



Michael Wrase, Berlin

## Tugend statt Freiheit?

### **Zur Diskussion um das Antidiskriminierungsgesetz**

*Der Beitrag nimmt zur aktuellen Diskussion um das Antidiskriminierungsgesetz Stellung und beleuchtet in diesem Zusammenhang vor allem die Vorzüge der geplanten gesetzlichen Regelung.*

S. 47

- HFR 5/2005 S. 1 -

- <sup>1</sup> Die Debatte um das Antidiskriminierungsgesetz (ADG) wird bisweilen mit einer Schärfe geführt, die für unbefangene - oder sollte man besser sagen: politisch naive - Zuschauer verwunderlich ist. Schließlich wird von allen Protagonisten, selbst der CDU/FDP, fast schon gebetsmühlenartig betont, dass Diskriminierungen in unserer Gesellschaft etwas Unerwünschtes sind. Und es sei prinzipiell gut, etwas dagegen zu unternehmen. Nur eben würde das geplante Gesetz zuviel des Guten tun und damit Schlechtes bewirken. Solcherlei Kritik richtet sich in erster Linie gegen den Teil des ADG, der das "allgemeine Zivilrecht" betrifft. Dort finden sich Regelungen, die Einzelne vor Diskriminierungen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen schützen sollen, z.B. bei der Anmietung von Wohnraum oder beim Besuch einer Gaststätte.<sup>1</sup> Tatsächlich geht der Fraktionsentwurf von Rot/Grün in diesem Teil über die erforderliche Umsetzung des EU-Rechts hinaus. Neben dem Verbot der Benachteiligung aufgrund der "Rasse" oder ethnischen Herkunft<sup>2</sup> sollen nämlich auch Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verboten sein. Das gilt allerdings nur für "Massengeschäfte" oder solche Transaktionen, bei denen, wie es der Gesetzestext ausdrückt, "dem Ansehen des Vertragspartners nachrangige Bedeutung zukommt"<sup>3</sup>. Was allerdings mit diesem Rätselwort gemeint ist, dürfte unter Juristinnen und Juristen noch lange umstritten sein. Allein die juristische Unschärfe mindert die praktische Wirksamkeit der Regelung erheblich. Nichts desto Trotz entzündet sich die konservativ-liberale Kritik gerade an dieser Erweiterung des Diskriminierungsschutzes. Das Gesetz werde eine "Flut" von Prozessen auslösen, in denen vermeintliche Diskriminierungsopfer um hohe Entschädigungssummen kämpfen. Um sich vor derartige Klagen zu schützen, müssten wiederum die Geschäftsleute einen gewaltigen bürokratischen Aufwand betreiben, der - das kennen wir ja schon - zu einem Wettbewerbsnachteil für Deutschland führe und so zum ultimativen "Jobkiller" avanciere.<sup>4</sup> Diese und ähnliche Vorwürfe als substanzlose Polemik zu enttarnen, fällt nicht schwer. Weder ist mit einer Prozesslawine zu rechnen - das zeigen die (ernüchternden) Erfahrungen mit bereits vorhandenen Regelungen im Arbeitsrecht<sup>5</sup> -, noch kann ernsthaft von einem Wettbewerbsnachteil für den Standort

<sup>1</sup> S. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, BT-Drucks. 14/4538 (im Folgenden: E-ADG), Art. 1 Abschnitt 3, §§ 20 ff.

<sup>2</sup> Zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der „Rasse“ und ethnischen Herkunft im allgemeinen Güter- und Dienstleistungsverkehr sind die Mitgliedstaaten durch die sog. Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG verpflichtet. Die Richtlinie hätte bereits zum 19. Juli 2003 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Gegen die Bundesrepublik ist deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH anhängig.

<sup>3</sup> § 20 Abs. 1 E-ADG.

<sup>4</sup> So die CDU-Vorsitzende Angela Merkel, taz vom 14.3.2005, S. 1.

