

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker
Freie Universität Berlin

Zum Regierungsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes

I.

Allgemeine Bemerkungen

„Pro ratione stat voluntas!“ (Es gilt der freie Wille ungeachtet seiner Vernünftigkeit). Mit diesen Worten hat Werner Flume den Grundgedanken der Privatautonomie einprägsam umschrieben.¹ Der Staat setzt der Vertragsfreiheit zwar durch äußere Grenznormen (§§ 134, 138, 307 BGB) Schranken; er statuiert aber keine Richtnormen für das moralische Verhalten seiner Bürger in der Zivilgesellschaft². Er verlangt von ihnen keine Rechtfertigung für ihr Tun und Lassen, sofern sie sich innerhalb dieser äußeren Schranken bewegen. Der Vertrag als Instrument gelungener zweiseitiger Selbstbestimmung trägt seine Legitimität und Dignität in sich; die staatsfreie, von Dritten unbeeinflusste Willenseinigung der Privatrechtssubjekte bietet typischerweise eine größere Chance auf eine materielle Richtigkeitsgewähr für die Vertragsbeteiligten als jede staatliche Zensur des Vertragsschlusses und seiner Motive. Der liberale Staat schreibt dem einzelnen daher zu Recht nicht vor, was korrekt, tugendsam, anständig und gut für ihn ist, sondern schützt seine Wahlfreiheit ohne Prüfung der Gründe der konkreten Wahl.

Die Verwirklichung der Tugend in einer offenen, lernenden Privatrechtsgesellschaft, die nicht mehr von metaphysischen Richtigkeitsvorstellungen gesteuert wird, ist ebensowenig Aufgabe des Staates wie die Zwangsbeglückung seiner Bürger durch ideologische Vorgaben. Es genügt, wenn der Staat sich selber bei der Erfüllung seiner Aufgaben tugendhaft verhält – bereits damit scheint er häufig überfordert – und im übrigen für Rahmenbedingungen sorgt, unter denen Selbstgestaltung in Freiheit für möglichst viele Bürger Wirklichkeit wird. Das

¹ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage 1979, § 14: „Für den Bereich der Privatautonomie gilt der Satz: stat pro ratione voluntas.“

moderne Kartell- und Verbraucherschutzrecht sind Ausdruck der staatlichen Gewährleistungsverantwortung für eine Vertragsfreiheit und Chancengleichheit sichernde Privatrechtsordnung. Die Abschluss- und Inhaltsfreiheit reduziert sich erst für marktbeherrschende Unternehmen, weil ihren Vertragspartnern ausreichende und zumutbare Alternativen fehlen (vgl. §§ 19, 20 GWB).³

Die Sicherung der Bürgerfreiheit durch Trennung von Staat und Gesellschaft ist eine der wichtigsten Errungenschaften der modernen westlichen Zivilisation.⁴ Sie ist Ausdruck der Abkehr von einer unheilvollen Epoche der europäischen Geschichte, die vom Tugendterror der Jakobiner (1793/94) geprägt war. Die jakobinischen Eiferer unter Robespierre meinten, den Egoismus des Individuums durch die Sittlichkeit und die alltäglichen Konventionen der Bürger durch allgemeingültige Grundsätze der Tugend ersetzen zu können. Falsche Gesinnung wurde mit der Guillotine bestraft, Verdächtige durch Überwachungsausschüsse an die Tribunale der Revolution ausgeliefert. Das „Comité de salut public“ ließ den Terror der Tugend triumphieren.⁵

