

Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE „Antidiskriminierungsstelle des Bundes stärken – Diskriminierungsschutz erweitern“ (BT-Drucksache 20/2696)

Der Antrag mündet in neun Forderungen zur Änderung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Vier dieser Forderungen beziehen sich auf das materielle Antidiskriminierungsrecht, weitere vier regen eine Aufwertung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) an, und eine letzte Forderung betrifft die Evaluation des Gesetzes. Die folgende Stellungnahme legt, meinen fachlichen Kompetenzen entsprechend, den Schwerpunkt auf das materielle Antidiskriminierungsrecht.

Materielles Antidiskriminierungsrecht

(1) Streichung des Begriffs „Rasse“

Die Forderung, den Begriff der „Rasse“ durch die Formulierung „Diskriminierung aus rassistischen Gründen“ zu ersetzen, ist in ähnlicher Weise schon für Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erhoben worden.¹ Den Hintergrund bildet die Erkenntnis, dass bereits die biologisch-humangenetische Einteilung in menschliche „Rassen“ einer wissenschaftlichen Grundlage entbehrt und die häufig damit verbundene Vorstellung der Überlegenheit einer „Rasse“ gegenüber anderen unhaltbar ist.² Sowohl der europäische Richtliniengeber als auch der deutsche Gesetzgeber waren sich dieses Problems freilich bewusst: So heißt es in den Erwägungsgründen zur Antirassismusrichtlinie, die Verwendung des Begriffs „Rasse“ impliziere nicht die Akzeptanz von „Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen“.³ In ähnlicher Weise distanziert sich der deutsche Gesetzgeber im AGG von entsprechenden Auffassungen, indem er bewusst von einer Benachteiligung „aus Gründen der Rasse“ spricht und nicht wie bei den anderen Merkmalen die Präposition „wegen“ verwendet.⁴

Man kann sicherlich darüber streiten, ob diese Distanzierung verbal deutlicher hätte ausfallen können. Jedoch setzt ein moralisch fundiertes Verbot der Rassendiskriminierung ohnehin keine naturwissenschaftlich belegbare Existenz von „Rassen“ voraus.⁵ Ein solches Verbot trägt vielmehr der sozialen Wirkmächtigkeit von „Rassen“ Rechnung⁶ und ist deshalb auch nicht ohne Weiteres verzichtbar. Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, wenn der Antrag behauptet, die aktuelle Gesetzesfassung trage „zur Aufrechterhaltung von Diskriminierungen“ bei. Nicht das Wort „Rasse“ im AGG führt zu Diskriminierungserfahrungen, sondern das Verhalten von Menschen. Dank der rechtspolitisch klugen Regelung des § 7 Abs. 1 HS 2 AGG findet im Übrigen keine Beweisaufnahme über das Vorliegen von Diskriminierungsmerkmalen statt. Ohnehin neigt die Praxis dazu, Ansprüche in den einschlägigen

¹ Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucksache 19/24434.

² Barskanmaz, in Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 7 Rn. 5 f.

³ Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2000/43/EG.

⁴ BT-Drucksache 16/1780, S. 30 f.

⁵ Kischel, AöR 145 (2020), 227, 242 f. zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

⁶ Barskanmaz, in Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 7 Rn. 8 ff., der freilich Kischel vorhält, die Bedeutung „außerjuridischen Wissens“ für das Recht zu verkennen (a.a.O., Rn. 7).

Fällen auf eine Benachteiligung wegen des weit ausgelegten Merkmals der ethnischen Zugehörigkeit zu stützen.⁷

Jedenfalls empfiehlt es sich nicht, auf eine „Diskriminierung aus rassistischen Gründen“ abzustellen. Mit dieser Formulierung nähme der Gesetzgeber Bezug auf eine politische und soziologische Kategorie, der es an jeder definitorischen Klarheit fehlt. Rassismus wird in den entsprechenden Diskussionen überwiegend als soziales Konstrukt verstanden und nahezu vollständig vom Begriff der „Rasse“ abgekoppelt. Es besteht daher die Gefahr, dass die zu Recht negative Konnotation des Begriffs „Rassismus“ nutzbar gemacht wird, um abweichende politische Überzeugungen zu diskreditieren.⁸ Während der Antrag vordergründig nur auf die Streichung eines problembehafteten Begriffs zielt, verfolgt er im Ergebnis eine potentiell uferlose Ausdehnung des Antidiskriminierungsrechts. Dies ist abzulehnen.

