

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, BT-Drucks. 20/1332

Die Antidiskriminierungsstelle nimmt wichtigste Aufgaben im Kampf gegen die ungerechtfertigte Benachteiligung wahr. Sie ist Ansprechpartner und Unterstützer Betroffener und wirkt Diskriminierungen durch Öffentlichkeits- und Informationsarbeit präventiv entgegen, siehe § 27 AGG. Ihrer Bedeutung wird es nicht gerecht, dass die Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes nunmehr seit 2018 kommissarisch erfolgt. Das Leitungsamt konnte seit diesem Zeitpunkt nicht mehr rechtswirksam neu besetzt werden. Die Ursache dieses Zustands glauben die Regierungsfraktionen gefunden zu haben und suchen ihn ausweislich des vorliegenden Gesetzesentwurfs nun durch eine Neuausrichtung des Besetzungsverfahrens für die Leitungsposition auszuräumen und künftig zu vermeiden. Das ist ein Irrweg.

I. Der wesentliche Inhalt der Neuregelung

Zentraler Aspekt des Gesetzesentwurfs ist die Schaffung der neuen Position des Unabhängigen Bundesbeauftragten für Antidiskriminierung¹, dem die Leitung der Antidiskriminierungsstelle obliegen soll. Dieser Bundesbeauftragte soll auf Vorschlag der Bundesregierung vom Bundestag gewählt werden sowie in der Amtsausführung unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sein.² Die Amtszeit soll fünf Jahre betragen, die Wiederwahl einmal zulässig sein.³

Von der bisherigen Besetzung und Ausgestaltung der Leitungsposition weicht das ganz erheblich ab. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes ist keine eigenständige Behörde, sondern nach § 25 Abs. 1 AGG vielmehr Bestandteil des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ). Die Person zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle wird derzeit durch den Bundesfamilienminister ernannt und steht in

¹ Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird im Text das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind jedoch immer alle Geschlechter.

² §§ 26, 26a AGG-E.

³ § 26b Abs. 1, 2 AGG-E.

einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis zum Bund, § 26 Abs. 1 S. 1, 2 AGG. Die Amtszeit endet nach § 26 Abs. 3 Nr. 1 AGG mit dem Zusammentreten eines neuen Bundestages. Dennoch sind die Vorschläge des aktuellen Gesetzesentwurfs nicht ganz neu. Schon zur Zeit der Schaffung des AGG waren die Ernennung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle durch den Bundespräsidenten⁴ und auch die Wahl durch den Bundestag⁵ im Gespräch. In jüngerer Zeit stellte die Bundestagesfraktion Bündnis 90/Die Grünen weiterhin einen Antrag, der mit dem jetzigen Gesetzesentwurf in Grundgedanken und Stoßrichtung übereinstimmt.⁶ War allerdings dort noch ein Vorschlagsrecht der Fraktionen des Bundestags vorgesehen, soll dieses nach § 26 Abs. 1 des aktuellen Entwurfs allein der Bundesregierung zukommen – in der die Bündnis 90 / Die Grünen sich ja aktuell befinden.⁷

Ausweislich der Begründung des aktuellen Gesetzesentwurfs wird die Neuausrichtung der Leitungsposition der Antidiskriminierungsstelle aufgrund von Konkurrentenklagen für erforderlich gehalten, die der Besetzung der Leitungsposition in den letzten Jahren mehrfach entgegenstanden.⁸ Die Änderungen sollen weiterhin der Unabhängigkeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der Stärkung ihrer Kompetenzen dienen.⁹

II. Bundesbeauftragte gibt es viele und unterschiedliche

Die Position des Beauftragten der Bundesregierung oder Bundesbeauftragten als solche ist nicht neu – in unterschiedlichsten Bereichen existieren derartige Ämter, beispielhaft genannt seien hier der Bundesbeauftragte für Datenschutz, derjenige für Migration, Flüchtlinge und Integration oder auch für Sucht- und Drogenfragen. Aktuell kommt die Liste auf 29, nimmt man zudem die Koordinatoren der Bundesregierung hinzu sind es 35.¹⁰

⁴ BT-Drucks. 15/4538, S. 9.