Robespierre konnte mit der Idee der Tugenddiktatur allerdings nur deshalb so großen Erfolg haben, weil die dominanten Strömungen in der griechisch-römischen und der christlichen (thomistischen) Staatsphilosophie Freiheit immer nur als „Tun des Besten“ (Sokrates), als „Lust am Sittlich-Schönen“ (Aristipp) verstanden und Freiheit nur als „Einsicht in das vom Gesetz vorgegebene Sittliche und Vernünftige“, als das dem Gesollten angemessene Tun, kurzum als Tugend interpretierten. Freiheit war die sittliche Freiheit der Logos-Natur des Menschen und die daraus abgeleitete bürgerliche Tugend (Arete), um deren Verwirklichung das Gemeinwesen durch Gesetze besorgt zu sein hatte. Frei handelte nur der, dessen Tun auf das Gute gerichtet war. Das Wissen um das Gute hat die niederen Seelenkräfte der animalischen Natur mit Hilfe von vernünftiger Überlegung und Selbstbeherrschung in einem

² Näher dazu *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Auflage 2001, Bd. I, 2001, Einl. RdNr.28 ff.

³ Vgl. dazu *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999.

⁴ *Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Böckenförde, Staat und Gesellschaft, 1976, S. 395 ff.

⁵ So tönt Robespierre in Georg *Büchners* ‚Dantons Tod‘: „Die Waffe der Republik ist der Schrecken, die Kraft der Republik ist die Tugend – die Tugend, weil ohne sie der Schrecken verderblich, der Schrecken, weil ohne ihn die Tugend ohnmächtig ist. Der Schrecken ist ein Ausfluss der Tugend, er ist nichts anders als die schnelle, strenge und unbeugsame Gerechtigkeit.“ (S. 15, Zeile 14-19).

Prozeß des Mit-sich-zu-Rate-Gehens in die Schranken zu verweisen⁶. Die Rechtsordnung hat in dieser Konzeption allein die Funktion eines Tugendwächters; Inquisition und Jakobinertum hatten es daher leicht, Freiheit auf „anständiges Verhalten“ zu reduzieren und sich selber als „Avantgarde“ des Anstands zu fühlen, die freies Handeln der Bürger nur noch „im Sinne des Anstands, den wir hier in diesem Land zu vertreten haben“ (Olaf Scholz), als rechtmäßig hinnimmt. In der Rechtsphilosophie – zuletzt bei Hegel - vermählte sich der freie Wille mit dem vernünftigen, von der Rechtsidee durchdrungenen „rechtlichen“ Willen. Es ist erstaunlich, dass diese den absolutistischen Staat zur Einschränkung der Freiheit seiner Bürger und zur Begrenzung der Privatautonomie legitimierenden vordemokratischen Rechts- und Staatsphilosophien nunmehr erneut Anklang finden.⁷

Warum diese Erinnerung an die Herrschaft der Tugend und den Terror ihrer Umsetzung? Es droht doch niemandem mehr die Guillotine, die Köpfe rollen lässt, wenn er sich im Privatleben von eigenen Überzeugungen und Gefühlen leiten lässt. Die Techniken moderner Tugendstaaten sind weit weniger grausam, dafür aber subtiler; sie bedienen sich der semantischen Erziehungsdiktatur und der „political correctness“, die viele von vornherein entmutigt, an einer kontroversen Diskussion mit eigenen Überlegungen teilzunehmen. Wer den Regierungsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes und die zur Rechtfertigung der nationalen Übererfüllung der EG-Richtlinien im Bundestag gehaltenen Reden liest, fühlt sich dem Beginn eines neuen puritanischen Obrigkeitsstaates nahe, in dem Freiheit erneut als Tugend uminterpretiert wird.

II.

Die Übererfüllung der EG-Ratsrichtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000

⁶ Vgl. *Spaemann*, Artikel ‚Freiheit‘ in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. II, 1972.