(2) Erweiterung um das Merkmal des „sozialen Status“

Der unionsrechtlich fundierte Diskriminierungsschutz ist merkmalsbezogen.⁹ Die Auswahl der Merkmale beruht auf historischen Erfahrungen und sozialen Beobachtungen.¹⁰ Der so entstandene Katalog steht damit im Wandel der Zeit, weshalb Ergänzungen und Streichungen von Merkmalen grundsätzlich denkbar sind. Der „soziale Status“ ist als Diskriminierungsmerkmal nicht im Unionsrecht verankert. Art. 21 Abs. 1 GRCh nennt mit der „sozialen Herkunft“ und dem „Vermögen“ nur Teilaspekte, die zudem in Art. 10 und Art. 19 Abs. 1 AEUV fehlen und keinen Niederschlag im Sekundärrecht gefunden haben. Gleichwohl haben einige Mitgliedstaaten ihr Antidiskriminierungsrecht um den „sozialen Status“ oder ein ähnliches Merkmal erweitert.¹¹

Die Kritik einer rechtsvergleichenden Studie, wonach „die Gefahren einer Relativierung und von Rechtsunsicherheit durch solche Diskriminierungsgründe“ überwiegen,¹² erscheint nachvollziehbar. Die Begründung zu § 2 LADG Berlin, den der Antrag als Vorbild nennt, zählt für den „sozialen Status“ eine große Vielfalt an Einflussfaktoren auf („Einkommen, Armut, Überschuldung, Bildungsabschluss, Analphabetismus, Erwerbstätigkeit, Beruf, Kleidung, Wohnungs- und Obdachlosigkeit sowie die körperliche Erscheinung etc.“) und nennt zusätzlich noch die soziale Herkunft, familiäre Aspekte wie die Eigenschaft als alleinerziehende Person und gesetzlich definierte Statuslagen wie eine aufenthaltsrechtliche Duldung.¹³

Es ist offensichtlich, dass ein solches Sammelsurium an überwiegend, aber nicht ausschließlich sozioökonomischen Faktoren kein klar konturiertes Diskriminierungsmerkmal hervorbringt. Als weiteres Problem käme hinzu, dass sozioökonomische Diskriminierungserfahrungen vielfach nur aus intersektionaler Perspektive verstanden werden könnten,¹⁴ was die Komplexität weiter erhöhen würde. Vor allem aber ist die Differenzierung nach den meisten der einschlägigen Faktoren in einem freien Wirtschaftsleben nicht nur sozial üblich, sondern geradezu zwangsläufig erscheint. Soweit bestimmte Faktoren z.B. Anlass zu Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit eines potentiellen Vertragspartners geben, wird das Antidiskriminierungsrecht es Privatpersonen kaum verwehren können, aus diesem Grund einen Vertragsschluss abzulehnen. Für das Merkmal des „sozialen Status“ müssten deshalb besonders weitreichende Rechtfertigungsmöglichkeiten vorgesehen werden. Dies wäre nicht nur mit zusätzlicher Rechtsunsicherheit verbunden, sondern würde auch die einheitliche Struktur des Antidiskriminierungsrechts gefährden. Der Vorschlag ist daher abzulehnen.

⁷ Vgl. BAG NZA 2012, 1345 Rn. 31.

⁸ Eingehend Kischel, AöR 145 (2020), 227, 248 ff.

⁹ Zu Möglichkeiten und Grenzen eines postkategorialen, dafür aber strikt persönlichkeitsrechtsbezogenen Diskriminierungsschutzes Hartmann, EuZA 2019, 24, 40 ff.

¹⁰ Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, S. 161 ff.

¹¹ Im Überblick Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010, S. 32.

¹² Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, 2010, S. 70.

¹³ Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/1996, S. 22 f.; vgl. auch die Aufzählung bei Röhner, in Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 11 Rn. 22.