⁵ Raasch, ZESAR 2005, 209 (216).

⁶ BT-Drucks. 19/24431. Siehe auch die Stellungnahmen zu dem Antrag, abgedruckt in BT-Protokoll 19/88, S. 31 ff.

⁷ Ob die Änderung der Tatsache geschuldet ist, dass nun auch die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen der Bundesregierung angehört, oder auf den Einfluss der anderen Ampel-Parteien zurückgeht, kann man nur vermuten.

⁸ BT-Drucks. 20/1332, S. 1, 11.

⁹ BT-Drucks. 20/1332, S. 2.

¹⁰ Liste der Beauftragten der Bundesregierung, der Bundesbeauftragten sowie der Koordinatoren / Koordinatorinnen der Bundesregierung nach § 21 Abs. 3 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), abrufbar unter https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/ministerium/beauftragte-der-bundesregierung.pdf;jsessionid=50D99C361E14FDF87ABB29040E9559AF.2_cid364?__blob=publicationFile&v=31 (letzter Abruf: 15.4.2022).

Eine Legaldefinition dafür, was einen Beauftragten der Bundesregierung oder einen Bundesbeauftragten ausmacht, gibt es nicht.¹¹ Genannt werden die Beauftragten in § 21 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), wo ihre frühzeitige Beteiligung bei allen Vorhaben, die ihre Aufgaben berühren, sowie die Informationspflichten gegenüber den Bundesministerien festgelegt sind. Nach § 45 Abs. 3 GGO sind die Beauftragten insbesondere bei Gesetzesentwürfen frühzeitig zu beteiligen. Während sich ihre Aufgaben und Befugnisse im Übrigen aus für das jeweilige Amt eigenen Rechtsgrundlagen ergeben, ist den Beauftragten insgesamt ihre unterstützende und beratende Funktion in unabhängiger Stellung gemein.¹²

III. Warum es einen Bundesbeauftragten für Antidiskriminierung braucht – und warum es ihn nicht braucht

In Reaktion auf die Besetzungsschwierigkeiten für die Leitung der Antidiskriminierungsstelle soll nun ein neuer Bundesbeauftragter für Antidiskriminierung vorgesehen und eingesetzt werden. Die Antidiskriminierungsstelle und ihre Unabhängigkeit sollen hierdurch insgesamt gestärkt werden. Braucht es das? Oder besser gefragt – ist das der richtige Weg?

1. Rechtlich ist ein Bundesbeauftragter nicht erforderlich

In rechtlicher Hinsicht ist ein Bundesbeauftragter für Antidiskriminierung nicht erforderlich. Niemand hat anderes bislang behauptet. Eine Stelle, die für die Förderung der Gleichbehandlung ungeachtet verpönter Diskriminierungsmerkmale zuständig ist, muss es geben, das ist europarechtlich vorgezeichnet.¹³ Vorgaben hinsichtlich der Organisation macht das europäische Recht hingegen nicht.¹⁴ Auch die Zuweisung des Förderungsauftrags an andere, bereits bestehende Stellen, hätte den Anforderungen der Antidiskriminierungsrichtlinien genügt.¹⁵ Daher ist es im Lichte der Richtlinievorgaben unschädlich, dass die Antidiskriminierungsstelle keine eigenständige Bundesbehörde, sondern

¹¹ Zur Differenzierung zwischen den Begriffen siehe BT-Drucks. 16/6785, S. 30.

¹² Vgl. Bundesministerium des Innern und für Heimat, Beauftragte, abrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/DE/ministerium/beauftragte/beauftragte-node.html> (letzter Abruf: 15.4.2022). Siehe auch Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Infobrief WD 3-3010-367/08, S. 6.