⁷ Exemplarisch dafür sei *Pawlowski* hervorgehoben, der in neohegelianischer Tradition nur den „vernünftigen“, „rechtlichen“ und nicht den empirisch-realen Willen als ideellen Bezugspunkt der Privatautonomie anerkennt; vgl. *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S. 232 ff.; zur Kritik *Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, 1972, S. 166.; *Flume*, aaO. (Fn.1) §§ 1, 5: „Die rechtliche Anerkennung der privatautonomen Gestaltung ist aber unabhängig davon, ob die Freiheit in diesem idealen Sinne ausgeübt wird.“ Idealerweise ist die Freiheit der privatautonomen Gestaltung eine Freiheit, die – so *Ballerstedt* in *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte III/1, 1958, S. 67 – als „ethische die Sittlichkeit, als rechtliche die Rechtlichkeit sich selbst zum Gesetz macht.“

Der Regierungsentwurf hat nicht nur das Ziel, durch § 823 Abs. 1 BGB verbotene Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch geschlechtsspezifische Diskriminierungen zu bekämpfen⁸ und alle Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft EG-richtlinienkonform zu unterbinden. Sein Ziel geht deutlich darüber hinaus. Verboten werden sollen auch alle unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligungen im privatrechtlichen Geschäftsverkehr, die aus Gründen der Weltanschauung oder der sexuellen Identität erfolgen⁹. Das Diskriminierungsverbot wird damit vom Regierungsentwurf, ohne die von Art. 13 EG vorgesehene einstimmige Beschlussfassung im EG-Ministerrat abzuwarten, als Vehikel für eine weitere Umgestaltung des deutschen Privatrechts genutzt, die mit der zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung eingeleitet wurde. Zur Umsetzung dieses Benachteiligungsverbot werden trotz knapper Haushaltslage eine staatliche, umfassend zuständige Antidiskriminierungsstelle (§ 26 ff.) und private Überwachungskomitees in Form von „Antidiskriminierungsverbänden“ (§ 24) ins Leben gerufen, die jede Benachteiligung verfolgen und mit Hilfe der Beweiserleichterungen in § 23 jeden angeblichen Diskriminierer zwingen können, die Anständigkeit seiner Motive vor Gericht darzulegen und zu beweisen. Das Privatrecht überantwortet bislang nicht einmal den Schutz des Lebens und der Gesundheit gemäß § 823 BGB besonderen Behörden und Verbänden, sondern überlässt den zivilrechtlichen Schutz der Autonomie des betroffenen Rechtssubjekts. Warum nur bei weltanschaulicher oder sexueller Anfeindung (§ 3 Abs. 3 und 4 des Entwurfs), nicht aber bei Gefährdung fundamentaler Rechtsgüter wie Leben, Körper und Gesundheit besondere Behörden und Verbände den Einzelnen schützen sollen, ist rechtspolitisch nicht einleuchtend. Der Schutz soziokultureller Rechtsgüter verdient, wie Martin Kriele bereits 1963 herausgearbeitet hat, rechtsethisch keinen Vorrang vor fundamentalen Rechtsgütern.¹⁰ Die Bekämpfung ideeller Diskriminierung Einzelner scheint offensichtlich manchen Rechtspolitikern – vielleicht als Ablenkungsmanöver (?) – wichtiger

⁸ Vgl. dazu überzeugend BAG, Urteil vom 14.3.1989, AP § 611a BGB Nr. 3 = NJW 1990, S. 65 ff.; BAG, Urteil vom 14. 3. 1989, AP § 611a BGB Nr. 6 mit Anm. von R. Scholz = NJW 1990, S. 67 ff.

⁹ Die auf Art. 13 EG gestützte Richtlinie verzichtet wegen fehlenden Konsenses zwischen den Mitgliedstaaten bewusst darauf, außerhalb des Arbeitsrechts diese weiteren Programmpunkte des Art. 13 EG den Mitgliedstaaten zur Umsetzung aufzugeben; vgl. *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 13 Rn.6; kritisch zu Art. 13 EG *Jochum*, Der neue Art. 13 EGV oder „political correctness“ auf europäisch? ZRP 1999, S. 279 ff.; *Roellecke*, Antidiskriminierung auf europäisch, NJW 1996, S. 3261 ff.