¹⁴ Röhner, in Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 11 Rn. 20 f.

(3) Verbesserung der Rechtsdurchsetzung und Streichung von Ausnahmetatbeständen

Die dritte Forderung des Antrags enthält sehr heterogene Aspekte, die zum einen die Rechtsdurchsetzung betreffen, zum anderen die Streichung von Ausnahmetatbeständen.

(a) Mit Blick auf die Einführung eines „**umfassenden Verbandsklagerechts**“ ist zunächst festzuhalten, dass nach den Antidiskriminierungsrichtlinien Verbandsklagen unionsrechtlich nicht gefordert sind.¹⁵ Die in Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG und Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78/EG vorgesehenen Beteiligungsrechte für Verbände, Organisationen und andere juristische Personen sind im deutschen Recht bereits nach jetzigem Stand gewährleistet.¹⁶

Die Frage nach dem möglichen rechtspolitischen Sinn von Verbandsklagen ist damit freilich nicht beantwortet. Die Unabhängige Bundesbeauftragte begründet ihre entsprechende Forderung wie folgt: „Dies liegt daran, dass ein Gerichtsverfahren langwierig ist und mit unüberschaubaren Kosten und Risiken einhergeht. Erschwerend kommt hinzu, dass mangels gefestigter Rechtsprechung in großen Teilen des Antidiskriminierungsrechts die Erfolgsaussichten einer Klage kaum zu bewerten sind. Das führt dazu, dass der Diskriminierungsschutz ein Wirksamkeitsdefizit aufweist.“¹⁷

Diese pauschalen Aussagen werden der Rechtswirklichkeit nicht gerecht. Zum einen werden bestehende Möglichkeiten wie die Beratung durch die ADS und Anträge auf Beratungs- und Prozesskostenhilfe nicht berücksichtigt. Zum anderen befremdet es, wenn einerseits die mangelnde Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen beklagt wird und andererseits Vorschläge unterbreitet werden, die zwangsläufig mit einem erheblichen Verlust an Rechtssicherheit einhergehen. Soweit verbleibende Schwächen bei der Rechtsdurchsetzung auf Informationsdefiziten beruhen,¹⁸ lässt sich diesem Problem zielgenauer begegnen als mit der Einführung einer Klagemöglichkeit für Verbände, die notwendigerweise überindividuelle (Eigen-)Interessen verfolgen. Sofern man das Ziel des AGG im Schutz des erweiterten Persönlichkeitsrechts sieht,¹⁹ liegt eine solche Akzentverschiebung nicht nahe (dazu auch noch sub 6).

(b) Was die „**Verlängerung der Klagefristen (insbesondere im Arbeitsrecht)**“ anbelangt, ist der Sprachgebrauch des Antrags unpräzise. Im Arbeitsrecht ist eine zweistufige Ausschlussfrist vorgesehen: auf der ersten Stufe die schriftliche Geltendmachung nach § 15 Abs. 4 AGG und auf der zweiten Stufe die Klagfrist nach § 61b Abs. 1 ArbGG. Im Zivilrecht bedarf es einer formlosen Geltendmachung nach § 21 Abs. 5 AGG, bevor dann noch die Regelverjährung eingreift.

Die geltenden Fristregelungen beruhen auf einer nachvollziehbaren gesetzgeberischen Wertung. Der Arbeitgeberin soll angesichts der Beweislastregelung des § 22 AGG nicht zugemutet werden, Dokumentationen über Einstellungsverfahren etc. bis zum Ende der regelmäßigen Verjährung aufbewahren zu müssen.²⁰ Im Übrigen besteht gerade im Arbeitsrecht, wie zahlreiche andere Fristregelungen zeigen, ein hohes Interesse an der schnellen Klärung von Streitigkeiten. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich an dieser Bewertung etwas geändert haben sollte.

