

Prof. Dr. Mehrdad Payandeh · Bucerius Law School · Jungiusstr. 6 · 20355 Hamburg

Deutscher Bundestag  
Rechtsausschuss  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Professor Dr. Mehrdad Payandeh  
Lehrstuhl für Internationales Recht,  
Europarecht und Öffentliches Recht  
Tel.: +49(0)40 3 07 06 – 201  
mehrdad.payandeh@law-school.de

Sekr.:+49(0)40 3 07 06 – 194  
Fax: +49(0)40 3 07 06 – 235  
claudia.adelmann@law-school.de

Hamburg, den 8.11.2023

### **Stellungnahme**

zum Antrag der Fraktion DIE LINKE

„Antidiskriminierungsstelle des Bundes stärken –  
Diskriminierungsschutz erweitern“  
(BT-Drucksache 20/2696)

### **Öffentliche Anhörung**

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

am 8. November 2023

## **Zum Reformbedarf des AGG**

Jenseits der Frage einzelner Aspekte des Antrags der Fraktion DIE LINKE sprechen verschiedene Gesichtspunkte grundsätzlich für eine Reform des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG).

Erstens unterliegt die deutsche Gesetzgebung im Bereich des Antidiskriminierungsrechts in hohem Maße unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben. Es ist allgemein bekannt, dass das AGG der Umsetzung verschiedener europäischer Antidiskriminierungs-Richtlinien diente und dient. Der Gesetzgeber hat dabei vor allem mit Blick auf den Anwendungsbereich und die Durchsetzungsmechanismen einen in der Tendenz restriktiven Ansatz verfolgt. Die Konsequenzen dieses Ansatzes waren Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission, bis heute andauernde Diskussionen über die Richtlinienkonformität einzelner Vorschriften des AGG sowie zahlreiche korrigierende Eingriffe der Gerichte.

Über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus unterliegt der Gesetzgeber völkerrechtlichen Bindungen an eine Reihe von UN-Menschenrechtsabkommen. Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts erlangen dabei insbesondere das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form rassistischer Diskriminierung, die Frauenrechtskonvention, die Kinderrechtskonvention und die Behindertenrechtskonvention Bedeutung. Diese Übereinkommen enthalten zum Teil detaillierte Vorgaben für die innerstaatliche Gesetzgebung. Vor allem aber haben die mit unabhängigen Expertinnen und Experten besetzten UN-Vertragsausschüsse, die über die Einhaltung und Umsetzung dieser Verträge wachen, zahlreiche Empfehlungen gegenüber Deutschland ausgesprochen, die den Reformbedarf verdeutlichen. Die menschenrechtsfreundliche Ausrichtung der deutschen Verfassungs- und Rechtsordnung – und auch der deutschen Politik – gebietet es, diesen Empfehlungen angemessen Rechnung zu tragen.

Zweitens wird in der Diskussion um eine Reform des AGG vielfach eingewandt, eine solche sei nicht nötig, da die Gerichte das AGG richtlinienkonform und völkerrechtsfreundlich auslegen und anwenden könnten und dies auch tun. Dieses Argument erscheint mir aus mehreren Gründen zweifelhaft. Es ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers, über die wesentlichen Inhalte eines Gesetzes zu entscheiden. Gerichte können nur punktuell korrigierend eingreifen. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und zur Gewährleistung der gleichmäßigen Anwendung des Rechts ist es allemal vorzugswürdig, wenn sich die geltende Rechtslage so weit wie möglich aus dem Gesetz selbst ergibt und nicht erst aus der konkretisierenden oder korrigierenden Rechtsprechung. Schließlich geht es bei

den Reformvorschlägen auch nicht nur um die Einhaltung völker- und unionsrechtlicher Vorgaben, sondern auch um die vom Völker- und Unionsrecht gewollte aber nicht in allen Details vorgezeichnete Steigerung der Effektivität des deutschen Antidiskriminierungsrechts.