¹⁰ *Kriele*, Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus, 1963.

zu sein als die Bekämpfung realer Benachteiligung vieler durch Arbeitslosigkeit. Wen der Kampf gegen die Überbleibsel ideeller Benachteiligung in Deutschland auslaugt, darf sich nicht wundern, dass ihm zur Beseitigung der realen Benachteiligungen keine Kraft bleibt.

Zum Kern des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes i.S. von Art. 2 Abs. 1 GG gehört es, im Bereich der Privatsphäre über die Motive des eigenen Handelns Dritten keine Auskunft geben zu müssen, sondern seine weltanschaulichen und emotionalen Beweggründe vor analytischer Sezierung durch Dritte abschirmen und geheimhalten zu können. Privatsphäre bedeutet immer auch Schutz der Geheimsphäre, Schutz von Innerlichkeit, die nicht nach außen gekehrt werden muss, um sich vor rechtlichen Nachteilen zu schützen. Der Schutz der Privatsphäre und der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit „ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt“¹¹, lässt ein Nachmessen der Motive i.S. umfassender Motivzensur nicht zu. Auch die Meinungsäußerungsfreiheit ist nicht begrenzt auf moralisch wertvolle Aussagen. Art. 5 Abs. 1 GG schützt den Meinungskampf und die prononcierte gesellschafts- und wirtschaftspolitische Parteinahme selbst dann, wenn sie im geistigen Meinungskampf mit einem Boykottaufruf verbunden wird. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Lüth¹², Blinkfüer¹³ und Webpelz¹⁴ mögen dafür exemplarisch genannt sein.

Wenn die dezidierte weltanschauliche Stellungnahme durch Art. 5 Abs. 1 GG erlaubt ist, auch wenn sie u.U. mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für Dritte verbunden ist, so kann der Boykottaufrufer nicht gleichzeitig zum Vertragsschluß mit den Gegnern seiner Position gezwungen werden; denn der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Boykottaufruf zielt ja gerade auf die Verweigerung des Vertragsabschlusses ab.¹⁵ Der Regierungsentwurf setzt sich über alle diese gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken hinweg. Er nimmt arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, die in den EG-Richtlinien (2000/78/EG und 2000/43/EG), in deutschen Schutzgesetzen und im allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz wurzeln¹⁶, zum Vorbild für eine generelle Reform des

¹¹ BVerfGE 80, S. 137, 152.

¹² BVerfGE 7, S. 198 ff. – „Lüth“.

¹³ BVerfGE 25, S. 256 ff. – „Blinkfüer“.

¹⁴ BVerfG, WRP 2002, S. 430 ff. „Tierfreundliche Mode“ im Anschluss an BVerfG, GRUR 2001, S. 170 ff. und WRP 2001, S. 1166 ff.

¹⁵ näher dazu *Säcker*, WRP 2004, S. 1199ff.

¹⁶ Näher dazu *Thüsing*, Handlungsbedarf im Diskriminierungsrecht, NZA 2001, S. 1061 ff.

Zivilrechts und verkennt damit zweierlei: Das Arbeitsrecht geht zum einen von der typisch wirtschaftlichen und intellektuellen Unterlegenheit des abhängig beschäftigten Arbeitnehmers aus und sucht ihn deshalb vor Diskriminierungen durch den Arbeitgeber zu schützen. Zum anderen greifen die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote grundsätzlich erst bei bestehendem Arbeitsverhältnis ein und setzen der Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber Grenzen¹⁷. Es gibt bislang bei Abschluss eines Arbeitsvertrages kein Verbot, z. B. den jüngeren Bewerber einzustellen, wenn ein älterer, gleichqualifizierter Bewerber vorhanden ist. Es gibt für „Tendenzunternehmen“ (Kirchen, Parteien, Koalitionen, Zeitungs- und Medienverlage) überhaupt keine Pflicht zu weltanschaulicher Neutralität bei der Auswahl von Mitarbeitern, weil dies der Verwirklichung der Grundrechte dieser Rechtssubjekte aus Art. 4, 5 und 9 i.V. mit Art. 19 Abs. 3 GG entgegenstünde; die §§ 8, 9 und 21 S. 2 Nr. 4 des Entwurfs greifen hier eindeutig zu kurz. Erst mit Abschluss des Arbeitsvertrages entsteht eine Sonderverbindung, die weiterreichende Rücksichtnahmepflichten und Gleichbehandlungsgebote z.B. bei Kündigungen auslöst.¹⁸