(c) Die **Streichung der „wohnungsrechtlichen Ausnahmetatbestände“** (gemeint offenbar § 19 Abs. 3 und 5 AGG) wird im Antrag nicht näher begründet. Für eine vergleichbare Forderung der Unabhängigen Bundesbeauftragten findet sich in deren Grundlagenpapier vom Juli 2023 nur die nichtssagende Bemerkung, der Schutz vor Benachteiligungen am Wohnungsmarkt werde „unzulässig“ eingeschränkt.²¹

Zwar ließe sich anführen, dass vor allem die Unionsrechtskonformität des überwiegend als Rechtfertigungstatbestand behandelten § 19 Abs. 3 GG umstritten ist. Dies liegt darin begründet, dass die Antirassismus-RL 2000/43/EG keine Rechtfertigungsmöglichkeiten vorsieht. Die ersatzlose Streichung der

¹⁵ EuGH NZA 2008, 929 Rn. 26 f. – Feryn; Lobinger, EuZA 2009, 365, 383 f.

¹⁶ BAG NZA 2014, 489 Rn. 44.

¹⁷ Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung, Vielfalt, Respekt, Antidiskriminierung, Juli 2023, sub 17.

¹⁸ Berghahn/Klapp/Tischbirek, Evaluation des AGG, 2016, S. 161.

¹⁹ Zu verschiedenen Deutungsmöglichkeiten Hartmann, in Staudinger, Eckpfeiler des Privatrechts, 2022, Rn. B6 ff.

²⁰ BT-Drucksache 16/1780, S. 38, 47.

²¹ Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung, Vielfalt, Respekt, Antidiskriminierung, Juli 2023, sub 12.

Möglichkeit, den Grundsätzen einer sozialen Stadt- und Wohnungsbildung Rechnung zu tragen, ist unionsrechtlich aber jedenfalls nicht veranlasst. Insbesondere stellt sich die Frage, ob entsprechende Maßnahmen zumindest in manchen Fällen als positive Maßnahmen i.S.d. Art. 5 RL 2000/43/EG eingeordnet werden können.²²

Unionsrechtliche Bedenken werden auch gegen § 19 Abs. 5 S. 1 und 2 AGG geltend gemacht, weil die Antirassismus- und die Gender-Richtlinie ausdrücklich nur solche Güter und Dienstleistungen vom Geltungsbereich ausnehmen, die nicht der Öffentlichkeit angeboten werden. Die Ausnahme für Nähe- und Vertrauensverhältnisse ist gleichwohl unionsrechtskonform, weil nach den Erwägungsgründen beider Richtlinien „der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt“.²³ Im Gegenteil ist es nachvollziehbar, dass der deutsche Gesetzgeber diesen Richtlinienerwägungen mit § 19 Abs. 5 AGG Rechnung tragen wollte.²⁴

(d) Die Streichung der „sog. Kirchenklausel“ begründet der Antrag im Wesentlichen mit Hinweisen auf eine Diskriminierung queerer Beschäftigter bei kirchlichen Arbeitgebern. Es bleibt unklar, ob die Forderung nur auf einen oder aber beide Absätze des § 9 AGG abzielt. Weil nach § 9 Abs. 1 AGG zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeiten nur wegen der Merkmale der Religion und Weltanschauung bestehen, dürfte der Antrag vor allem die Loyalitätsanforderungen des § 9 Abs. 2 AGG im Blick haben. Insoweit gilt es freilich zu sehen, dass die Deutsche Bischofskonferenz inzwischen eine Überarbeitung der Grundordnung des kirchlichen Dienstes beschlossen hat.²⁵ Dem Anliegen des Antrags dürfte damit bereits weitgehend Rechnung getragen sein.

