

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

erstellt von

Rechtsanwältinnen Cornelia Liedtke und Nele Trenner,

VEST Rechtsanwälte LLP.

Berlin, Dezember 2018

Impressum

Hrsg.:

KiDs – Kinder vor Diskriminierung schützen!

Fachstelle Kinderwelten für Vorurteilsbewusste Bildung und Erziehung©

Institut für den Situationsansatz (ISTA), INA Berlin gGmbH

Naunynstr.64

10997 Berlin

Tel. 030-80206900,

kids@kinderwelten.net

www.kids.kinderwelten.net

Autor*innen: RA*innen Cornelia Liedtke und Nele Trenner, VEST Rechtsanwälte LLP.

Redaktion: Maryam Haschemi, Nuran Yiğit

Berlin, Dezember 2018

Das Rechtsgutachten wurde im Rahmen des KiDs-Modellprojekts „Antidiskriminierung als aktiver Kinderschutz in der Kita“ erstellt. Das Projekt wird gefördert aus dem Bundesprogramm „Demokratie Leben!“ des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, und Mitteln der Landesantidiskriminierungsstelle Berlin und der Berliner Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie.

Gefördert vom



im Rahmen des Bundesprogramms

Demokratie **leben!**

Landesstelle
für Gleichbehandlung –
gegen Diskriminierung



Das Landesprogramm

be  Berlin

Senatsverwaltung
für Justiz, Verbraucherschutz
und Antidiskriminierung

Senatsverwaltung
für Bildung, Jugend
und Familie

be  Berlin

Inhalt

A. Einleitung	4
B. Hauptteil	5
Teil I: Rechtsgrundlagen	5
1. Grundgesetz (GG)	5
2. UN-Kinderrechtskonvention (KRK)	7
3. UN-Behindertenrechtskonvention	8
4. EU-Antirassismus-Richtlinie	8
5. EU-Gender-Richtlinie	9
6. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	9
7. Sozialgesetzbuch VIII	13
8. Kindertagesförderungsgesetz - KitaFöG	13
9. RV Tag	15
10. Berliner Bildungsprogramm	16
Teil II: Fragestellungen	17
1. Rechte der Eltern	17
a. Denkbare/typische Fallkonstellationen	17
aa. Vertragsanbahnung: Ablehnung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals	17
bb. Vertragsdurchführung: Diskriminierungserfahrungen der Kinder durch Erzieher*innen, Diskriminierungserfahrungen durch Kinder oder andere erwachsene Personen	21
cc. Vertragsbeendigung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals	22
2. Pflichten der Einrichtungen und der Kita-Aufsicht	23
a. Welche Maßnahmen gegen Diskriminierung müssen Kitas derzeit ergreifen?	23
c. Handlungspflichten der Aufsichtsbehörden	23
3. Lücken im Rechtsschutz	24
4. Veränderungen durch das geplante LADG	25
a. Allgemeines	25
b. Veränderungen für Eltern	26
c. für Träger, Einrichtungen und die Kita-Aufsicht	27
aa. öffentliche Träger	27
bb. freie Träger und EKTs	27
C. Zusammenfassung und Fazit	28

A. Einleitung

Kinder im Krippen- und Kindergartenalter sind im besonderen Maße Diskriminierungsrisiken im Rahmen der Kindertagesbetreuung ausgesetzt. Dabei sind Diskriminierungen, die diese Kinder betreffen, vielfältig vom Diskriminierungsgrund als auch der Intensität. So sind Kinder Diskriminierungen von Einzelnen ebenso ausgesetzt, wie strukturellen Diskriminierungen.

Da bereits das Kindertagesförderungsgesetz (KitaFöG Berlin) direkt in § 1 Abs. 1 S. 2 eine Förderung des Kindes unabhängig von *Geschlecht, der ethnischen und religiösen Zugehörigkeit, der sozialen und ökonomischen Situation seiner Familie und den individuellen Fähigkeiten* vorsieht, sollen soziale Benachteiligungen sowie behinderungsbedingte Nachteile durch die Förderung möglichst ausgeglichen werden.

Das Gutachten stellt im Hauptteil B. unter I. die möglichen einschlägigen Rechtsgrundlagen dar. Anschließend wird unter II. insbesondere vier Fragestellungen nachgegangen:

Unter 1. wird untersucht, welche rechtlichen Möglichkeiten Eltern und sorgeberechtigte Personen haben, sich gegen Diskriminierung der von ihnen vertretenen jungen Kinder zu wenden.

Unter 2. geht es um die Fragen, welche Verpflichtungen sich für die Kindertageseinrichtungen und die Träger ergeben, Maßnahmen gegen Diskriminierungen in ihrer Einrichtung umzusetzen. Geprüft wird auch, in welchem Maße die Senatsverwaltung für Bildung im Rahmen der Kita-Aufsicht zuständig ist, Diskriminierungsschutz an der Kita umzusetzen.

Unter 3. werden die aktuell bestehenden rechtlichen Lücken sowohl im Bereich der Rechte als auch im Bereich der Pflichten von Kitaträgern beleuchtet.

Unter 4. wird untersucht, welche Änderungen bei Inkrafttreten des Berliner Anti-Diskriminierungsgesetzes zu erwarten sind.

Im Teil C werden die Kernthesen des Gutachtens in einer Zusammenfassung dargestellt.

B. Hauptteil

Teil I: Rechtsgrundlagen

Diskriminierungsschutz wird auf völkerrechtlicher, verfassungsrechtlicher, bundesrechtlicher und landesrechtlicher Ebene geregelt sowie in öffentlich-rechtlichen Verträgen vereinbart. Die für Diskriminierungsschutz maßgeblichen Rechtsgrundlagen auf allen Ebenen werden nachfolgend dargestellt:

1. Grundgesetz (GG)

Bereits das Grundgesetz sieht in Art. 3 ein jedem Menschen zustehendes Grundrecht auf Schutz vor Diskriminierung vor.

Art. 3 Abs. 3 GG lautet:

„Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

Artikel 3 Abs. 3 GG enthält ein Diskriminierungsverbot. Allerdings binden die Grundrechte zunächst nur „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG. Das heißt, dass die Verwaltung – also auch die Jugendämter und die Kita-Aufsicht – gemäß Artikel 3 GG nicht diskriminieren dürfen und dass die Gesetzgeber für entsprechende Regelungen sorgen müssen, um dieses Verbot wirksam umzusetzen.

Kitas in öffentlicher Trägerschaft sind ebenfalls unmittelbar vom Geltungsbereich des Artikel 3 GG erfasst. So hat etwa der Bundesgerichtshof¹ – im konkreten Fall in Bezug auf Sparkassen – im Jahr 2003 entschieden, dass

„die öffentliche Hand (...) auch dann unmittelbar an die Grundrechte gebunden (ist), wenn sie öffentliche Aufgaben in privatrechtlichen Rechtsformen wahrnimmt.“

Weiter führte das Gericht aus:

„Dass die Beklagte ihre Aufgaben der Daseinsvorsorge mit Mitteln des Privatrechts erfüllt und der Girovertrag zwischen den Parteien privatrechtlicher Natur ist, ändert an der unmittelbaren Grundrechtsbindung der Beklagten nichts.“

¹ Bundesgerichtshof Urt. v. 11.03.2003, Az.: XI ZR 403/01; https://www.jurion.de/urteile/bgh/2003-03-11/xi-zr-403_01/

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Einschätzung 2011 in einem Urteil in Bezug auf einen in privatrechtlicher Form betriebenen Flughafen bestätigt, wonach dieser unmittelbar an die Grundrechte gebunden sei und sich seinerseits nicht auf eigene Grundrechte berufen kann.²

Diese Bewertung lässt sich auf den Bereich der Kindertagesbetreuung übertragen: Gemäß § 24 Sozialgesetzbuch (SGB) VIII haben Eltern und Kinder einen Anspruch auf Betreuung, und die örtlich zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, hier das Land Berlin, haben diesen Anspruch als Teil der Daseinsvorsorge umzusetzen (§ 24 SGB VIII, § 2 KitaFöG). Auch wenn die Eigenbetriebe privatrechtlich organisiert sind und die Betreuungsverträge privatrechtlicher Natur sind, wirkt Art. 3 GG demnach unmittelbar.

Anders verhält es sich im Verhältnis zwischen Familien und Kitas in privater Trägerschaft. Hier wird nicht nur ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen und der Träger hat eine privatrechtliche Organisationsform, sondern es handelt sich auch um einen freien Träger. Er ist also gerade nicht verpflichtet zur Daseinsvorsorge, sondern bietet nur die Übernahme dieser Aufgabe dem öffentlichen Träger an. Damit gilt für einen solchen freien Träger aber auch die Privatautonomie: Er kann grundsätzlich selbst entscheiden, ob und mit wem er Verträge abschließt. Gegebenenfalls ist er im Rahmen eines Betreibervertrags oder in Berlin des Rahmenvertrags Tagesbetreuung diesbezüglich eingeschränkt.