¹³ Siehe Art. 13 RL 2000/43/EG; Art. 20 RL 2006/54/EG; hierauf verweisend auch Art. 15 RL 2019/1158/EU. Die Vorgabe gilt nicht für alle Diskriminierungsmerkmale des AGG, siehe MüKoBGB/*Thüsung*, 5. Aufl. 2007, § 25 AGG Rn. 2.

¹⁴ MüKoBGB/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, § 25 AGG Rn. 2.

¹⁵ MüKoBGB/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, § 25 AGG Rn. 2; NK-AGG/*Ernst/Braunroth/Wascher*, 2. Aufl. 2013, § 25 AGG Rn. 1.

vielmehr Bestandteil des BMFSFJ ist – da ihr die Aufgaben des Individualschutzes und der generellen Prävention in § 27 AGG zweifelsfrei zugewiesen sind, sind die Anforderungen des Europarechts grundsätzlich erfüllt.¹⁶

2. Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit ebenfalls nicht

Von der Neuregelung maßgeblich mitverfolgtes Ziel ist auch die Stärkung der Unabhängigkeit der (Leitung der) Antidiskriminierungsstelle. Mehr Unabhängigkeit klingt gut. Auch sie ist europarechtlich gefordert.¹⁷ Doch was heißt Unabhängigkeit, was setzt sie voraus? Ein Blick in den Duden zeigt das allgemeine Begriffsverständnis, nach dem „unabhängig“ bedeutet, „hinsichtlich seiner politischen, sozialen Stellung, seiner Handlungsfreiheit nicht von jemandem, etwas abhängig“ zu sein, „souverän, frei von der Befehlsgewalt eines anderen Staates; autonom“.¹⁸ Kann man der Antidiskriminierungsstelle und ihrer Leitung diese Eigenschaften absprechen? Wohl kaum. Gleich an mehreren Stellen betont das AGG in seiner jetzigen Fassung die bestehende Unabhängigkeit – das gilt für die Leitung in § 26 Abs. 1 S. 2 AGG sowie für die Antidiskriminierungsstelle als Ganzes in § 27 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 AGG. Die erforderliche Unabhängigkeit der Leitung der Antidiskriminierungsstelle besteht aufgrund der Weisungsunabhängigkeit und darüber hinaus, weil eine vorzeitige Entlassung durch den Bundesminister nach § 26 Abs. 3 S. 2 nur unter den Voraussetzungen einer Richterentlassung möglich ist – und diese Voraussetzungen sind ausgesprochen eng.¹⁹ Mehr als weisungsunabhängig und nur unter strengsten Voraussetzungen aus dem Amt zu entheben kann auch ein Bundesbeauftragter nicht sein. Eine Wahl der Leitung durch den Bundestag und eine Ernennung durch den Bundespräsidenten, wie sie nun vorgeschlagen sind und auch früher schon vorgeschlagen wurden²⁰, sind zur Gewährleistung der Unabhängigkeit daher nicht erforderlich.²¹

Auch geht die noch in dem Antrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen geäußerte Annahme fehl, die fehlende Unabhängigkeit in den Bereichen Personal und Haushalt beschränke mittelbar die fachliche Unabhängigkeit der Antidiskriminierungsstelle.²² Nach § 25

¹⁶ Vgl. MüKoBGB/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, § 27 AGG Rn. 1.

¹⁷ Siehe Art. 13 Abs. 2 RL 2004/43/EG; Art. 20 Abs. 2 RL 2006/54/EG.

¹⁸ Duden Online, Eintrag „unabhängig“, letzter Abruf: 15.4.2022.

¹⁹ MüKoBGB/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, § 26 AGG Rn. 4.

²⁰ Siehe *Raasch*, ZESAR 2005, 209 (216); BT-Drucks. 15/4538, S. 9.

²¹ MüKoBGB/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, § 26 AGG Rn. 4.