Es ist deshalb ein Strukturfehler, wenn der Regierungsentwurf den Unterschied zwischen bestehenden Schuldverhältnissen und allgemeiner Freiheitssphäre des Bürgers, die nur durch das Deliktsrecht geschützt ist, ignoriert und das allgemeine Privatrecht aus dem Blickwinkel des Arbeitsrechts als eines Sonderprivatrechts für die „Schwachen im Recht“ neu konzipiert. Der Regierungsentwurf geht davon aus, dass jeder, der öffentlich eine Leistung für eine Vielzahl von Geschäften anbietet, mit weitreichenden Diskriminierungsverböten zu anständigem Verhalten angeleitet werden müsse. Die Warnung Ulmers¹⁹, den Anfängen zu wehren und das allgemeine bürgerliche Recht vor ideologischer Überformung mit sozial- und wirtschaftsethischen Moralvorstellungen zu schützen, hat den Regierungsentwurf nicht erreicht. Wenn der Staat zur Begrenzung der Freiheit seiner Bürger zivilistische Tugendkataloge aufstellt und öffentliche und öffentlich-rechtliche Moralwächter einsetzt, geht ein wichtiges Stück innergesellschaftlicher Entscheidungsfreiheit verloren.

Der Regierungsentwurf engt – trotz der Ventile in § 20 Abs. 5 und § 21 des Entwurfs – die Pluralität der Lebensstile und Traditionen ein, indem er versucht, sie mit dem Ziel zu kanalisieren, neue egalitäre Bürgertugenden durchzusetzen, und zwar ohne Rücksicht auf

¹⁷ Dazu neuestens *Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001.

¹⁸ Vgl. dazu exemplarisch BAG AP Nr. 4 ff. zu § 242 BGB.

¹⁹ *Ulmer*, BB 2001, Heft 46, S. I.

grundrechtlich gewährleistete Freiheitssphären. Die Luft zum Atmen wird dünner werden, wenn eine umfassende Motivkontrolle alle Lebensbereiche durchleuchtet und Wächtervereine Schuldverträge überprüfen und Unternehmen der Diskriminierung verdächtigen können.

III.

Diskriminierung aus weltanschaulichen Gründen

Die vorstehende Wertung gilt namentlich für die Diskriminierung aus Gründen der Weltanschauung. Eine Auslegung des Ausdrucks „Weltanschauung“ muss ihren Ausgang in Art. 13 EG nehmen, wonach der Rat in Zukunft einstimmig „geeignete Vorkehrungen“ treffen kann, um Diskriminierungen (u.a.) aus Gründen der Weltanschauung zu bekämpfen. Auf den ersten Blick, d.h. aus der Nähe zu dem Nachbarbegriff „Religion“ und vor dem Hintergrund des vom deutschen Verfassungsrecht (Art. 4, 7, 33 GG) geprägten Begriffsverständnisses²⁰ liegt eine enge Auslegung i.S. weltanschaulich-universalistischer Gemeinschaft („große“ Ideologie) ohne metaphysische Aspirationen (Transzendentalphilosophien ohne Gott) sehr nahe. Ein Blick in die Textfassung des Art. 13 EG in den anderen Sprachen der EG zeigt jedoch, dass diese aus der deutschen Sicht gewonnene Interpretation in die Irre führt. In allen anderen EU-Sprachen sind keine dem Ausdruck „Weltanschauung“ vergleichbaren Begriffe verwandt worden, sondern schlicht Ausdrücke wie „belief“ (= Glauben, Meinen), „convicciones“ (= Überzeugungen), „Pepithisi“ (= vorgefasste persönliche Ansicht, Meinung, Vorurteil), usw. EG-rechtlich dürfen also an den Begriff „Weltanschauung“ keine allzu hohen Anforderungen i.S. abendländisch idealistischer Philosophie gestellt werden. Auch dem Telos der Norm entspricht eher eine weite Auslegung unter Einbeziehung auch von partikulären politisch-ideologischen Stellungnahmen (sog. „kleine“ Ideologien). Unter dem Aspekt privatautonomer Friedenssicherung machte es keinen Sinn, „große“ Ideologien (z.B. Kommunisten mit dem Glauben an die welterklärende Kraft des dialektischen und historischen Materialismus, Anthroposophen, Astrologen, Sonnenanbeter, Freimaurer) privatrechtlich zu privilegieren, „kleinen“ Ideologien (Veganern, AKW-Gegnern, Neonazis, Tierversuchsgegnern) gegenüber dagegen Differenzierungsfreiheit aufrechtzuerhalten. Dies wäre eine Interpretation nach der Maxime: „Die Duldungspflichten der Bürger steigen mit der Ranghöhe der Ideologie.“ Eine solche Interpretation wäre absurd. Das Bundesarbeitsgericht