Ein solcher rein privater Bereich ist entsprechend zunächst nicht unmittelbar vom Wirkungsbereich des Art. 3 GG erfasst. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass die Grundrechte im Verhältnis von Privaten untereinander eine „mittelbare Drittwirkung“ entfalten, sie wirken insbesondere über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe (wie etwa „Treu und Glauben“ oder „sittenwidrig“). Das Bundesverfassungsgericht hat dazu ausgeführt:

„Die Reichweite der mittelbaren Grundrechtswirkung hängt dabei von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich ist, dass die Freiheitssphären der Bürgerinnen und Bürger in einen Ausgleich gebracht werden müssen, der die in den Grundrechten liegenden Wertentscheidungen hinreichend zur Geltung bringt. Dabei können insbesondere auch die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite eine maßgebliche Rolle spielen.“³

² Bundesverfassungsgericht Urteil vom 22. Februar 2011 - 1 BvR 699/06
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/02/rs20110222_1bvr069906.html

³ Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11.4.2018 - 1 BvR 3080/09 -

Bei der Betreuung in der Kita dürfte nach dieser Definition das Diskriminierungsverbot bei der Ausgestaltung der Betreuungsverhältnisse unter Abwägung der Interessen – auf der einen Seite das Interesse der Träger an freier Vertragsgestaltung, auf der anderen Seite die diskriminierungsfreie Betreuung der Kinder – schwer wiegen und nahezu uneingeschränkt zu berücksichtigen sein.

Insbesondere dadurch, dass sich der Staat bei der Gewährleistung des von ihm geschuldeten Anspruchs auf einen Betreuungsplatz der Hilfe freier Träger bedient, sind diese im Bereich der Daseinsvorsorge annähernd im selben Maße tätig wie öffentliche Träger. Für Eltern ist dabei regelmäßig von untergeordneter Bedeutung, wer der Träger der Kita ist, sondern bedeutsam sind bei der Platzauswahl vornehmlich Aspekte wie Wohnortnähe, persönlicher Eindruck oder überhaupt das Vorhandensein eines Platzes. Für Eltern ist dabei zumeist gar nicht erkennbar, ob der Träger öffentlich oder privat ist, und schon gar nicht, dass es abhängig vom Träger eine höhere Grundrechtsbindung gibt. Auch in Hinblick darauf dürfte bei freien Trägern Art. 3 GG in hohem Maße Berücksichtigung finden müssen bei der Auslegung und Ausgestaltung des Betreuungsvertrags (etwa über § 242, § 134 oder § 138 BGB).

2. UN-Kinderrechtskonvention (KRK)

Auch die UN-Kinderrechtskonvention sieht ein Diskriminierungsverbot vor.

So lautet Art. 2 KRK Diskriminierungsverbot:

„(1) Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung 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.

(2) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um sicherzustellen, daß das Kind vor allen Formen der Diskriminierung oder Bestrafung wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäußerungen oder der Weltanschauung seiner Eltern, seines Vormunds oder seiner Familienangehörigen geschützt wird.“

Die Konvention ist von Deutschland als Mitgliedsstaat der Vereinten Nationen im September 1992 ratifiziert worden, sie hat daher gem. Art. 59 GG den Rang und die Wirkung eines Bundesgesetzes.

Darüber hinaus dienen Völkerrechtsverträge insbesondere auch als Auslegungshilfe für die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verfassung sowie das einfache Recht („Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit“, vgl. Bundesverfassungsgericht⁴).

⁴ Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 2015 - 2 BvL 1/12

Das Diskriminierungsverbot der KRK trifft damit in erster Linie staatliche Institutionen, in Berlin also die Senatsverwaltung und die Jugendämter einschließlich der Kita-Aufsicht. Diese sind damit zum einen verpflichtet, die Rechte der KRK allen Kindern diskriminierungsfrei zu gewährleisten (Abs. 1), zum anderen, Kinder vor Diskriminierung zu schützen, die sich dem Grunde nach von Merkmalen der Eltern bzw. Sorgeberechtigten herleitet.

Verpflichtet ist insbesondere auch der Gesetzgeber, für hinreichenden Diskriminierungsschutz zu sorgen. Dies kann sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene geschehen. Ob ein solcher hinreichender Diskriminierungsschutz besteht, muss an der Praxis geprüft werden.

Kitas und Träger – zumindest die freien – werden durch die KRK selbst nicht unmittelbar verpflichtet. Aber durch den Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Rechtsauslegung dürfte auch hier über die entsprechende Auslegung einfachen Rechts eine Anwendbarkeit zumindest mittelbar bestehen.

3. UN-Behindertenrechtskonvention (BRK)

Die UN-Behindertenrechtskonvention regelt in Art. 5 BRK die Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung:

„(1) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, vom Gesetz gleich zu behandeln sind und ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz und gleiche Vorteile durch das Gesetz haben.

(2) Die Vertragsstaaten verbieten jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung und garantieren Menschen mit Behinderungen gleichen und wirksamen rechtlichen Schutz vor Diskriminierung, gleichviel aus welchen Gründen.

(3) Zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskriminierung unternehmen die Vertragsstaaten alle geeigneten Schritte, um die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten.

(4) [...]“

Die Konvention ist von Deutschland als Mitgliedsstaat der Vereinten Nationen im Februar 2009 ratifiziert worden, sie hat daher gem. Art. 59 GG den Rang und die Wirkung eines Bundesgesetzes.

Zur Anwendbarkeit und Verpflichtung im Bereich der Kinderbetreuung gelten die Ausführungen wie zur UN-Kinderrechtskonvention.

4. EU-Antirassismus-Richtlinie

Der Anwendungsbereich dieser Richtlinie umfasst neben Beschäftigung und Beruf auch die zivilrechtliche Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sowie den sozialen Schutz und die Bildung, so dass der Bereich Kita erfasst ist.

EU-Richtlinien wirken nicht unmittelbar, sondern bedürfen zur Wirksamkeit der Umsetzung in nationales Recht. In Deutschland wurde die Richtlinie durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in innerstaatliches Recht transformiert.

Bei mangelhafter Umsetzung einer Richtlinie durch einen Mitgliedsstaat können Betroffene ggf. Amtshaftungsansprüche gegen den Staat geltend machen.

5. EU-Gender-Richtlinie

Die Richtlinie verbietet eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bei Verträgen, z.B. unterschiedliche Tarife bei Versicherungsverträgen. Die Richtlinie wurde durch das AGG in deutsches Recht umgesetzt. Im Übrigen gelten die Ausführungen wie zur Antirassismus-Richtlinie.

6. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Das AGG ist am 18.08.2006 in Kraft getreten. Es basiert auf vier europäischen Richtlinien, darunter der Antirassismus-Richtlinie und der Gender/Unisex-Richtlinie, die ihre Rechtsgrundlage in dem Diskriminierungsverbot des Art. 13 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft finden. Die beiden anderen Richtlinien beziehen sich explizit auf Beschäftigungsverhältnisse.

§ 1 des AGG regelt:

„Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“

Damit Betreuungsverträge unter den Schutz des AGG fallen, müssen sie unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen:

§ 2 AGG:

„(1) Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf:

[...]

7. die Bildung,

8. den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.

(2) Für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch gelten § 33c des Ersten Buches Sozialgesetzbuch und § 19a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch. [...]

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes subsumiert Betreuungsverträge privater (also nicht öffentlich finanzierter) Kitas und freier Träger unter Nummer 7, den Bereich „Bildung“⁵. Eine Verdrängung des AGG und Ersetzung durch die Sonderregelungen in SGB I und IV nach Absatz

⁵ Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, herausgegeben von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Stand Dezember 2017, 3. Auflage; www.antidiskriminierungsstelle.de; S. 94

2 dürfte vorliegend ebenfalls nicht einschlägig sein. Da in Berlin auch die Betreuung in den Eigenbetrieben Berlins durch privatrechtliche Betreuungsverhältnisse ausgestaltet werden, ist nach der hier vertretenen Auffassung das AGG auf Betreuungsverträge sowohl freier als auch öffentlicher Träger anwendbar.

Für den Zivilrechtsverkehr finden sich sodann besondere Regelungen in den §§ 19 ff AGG.

§ 19 AGG - Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot

„(1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die

1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen [...] ist unzulässig.

(2) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig. [...]

(5) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird.“

Betreuungsverträge sind zivilrechtliche Verträge und sind daher grundsätzlich vom Schutzbereich des § 19 AGG umfasst.

Allerdings wird die Anwendbarkeit des § 19 zunächst auf sogenannte „Massengeschäfte“ beschränkt. Es gibt bisher keine Rechtsprechung dazu, ob es sich bei einem Betreuungsvertrag um ein solches Massengeschäft handelt.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies zu bejahen und § 19 AGG anwendbar.

Die Betreuungsverträge sind stets gleich und nicht individuell ausgestaltet, und zumindest hat die Person nur „nachrangige“ Bedeutung, so dass zumindest von einer „massengeschäftsähnlichen“ Beziehung auszugehen ist. Schon angesichts der Vielzahl aufzunehmender Kinder und deren Eltern wäre eine intensive Auswahl nach – wie auch immer bestimmten - Kriterien kaum möglich.