Der Gesetzgeber wollte mit § 9 AGG die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV umsetzen.²⁶ Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen erstreckt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG auch auf privatrechtlich organisierte Arbeitsverhältnisse, innerhalb derer sie den kirchlichen Dienst nach ihrem Selbstverständnis regeln können.²⁷ Nicht zu leugnen ist allerdings, dass § 9 AGG vor allem durch die jüngere EuGH-Rechtsprechung unter Druck geraten ist. In Reaktion auf die Egenberger-Entscheidung hat das BAG zum einen die Rechtfertigungsmöglichkeit des § 9 Abs. 1 Var. 1 AGG wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG für unanwendbar erklärt²⁸ und zum anderen Art. 9 Abs. 1 Var. 2 AGG einer unionsrechtskonformen Auslegung unterworfen²⁹. Danach können die Kirchen auch weiterhin eine Religionszugehörigkeit verlangen, wenn es sich nach kirchlichem Selbstverständnis um eine „verkündigungsnahe“ Tätigkeit handelt. Diese Einordnung unterliegt nach Auffassung des EuGH der gerichtlichen Kontrolle.³⁰ Für die Loyalitätspflicht des § 9 Abs. 2 AGG ist infolge der Chefarzt-Entscheidung des EuGH eine ähnliche Entwicklung zu beobachten.³¹

Über die Abschaffung des ohnehin unanwendbaren § 9 Abs. 1 Var. 1 AGG mag man diskutieren.³² Die Forderung nach einer Streichung der gesamten Norm schießt aber erheblich über das Ziel hinaus. Zunächst ist die Rechtsentwicklung auf Unionsebene insoweit noch nicht abgeschlossen. Insbesondere ist die Rolle der Kirchenautonomie (Art. 17 AEUV) weitgehend unklar.³³ Gleiches gilt für das problematische Verhältnis zwischen der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG (ultra-vires-Problematik).³⁴

²² Dazu *Croon-Gestefeld*, Jura 2021, 513, 517; im Ergebnis ähnlich *Erman/Armbrüster*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 19 AGG Rn. 27, der Unionsrechtskonformität durch eine teleologische Auslegung herstellen will.

²³ *Erman/Armbrüster*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 19 Rn. 34.

²⁴ Vgl. BT-Drucksache 16/1780, S. 42.

²⁵ In § 7 Abs. 2 S. 3 Grundordnung heißt es mit Blick auf das bestehende Dienstverhältnis: „Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, insbesondere Beziehungsleben und Intimsphäre, bleibt rechtlichen Bewertungen entzogen.“ Die deutschen Bischöfe, Grundordnung des kirchlichen Dienstes, 5. Aufl. 2022, S. 18; dazu *Krewerth*, RdA 2023, 298, 301 f.

²⁶ BT-Drucksache 16/1780, S. 35.

²⁷ BVerfG NJW 1986, 367, 368.

²⁸ BAG NZA 2019, 455 Rn. 24 ff. unter Hinweis auf EuGH NZA 2018, 569 Rn. 42 ff. – Egenberger.

²⁹ BAG NZA 2019, 455 Rn. 64 ff.

³⁰ EuGH NZA 2018, 569 Rn. 54 – Egenberger.

³¹ EuGH NZA 2018, 1187 – Chefarzt; BAG NZA 2019, 901 Rn. 17 ff.

³² Nach *Junker*, NJW 2018, 1850, 1852 geistert die Vorschrift „als toter Buchstabe durch die Gesetzbücher“.

³³ *Junker*, NJW 2018, 1850, 1852 kritisiert zu Recht die nur formelhaften Äußerungen des EuGH hierzu.

³⁴ Dazu *Walter/Tremml*, in *Mangold/Payandeh*, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 8 Rn. 48 ff.

Unabhängig davon wäre aber jedenfalls eine ersatzlose Streichung des § 9 AGG unvereinbar mit den Vorgaben des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Selbst wenn das BVerfG seine Rechtsprechung an diejenige des EuGH anpassen sollte, verlangt das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, die verfassungsrechtlich geschützte Autonomie im unionsrechtlich zulässigen Maß aufrechtzuerhalten.