Drittens sollten Ausmaß und Bedeutung von Diskriminierung und Benachteiligung in Deutschland bei der Entscheidung über eine AGG-Reform eine zentrale Rolle spielen. Zahlreiche Untersuchungen, Erhebungen und Befragungen der letzten Jahre belegen, dass viele Menschen alltäglich Diskriminierungen erfahren, in allen möglichen Bereichen des Lebens, auf dem Arbeits- wie dem Wohnungsmarkt, im Bereich der Bildung oder im Gesundheitswesen. Exemplarisch verweise ich auf die Erhebungen der Antidiskriminierungsstelle des Bundes über entsprechende Beratungsanfragen, auf zivilgesellschaftliche Studien wie etwa den Afrozensus, auf die kürzlich veröffentlichte Untersuchung der EU-Grundrechteagentur „Being Black in the EU“ oder den gestern veröffentlichten zweiten Bericht des Nationalen Diskriminierungs- und Rassismusmonitors über Diskriminierung im Gesundheitsbereich.

Vor diesem Hintergrund stellen die Steigerung der Effektivität des gesetzlichen Schutzes vor Diskriminierung und die Erleichterung der Geltendmachung von Rechten und Ansprüchen im Zusammenhang mit Diskriminierungen zentrale gesellschaftliche Anliegen dar, denen sich der Gesetzgeber annehmen sollte.

### **Zu bestehenden Schutzlücken und Umsetzungsdefiziten**

Schutzlücken bzw. Umsetzungsdefizite lassen sich mit Blick auf drei Aspekte des AGG diskutieren: den Anwendungsbereich, die geschützten Kategorien und die Durchsetzungsmechanismen.

Was den Anwendungsbereich betrifft, so ist insbesondere die Regelung über die Wohnraummiete in § 19 Abs. 3 und Abs. 5 AGG problematisch. Soweit etwa die Vermietung von „Wohnraum auf demselben Grundstück“, auf dem auch der Vermieter oder die Vermieterin oder ihre Angehörigen selbst wohnen, kategorisch vom Benachteiligungsverbot ausgenommen ist, geht die Regelung zu weit. Sie erfasst etwa auch Wohnungen in Hochhäusern, wenn die Vermieterin oder der Vermieter irgendwo in demselben Haus wohnt. Auch die Regelung, dass eine Ungleichbehandlung aus Gründen einer sozialen Stadt- und Wohnungspolitik zulässig sein soll, ist problematisch. Sie ist nicht volumnäßig mit der europäischen Antirassismus-Richtlinie vereinbar, und auch der UN-Antirassismus-Ausschuss hat die Vorschrift bereits gerügt. Problematisch ist zudem die regelmäßige Herausnahme der Vermietung von

Wohnraum, wenn die Vermieterin oder der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet. In rechtspolitischer Hinsicht erscheint diese Schwelle sehr hoch. Sie ist mit der Antirassismus-Richtlinie nicht vereinbar und auch ihre Vereinbarkeit mit der Gender-Richtlinie ist höchst fraglich.

Was zweitens die nach dem AGG geschützten Kategorien angeht, so spricht zunächst viel für eine Reihe von deklaratorischen oder klarstellenden Änderungen: etwa mit Blick auf die Ersetzung der problematischen Kategorie der „Rasse“ durch rassistische Diskriminierung – ein Vorschlag, der im Rechtsausschuss bereits in der letzten Legislaturperiode mit Blick auf das Grundgesetz diskutiert wurde. Daneben geht es um die Ersetzung von „Alter“ durch „Lebensalter“ und die Klarstellung, dass auch die grundrechtlich geschützte geschlechtliche Identität volumnäßig erfasst wird. Diskussionswürdig erscheint mir zudem die Aufnahme der Kategorie „sozialer Status“, da hiermit durchaus wesentliche Diskriminierungserfahrungen etwa von Sozialleistungsempfängerinnen und Sozialleistungsempfängern oder wohnungslosen Personen erfasst werden, die bislang im Antidiskriminierungsrecht nur unzureichend abgebildet werden. Dass dieses Kriterium konkretisierungsbedürftig ist, bedeutet m.E. keinen grundlegenden Einwand und würde auch keine erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich ziehen. Und auch legitime Interessen des Geschäftsverkehrs etwa an der Wahl zahlungsfähiger Vertragspartnerinnen und Vertragspartner lassen sich im Rahmen einer gesetzlichen Regelung berücksichtigen.