Schließlich erfüllen Kitas und ihre Träger einen Rechtsanspruch, der allen Kindern und ihren Eltern unter den Voraussetzungen des § 24 SGB VIII zusteht. Dürften die Träger – ob privat, frei oder öffentlich – bei der Aufnahme, der Durchführung oder Beendigung der Betreuung

anhand von Diskriminierungsmerkmalen entscheiden, ob Kinder gar nicht aufgenommen oder anders behandelt werden als andere Kinder, wäre der öffentliche Auftrag, allen Kindern einen diskriminierungsfreien(!) Betreuungsplatz zur Verfügung zu stellen, in Gefahr. In der Rechtsprechung zu Diskriminierungen und Ansprüchen nach dem AGG wird der Aspekt der „abschreckenden präventiven Wirkung bei Diskriminierung“ betont. Wären Diskriminierungen im Bereich der Kindertagesbetreuung nicht justiziabel, könnte es „Schule machen“, dass Träger von Betreuungseinrichtungen Kinder aufgrund der festgelegten Diskriminierungsmerkmale ablehnen und diese Kinder dann Probleme haben, ihren Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz durchzusetzen.

Der Landesgesetzgeber in Berlin hat diesem Umstand in § 23 Abs. 4 des Kindertagesförderungsgesetzes (KitaFöG) Rechnung getragen, wonach jeder Träger grundsätzlich „jeden Leistungsberechtigten im Rahmen seines Leistungsangebots, seiner Konzeption und seiner angebotenen Platzzahl aufzunehmen und zu fördern“ hat.

Zwar wird den Trägern damit Spielraum für eine Unterscheidung in Bezug auf die Konzeption gegeben – das Verbot einer Unterscheidung aufgrund der im AGG normierten Diskriminierungsmerkmale steht dem jedoch nicht entgegen. Das heißt, wenn Eltern die Konzeption der Kita ablehnen, kann dies selbstverständlich eine Nichtaufnahme oder Kündigung rechtfertigen, eine Kündigung etwa wegen der ethnischen Herkunft verstieße jedoch gegen das AGG.

Gegen eine Anwendbarkeit könnte allerdings § 19 Abs. 5 sprechen, wonach § 19 keine Anwendung findet „auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird“.

Wenn es um die Betreuung von Kindern in Kita, Kindergarten oder Hort geht, verneint der Bundesgerichtshof (BGH) das Vorliegen von sogenannten Diensten höherer Art. Auch nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Ausnahmeregelung restriktiv auszulegen, da dem Diskriminierungsschutz Geltung verschafft werden muss und andernfalls die Möglichkeit bestünde, über die Argumentation des fehlenden „Vertrauens“ den Diskriminierungsschutz auszuhebeln.

Diese einschränkende Auslegung gebietet auch eine verfassungskonforme und völkerrechtsfreundliche Auslegung des AGG. Zweck des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ist es nämlich, „eine Verletzung der (objektiven) völkerrechtlichen Pflichten der Bundesrepublik nach Möglichkeit zu vermeiden.“⁶

⁶ Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, verfasst von Prof. Dr. Friederike Wapler, unter Mitarbeit von Nadja Akarkach, Mariam Zorob; Johannes Gutenberg Universität Mainz, Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht, Titel: „Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland“, 25.09.2017

Wäre das AGG auf Betreuungsverträge nicht anwendbar, wäre ein angemessener Diskriminierungsschutz in Kitas eben gerade nicht gesichert, so dass es an Anspruchsgrundlagen unmittelbar gegen Kitas und Träger fehlen würde, vgl. unten.

Schließlich geht auch die Diskriminierungsstelle des Bundes in ihrem „Handbuch“ ausdrücklich davon aus, dass Kitas vom Schutzbereich des AGG erfasst sind.

Umstritten ist, ob der Diskriminierungsschutz bei Massengeschäften auch einen Kontrahierungszwang beinhaltet, jedoch geht ein großer Teil der Literatur mittlerweile von einem solchen Zwang aus.⁷ Dabei kann es jedoch nur darum gehen, dass in Hinblick auf das AGG bis hin zur (durch Konzept oder Betriebserlaubnis vorgegebene) Kapazitätsgrenze ohne Unterscheidung nach den dort genannten Diskriminierungsmerkmalen Kinder aufgenommen werden müssen. Abzuwägen sind dabei das Bedürfnis nach Privatautonomie auf der einen Seite und der Diskriminierungsschutz auf der anderen Seite. Gerade im Bereich der Daseinsvorsorge und bestehenden Rechtsansprüchen muss der Diskriminierungsschutz überwiegen.

Darüber hinaus sieht § 19 Abs. 2 aber auch die Unzulässigkeit einer Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft bei Begründung, Durchführung und Beendigung von Verträgen auch im Bereich Bildung vor. Hier ist eine Privilegierung der Diskriminierungsmerkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ gegenüber den anderen Merkmalen zu sehen, indem diese auch bei Verträgen, die keine Massengeschäfte sind, in den genannten Bereichen Berücksichtigung finden.⁸ Dies entspricht der EU-Richtlinie, die eine Einschränkung beim Diskriminierungsschutz auf Massengeschäfte nicht vorsieht. Sofern aber in Betreuungsverträgen keine Massengeschäfte gesehen würden, wären immerhin „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ auch dann geschützte Diskriminierungsmerkmale.

Von Belang könnte die Unterscheidung in Massengeschäfte und sonstige Geschäfte nach Abs. 2 insbesondere in Hinblick auf Eltern-Kind-Initiativen (EKT) sein. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich zwar auch bei Betreuungsverträgen mit EKTeN um Massengeschäfte, da sich EKTeN jedenfalls nicht wesentlich von kleineren Kitas privater Träger unterscheiden - eine unterschiedliche Behandlung wäre insofern kaum begründbar. Dennoch könnte hier auch anders argumentiert werden und ein Massengeschäft abgelehnt werden. In diesem Falle wären aber zumindest die Diskriminierungsmerkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ nach § 19 Abs. 2 zu berücksichtigen.

⁷ Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“, S. 96

⁸ So auch: Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen, Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung; Broschüre „Ist das Diskriminierung? Rechtliche Facheinschätzungen für die AGG-Beratungspraxis II“, S. 27, 28; November 2013;

Bei Vorliegen von sachlichen Gründen - wie etwa Alter in altersgemischten Gruppen oder Religionszugehörigkeit bei religiösen Trägern - kann eine Unterscheidung gem. § 20 AGG gerechtfertigt sein, dazu unter Punkt II 1 mehr.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist demnach das AGG auf Betreuungsverträge anwendbar. Daraus ergeben sich für Eltern und deren Kinder im Falle von Diskriminierung Rechte auf Entschädigung, Beseitigung und Unterlassung, siehe unter Punkt II 1.).

7. Sozialgesetzbuch VIII

Auch das Sozialgesetzbuch 8 (SGB VIII) sieht einen Diskriminierungsschutz vor, § 22a lautet:

„[...]“

(4) Kinder mit und ohne Behinderung sollen, sofern der Hilfebedarf dies zulässt, in Gruppen gemeinsam gefördert werden. Zu diesem Zweck sollen die Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit den Trägern der Sozialhilfe bei der Planung, konzeptionellen Ausgestaltung und Finanzierung des Angebots zusammenarbeiten.

(5) Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen die Realisierung des Förderungsauftrags nach Maßgabe der Absätze 1 bis 4 in den Einrichtungen anderer Träger durch geeignete Maßnahmen sicherstellen.“

Das SGB VIII beinhaltet in § 24 den Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz, dessen nähere Ausgestaltung wird in § 26 dem Landesgesetzgeber übertragen. In Hinblick auf das Diskriminierungsmerkmal „Behinderung“ enthält § 22a eine doppelte „Soll-Vorschrift“, wonach zum einen Kinder mit und ohne Behinderung in Gruppen gemeinsam gefördert werden „sollen“, und zum anderen die Jugendämter auf die gemeinsame Förderung hinwirken „sollen“.

Aus Sicht der Verfasser kollidiert die Vorschrift mit Art. 3 GG und mit der UN-Behindertenrechtskonvention, die Kindern mit Behinderungen ein Recht auf Teilhabe in allen Bereichen, so auch Kita und Schule, garantiert. Danach wäre die „Soll-Vorschrift“ vom Gesetzgeber in eine „Muss-Vorschrift“ zu ändern. Solange dies nicht geschieht, ist die Vorschrift verfassungs- und völkerrechtskonform auszulegen: Das Ermessen ist auf Null reduziert, das heißt, jede andere Entscheidung als die, Kindern mit Behinderung den Zugang zur Betreuung in einer Kita zusammen mit nicht-behinderten Kindern zu ermöglichen, ist rechtswidrig.