(4) Versagung angemessener Vorkehrungen als Benachteiligung

Die vierte Forderung ist darauf gerichtet, die Versagung angemessener Vorkehrungen vor dem Hintergrund der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) ausdrücklich als Benachteiligung zu regeln, „so dass angemessene Vorkehrungen als subjektives Recht gegenüber der Privatwirtschaft einklagbar sind“. Der Antrag geht insoweit in mehrfacher Hinsicht von unrichtigen Voraussetzungen aus. Zunächst besteht in der Praxis kein Zweifel, dass Menschen mit Behinderung bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts angemessene Vorkehrungen klageweise einfordern können. Das BAG hält die Arbeitgeber im Wege einer unionsrechtskonformen und zugleich völkerrechtsfreundlichen Auslegung des § 241 Abs. 2 BGB zur Förderung sämtlicher Menschen für verpflichtet, also nicht nur derjenigen, die wegen einer Schwerbehinderung nach §§ 164 Abs. 3, Abs. 4, 167 SGB IX ohnehin in besonderer Weise gefördert werden.³⁵ Kann der Arbeitsplatz mit zumutbaren Anstrengungen angepasst werden, besteht ein entsprechender Anspruch, ohne dass es auf eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG ankäme.³⁶ Ein von der ADS in Auftrag gegebenes Gutachten bemängelt die Auslegungslösung, weil die UN- und EU-Mitgliedstaaten „für alle Rechtsunterworfenen erkennbar den Inhalt einer höherrangigen Rechtspflicht tatbestandlich präzise zu umschreiben“ hätten.³⁷ Unabhängig davon, ob die mitgliedstaatlichen Umsetzungspflichten tatsächlich so weit reichen, spricht sicherlich nichts gegen eine ausdrückliche Regelung des Anspruchs.

Abzulehnen ist allerdings die vom Antrag angeregte Festschreibung, dass in der Versagung angemessener Vorkehrungen eine Benachteiligung liegen soll. Der Gesetzgeber würde sich damit ohne Not in einem dogmatisch äußerst umstrittenen Feld positionieren.³⁸ Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, bei deren Anwendung die UN-BRK berücksichtigt wird, differenziert zwischen drei verschiedenen Kategorien: dem Diskriminierungsverbot (Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 RL 2000/78/EG), den angemessenen Vorkehrungen (Art. 5 RL 2000/78/EG) und den positiven Diskriminierungen (Art. 7 Abs. 2 RL 2000/78/EG). Die beiden erstgenannten Kategorien sind „dogmatisch unterschiedliche Tatbestände, da es im ersten Fall um die Herstellung einer vergleichbaren Situation zur Anwendung des Diskriminierungsverbots und im zweiten Fall um die Feststellung einer Diskriminierung infolge einer vergleichbaren Situation geht“.³⁹ Zwar beeinflusst es Tatbestand und Rechtfertigung einer Diskriminierung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/78/EG, wenn angemessene Vorkehrungen unterblieben sind. Eine eigenständige Diskriminierung liegt darin jedoch nicht.⁴⁰ Die Formulierung des Art. 2 Abs. 3 S. 2 UN-BRK, wonach „alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen“, erfasst sein sollen, steht dem nur auf den ersten Blick entgegen. Denn die Definition des Art. 2 Abs. 4 UN-BRK spricht wiederum für das hier vertretene Verständnis. In der vorgeschlagenen Form ist die Änderung folglich abzulehnen.

Aufwertung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

(5) Errichtung der Antidiskriminierungsstelle als oberste Bundesbehörde

Die ADS ist gem. § 25 Abs. 1 AGG (a.F.) beim BMFSFJ errichtet worden. Dabei handelt es sich um eine rein organisatorische Anbindung, welche die Unabhängigkeit der Bundesbeauftragten nicht in Frage

³⁵ BAG NZA 2014, 372 Rn. 49 ff.

³⁶ BAG NZA 2014, 372 Rn. 54.

³⁷ *Eichenhofer*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, 2018, S. 73.

³⁸ Vgl. den Überblick über die Bandbreite der hierzu vertretenen Auffassungen bei *Degener*, in Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, §15 Rn. 26 ff.

³⁹ *Mohr*, in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 5 RL 2000/78/EG Rn. 5.