hat daher z.B. mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts den Begriff der parteipolitischen Betätigung im Betrieb in § 74 Abs. 2 BetrVG (früher: § 51 S. 2 BetrVG 1952) zu Recht weit i.S. allgemeiner politischer Betätigung ausgelegt, um das Ziel innerbetrieblicher Friedenssicherung zu erreichen.

Indes: Beide Interpretationshypothesen, (die enge und die weite) verletzen den Kernbereich der Privatautonomie in unverhältnismäßiger Weise. Zur Freiheit einer vom Staat grundsätzlich getrennten freiheitlichen Gesellschaftsordnung gehört die Freiheit der Gefühle, der Sympathien und Antipathien, des Zusammenfindens von Gleichgesinnten nicht nur in familienrechtlichen Partnerschaften, sondern auch in Vereinen, in Wohnvierteln, in Kneipen und in (tendenzbezogenen) Bildungseinrichtungen, und zwar ohne dass eine Anstandskontrolle der Motive stattfindet. Motivzensur und Rechtfertigungszwang vor Tugendverbänden und Gericht sind der Tod der Privatautonomie, weil Begründungszwang im Alltag das Gefühl der Unfreiheit und der Vorsicht vor einem offenen Gespräch auslöst. Wer die Schilderung von Betroffenen aus dem Dritten Reich und der Zeit der DDR über die Angst vor offenem Gespräch außerhalb des engsten Familien- und Freundeskreis in Erinnerung hat, wird einer generellen Motivzensur in Kernbereichen des Privatrechts außerhalb wirtschaftlicher Ungleichgewichtslagen nur dezidiert entgegenzutreten können.

Der immer tiefer in den Alltag der Bürger hineinregierende Tugendstaat tangiert, wenn der Entwurf unverändert Gesetz wird, die bürgerliche Freiheit des Leben und Lebenslassens. Der Staat, der Freiheit erst nach rationaler Begründung der Tugendhaftigkeit der Motive gewährt, entmündigt seine Bürger. Die Maxime „Pro ratione stat voluntas!“ gehörte der Vergangenheit an. Nur der vernünftige, anständige Wille hätte Bestand. Das Parlament sollte überlegen, ob es nicht besser wäre, bürgerliche Tugenden durch Vorbild und Anreiz, durch intelligente staatliche Hilfe, aber nicht durch Überwachungsvereine unter unverhältnismäßiger Verletzung der Persönlichkeit der Inpflichtgenommenen zu fördern. In einer multikulturellen Gesellschaft kann ein friedliches und harmonisches Zusammenleben nicht durch staatliche „Gleichmacherei“ der Motive, sondern nur durch toleranten Umgang miteinander im Verständnis für bestehende soziokulturelle Verschiedenheiten erreicht werden.