8. Kindertagesförderungsgesetz - KitaFöG

Schließlich findet sich auch im KitaFöG eine Regelung zur Diskriminierung, § 1 Abs. 1 S. 2 lautet:

„Die Förderung umfasst die Bildung, Erziehung und Betreuung des Kindes. Sie soll allen Kindern gleiche Bildungschancen bieten, unabhängig von ihrem Geschlecht, ihrer ethnischen und religiösen Zugehörigkeit, der sozialen und ökonomischen Situation ihrer

Familie und ihren individuellen Fähigkeiten, und soll soziale Benachteiligungen sowie behinderungsbedingte Nachteile möglichst ausgleichen.“

§ 6 Abs. 1 regelt:

„Keinem Kind darf auf Grund der Art und Schwere seiner Behinderung oder seines besonderen Förderungsbedarfs die Aufnahme in eine Tageseinrichtung verwehrt werden. Kinder mit Behinderungen werden in der Regel gemeinsam mit anderen Kindern in integrativ arbeitenden Gruppen gefördert.“

§ 23 Abs. 4 schließlich:

„In die Leistungsvereinbarung ist die grundsätzliche Verpflichtung des Trägers aufzunehmen, jeden Leistungsberechtigten im Rahmen seines Leistungsangebots, seiner Konzeption und seiner angebotenen Platzzahl aufzunehmen und zu fördern.“

Das KitaFöG ist die landesrechtliche Ausgestaltung, wie der Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen umzusetzen ist.

Gem. § 2 KitaFöG bindet das Gesetz die Jugendämter: *„Die Verpflichtung zur Gewährleistung bedarfsgerechter Förderung in Tageseinrichtungen oder Kindertagespflege nach diesem Gesetz richtet sich an das Land Berlin als Träger der öffentlichen Jugendhilfe (...)“*

Das Gesetz bindet aber auch die Träger und Einrichtungen selbst durch die Bestimmung, dass in einer Rahmenvereinbarung entsprechende Pflichten aufzunehmen sind und weiter durch zivilrechtliche Bestimmungen, wie etwa § 134, 242 oder 138 BGB (vgl. unter B I 1).

Anders als beim AGG, das einen Anspruch direkt gegenüber dem Träger begründet, ist der Anspruch nach § 6 KitaFöG, der als Kontrahierungszwang gelesen werden könnte, von den Eltern und dem Kind gegenüber dem Jugendamt geltend zu machen. Dieses müsste beim Träger, der die Aufnahme eines Kindes mit Behinderung aus nichtigen Gründen ablehnt, auf die Aufnahme hinwirken und ggf. Sanktionen verhängen, wie im RVTag vorgesehen. § 6 Abs. 1 S.2 KitaFöG wird dem Anspruch von Kindern mit Behinderung auf Teilhabe nicht gerecht. Sie sind nicht „in der Regel“ gemeinsam mit anderen Kindern in integrativen Gruppen zu fördern, sondern sie haben einen Anspruch darauf.

Auch § 1 KitaFöG enthält keinen ausreichenden Diskriminierungsschutz, der Art. 3 GG und den völkerrechtlichen Vorgaben gerecht wird. Es handelt sich allenfalls um eine „Soll-Vorschrift“, die kein Diskriminierungsverbot enthält, sondern ein aktives Tun formuliert. Im Bereich des Diskriminierungsmerkmals Behinderung wird diese noch durch ein „möglichst“ aufgeweicht.

§ 23 KitaFöG enthält die Vorgabe, dass die Träger sich verpflichten müssen, grundsätzlich jeden Leistungsberechtigten aufzunehmen. Eine Einschränkung ist nur in Hinblick auf

Leistungs- und Platzangebot sowie die Konzeption möglich. Die Norm enthält insofern einen grundsätzlichen Kontrahierungszwang, der allerdings kein Diskriminierungsverbot enthält. So ist es den Trägern selbst überlassen, nach welchen Kriterien sie bei einer überschießenden Nachfrage auswählen. Eine Überprüfbarkeit, ob die Auswahl rechtmäßig erfolgt ist, ist sowohl faktisch als auch mangels rechtlicher Vorgaben in Bezug auf die Auswahl-Kriterien nicht möglich.

Die §§ 1, 6 und 23 KitaFöG müssen nach der hier vertretenen Auffassung vom Landesgesetzgeber als konkretes Diskriminierungsverbot bzw. Teilhabegebot formuliert werden, in den aktuellen Fassungen genügen sie in keiner Weise den verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen. Ein vollumfänglicher Diskriminierungsschutz ist auch durch eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung nicht erreichbar. Zwar kann in § 1 KitaFöG die Soll- als Muss-Vorschrift gelesen werden, dennoch werden auch dann zwar Bildungschancen - unabhängig vom Vorliegen von Diskriminierungsmerkmalen - geboten, aber eine darüber hinausgehende Diskriminierung wird nicht explizit verboten. So könnten etwa einem muslimischen Kind dieselben Bildungsangebote gemacht werden wie etwa den mehrheitlich christlichen Kindern der Einrichtung, eine aktive Diskriminierung etwa durch das Ignorieren sämtlicher muslimischer Feste und das ausschließliche Feiern von christlichen Festen würde aber auch bei einer solchen Lesart durch § 1 KitaFöG nicht verboten.

Problematisch ist der explizit normierte Kontrahierungszwang in § 6 KitaFöG in Bezug auf das Diskriminierungsmerkmal Behinderung. Im Umkehrschluss könnte daraus gefolgert werden, dass bei Vorliegen der anderen Diskriminierungsmerkmale kein Kontrahierungszwang besteht.

§ 23 KitaFöG ist vollkommen unzureichend ausformuliert. Hier müssten Kriterien für die diskriminierungsfreie und transparente Wahl bei überschießender Nachfrage normiert werden. Darüber hinaus legt § 23 KitaFöG lediglich fest, dass sich die Träger in der Rahmenvereinbarung zur grundsätzlichen Aufnahme verpflichten müssen, eine eigene gesetzliche Regelung besteht nicht.

Es besteht auf landesrechtlicher Ebene somit eine Regelungslücke in Hinblick auf ausreichenden Diskriminierungsschutz.

9. RV Tag

Auch die Rahmenvereinbarung (RV Tag) zwischen dem Land Berlin und den diesem Vertrag beigetretenen Trägern regelt mittelbar über die Voraussetzungen zur Finanzierung der Betreuungsangebote einen Diskriminierungsschutz. Dort ist geregelt:

“§ 1

(3) Die in dieser Rahmenvereinbarung festgelegte Finanzierung setzt voraus, dass Leistungen der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen unter Berücksichtigung der für den Betrieb einer solchen Einrichtung maßgeblichen Regelungen insbesondere nach SGB VIII und KitaFöG erbracht werden, die Berlin gegenüber den Leistungsberechtigten zu

gewährleisten hat (§ 79 SGB VIII) und für die nach den Regelungen des KitaFöG und der hierzu erlassenen Rechtsverordnung ein entsprechender Anspruch oder Bedarf festgestellt wurde.

(6) Die Träger der freien Jugendhilfe sind grundsätzlich bereit, ihre Tageseinrichtungen langfristig für die Förderung von Kindern bereitzustellen und Einrichtungen aus der städtischen Verantwortung zu übernehmen. Sie tragen in partnerschaftlicher Weise dazu bei, das Land Berlin in die Lage zu versetzen, die Gewährleistungsverpflichtung nach § 79 SGB VIII zu erfüllen und im Rahmen ihrer Konzeption und angebotenen Plätze jeden Leistungsberechtigten aufzunehmen und zu fördern (§ 23 Abs. 4 KitaFöG).“

„§ 3

(1) Die Träger verpflichten sich, in ihren Tageseinrichtungen Kinder gemäß den Bestimmungen des SGB VIII und des KitaFöG sowie der dazu erlassenen Rechtsvorschriften und den Verpflichtungen gemäß der Qualitätsentwicklungsvereinbarung zu fördern.“

Die RV Tag ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen dem Land Berlin und den Verbänden der freien Träger und bindet diese unmittelbar. Träger, die vom Land Berlin finanziert werden wollen, müssen der RV Tag beitreten. Die Träger verpflichten sich in diesem Rahmen, die Regelungen des KitaFöG und des SGB VIII einzuhalten.

Wie dargelegt, sind diese Regelungen in Hinblick auf Diskriminierungsschutz nicht annähernd ausreichend. Weitergehende Regelungen gibt es in der RV Tag nicht.

Bei Verstößen gegen die RV Tag – und darüber auch gegen KitaFöG und SGB VIII – kann das Land Berlin Sanktionen verhängen, die in § 7 der RV Tag aufgezählt sind.

Für Eltern und Kinder lassen sich aus der Vereinbarung jedenfalls keinerlei Ansprüche gegen die Träger oder die Jugendämter herleiten, da es im Ergebnis nur eine Vereinbarung zur Finanzierung darstellt.

10. Berliner Bildungsprogramm

Das Berliner Bildungsprogramm in der Fassung von 2014 erklärt auf den Seiten 18 bis 21 folgende Bildungsziele: Inklusiv Bildung, Gleichheit und sozial-kulturelle Vielfalt, Gleichheit und geschlechtlich-kulturelle Vielfalt, Gleichheit und ethnisch-kulturelle Vielfalt.