⁴⁰ *Mohr*, in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 5 RL 2000/78/EG Rn. 5.

stellt.⁴¹ Die Leitung der Stelle unterliegt bereits nach geltendem Recht keiner inhaltlichen Weisungsbefugnis und ist nicht hierarchisch eingebunden (§ 26a Abs. 1 S. 2 AGG). Die Reform des Jahres 2022, wonach die Bundesbeauftragte vom Bundestag in ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis gewählt wird (§§ 26 Abs. 1, 26a Abs. 1 S. 1 AGG) hat nachvollziehbaren Bedenken gegen die frühere Rolle des BMFSFJ bei der Besetzung der Leitung und der damals vorgesehenen vertraglichen Ausgestaltung des Verhältnisses⁴² bereits Rechnung getragen. Die Errichtung der ADS als oberster Bundesbehörde ist daher ohne erkennbaren Mehrwert gegenüber der bestehenden Rechtslage. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, weshalb – wie der Antrag meint – dies die „demokratische Legitimation“ der ADS „unterstreichen“ würde.

(6) Eigenes Klagerecht der Antidiskriminierungsstelle für ausgewählte Fälle

Der Antrag teilt nicht mit, für welche „ausgewählte[n] Fälle“ die ADS ein eigenes Klagerecht erhalten soll. Sofern es um die Befugnis geht, anstelle einzelner Betroffener zu klagen, ist zunächst auf die Bedenken zu verweisen, die bereits gegen ein Verbandsklagerecht angeführt worden sind. Hinzu kommt, dass die ADS nach derzeitiger Gesetzeslage Personen, die sich an sie wenden, „auf unabhängige Weise“ unterstützt (§ 27 Abs. 2 AGG). Daraus folgt, dass die ADS keine einseitige Interessenvertretung ist, sondern unparteiisch agieren und eine neutrale, moderierende Funktion ausüben soll.⁴³ Die Zuerkennung eines eigenen Klagerechts würde diesen Charakter grundlegend verändern und damit unter Umständen die Akzeptanz der ADS schwächen.

Möglicherweise zielt der Antrag weitergehend auf Diskriminierungsklagen in Fällen, in denen es bereits an konkreten Diskriminierungsopfern fehlt. In ihrem Grundlagenpapier fordert die Bundesbeauftragte für sich ein „altruistisches Klagerecht“, das „nicht der Durchsetzung individueller Interessen einzelner Personen [dient], sondern [...] in Fällen genutzt [wird], in denen es keine Kläger*innen gibt“. Das Klagerecht soll die „Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Antidiskriminierungsrecht“ fördern.⁴⁴

Sieht man den Zweck des AGG in einem erweiterten Persönlichkeitsrechtsschutz (dazu bereits oben sub 3a), versteht es sich von selbst, dass die Rechtsverletzung zumindest irgendeiner Person unverzichtbar ist. Sowohl die Antidiskriminierungsrichtlinie als auch das AGG setzen die Benachteiligung einer konkreten Person voraus. In der Rechtssache Feryn hat der EuGH allerdings auch die Sanktionierung „abstrakter“ Benachteiligungen und damit bloßer Diskriminierungsgefahren für möglich gehalten.⁴⁵ Die Konzeption des EuGH ist bereits in sich widersprüchlich, wenn er einem Arbeitgeber nach der Verlautbarung einer diskriminierenden Einstellungspolitik den Einwand eröffnet, er verfare in Wirklichkeit diskriminierungsfrei.⁴⁶ Unabhängig davon heißt es aber in der Entscheidung lediglich, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehre, auch jenseits der Verletzung konkreter Personen Gerichts- und Verwaltungsverfahren zu regeln. Es sei allein Sache der nationalen Gerichte zu beurteilen, ob das Recht des jeweiligen Mitgliedstaats dies vorsehe.⁴⁷

In der Einführung eines Klagerechts, das unabhängig von einer Rechtsverletzung konkreter Diskriminierungsopfer ist, läge nicht nur eine Kompetenzerweiterung zugunsten der ADS, sondern eine materiellrechtliche Umwertung des Antidiskriminierungsrechts. Überzeugende Gründe für eine derart einschneidende Änderung sind nicht vorgetragen worden.

(7) Personalvielfalt in der Antidiskriminierungsstelle

Eine „proaktive Maßnahme“ zur Bewerbung offener Stellen „in Publikationen unterschiedlicher gesellschaftlicher Gruppen und Communities“ kann die ADS ohne Weiteres im Rahmen ihrer

⁴¹ Ernst, in Däubler/Beck, AGG, 5. Aufl. 2022, § 25 Rn. 4.