Was schließlich drittens die Durchsetzungsebene angeht, so geht es zunächst um die sehr kurzen Fristen für die Geltendmachung von Ansprüchen. Der Antrag der Fraktion DIE LINKE spricht hier nicht ganz präzise von Klagefristen, gemeint sind die Regelungen in § 15 Abs. 4 und § 21 Abs. 5 AGG, die Ausschlussfristen von zwei Monaten vorsehen. Ob man diese Fristen verlängert, ist mangels konkreter unions- oder völkerrechtlicher Vorgaben primär eine rechtspolitische Frage. Allerdings verlangen sowohl das Unions- als auch das Völkerrecht effektive Möglichkeiten der Geltendmachung von Rechten im Antidiskriminierungsrecht. Darauf bestehen bei einer zweimonatigen Frist erhebliche Zweifel, selbst wenn man legitime Interessen an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden mitberücksichtigt. Gerade angesichts der Besonderheiten von Diskriminierungen und den damit verbundenen Verletzungserfahrungen sprechen gute Gründe für eine deutliche Verlängerung der Geltendmachungsfristen.

Zweitens geht es bei der Frage der Durchsetzung um die Erleichterung des Zugangs zu Gericht etwa durch die stärkere Einbeziehung von Antidiskriminierungsverbänden (im Wege der Prozessstandschaft für betroffene Personen oder durch Verbandsklagerechte) oder auch

ein eigenes Klagerecht der Antidiskriminierungsstelle. Entsprechende kollektive Rechtsschutzmechanismen sind zwar unionsrechtlich nicht zwingend vorgesehen, sie würden aber zur Effektivität der Rechtsdurchsetzung beitragen und werden auch von den unabhängigen UN-Menschenrechtsausschüssen empfohlen. Aus rechtspolitischer Sicht sprechen m.E. sehr gute Gründe für ihre Einführung, da Diskriminierung oftmals sozio-ökonomisch schwächere Menschen trifft und etwa im Fall der rassistischen Diskriminierung auch das Vertrauen in staatliche Einrichtungen und insbesondere die Justiz eingeschränkt sein kann.

Drittens wird mit Blick auf die effektive Durchsetzung eine Reform der Vorschrift über die Beweislasterleichterung des § 22 AGG gefordert, die klarstellt, dass diese sich auch und gerade auf das Vorliegen einer Benachteiligung erstreckt und nicht allein auf die Frage des kausalen Zusammenhangs zwischen Diskriminierungsgrund und Benachteiligung. Auch insofern erscheint eine klarstellende Regelung sinnvoll.

### **Zur Frage der Verpflichtungen zu angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung**

Mit Blick auf die Frage der Barrierefreiheit bzw. die Frage der Verpflichtung von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern zu angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung besteht ein Umsetzungsdefizit im deutschen Recht. Eine entsprechende Regelung wird sowohl von Art. 5 der europäischen Rahmenrichtlinie als auch der UN-Behindertenrechtskonvention gefordert. Das AGG enthält insofern keine umfassende Regelung, was sowohl von der Europäischen Kommission als auch vom UN-Behindertenrechtsausschuss – zuletzt im Oktober dieses Jahres – kritisiert wird. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist daher angezeigt. Ich möchte in diesem Zusammenhang drei Aspekte ansprechen:

Erstens wird vielfach darauf hingewiesen, eine gesetzliche Regelung der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen sei nicht notwendig, da die Gerichte in konkreten Fällen auf sehr unterschiedliche Weise zu unionsrechts- und völkerrechtskonformen Ergebnissen kommen würden. Hier gilt ebenfalls, dass punktuelle korrigierende Eingriffe der Gerichte, gerade in derart grundsätzlichen Fragen, eine klare und umfassende gesetzliche Regelung nicht ersetzen können.