Viele Träger verweisen in ihren Betreuungsverträgen zunächst auch auf das Berliner Bildungsprogramm als Grundlage für die pädagogische Arbeit, das damit als vertraglicher Bestandteil des Betreuungsverhältnisses anzusehen ist. Die dort formulierten Bildungsziele stellen aber kein Diskriminierungsverbot dar, sondern sind genau das: Ziele für die pädagogische Arbeit. Im Falle einer Diskriminierung dürfte entsprechend keine Vertragsverletzung vorliegen.

Teil II: Fragestellungen

1. Rechte der Eltern

a. Denkbare/typische Fallkonstellationen

aa. Vertragsanbahnung: Ablehnung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals

Beispiel-Fall 1:

Ein alleinerziehender Vater möchte seine 5-jährige Tochter in der Eltern-Kind-Initiative in Wohnortnähe betreuen lassen. Die EKT lehnt den Abschluss eines Vertrages ab, da sie für ihre altersgemischte Gruppe einen 2-jährigen Jungen suchen. Der Vater, der keinen anderen Kitaplatz für seine Tochter findet, kann seine Arbeit nicht wieder aufnehmen. Erst drei Monate später findet er einen Kitaplatz in einer anderen Kita. Die drei Monate Gehaltsausfall möchte der Vater als Schaden von der EKT ersetzt bekommen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist das AGG grundsätzlich auf Betreuungsverträge aller Träger anwendbar, und auch eine Benachteiligung aufgrund von Diskriminierungsmerkmalen – Alter und Geschlecht – ist gegeben.

In Frage kommen demnach Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung oder Schadensersatz gem. § 21 AGG. Ein Vermögensschaden liegt durch den Lohnausfall ebenfalls vor, dieser ist (auch) ursächlich entstanden durch die Diskriminierung, in diesem Fall die Nichtaufnahme in die Kita. Wenn die Ungleichbehandlung aber einen sachlichen Grund im Sinne des § 20 Abs. 1 AGG darstellt, könnte sie gerechtfertigt sein.

In Bezug auf das Geschlecht könnte ein sachlicher Grund dadurch gegeben sein, dass es in der Gruppe ein ausgewogenes Verhältnis von Jungen und Mädchen geben soll. Dies setzt allerdings voraus, dass Mädchen und Jungen derart unterschiedlich sind, dass es auf eine ausgewogene Geschlechtermischung ankommt. In der Wissenschaft mag hierüber gestritten werden – das Berliner Bildungsprogramm sieht eine genderneutrale Erziehung vor, die gerade nicht zwischen Jungen und Mädchen unterscheidet. In Bezug auf das Geschlecht dürfte daher für eine Ungleichbehandlung kein sachlicher Grund vorliegen, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.

In Bezug auf das Alter könnte das Bedürfnis nach einer ausgewogenen Mischung dagegen gegeben sein. Denn dass sich Kinder in ihrer Entwicklung je nach Alter unterscheiden und dementsprechend unterschiedliche Bedürfnisse haben und unterschiedlich starke Betreuung benötigen, ist allgemein anerkannt. Diesem Umstand wird auch dadurch Rechnung getragen, dass für jüngere Kinder ein höherer Betreuungsschlüssel vorgesehen ist. Insofern spielt es auch für die Finanzierbarkeit von Kitas eine Rolle, eine ausgewogene Altersstruktur unter den betreuten Kindern zu haben.

In Bezug auf das Alter dürfte daher ein sachlicher Grund für die Ablehnung des Mädchens vorliegen.

Gemäß § 4 AGG schlägt die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aus einem Grund aber nicht durch auf die Ungleichbehandlung aus einem anderen Grund, kann also nicht zur grundsätzlichen Rechtfertigung herangezogen werden.

Bisher lediglich zum Arbeitsrecht liegt hierzu eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts⁹ vor. Bei einer Anwendung dieser arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall würde man auch dazu kommen, dass ein Schadensersatzanspruch gem. § 21 AGG gegen die EKT in Betracht käme.

Rechtsprechung zu dem Bereich Güter und Dienstleistung des AGG liegt hierzu jedoch bislang nicht vor.

Bei der Ablehnung der direkten Anwendbarkeit des AGG und Geltendmachung eines Anspruchs nach § 280 BGB oder 823 BGB könnte man zu einem anderen Ergebnis kommen.

Dabei betrifft der vorvertragliche Schadensersatzanspruch die Verletzung der Pflicht, diskriminierungsfrei zu behandeln, der deliktische Anspruch erfasst die Verletzung eines "sonstigen Rechts", da eine Diskriminierung immer auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt. Heranzuziehen über die mittelbare Drittwirkung ist dabei selbstverständlich auch die Wertung des Art. 3 Abs. 3 GG, der den Schutz vor Diskriminierung bezweckt.

Die EKT könnte durch die Nichtaufnahme den Vater und seine Tochter diskriminiert haben. Wie oben dargelegt, wirkt Art. 3 GG mittelbar auch in Rechtsbeziehungen zwischen privaten Kitas und Eltern.

Dem Vater könnte durch den Verstoß ein Vermögensschaden entstanden sein. Allerdings könnte der Verstoß gerechtfertigt sein, wenn die EKT selbst in ihren Grundrechten betroffen wäre, wenn sie das Kind aufnimmt. Hier könnte die EKT geltend machen, dass sie in Art. 12 GG (Berufsfreiheit) und 14 GG (Eigentum) betroffen sein könnte, da der Bestand der Kita gefährdet wäre, wenn die Aufnahme von Kindern unabhängig vom Alter erfolgt. Denn zum einen hängt die Finanzierung vom Alter ab, zum anderen wäre es pädagogisch nicht sinnvoll, das Alter der Kinder außer Acht zu lassen. Dies könnte das Wohl der Kinder beeinträchtigen und bei Schäden der Kinder den Bestand der EKT gefährden. Die Ungleichbehandlung erfolgt daher nicht willkürlich, sondern in Hinblick auf Art. 12 und 14 GG mit sachlichem Grund. Ein Anspruch des Vaters bestünde hiernach nicht.

⁹ BAG, Urteil vom 26.01.2017, 8 AZR 848/13

Sofern ihm vom örtlich zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe aber trotz Aufforderung kein anderer bedarfsgerechter und zumutbarer Betreuungsplatz für seine Tochter nachgewiesen wird, könnte er ggf. wegen Nichterfüllung dieses Anspruchs einen Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung gegen das Land Berlin geltend machen.

Beispiel-Fall 2:

Eine jüdische Kita in Berlin macht die Aufnahme von Kindern davon abhängig, dass zumindest ein Elternteil Mitglied in der Jüdischen Gemeinde ist. Die atheistischen Eltern eines vierjährigen Sohnes fühlen sich diskriminiert und begehren Aufnahme. Haben sie einen Anspruch auf Aufnahme gegen den Träger?

Eine Ungleichbehandlung aufgrund ihrer (Nicht-)Religion liegt vor, so dass zunächst eine Diskriminierung gem. § 19 AGG vorliegt. Ist diese unzulässig, könnte sich daraus ein Anspruch auf Abschluss eines Betreuungsvertrages ergeben. Wie oben dargelegt, kann sich aus dem Beseitigungsanspruch aus § 21 Abs. 1 AGG ein Kontrahierungszwang ergeben, wenn die Diskriminierung anders nicht zu beseitigen ist. Vorliegend wäre die Diskriminierung nur so zu beseitigen, so dass die jüdische Kita grundsätzlich verpflichtet wäre, den Jungen der atheistischen Eltern aufzunehmen.

Aber: Nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 AGG kann eine Unterscheidung wegen der Religion in Hinblick auf die Ausübung der Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften gerechtfertigt sein. Es ist demnach davon auszugehen, dass die Nichtaufnahme des atheistischen Jungen gerechtfertigt ist. Etwas anderes könnte sich höchstens dann ergeben, wenn kein anderes Kind den freien Kitaplatz begehrt und es überhaupt keine anderen Betreuungsplätze in zumutbarer Entfernung gibt, der Träger quasi vor Ort eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

In diesem Fall wäre ein Kontrahierungszwang für den freien Träger denkbar. In erster Linie richtet sich der Anspruch auf Nachweis eines Betreuungsplatzes aber dennoch gegen den öffentlichen Jugendhilfeträger. Ein Kontrahierungszwang muss - da es sich bei der Berufsfreiheit und dem Diskriminierungsschutz um zwei geschützte Grundrechtspositionen handelt, die beide den Staat verpflichten, den Träger aber nur mittelbar - aber restriktiv ausgelegt werden. Denn der Anspruch auf eine Betreuung richtet sich zunächst gegen den öffentlichen Träger. Dieser muss Plätze schaffen, die den Bedarf decken und auch zur Verfügung stehen. Er kann dies natürlich durch Vereinbarungen mit freien Trägern tun und hierüber auch Druckmittel regeln für den Fall der dann unberechtigten Nichtaufnahme.

Lehnt man die unmittelbare Geltung des AGG ab, käme erneut ein Anspruch auch aus §§ 823, 1004 in Verbindung mit Art. 2 und 3 GG in Betracht. Aber auch hier wäre, wie oben, die Ungleichbehandlung und damit ggf. Diskriminierung nicht willkürlich, sondern folgte aus der Abwägung mit der Grundrechtsposition des Trägers auf Religionsfreiheit aus Art. 4 GG.