²² BT-Drucks. 19/24431, S. 3.

Abs. 2 AGG ist die Antidiskriminierungsstelle mit den für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Mitteln auszustatten. Die unabhängige Aufgabenerfüllung wird so hinreichend gewährleistet. Dies scheint auch die Ampel-Regierung erkannt zu haben, die in ihrem jetzigen Gesetzesentwurf an § 25 Abs. 2 AGG festhält.²³

3. Vielleicht jedoch zur Vermeidung von Konkurrentenklagen – aber ist das ein Vorteil?

Wenn es nicht das Erfüllen europarechtlicher Vorgaben und nicht die Gewährleistung oder Stärkung der Unabhängigkeit der Leitung der Antidiskriminierungsstelle ist, was die geplante Neuregelung erreichen kann, was ist es dann? Nun, ein benanntes Ziel würde sicher erreicht – die Vermeidung von Konkurrentenklagen. Solche standen der Besetzung der Leitungsposition bereits mehrfach entgegen.²⁴ Zweifellos ist es ein misslicher Zustand, eine so wichtige Position langfristig nicht besetzen zu können. Und richtig ist auch, dass die Wahrnehmung der Leitung durch einen Bundesbeauftragten, der mittels Wahl durch die Bundestagsabgeordneten bestimmt wird, Konkurrentenklagen wirksam verhindern könnte. Denn: Die bisherigen Klagen fußten auf einer Verletzung des Prinzips der Bestenauslese, das in Art. 33 Abs. 2 GG verankert ist.²⁵ Dieses Prinzip ist auf Ämter, die durch demokratische Wahlen der Wahlbürger oder gewählter Repräsentativorgane besetzt werden, nicht anwendbar.²⁶

Aber sollte man wirklich diese vom Bundesverfassungsgericht bestätigte Ausnahme zum Anlass nehmen, ein Amt, dessen Besetzung derzeit nach den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG zu erfolgen hat, gezielt so umzugestalten, dass die Regeln keine Anwendung mehr finden? Die Auswahl der Personen, die öffentliche Ämter bekleiden, nach dem Leistungsprinzip und dem Prinzip der Bestenauslese dient dem öffentlichen Interesse an einer funktionsfähigen, effektiven und fachlich kompetenten öffentlichen Gewalt.²⁷ Das als Manko und Ursache von Rechtsunsicherheit zu begreifen, mutet gelinge gesagt seltsam an.

²³ Siehe BT-Drucks. 20/1332, S. 14: „Die Unabhängigkeit der Stelle beschränkt sich entsprechend der europarechtlichen Vorgaben allein auf die fachliche Aufgabenerfüllung. Insbesondere Personal-, Organisations- und Haushaltsangelegenheiten fallen in die Zuständigkeit des BMFSFJ, das bei deren Umsetzung auch unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben die fachliche Unabhängigkeit der Antidiskriminierungsstelle zu gewährleisten hat.“

²⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 15.12.2009 – 6 S 47.09, LKV 2010, 85; VG Berlin, Beschl. v. 8.2.2019 – 2 L 218.18, juris.

²⁵ Zum Prinzip der Bestenauslese siehe Sachs/Battis, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 33 Rn. 27.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 20.9.2016 – 2 BvR 2453/15, NVwZ 2017, 313 (314).

²⁷ Dreier/Brosius-Gersdorf, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 73; siehe auch Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Sachstand v. 21.2.2019, WD 6-3000-020/19, S. 6.