<sup>5</sup> Die Datenbank juris enthält zur Vorschrift des § 611a BGB (Verbot der Geschlechtsdiskriminierung bei Begründung, Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses) für den Zeitraum von 1982 bis 2004 insgesamt 112 Einträge zu Gerichtsentscheidungen, wobei nur etwa 50% der Diskriminierungsklagen auch Erfolg hatten, s. Böckler/impuls 2/2005, S. 3. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass viele arbeitsgerichtli-

Deutschland die Rede sein. Viele Staaten, die als Konkurrenten im globalen Wettbewerb genannt werden, darunter die USA, Großbritannien und Frankreich, verfügen bereits über ein deutlich weitergehendes Antidiskriminierungsrecht.<sup>6</sup>

S. 48

- HFR 5/2005 S. 2 -

- 2 Eine zweite Stoßrichtung der Kritik ist grundsätzlicher und hat, jedenfalls auf den ersten Blick, mehr Wirkungsmacht. Es geht um die bürgerlichen Freiheit, Verträge zu schließen oder eben nicht zu schließen, und zwar wann und mit wem auch immer: Die Privatautonomie. Das ADG sieht nun vor, dass Personen, die beim Zugang zu Gütern oder Dienstleistungen diskriminiert werden, gegebenenfalls einen Schadensersatz erhalten oder sogar auf den Abschluss des verweigerten Vertrags klagen können.<sup>7</sup> Die abgelehnte Mieterin könnte sich also den Mietvertrag für ihre Traumwohnung auf dem Klageweg erstreiten, wenn sie beispielsweise aus rassistischen oder geschlechtsspezifischen Gründen nicht berücksichtigt wurde. Darin und in den anderen Regeln des ADG sehen einige nun einen "Fundamentalangriff auf die Vertragsfreiheit"<sup>8</sup>, oder es wird gar der "Tod der Privat- autonomie"<sup>9</sup> herbeigeredet. Die scharfe Kritik in der juristischen Literatur, ansonsten nicht gerade ein Ort offener Polemik, kulminierte in einem wortmächtigen Aufsatz *Franz Jürgen Säckers*, der den Machern des ADG vorwarf, eine "Tugendrepublik der neuen Jakobiner" errichten zu wollen.<sup>10</sup> Ganz nach Art des Jakobinischen "terreur" solle den Bürgern das politisch korrekte, also "tugendhafte" Verhalten per Gesetz oktroyiert werden. Der Kontrahierungszwang wird dann sozusagen zum juristische "Fallbeil" des Gesinnungsstaates.
- 3 Bei aller Unsinnigkeit dieses Vergleichs, muss die dahinter stehende Kritik ernst genommen werden. Es gehört zum Selbstverständnis des liberalen Rechtsstaats, dass er den Bereich der moralischen Gesinnung von staatlicher Kontrolle und möglichem staatlichen Zwang freihält.<sup>11</sup> Das bedeutet aber nicht, dass der Staat mit einem gesetzlichen Vorhaben nicht auch "moralische" Anliegen verfolgen dürfte. Ganz im Gegenteil, ein solches Anliegen dürften hinter fast jedem Gesetz stehen, seien es allgemeine Strafgesetze, Umwelt- oder Verkehrsvorschriften. Der Staat erwartet von seinen Bürgerinnen und Bürgern, dass sie sich an die Gesetze halten "erziehen" darf er sie nicht. Ebenso wenig zielt das ADG auf eine Gesinnungsprüfung. Das Gesetz fragt nicht nach *Motiven*, sondern knüpft seine Rechtsfolgen an das *Verhalten* der Akteure.<sup>12</sup> Trifft der Vermieter nach außen hin eine diskriminierungsfreie Entscheidung über die Wohnung, spielt seine Gesinnung keine Rolle. Erst wenn er (potentielle) Kundinnen oder Kunden erkennbar benachteiligt, etwa weil "Schwarze, Türken und Behinderte" bei ihm ohnehin "keine Chance" haben, oder eine strukturelle Benachteiligung bestimmter Personengruppen nach außen erkennbar wird, greift der Diskriminierungsschutz. Im Zweifelsfall wird sich der Leistungsanbieter an das Gesetz halten, und zwar nicht, weil er dadurch eine tugendhafte Haltung zum Ausdruck bringt, sondern weil er die Rechtsfolgen scheut, die

---

che Verfahren mit einem Vergleich enden, handelt es sich um eine geringe Zahl. Im Vergleich: Zur Kündigungsvorschrift des § 1 KSchG finden sich im selben Zeitraum etwa 3.000 Entscheidungen.