Zweitens wird vielfach angemerkt, dass die dogmatische Verortung der Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen und ihr Verhältnis zu anderen Konzepten des Antidiskriminierungsrecht unklar seien. Die UN-Behindertenrechtskonvention geht allerdings recht deutlich

davon aus, dass die Versagung angemessener Vorkehrungen eine Diskriminierung darstellt, und auch der UN-Behindertenrechtsausschuss folgt diesem Verständnis. Das ist nicht nur deshalb wichtig, weil Deutschland an die UN-Behindertenrechtskonvention gebunden ist, sondern auch, weil die EU selbst Vertragspartei ist und die UN-Behindertenrechtskonvention daher auch im Unionsrecht und durch das Unionsrecht Wirkungen entfaltet. In jedem Fall sollten dogmatische Streitigkeiten um das Verständnis einer Rechtsfigur den Gesetzgeber nicht daran hindern, eine klare unions- und völkerrechtskonforme Regelung zu schaffen.

Drittens möchte ich gerne dem Missverständnis entgegentreten, dass die Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie Unternehmen, gerade für kleine Unternehmen, mit unangemessenen Kosten und Aufwand verbunden sein könnte. Pauschale Abwehrreflexe, die insofern zum Teil ausgelöst werden, erkennen, dass sowohl das Unionsrecht als auch die UN-Behindertenrechtskonvention nur „angemessene“ Vorkehrungen erfordern und keine Maßnahmen verlangen, die eine – ich zitiere die UN-Behindertenrechtskonvention – „unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen“. Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre eine klare gesetzgeberische Regelung der derzeitigen Rechtslage mit nur schwer durchschaubarer Einzelfalljudikatur eindeutig vorzuziehen. Auch im Interesse der betroffenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie Unternehmen.

### **Zur sogenannten „Kirchenklausel (§ 9 AGG)**

Die sogenannte „Kirchenklausel“ des § 9 AGG mit ihren Sonderregelungen für das kirchliche Arbeitsrecht ist nicht vollumfänglich mit dem Unionsrecht vereinbar: Die Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie (Art. 4 Abs. 2) sieht zwar ebenfalls besondere Ausnahme für Religionsgemeinschaften vor, ist aber enger formuliert und wird auch vom Gerichtshof der Europäischen Union enger verstanden. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat den Ansatz der deutschen Rechtsordnung bereits in Frage gestellt. In der Sache geht es um die Frage der angemessenen Berücksichtigung kollidierender verfassungsrechtlich bzw. grundrechtlich geschützter Interessen: des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts auf der einen Seite und der individuellen Freiheits- und Gleichheitsrechte potentieller oder tatsächlicher Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf der anderen Seite. Die Gerichte haben § 9 Abs. 1 AGG dabei schon teilweise für unanwendbar erklärt, teilweise haben sie ihn unionsrechtskonform ausgelegt, aber auch hier gibt es gute Gründe dafür, dass der Gesetzgeber tätig werden sollte.

Eine mögliche Lösung läge darin, § 9 AGG ersatzlos zu streichen. Diese Lösung ist weniger radikal als es auf den ersten Blick erscheint, weil die legitimen und verfassungsrechtlich gewährleisteten Interessen kirchlicher Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auch ohne § 9 AGG berücksichtigt werden können: über die Anerkennung der wesentlichen beruflichen Anforderungen, die nach § 8 AGG eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können, und im Rahmen der allgemeinen arbeitsrechtlichen Loyalitätspflichten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Insofern sehe ich auch kein grundsätzliches verfassungsrechtliches Problem der Streichung von § 9 AGG mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht von Religionsgemeinschaften, das verfassungsrechtlich in Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV verankert ist.

Will man § 9 AGG beibehalten, so bietet es sich m.E. an, die Vorschrift enger an den Vorgaben der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie und der Rechtsprechung des EuGH auszurichten und zum einen stärker zu betonen, dass sich das Privileg der Religionsgemeinschaften nur auf solche Tätigkeiten erstreckt, die eine besondere Nähe zu religiösen Zwecken aufweisen, und zum anderen klarzustellen, dass in jedem Fall im Rahmen einer gerichtlich überprüfbaren Abwägung gegenläufige Individualinteressen berücksichtigt werden müssen.

Hamburg, 8. November 2023

Prof. Dr. Mehrdad Payandeh