Der Fehler liegt nicht in der Regel, sondern in ihrer Verletzung. Die fehlgeschlagene Besetzung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle in der vergangenen Legislaturperiode ist bedauerlich. Der Grund hierfür liegt aber nicht in der Geltung des Prinzips der Bestenauslese, sondern darin, dass es bei der Auswahl nicht beachtet wurde. Die Entscheidung des VG Berlin, nach der die getroffene Auswahlentscheidung keinen Bestand haben konnte, weil die ausgewählte Person schon entgegen anders lautender Angaben des Ministeriums keine formelle Bewerbung eingereicht hatte und darüber hinaus kein den Grundsätzen beamtenrechtlicher Beurteilungen entsprechendes Arbeitszeugnis vorlag²⁸, ist richtig. Die monierten Fehler, und damit auch die gerichtliche Entscheidung sowie die ausbleibende Besetzung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle waren vermeidbar. Das hat nichts mit sich widersprechenden Gerichtsentscheidungen zu tun – ein Widerspruch ist hier schlicht nicht zu erkennen²⁹ – oder unklaren Anforderungen des Prinzips der Bestenauslese.³⁰

Der Sachverhalt zeigt auch, wie wichtig und sinnvoll das Prinzip der Bestenauslese ist. Denn es vermeidet Besetzungsentscheidungen, die mit dem Gerechtigkeitsempfinden nicht zu vereinbaren sind.³¹ Im öffentlichen Dienst sind derzeit rund 4,97 Millionen Menschen beschäftigt – bei ihnen allen ist eine Stellenbesetzung trotz der Geltung des Prinzips der Bestenauslese gelungen. Eine Besetzung, die sowohl Verfahrens- als auch Entscheidungsgrundsätze achtet, wäre auch im hiesigen Kontext möglich gewesen, ist auch möglich und muss das Risiko einer Konkurrentenklage nicht fürchten – denn sie wäre erfolglos. Das Prinzip der Bestenauslese sichert, dass die beste Person die Stelle ausfüllt. Aufwändige Gesetzesänderung, um zu ermöglichen, dass es auch die Zweitbeste sein kann oder aber auch der Schlechteste – wer das als Fortschritt begreifen will, der müsste das Prinzip der Besenauslese insgesamt abschaffen. Dafür bräuchte es aber dann doch glücklicherweise eine qualifizierte Mehrheit der Grundgesetzänderung, die dann doch nicht ersichtlich ist.

²⁸ VG Berlin, Beschl. v. 8.2.2019 – 7 L 218.18.

²⁹ Die genannten Entscheidungen des VG Berlin sowie des OVG Berlin-Brandenburg betreffen unterschiedliche Fehler im Bewerbungsprozess, betonen aber beide die Geltung des Art. 33 Abs. 2 GG und das Prinzip der Bestenauslese, ohne sich zu widersprechen.

³⁰ So aber BT-Drucks. 20/1332, S. 1; ebenso der Beirat der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Beschl. abgedruckt in BT-Protokoll Nr. 19/88, S. 63 (64). Konkretisierungen der Anforderungen an Stellenausschreibungen im öffentlichen Dienst, einschließlich des Prinzips der Bestenauslese, haben die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages zusammengestellt, siehe Sachstand v. 21.2.2019, WD 6-3000-020/19.

³¹ In ihrem Antrag BT-Drucks. 19/24431, S. 3 monierte die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen noch, „das bisherige unprofessionelle Auswahlverfahren mit dem Ziel, den Posten nicht nach dem Prinzip der Bestenauswahl sondern scheinbar um jeden Preis mit einer SPD-Politikerin zu besetzen, ist für die ADS unwürdig.“ Der hieraus gezogene Schluss, das gesamte Verfahren umzugestalten und die Leitung nunmehr durch den Bundestag wählen zu lassen, ist weder zwingend, noch kann er überzeugen.