<sup>6</sup> Ein Überblick findet sich bei Loenen (Hg.), *Non-discrimination law: comparative perspectives*, 1999; zur Zeit entsteht ein umfassendes Casebook zum Antidiskriminierungsrecht in der EU, s. <http://www.law.kuleuven.ac.be/casebook/non-discrimination.php>.

<sup>7</sup> Vgl. § 22 E-ADG. Der Entwurf hat sieht im Gegensatz zu § 611a BGB nur einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch vor. Ob diese Regelung gemeinschaftskonform ist, darf bezweifelt werden, vgl. EuGH Rs. C-180/90 - Drehmpaehl, NJW 1997, 1839 (1840): Entscheidet sich ein Mitgliedstaat für eine Sanktion, die sich in den Rahmen einer Regelung über die zivilrechtliche Haftung einfügt, so muss der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen, um die volle Haftung des Urhebers zu begründen. Die Entschädigung selbst muss gem. Art. 15 S. 2 der RL angemessen und abschreckend sein. S. schon EuGH Rs. 14/84 - von Colson u. Kamann, NJW 1984, 2021 (2022). Auch das ist nach der derzeitigen Umsetzung nicht gesichert.

<sup>8</sup> S. FAZ vom 21. Januar 2005: „Angriff auf die Vertragsfreiheit“, unter [www.faz.net](http://www.faz.net).

<sup>9</sup> Picker, AnwBl. 2003, S. 198 ff.; eine Auflistung ähnlicher Äußerungen findet sich bei Baer, ZRP 2002, S. 290 (291).

<sup>10</sup> Säcker, ZRP 2002, S. 286; dagegen im selben Heft Baer, ZRP 2002, S. 290.

<sup>11</sup> Bielefeldt/Follmar-Otto, Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, Policy Paper No. 5 des Deutschen Instituts für Menschenrechte, S. 13 f.

<sup>12</sup> S. Baer, ZRP 2002, S. 290 (293).

mit einem Verstoß verbunden sind.

**S. 49**

- HFR 5/2005 S. 3 -

- 4 So jedenfalls die Theorie. Dass es in der Praxis nicht selten anders aussieht, steht außer Frage. Diskriminierendes Verhalten kann nach außen hin geschickt getarnt werden. Schließlich lässt sich für fast jede Differenzierung zunächst ein unverfänglicher Grund anführen. Hier gerät das Antidiskriminierungsgesetz in vielen Fällen an die Grenze seiner praktischen Wirksamkeit. Diese Grenze ist aber gerade Ausdruck des Prinzips, dass der Staat sich eben nicht für die "Gesinnung" seiner Bürgerinnen und Bürger interessieren darf. Deshalb statuiert das ADG auch nicht, wie fälschlich behauptet wird, eine *Beweislastumkehr* zu Lasten der Diskriminierenden, sondern lediglich eine (notwendige<sup>13</sup>) *Beweis- erleichterung* zugunsten der Diskriminierungsopfer.<sup>14</sup> "Tugendhaftigkeit" wird durch das Gesetz nun also gar nicht verlangt, und *Robespierre* und seine Mitstreiter dürfen getrost in der Kiste bleiben.
- 5 Was aber ist mit der viel beschworenen Privatautonomie, der Grundfeste bürgerlicher Freiheit, die durch das ADG in "unzumutbarer Weise" eingeschränkt wird? Das klassische liberale Vertragsdenken versteht Privatautonomie in erster Linie als Recht, die eigenen Interessen möglichst ungehindert zu verfolgen. Es beruht auf einer formalen Freiheitsethik, die davon ausgeht, dass die Vertragspartner ihre Interessen selbst am besten wahren können und sich der "gerechte Preis" aus dem Mechanismus des Marktes entwickelt.<sup>15</sup> Dieses Freiheitsdenken steht in der bürgerlichen Tradition der Verteidigung eines privaten Herrschaftsbereichs gegenüber staatlichen Eingriffen, wie es das deutsche Rechts- und Verfassungsdenken lange geprägt hat.
- 6 Das bürgerliche Sozialmodell wurde zu Beginn des 19. Jahrhunderts formuliert, als der absolutistische Wohlfahrtsstaat den Bürger gängelte. Damals ging man - unter anderem inspiriert durch die Freiheitsphilosophie *Immanuel Kants*<sup>16</sup> - davon aus, dass es nach Überwindung monarchistischer Bevormundung und der Aufhebung von Standesprivilegien nur noch eine Frage von Talent und Fleiß der Einzelnen war, sich materiellen Wohlstand und gleichberechtigte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben zu sichern. Die freiheitlichen Grundrechte, allen voran die Privatautonomie und die Eigentumsgarantie, eröffneten dabei ein Betätigungsfeld, das jedem ohne Rücksicht auf Stand und Geburt die Chance geben sollte, Bürger zu werden. Wurde sie nicht ergriffen, konnte das als persönliches Versagen gelten und berührte nicht die Gerechtigkeit des Systems.<sup>17</sup>