Beispiel-Fall 3:

[Anmerkung: Dieser Fall wurde aus dem Positionspapier „Diskriminierungen in Schulen und Kitas“ des „Berliner Netzwerks gegen Diskriminierung in Schule und Kita“ übernommen.]

Eine Mutter hat Drillinge und bekommt die mündliche Zusage für alle drei Kinder in einer bilingualen Kita. Zwischenzeitlich erkrankt eines der Kinder schwer und benötigt eine 24-Stunden-Pflege. Nun hat die Kita plötzlich keinen Platz mehr für die drei Kinder frei. Sie argumentiert, dass sie bei dem leistungsorientierten Konzept schlechte Erfahrungen mit behinderten Kindern gemacht habe.

Die Mutter beschwert sich, unterstützt von einer Beratungsstelle, beim Träger und der Kita-Aufsicht der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend, Wissenschaft (SenBJW). Auch die Abteilung der SenBJW „Grundsatzangelegenheiten und Vertragscontrolling“ wird kontaktiert.

Die Kitaaufsicht hilft nicht ab: Sie meint zwar, der Träger müsse sein Konzept in Hinblick auf Inklusions-Vorgaben nachbessern, aber der Mutter erklärt sie, sie könne nur bei Kindeswohlgefährdung sanktionieren. Überhaupt ist die Kita-Aufsicht auch nicht zuständig für Vertragsangelegenheiten zwischen Familien und Träger. Auch das Vertragscontrolling bei der SenBJW lehnt es ab, Informationen über die Handlungsweise der Kitaaufsicht herauszugeben. Schließlich lehnt die SenBJW die Zuständigkeit ab.

Unsere Bewertung: Weder die Kita-Aufsicht noch die Senatsverwaltung sind ihrer Aufsichtspflicht ausreichend nachgekommen. Gem. § 6 Abs. 1 KitaFöG wären beide verpflichtet gewesen, den Träger zur Aufnahme des Kindes mit Behinderung zu verpflichten. Anderes könnte nur gelten, wenn eine Integrationsfachkraft für die bedarfsgerechte Förderung des Kindes erforderlich wäre, die aber beim Träger (auch aufgrund des Fachkräftemangels) nicht vorhanden ist. Darüber hinaus sind beide auch aus Art. 3 Abs. 3 GG unmittelbar verpflichtet, die Bürger vor Diskriminierungen zu schützen und schließlich bindet auch die UN-Behindertenrechtskonvention staatliche Stellen direkt.

Die Mutter kann demnach zumindest einen Schadensersatzanspruch gegen das Land Berlin wegen einer Amtspflichtverletzung geltend machen.

bb. Vertragsdurchführung: Diskriminierungserfahrungen der Kinder durch Erzieher*innen, Diskriminierungserfahrungen durch Kinder oder andere erwachsene Personen

Beispiel-Fall:

Eine Erzieherin äußert sich wiederholt abfällig gegenüber Kindern von Geflüchteten. Sie meint, bei diesen seien bestimmte Verhaltensweisen normal, da diese „aus dem Busch“¹⁰ seien. Eine Mutter mit Fluchterfahrung erfährt hiervon und bittet die Erzieherin, solche Äußerungen zu unterlassen. Die Erzieherin erwidert, sie müsse sich ihren Job von ihr nicht erklären lassen. Die Mutter wendet sich daraufhin an die Kitaleitung und bittet darum, das Verhalten der Erzieherin zu unterbinden. Die Kitaleitung meint, sie werde ein Auge darauf haben, könne sich aber eigentlich nicht vorstellen, dass die Erzieherin sich derart äußere. Wenig später erfährt die Mutter von einem anderen Vater, dass er gehört habe, wie die Erzieherin den Sohn der Mutter als „Buschkind“ bezeichnet habe. Die Mutter wendet sich erneut an die Kitaleitung, diese wiegelt ab. Was kann die Mutter tun?

Anspruch aus AGG: Eine Diskriminierung liegt vor, es besteht ein Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz (auch immateriell).

Anspruch aus Betreuungsvertrag: Die Leitung bzw. der Träger sind verpflichtet, den Betreuungsvertrag zu erfüllen, das Verhalten der von ihnen ausgewählten Erzieher*innen ist ihnen zuzurechnen. Das Berliner Bildungsprogramm ist Bestandteil des Vertrags – danach stellen diskriminierende Äußerungen eine Verletzung des Vertrags dar. Sie müssen dafür sorgen, dass der Vertrag grundsätzlich, aber auch zukünftig verletzungsfrei ausgeführt wird. Den Träger trifft diesbezüglich eine Schutzpflicht gegenüber seinem Vertragspartner. Das heißt, sie müssen die Erzieherin abmahnen und bei Wiederholung weitere arbeitsrechtliche Maßnahmen bis hin zur Kündigung androhen.

Die Mutter hat ggf. auch einen Anspruch auf Schadensersatz aus einer positiven Vertragsverletzung, gerichtet auf den immateriellen Schaden.

Auch ein Anspruch gegen das Land Berlin ist denkbar: Wenn der Träger nicht tätig wird, muss die Kita-Aufsicht darauf hinwirken, dass die Diskriminierung beendet wird. Zu diesem Zweck sieht die Rahmenvereinbarung Sanktionen in § 7 RV Tag vor. In extremen Fällen könnte nach § 48 SGB VIII auch eine Tätigkeitsuntersagung für die Erzieherin und/oder Leitung ausgesprochen werden. Sofern das Land Berlin nicht tätig wird, bestehen Ansprüche der Mutter wegen Amtspflichtverletzung.

¹⁰ Wir wissen, dass durch Wiedergabe der rassistischen Bezeichnung die Gefahr besteht, die Diskriminierung zu reproduzieren. Wir haben uns dennoch dafür entschieden, um durch das konkrete Beispiel den Sachverhalt nachvollziehbarer zu machen.

cc. Vertragsbeendigung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals

Beispiel-Fall:

Ein fünfjähriges, bisher als Junge eingeordnetes Kind erklärt, dass es ab sofort Clara heißen und als Mädchen angesprochen werden möchte. Es sei überzeugt, ein Mädchen zu sein, und trägt ausschließlich Kleider. Der katholische Träger erklärt den Eltern, dass das Verhalten des Kindes katholischen Wertvorstellungen nicht entspreche und es dementsprechend als Junge in die Kita kommen solle. Da die Eltern der Aufforderung des Trägers nicht entsprechen, kündigt der Träger den Betreuungsvertrag. Die Eltern fragen sich, was sie gegen die Kündigung unternehmen können.

Der Betreuungsvertrag kann gem. § 16 Abs. 2 KitaFöG von Seiten des Trägers nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Ein solcher Grund könnte hier darin liegen, dass der katholische Träger im Rahmen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auf seinen Wertvorstellungen beharren darf. Demgegenüber darf der Träger aufgrund mittelbarer Drittwirkung nicht gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen. Die sexuelle Identität ist hier zwar nicht ausdrücklich geschützt, weshalb es Anstrengungen gibt, den Diskriminierungskatalog des Art. 3 GG um die geschlechtliche Identität zu erweitern. Es ist wohl aber davon auszugehen, dass diese auch derzeit vom Merkmal „Geschlecht“ umfasst ist, es herrscht hierzu aber keine abschließende Klarheit. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG vor. Ein wichtiger Grund für die Kündigung ist nicht gegeben.

Darüber hinaus ist wohl auch ein Beseitigungsanspruch gem. § 19 AGG gegeben. Es liegt eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Identität sowie des Geschlechts vor, die Eltern hätten einen Anspruch auf deren Beseitigung. Schließlich ist die Kündigung auch nach § 134 BGB unwirksam, da sie gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 GG verstößt.

Die Eltern könnten den Träger also auf Weiterbetreuung auf Grundlage des Betreuungsvertrags in Anspruch nehmen.

2. Pflichten der Einrichtungen und der Kita-Aufsicht

a. Welche Maßnahmen gegen Diskriminierung müssen Kitas derzeit ergreifen?

Es sind rechtlich keine konkreten Maßnahmen vorgesehen. Es gelten über die RV Tag nur die allgemeinen Bestimmungen aus §§ 1, 6 und 23 KitaFöG sowie das Berliner Bildungsprogramm.

b. Welche Rechtsfolgen hat ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot?

Wie oben dargelegt, haben Eltern bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot Ansprüche gegen den Träger auf Beseitigung, Unterlassung und/oder Schadensersatz nach dem AGG oder aus Deliktsrecht/Vertrag. Dafür müssen Eltern aber im Zweifel den Gerichtsweg beschreiten, was nach unserem Wissen im Bereich der frühkindlichen Bildung bisher noch nicht geschehen ist (dazu auch unter 3.), meist aufgrund der Befürchtung des Verlustes des Kitaplatzes. Aus diesem Grund wird von Eltern im Rahmen bestehender Betreuungsverträge auch ein wesentlich höheres Maß an Diskriminierung akzeptiert bzw. toleriert.