IV. Neue Kompetenzen der Antidiskriminierungsstelle

Dass es keiner Wahl eines Bundesbeauftragten zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle braucht, um europarechtliche Vorgaben einzuhalten und die Funktionsfähigkeit der Behörde zu sichern, bedeutet nicht, dass keinerlei Handlungsbedarf besteht. Über neue Kompetenzen der Antidiskriminierungsstelle lohnt es sich sicherlich zu reden. Zur Stärkung der – wie gesehen schon jetzt zweifellos bestehenden – Unabhängigkeit kann auch die angedachte Verlängerung der Amtszeit Schritt in die richtige Richtung sein.³²

Zentrale Stellschraube ist aber die Möglichkeit der Mitwirkung an Gesetzgebungsverfahren. Ebenso wie Beauftragte der Bundesregierung und Bundesbeauftragte nach § 45 Abs. 3 GGO frühzeitig an Gesetzgebungsverfahren zu beteiligen sind, sollte dies für die Antidiskriminierungsstelle gelten, soweit die Regelungsmaterie des Gesetzes in ihren Kompetenzbereich hineinreicht.³³ Ein Vorschlagsrecht sowie die Möglichkeit, Stellungnahmen abzugeben, wie in § 28 des Gesetzesentwurfs vorgesehen, ist sinnvoll. Eine Wahl der Leitung der Antidiskriminierungsstelle durch den Bundestag, d.h. eine direktere demokratische Legitimation, ist hierzu allerdings nicht erforderlich.³⁴ Sie allein ist auch nicht ausreichend. Auch für einen Bundesbeauftragten müssten die Amtsbefugnisse explizit geregelt werden, wie in § 28 des vorliegenden Gesetzesentwurfs vorgeschlagen. Eine vergleichbare Regelung wäre auch für die Leitung der Antidiskriminierungsstelle in ihrer jetzigen Rechtsstellung möglich.

VI. Ein Wort zu den Kosten

Im Gesetzesentwurf sind allein zwei Stellen für die Koordination der Beteiligung der ADS bei Gesetzesvorhaben als zusätzlicher Erfüllungsaufwand ausgewiesen (zwei Stellen es höheren Dienstes = 225600 Euro pro Jahr). Dabei wird es sicherlich nicht bleiben. In meinem Kommentar zu § 26 AGG habe ich bereits darauf hingewiesen, dass schon die Wahl der Leitung der ADS durch den Bundestag und die Ernennung durch den Bundespräsidenten deutlich kostenintensiver ist als das jetzige Prozedere.³⁵ Das muss man ja evtl. nicht allzu nah beziffern,

³² So auch bereits MüKoBGB/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, § 26 AGG Rn. 5.

³³ So auch schon der Sechste ECRI-Bericht über Deutschland v. 10.12.2019, S. 11.

³⁴ A.A. wohl *Raasch*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des BT-Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 12.4.2021 zum Antrag BT-Drucks. 19/24431, S. 3, abgedruckt in BT-Protokoll 19/88, S. 59 (61).

³⁵ MüKoBGB/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, § 26 AGG Rn. 5.

aber das schon der Wahl- und Ernennungsvorgang selbst jedenfalls Personalmittel bindet, drängt sich auf. Das ist im Gesetzesentwurf nicht berücksichtigt.

V. Was bleibt?

Der vorliegende Gesetzesentwurf zeigt mithin durchaus diskussionswürdige Ansätze. Das gilt insbesondere für die gewünschte Stärkung der Antidiskriminierungsstelle in ihrer Unabhängigkeit sowie im Kompetenzgefüge der Regierung, ihrer Berater und des Parlaments. Diese Stärkung geht mit einer Umstrukturierung des Leitungsamtes hin zu einer Position als Bundesbeauftragter für Antidiskriminierung jedoch nicht einher. Weisungsunabhängiger als die Leitung des Antidiskriminierungsstelle nach jetzigem Recht ist auch der Bundesbeauftragte nicht. Weitergehende Kompetenzen müssten auch für ihn explizit geregelt werden. Sinnvoller ist es daher, auf den nicht notwendigen Zwischenschritt der Bestellung eines Bundesbeauftragten zu verzichten und stattdessen den Fokus auf die wichtigen Fragen zu legen, nämlich die Ausgestaltung der Befugnisse der Antidiskriminierungsstelle hin zu einer möglichst effektiven Aufgabenwahrnehmung.