⁴² Vgl. Berghahn/Klapp/Tischbirek, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, 2016, S. 178 f.

⁴³ Ernst, in Däubler/Beck, AGG, 5. Aufl. 2022, § 27 Rn. 8.

⁴⁴ Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung, Vielfalt, Respekt, Antidiskriminierung, Juli 2023, sub 18.

⁴⁵ EuGH NZA 2008, 929 Rn. 23 ff. – Feryn; dazu Lindner, NJW 2008, 2750 f.

⁴⁶ Zutreffend Lobinger, EuZA 2009, 365, 369.

⁴⁷ EuGH NZA 2008, 929 Rn. 27 – Feryn.

Öffentlichkeitsarbeit (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 AGG) durchführen. Weshalb hierfür eine gesonderte gesetzliche Regelung erforderlich sein sollte, ist nicht ersichtlich.

(8) Aufstockung der Finanz- und Sachmittel für die Antidiskriminierungsstelle

Der erforderliche Umfang an finanzieller und sächlicher Ausstattung für die Arbeit der ADS ist zwar eine Rechtsfrage (vgl. § 25 Abs. 2 S. 1 AGG). Deren Beantwortung entzieht sich aber weitgehend der rechtswissenschaftlichen Methodik, weshalb sich die juristische Literatur im Wesentlichen auf gesetzwiederholende Aussagen beschränkt.⁴⁸ Bereits in der Evaluation des AGG im Jahr 2016 ist freilich geltend gemacht worden, der Etat der ADS sei im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten unterdurchschnittlich, sowohl absolut als auch relativ zur Bevölkerungsgröße.⁴⁹ Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass derartige Vergleiche wegen der unterschiedlichen Verwaltungsstrukturen schwierig sein dürften. So gilt es insbesondere zu sehen, dass die organisatorische Eingliederung in das BMFSFJ Synergieeffekte und damit auch Kostenvorteile bringen dürfte.

Evaluation

(9) Evaluation des AGG und Berücksichtigung der Ergebnisse bei der künftigen Gestaltung

Anders als etwa das EntgTranspG beinhaltet das AGG bislang keine Evaluationsklausel. Gegen die Einführung einer solchen Klausel ist zwar grundsätzlich nichts einzuwenden. Jedoch müsste sich der Gesetzgeber darüber im Klaren sein, dass die Regelung einer Gesetzesevaluation durchaus komplex ist und zudem auch rechtsnormativen Maßstäben unterliegt.⁵⁰ Bei der Evaluation des AGG dürfte es um eine Zielerreichungsanalyse gehen.⁵¹ Während sich die Zielerreichung beim EntgTranspG (Verringerung des gender pay gap) noch vergleichsweise leicht formulieren lässt, ist dies bei den vom AGG adressierten vielfältigen Diskriminierungssituation bereits wesentlich schwieriger.

Außerdem müsste die wissenschaftliche Unabhängigkeit und Ausgewogenheit der Evaluation gewährleistet werden. Daraus ergeben sich Folgerungen für die Rolle der ADS, weil es nicht zuletzt um deren Kompetenzen und Mittel gehen würde. Nicht hinnehmbar wäre es jedenfalls, dass die ADS wie bei der zum zehnjährigen Jubiläum des AGG erstellten Evaluation als Auftraggeberin einer Studie auftritt, die dann u.a. mehr Kompetenzen und eine bessere Ausstattung für die ADS fordert⁵².

⁴⁸ Repräsentativ etwa *Ernst*, in Däubler/Beck, AGG, 5. Aufl. 2022, § 25 Rn. 8.

⁴⁹ *Berghahn/Klapp/Tischbirek*, Evaluation des AGG, 2016, S. 200 f.

⁵⁰ Umfassend dazu *Seckelmann*, Evaluation und Recht, 2018, S. 390 ff.

⁵¹ Zu dieser Kategorie *Seckelmann*, Evaluation und Recht, 2018, S. 173 f.

⁵² *Berghahn/Klapp/Tischbirek*, Evaluation des AGG, 2016, S. 190 ff.