Das Land Berlin – also die Kita-Aufsicht bzw. die Senatsverwaltung – sind gem. Art. 3 GG und aus den völkerrechtlichen Verträgen verpflichtet, die Bürger vor Diskriminierung zu schützen. In eingeschränktem Maße ergibt sich dies auch aus §§ 1, 6 und 23 KitaFöG.

Sofern die Kita-Aufsicht tätig wird, liegt es in ihrem Ermessen, was sie im Rahmen ihrer Einfluss- und Sanktionsmöglichkeiten tut, vgl. unter c.

c. Handlungspflichten der Aufsichtsbehörden

Die Senatsverwaltung bzw. die Kita-Aufsicht müssen, wie dargelegt, dafür sorgen, dass im Rahmen des Zugangs zur frühkindlichen Bildung sowie bei der Ausgestaltung nicht diskriminiert wird. Neben den verfassungs- und völkerrechtlichen Verpflichtungen ergibt sich dies auch aus § 2 KitaFöG:

„Die Verpflichtung zur Gewährleistung bedarfsgerechter Förderung in Tageseinrichtungen oder Kindertagespflege nach diesem Gesetz richtet sich an das Land Berlin als Träger der öffentlichen Jugendhilfe (...)“

Ihre Handlungsoptionen ergeben sich dann aus § 7 RV Tag und dem SGB VIII:

§ 7 RV Tag – Pflichtverletzung und Prüfung

Das Land Berlin kann bei (vermuteten) Pflichtverletzungen den Träger zur Stellungnahme auffordern und sodann Gelder nach dem Gutscheinsystem einbehalten.

SGB VIII

In § 45 SGB VIII ist geregelt, unter welchen Bedingungen eine Betriebserlaubnis zu erteilen ist, nämlich wenn das Wohl der Kinder und Jugendlichen in der Einrichtung gewährleistet ist. Dies ist danach vor allem dann der Fall, wenn die dem Zweck und der Konzeption der Einrichtung

entsprechenden räumlichen, fachlichen, wirtschaftlichen und personellen Voraussetzungen für den Betrieb erfüllt sind, die gesellschaftliche und sprachliche Integration und ein gesundheitsförderliches Lebensumfeld in der Einrichtung unterstützt werden sowie die gesundheitliche Vorsorge und die medizinische Betreuung der Kinder und Jugendlichen nicht erschwert werden sowie zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in der Einrichtung geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten Anwendung finden.

§ 46 SGB VIII regelt sodann, dass die zuständige Behörde an Ort und Stelle überprüfen muss, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis weiter bestehen, wobei der Träger der Einrichtung bei der örtlichen Prüfung mitwirken soll.

Gemäß § 48 SGB VIII kann die zuständige Behörde dem Träger einer Einrichtung gegenüber ein Tätigkeitsverbot für die Leitung, eine pädagogische Fachkraft oder sonstigen Mitarbeiter aussprechen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Person die für die Tätigkeit erforderliche Eignung nicht besitzt. Da bei Diskriminierungen auch das Kindeswohl betroffen ist, dürfte die Eignung der Person schon in Frage stehen.

3. Lücken im Rechtsschutz

Wie dargelegt, bestehen erhebliche Mängel bei der Umsetzung eines ausreichenden Diskriminierungsschutzes: Die rechtlichen Regelungen sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene sind unzureichend und oft wirkungslos. Ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot für Kitas besteht gar nicht, und es wird durch den Gesetzgeber nicht klargestellt, ob das AGG - ganz oder teilweise - Anwendung findet oder nicht.

Sofern das AGG anwendbar ist - wovon hier ausgegangen wird -, eröffnet dieses nur den Klageweg. Bisher haben Eltern im Bereich der frühkindlichen Bildung, also Krippe und Kindergarten, diesen Weg nicht beschritten. Dies liegt vermutlich neben der Tatsache, dass es derzeit in Deutschland keine Kitapflicht gibt und Kinder dann eben zu Hause oder in einer anderen Einrichtung betreut werden, auch an den Gründen, die gegen gerichtliche Verfahren sprechen: aufgrund unklarer Rechtslage besteht ein hohes Prozess- und entsprechendes Kostenrisiko und die Verfahren dauern teilweise sehr lang. Auch die Beweislastverteilung dürfte die Motivation zur Klage eher geringhalten.

Neben dem Klageweg gibt es bisher in Deutschland aber keine anderen formalen Beschwerdeverfahren bei bzw. gegen Diskriminierung.

Es mangelt an rechtlichen Regelungen bezüglich Zuständigkeiten, Verfahren, Beweisregelungen, Viktimisierungsschutz und konkreten Sanktionen. Eine unabhängige Beschwerdestelle, die niedrigschwellig erreichbar und mit weitreichenden Kompetenzen

ausgestattet wäre, wie sie etwa das Berliner Netzwerk gegen Diskriminierung in Schule und Kita (BeNeDiSK) fordert, wäre sinnvoll, gibt es aber derzeit nicht. Entsprechende ernsthafte Bestrebungen sind derzeit auch nicht absehbar.

Aufgrund des Fehlens eines expliziten Diskriminierungsverbots im KitaFöG oder SGB VIII mangelt es offenbar Institutionen und vielen Akteur*innen am Bewusstsein, Diskriminierungen überhaupt als Problem wahrzunehmen.

Insbesondere die Auswahlverfahren in Kitas sind gar nicht geregelt. Es ist für Eltern nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien ihre Kinder Plätze erhalten oder abgelehnt werden. Auch die Träger selbst wissen nicht, nach welchen Kriterien sie gegebenenfalls auswählen und welche Kriterien sie nicht heranziehen dürfen. Sie sind keiner Stelle gegenüber Rechenschaft über ihre Auswahl schuldig, das Verfahren ist intransparent und mangels rechtlicher Regelung gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüfbar.

4. Veränderungen durch das geplante LADG

a. Allgemeines

Analysiert wurde der Entwurf in der Fassung, die durch Rundschreiben an die angehörten Fachkreise am 5.7.2018 versendet wurde.

Ziel des Gesetzes ist zunächst die *“tatsächliche Herstellung und Durchsetzung von Chancengleichheit, die Verhinderung und Beseitigung jeder Form von Diskriminierung sowie die Förderung einer Kultur der Wertschätzung von Vielfalt.”*

Größtes Problem dabei: Das Gesetz ist auf Kitas freier und kirchlicher Träger und für EKTe gar nicht anwendbar. So regelt § 2 LADG, dass niemand *“im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns [...] diskriminiert werden”* darf. Freie Träger der Jugendhilfe handeln aber nicht öffentlich-rechtlich. Sie treffen eben nicht die gleichen Pflichten, wie den Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Entsprechend sind dann in § 3 LADG auch nur die Berliner Verwaltung, landesunmittelbare öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, Gerichte und Behörden und ähnliche Stellen als verpflichtet genannt. Nur die Eigenbetriebe von Berlin sind aufgrund der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung durch das Land Berlin indirekt erfasst, weil der Senat „darauf hinwirken“ muss (§ 3 Abs. 2 LADG), dass in Betrieben in öffentlicher Trägerschaft die Vorgaben des Gesetzes umgesetzt werden. Ohne eine Änderung bzw. Erweiterung hinsichtlich der aus dem Gesetz Verpflichteten ändert sich an der bisherigen Rechtslage durch das geplante LADG nichts.

Allerdings: Das Gesetz sieht - wie auch das AGG in § 22 - eine Beweislastumkehr zugunsten der Diskriminierten vor, § 7. Nach LADG sind durch den Betroffenen Tatsachen glaubhaft zu

machen, die auf eine Diskriminierung hindeuten. Die andere Seite hat sodann die Möglichkeit des Widerlegens. Im AGG sind lediglich Indizien zu beweisen, die auf eine Diskriminierung hindeuten. Zwar ist der Beweis von etwas schwieriger als die reine Glaubhaftmachung. Da jedoch im AGG nur Indizien für die Benachteiligung zu beweisen sind, nach LADG jedoch Tatsachen hierfür glaubhaft gemacht werden sollen, stellt sich die Regelung im LADG als für den Betroffenen jedenfalls nicht einfacher dar.

Das LADG sieht die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, auch für immaterielle Schäden, vor. Allerdings sieht das LADG eine sehr kurze Verjährungsfrist von einem Jahr vor. Darüber hinaus ist die Geltendmachung von solchen Ansprüchen ausgeschlossen, wenn die betroffene Person den Schaden vorsätzlich oder fahrlässig nicht durch Einlegung eines Rechtsbehelfs abgewendet hat. Gerade diese Ausschlussklausel in § 8 Abs. 1 S. 2 LADG wird vermutlich die Gerichte beschäftigen: Was ist der betroffenen Person zuzumuten, was ist bei leichtester Fahrlässigkeit, muss man sich informieren über die möglichen Rechtsbehelfe, um den Schadensersatzanspruch nicht zu verlieren?

Die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit einer Verbandsklage ist grundsätzlich zu begrüßen, hilft allerdings aufgrund der Nichtanwendbarkeit des Gesetzes den von Diskriminierung betroffenen Kindern und Familien im Bereich der frühkindlichen Bildung bei freien und kirchlichen Trägern nicht.

