das normgemäße, wünschenswerte Verhalten der gleichbehandelnden Hoteliers faktisch sanktioniert. Aus all diesen Gründen ist das Kriterium der Marktsituation deshalb bedenklich. Der BGH hat es also versäumt, eine ordentliche Abwägung der Sozialadäquanz durchzuführen und das augenscheinlich geringe Klägerinteresse als einziges Argument in der Abwägung mit der Berufsfreiheit herangezogen. Aufgrund der Sozialadäquanz der Ungleichbehandlung ist ihm im Ergebnis allerdings zuzustimmen, dass die Berufsfreiheit hier überwiegt.

## D. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass dem BGH zwar im Ergebnis beizupflichten ist, der Weg dorthin jedoch argumentativ holprig erscheint. Während die Einordnung der Berufsfreiheit als legitimes Ziel, sowie die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme vom BGH zutreffend entschieden werden, liegen in der Zumutbarkeit der Maßnahme mehrere Schwachstellen des Urteils. Die Begründung, dass die Ausrichtung nach vorweggenommen Kundenwünschen nicht genauso wie die Berücksichtigung ausgesprochener Wünsche zu behandeln sei und deshalb keine Sozialadäquanz-Abwägung durchgeführt werden müsse, kann nicht überzeugen. Der BGH diskutiert zahlreiche Argumente, die gegen die Sozialadäquanz der Maßnahme und damit gegen eine Rechtfertigung der Zugangsbeschränkung wirken könnten, überhaupt nicht. So werden die grundgesetzlichen Wertungen aus Art. 1 I, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I und Art. 6 GG, die zugunsten der Kläger sprechen, nicht angesprochen. Außerdem wischt das Gericht den Einwand der Revision, dass man Ungleichbehandlungen nicht durch das benachteiligungsfreie Angebot anderer

<sup>84</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 43.

<sup>85</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 45.

<sup>86</sup> *Looschelders, Dirk*: Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 3/2012, S. 105 (106 f.).

<sup>87</sup> BGH, Urt. v. 27. 05. 2020, VIII ZR 401/18, Rn. 46.

<sup>88</sup> *Pfeiffer, Thomas*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.05.2020-VIII ZR 401/18, LMK 2020, 7. Ausgabe, 430872 m.w.N. *Serr* (Fn. 8), § 20, Rn. 13.

<sup>89</sup> *Serr* (Fn. 8), § 20, Rn. 12.



Anbieter rechtfertigen könne, ohne nähere Erläuterung beiseite und beschäftigt sich auch hier nicht mit den Schwächen dieses Kriteriums. Trotz dieser argumentativen Schwächen kommt der BGH schlussendlich zu einem vertretbaren Ergebnis. Der Berufsfreiheit letztendlich den Vorrang vor dem Klägerinteresse einzuräumen, ist aufgrund der zahlreichen Argumente für diese Position nachvollziehbar. Die stärksten unter ihnen, nämlich das Interesse des Hoteliers an der Wirtschaftlichkeit des Hotels, das Funktionieren der wettbewerbsorientierten Wirtschaft und die Tatsache, dass die Kläger aus der benachteiligten Gruppe herauswachsen, seien hier noch einmal herausgestellt.

Abschließend lohnt es sich, einen vergleichenden Blick auf den Umgang der Gerichte mit dem Merkmal Behinderung zu werfen, das ebenfalls Teil der überschießenden Richtlinienumsetzung ist. Das Thema Ungleichbehandlung beim Beherbergungsvertrag aufgrund einer Behinderung wird von der Rechtsprechung heftig diskutiert. Teilweise sehen die Gerichte in der Anwesenheit behinderter Gäste einen

Reisemangel<sup>90</sup>, während andere eine Schadensersatzpflicht auch unabhängig vom Verhalten der behinderten Gäste ablehnen.<sup>91</sup> Wenn die Verweigerung der Unterbringung nicht durch § 20 I Nr. 1 AGG gerechtfertigt ist, stellt sich die Frage, ob die Wirtschaftlichkeit des Hotels auch hier einen sachlichen Grund darstellt. Hierbei muss beachtet werden, dass der Diskriminierungsschutz für dieses Merkmal durch Art. 3 III 2 GG grundrechtlich stark abgesichert ist<sup>92</sup>, der anders als der allgemeine Gleichheitssatz, auch mittelbar zwischen Privaten gilt.<sup>93</sup> Dessen Wertungen fließen in die Rechtfertigungsprüfung mit ein<sup>94</sup> und stehen der Berufsfreiheit des Hoteliers gegenüber. Außerdem ist hier die Sozialadäquanz auch deshalb zu verneinen, da die Ungleichbehandlung das Ziel der Inklusion sabotiert, dem sich die BRD durch die Unterzeichnung der UN-Behindertenrechts-Konvention verschrieben hat<sup>95</sup>, die ebenfalls als Auslegungshilfe des AGG dient.<sup>96</sup> Dieser Fall muss also anders beurteilt werden, als die Ungleichbehandlung aufgrund des Alters, sodass zumindest in Bezug auf dieses Merkmal nicht davon auszugehen ist, dass sich die Leitsätze des hier besprochenen Urteils auf neue Fälle auswirken werden.

---

<sup>90</sup> LG Frankfurt, in: NJW 1980, S. 1169 (1170).

<sup>91</sup> AG Kleve, Urt. v. 12.03.1999, 3 C 460/98, Rn. 41 ff.

<sup>92</sup> AG Kleve, Urt. v. 12.03.1999, 3 C 460/98, Rn. 43.

<sup>93</sup> Classen (Fn. 41), S. 65 (93).

<sup>94</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.1.2020, 2 BvR 1005/18, Rn. 37.

<sup>95</sup> Mörsdorf (Fn. 49), § 20, Rn. 23.

<sup>96</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.1.2020, 2 BvR 1005/18, Rn. 40.