**S. 50**

- HFR 5/2005 S. 4 -

- 7 Mit der Industrialisierung und dem immer offensichtlicher werdenden sozialen Elend, das durch den ungehemmten Kapitalismus verursacht wurde, war diese Erwartung fehlgeschlagen. Damit aber erhielten auch die Grundrechte eine neue Zielrichtung. "Sie boten", wie es *Dieter Grimm* formuliert hat, "die Plattform, von der aus die materielle Basis eingefordert werden konnte, ohne die zahlreiche grundrechtlich zugesicherte Freiheiten für mittellose Träger wertlos blieben oder sich gar zum Unterdrückungsinstrument in der Hand der Vermögenden verkehrten."<sup>18</sup> Die Reaktion des verdienenden Bürgertums ließ nicht lange auf sich warten. In der deutschen Staatsrechtslehre blieb das bürgerliche Gedankengut bis in die Weimarer Republik hinein herrschend und sorgte dafür, dass die Grundrechte im Sinne von formalen Freiheitsrechten interpretiert wurden. Materialien Gehalten im Sinne tatsächlicher, also gleichberechtigter Freiheit

<sup>13</sup> Diskriminierungen beruhen oft auf subtilen Verhaltensweisen des Diskriminierenden, die sich in der Praxis nur ganz selten zweifelsfrei nachweisen lassen. Die Beweiserleichterung ist deshalb ein unverzichtbarer Bestandteil des Antidiskriminierungsrechts, s. Wrase, Verfassungsrechtliche Ansatzpunkte für einen Diskriminierungsschutz beim öffentlichen Angebot von Gütern und Dienstleistungen, ZESAR, i. E.

<sup>14</sup> § 23 E-ADG.

<sup>15</sup> S. Schieck, Differenzierte Gerechtigkeit, 2001, S. 293f.

<sup>16</sup> Tugend ergibt sich nach Kant bereits aus der Freiheit zum sittlichen Handeln, s. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1788.

<sup>17</sup> Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 97.

<sup>18</sup> Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 97.

aller Menschen wurde die rechtliche Bedeutung abgesprochen. Soziale Grundrechte wurden zu unverbindlichen "Programmsätzen" herabgestuft.<sup>19</sup> Auch das Bürgerliche Gesetzbuch, bis heute der Kern des deutschen Privatrechts, ist letztlich ein Kind dieser restaurativen Bewegung. Bei seinem Inkrafttreten zur Wende des 19. in das 20. Jahrhundert stellte es bereits einen sozialpolitischen Anachronismus dar.<sup>20</sup> Es rettete indes das formale Freiheitsdenken bis in das heutige Zivilrecht, während sich gleichzeitig in einer Vielzahl von wirtschafts-, arbeits- und verwaltungsrechtlichen Spezialgesetzen das sozialstaatliche Anliegen mehr und mehr verwirklichte.