Gleiches gilt für die einzurichtende Ombudsstelle, wobei diese nicht mal Sanktionen verhängen darf, sondern lediglich zur Abhilfe auffordern kann.

Das heißt: Freie und kirchliche Träger sind vom Landes-Antidiskriminierungsgesetz bisher gar nicht erfasst. Es gibt für im Bereich der frühkindlichen Bildung bei freien und kirchlichen Trägern diskriminierte Kinder und Familien aus diesem Gesetz keinen größeren Schutz.

Sinnvoll wäre entsprechend einer Ausweitung des Kreises der Verpflichteten. Freie Träger könnten eingebunden werden, indem die Aufgabenübertragung im Bereich der Daseinsvorsorge hieran gekoppelt wird. Möglicherweise können über die RV Tag auch freie Träger (noch) stärker in den Diskriminierungsschutz eingebunden werden. Ob und auf welche Weise dies geschehen soll, ist bisher nicht Gegenstand der politischen Diskussion.

Auch sollte eine unabhängige Beratungsstelle eingerichtet werden.

b. Veränderungen für Eltern

Kinder, die eine Kita eines Eigenbetriebs des Landes Berlin besuchen oder besuchen wollen, und deren Familien sind nach Verabschiedung des LADG zumindest theoretisch besser gegen Diskriminierungen bei Vertragsanbahnung, -durchführung und -beendigung geschützt. Denn das Land Berlin muss nur darauf hinwirken, dass jede Form von Diskriminierung im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns verhindert oder beseitigt wird und dass bei Eigenbetrieben

die *“Ziele dieses Gesetzes berücksichtigt werden”*. Ziel des Gesetzes ist die Verhinderung von Diskriminierung, aber nicht die Durchsetzung von etwa Ersatzansprüchen. Diese sind nur Folge.

Im Falle einer Diskriminierung durch eine öffentlich-rechtliche Stelle sind Ersatzansprüche für materielle und immaterielle Schäden explizit normiert. Durch eine Beweislastumkehr muss im Falle der behaupteten Diskriminierung die öffentlich-rechtliche Stelle beweisen, dass keine Diskriminierung vorlag.

Ob aber diese Ersatzansprüche überhaupt gegen die Eigenbetriebe hieraus geltend gemacht werden können, halten wir für zweifelhaft. Denn es sollen eben nur die Ziele berücksichtigt werden.

Denkbar ist daher eher die Geltendmachung dieser Ansprüche gegenüber dem Land Berlin als Beteiligtem an den Eigenbetrieben im Rahmen von Amtshaftungsansprüchen, wenn das Land Berlin nicht ausreichend auf die Berücksichtigung der Ziele hingewirkt hat.

Was sich ebenfalls nicht gebessert hat: Es muss weiterhin vor einem Gericht geklagt werden, eine unabhängige, niedrigschwellige Beschwerdestelle gibt es nicht.

c. Veränderungen für Träger, Einrichtungen und die Kita-Aufsicht

aa. öffentliche Träger

Soweit das Land Berlin unmittelbar oder mittelbar Beteiligungen an juristischen Personen des Privatrechts oder Personengesellschaften hält oder erwirbt, wirkt es darauf hin, dass die Ziele dieses Gesetzes berücksichtigt werden.

Das heißt, das Gesetz wirkt nicht unmittelbar. Vielmehr hat die SenBJW darauf hinzuwirken, dass die Ziele des Gesetzes berücksichtigt werden. Dies kann durch Rundschreiben oder Leitlinien geschehen, bei GmbHs kann die Geschäftsführung Weisungen erhalten. Außerdem können die Ziele des Gesetzes in den Satzungen der Unternehmen festgeschrieben werden.

bb. freie Träger und EKTs

Es könnte sein, dass die Ziele auch ins Berliner Bildungsprogramm und die RV Tag aufgenommen werden, siehe oben. Auch ist eine analoge Anwendung oder zumindest Heranziehung als Auslegungshilfe denkbar.

An der Problematik *“Ziel”* und *“Durchsetzungsmöglichkeiten”* (vgl. unter b.) ändert sich hierdurch aber erstmal nichts.

C. Zusammenfassung und Fazit

I.

Die aktuelle Rechtslage ist von großer Rechtsunsicherheit geprägt und äußerst lückenhaft. Nach der hier vertretenen Auffassung können Eltern im Falle von Diskriminierung Beseitigung, Unterlassung und/oder Schadensersatz vor Gericht nach dem AGG einklagen. Es ist jedoch mangels Rechtsprechung zum Bereich der frühkindlichen Bildung noch völlig unklar, wie der Beweis von Indizien einer Diskriminierung erfolgen müsste, was also von Gerichten diesbezüglich verlangt werden wird, damit die Klage erfolgreich ist. Ausnahme hiervon dürften Klagen wegen der Diskriminierungsmerkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ sein, die nach dem Gesetz eindeutig unter das AGG fallen.

Andere denkbare Anspruchsgrundlagen sind Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche oder solche aus Delikts- und Vertragsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Verbindung mit einer Verletzung aus Rechtsgütern und Schutznormen aus den Grundrechten und völkerrechtlichen Verträgen, §§ 1, 6, 23 KitaFöG, RV Tag, dem Berliner Bildungsprogramm. Rechtsprechung hierzu gibt es ebenfalls bislang nicht.

Eltern haben nach § 2 KitaFöG einen Anspruch gegen das Land Berlin auf „Gewährleistung bedarfsgerechter Förderung“. Art. 3 GG gilt unmittelbar für Eigenbetriebe und über mittelbare Drittwirkung auch für freie Träger. Im Ergebnis wird derzeit also nicht Diskriminierung wirksam verhindert, aber über den Anspruch auf bedarfsgerechte Förderung gegen das Land Berlin immerhin ein (derzeit aufgrund der Kitaplatzkrise eher theoretischer) Ausweg geschaffen. Eltern, die ihre Kinder diskriminiert sehen, können sich an die Kita-Aufsicht wenden. Die Erfahrungen zeigen aber, dass es auch hier Unsicherheit in Bezug auf die Rechtslage und entsprechende Handlungsmöglichkeiten gibt. Die Kita-Aufsicht müsste in Fällen von Diskriminierung wegen Art. 3 GG und Völkerrecht tätig werden, einfachgesetzliche Diskriminierungsverbote für den Bereich Kita gibt es derzeit nicht.

Schließlich haben Eltern aus dem Betreuungsvertrag Anspruch gegen den Träger, dass dieser sich vertragsgemäß verhält. Zumeist wird im Vertrag auf das Berliner Bildungsprogramm verwiesen, in dem diskriminierungsfreie Bildung vorgeschrieben ist. Im Wege verfassungskonformer Auslegung findet auch Artikel 3 GG Berücksichtigung. Eine diskriminierende Kündigung könnte demnach wegen § 134 BGB unwirksam sein, diskriminierende Behandlung könnte gem. § 242 BGB eine Pflichtverletzung darstellen.

II.

Es ist nach der hier vertretenen Auffassung dringend geboten, die Rechtslage klarer auszugestalten. Derzeit fehlt es – abgesehen von einer möglichen Anwendung des AGG - an einer unmittelbaren bundes- oder landesgesetzlichen Verpflichtung für alle Kita-Träger, nicht zu diskriminieren, die zugleich für Eltern Rechte gegen den Träger eröffnet. Verpflichteter nach dem KitaFöG ist derzeit allein das Land Berlin, das für Eltern aber ebenfalls keine konkreten Rechte bereit hält. Im Falle einer Diskriminierung hat die Kita-Aufsicht allgemeine Prüfpflichten und Sanktionsmöglichkeiten.

III.

Das LADG wird in der hier vorliegenden Form keine Abhilfe schaffen. Es ist zum einen gar nicht auf Kitas freier und kirchlicher Träger und EKTen anwendbar, zum anderen sieht es selbst für Eigenbetriebe keine niedrigschwellige Hilfe vor. Ob die Konsequenzen hier überhaupt greifen, ist sowieso fraglich, da das Land Berlin nur für die Berücksichtigung der Ziele sorgen muss. Die vorgesehene Ombudsstelle hat kaum Kompetenzen.

IV.

Die derzeitige Rechtslage ist unzureichend, die geplante ist es ebenfalls. Nötig wäre nach der hier vertretenen Auffassung eine landesrechtliche Regelung, die alle Träger der freien Kinder- und Jugendhilfe unmittelbar darauf verpflichtet, nicht zu diskriminieren. Für Eltern müssten Anspruchsgrundlagen für die Durchsetzung ihrer Rechte geschaffen werden, oder ggf. eine Klarstellung, dass das AGG auf Betreuungsverträge anwendbar ist.

Es sollte zudem eine unabhängige Beratungsstelle geschaffen werden, an die sich Eltern niedrigschwellig und kostenfrei wenden können, die aber auch für Träger Ansprechpartner bietet, um für Diskriminierung zu sensibilisieren. Eine solche Stelle könnte generell als Mediationsstelle auch in anderen Konfliktfällen fungieren. Am besten wären diese Regelungen wohl direkt im KitaFöG angesiedelt.