- 8 Das macht es vielleicht erklärbar, warum Privatrechtsjuristen auch heute noch die "Vertragsfreiheit" so vehement verteidigen. Die Mär von der "Vernunft" des freien Marktes und der "Gleichheit" der Vertragspartner, die ihre Interessen selbst am besten wahren können, wird allerdings kaum mehr ernsthaft vertreten. Zu deutlich hat sich gezeigt, dass das freie Spiel der Kräfte keinesfalls automatisch auch einen funktionierenden Wettbewerb erzeugt. Eine soziale Binsenwahrheit ist heute auch, dass der gerechte Interessenausgleich nicht selten durch die unterschiedlichen Machtstärke der Marktteilnehmer verhindert wird. Letztlich fußt das gesamte moderne Verbraucherschutzrecht auf dieser Erkenntnis. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb in zwei sehr wichtigen Entscheidungen<sup>21</sup> die Meinung vertreten, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernden Kräftegleichgewichts der Partner einen fairen Güteraus-tausch ermögliche. Die richtig verstandene Privatautonomie<sup>22</sup> verlange vielmehr, dass Gesetzgeber und Gerichte Vorkehrungen dafür treffen müssen, dass alle Menschen selbstbestimmt und gleichberechtigt am Markt leben teilnehmen können.
- 9 Damit wird aber auch der vermeintliche Gegensatz von Privatautonomie und Diskriminierungsschutz aufgehoben. Denn auch und gerade der Schutz gegen Diskriminierungen schafft eine Grundlage für reale Selbstbestimmung der Einzelnen im Rechtsleben. Er adressiert die strukturelle Unterlegenheit von Gruppen, die in der Gesellschaft typischerweise Benachteiligungen ausgesetzt sind und damit eben nicht gleichberechtigt am Markt leben teilnehmen, wie es das klassisch gesell- schaftliberale Denken suggeriert. Diskriminierungen sind ein Problem der realen Teilhabe an den Privilegien einer Gesellschaft, die von einer Mehrheit dominiert wird.<sup>23</sup> Wem der Zugang zu Gütern oder Leistungen verweigert wird, etwa weil er oder sie eine bestimmte Hautfarbe oder ein bestimmtes Geschlecht hat, der kann nicht autonom am Markt leben teilnehmen. Für die Durchsetzung der selbstbestimmten Teilhabe, also realer Freiheit, steht das ADG. Das Deutsche Institut für Menschenrechte formuliert es in seinem Policy Paper so: "Ohne den Gleichheitsanspruch wären Freiheitsrechte lediglich Privilegien einer bevorzugten Gruppe, aber eben keine allgemeinen Menschenrechte; und ohne die freiheitliche Ausrichtung könnte von Gleichberechtigung von vornherein gar keine Rede sein."<sup>24</sup>

*Zitierempfehlung:* Michael Wrase, HFR 2005, S. 47 ff.

<sup>19</sup> Statt vieler Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches, 3. Bearb. 1929, S. 452 ff.; zur abwehrrechtlichen Lehre s. insb. Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, 1931, mit erkennbar antidemokratischer und antisozialistischer Zielrichtung.

<sup>20</sup> Vgl. Schulte-Nölke, NJW 1996, S. 1705 (1706 ff.); berühmt ist die Kritik Otto von Gierkes die jedoch primär nationalistisch geprägt war.

<sup>21</sup> BVerfGE 81, S. 242 (254f.) – Handelsvertreter; BVerfGE 89, S. 214 (231) – Bürgschaft.

<sup>22</sup> S. Limbach, JuS 1985, S. 10 (12).

<sup>23</sup> S. Baer, ZaöRV 2004, S. 735 (750).

<sup>24</sup> Bielefeld/Follmar-Otto, Policy Paper No. 5 (Fußn. 11), S.