Der Schutz der Freiheit gebietet Toleranz und Akzeptanz der Unterschiedlichkeit der Weltanschauungen und individuellen persönlichen Überzeugungen und Einstellungen auch

²⁰ Vgl. *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch: Weltanschauung – „Art und Weise, wie jemand die Welt und ihren Sinn sowie Dasein in ihr betrachtet und beurteilt“.

auf sexuellem Gebiet. Zu dieser Freiheit gehört, eine durch gleiche weltanschauliche oder sexuelle Orientierung als nahestehend empfundene Person anderen Personen im Zivilrechtsverkehr ohne Nachweis einer besonderen Nähe vorziehen zu dürfen. Dies ist Ausdruck elementaren Freiheitsempfindens und genießt den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG. Über weltanschauliche Überzeugungen oder über sexuelle Orientierungen Auskunft geben und diese auf Sachlichkeit i.S. der §§ 8ff., 21 des Gesetzesentwurfs überprüfen lassen zu müssen, um Nachteile zu vermeiden, schafft ein Gefühl des Ausgeliefertseins an einen staatlichen Überwachungsapparat. Zur Vertragsfreiheit gehört auch das Gefühl des Bürgers, in Freiheit Verträge abschließen zu können, ohne unter dem Zwang zu stehen, die Motive seines Verhaltens offenlegen zu müssen.

IV.

Der Schutz Behinderter

Besondere Probleme wirft jede gesetzliche Regelung zum Schutz Behinderter vor Benachteiligungen auf. Es sind die Interessen Behinderter auf ein menschenwürdiges, diskriminierungsfreies Leben zu sichern. Wie schwer hier allseits befriedigende Regelungen sind, zeigt der durch ein detailliertes Gesetz bewirkte Schutz der Behinderten im Arbeitsrecht, wie er heute im Sozialgesetzbuch IX verwirklicht ist. Analog zu §§ 71ff. SGB IX empfiehlt sich, den Schutz Behinderter etwa im Mietrecht und im Bildungsrecht²¹ zu regeln. Der Staat hat Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vermittelnde Rahmenregelungen zu schaffen, die nicht einzelne nach dem Zufallsprinzip in besonderer Weise belasten und individuell überfordern. Gemessen an diesen Kriterien, ist das in den Regierungsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes aufgenommene pauschale Behinderungsverbot rechtspolitisch nicht zu empfehlen. Es sollte vielmehr konsequent der Weg weiter beschritten werden (wie aktuell gerade mit § 45 TKG-RE), durch Verbesserung und Erweiterung der 90 Einzelregelungen zum Schutz dieser Personengruppe (s. Anlage 1) effektiv zu helfen.

V.

Der arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz

²¹ Vgl. §§ 48ff. BBiG

(Ich darf hier auf Anlage 2 verweisen)

VI.

Schlussfolgerungen

Im Bereich des staatlichen und öffentlichen Lebens und im Bereich der beruflichen Sphäre sind Richtnormen zur Ordnung des Zusammenlebens unverzichtbar. Dem dienen insbesondere die Grundrechte im staatlichen Bereich. Im Bereich des Privaten sollte aber genauso selbstverständlich sein, dass es hier keine Richtnormen der Korrektheit gibt, sondern nur äußere Grenznormen wie §§ 134, 138 BGB, die die Freiheitssphäre des Individuums großzügiger ausmessen. Der Regierungsentwurf erkennt dies in § 20 Abs. 4 für den Bereich des Familien- und Erbrechts an. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass es eine keine „korrekte Liebe“ gibt. Es gibt aber genauso wenig gute Gründe, Freiheit im Bereich des Privaten mit heteronomen Richtnormen der Korrektheit und des Anstandes zu bekämpfen. Die Vorschriften des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 sowie § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 des Gesetzentwurfs weisen hier zwar in die richtige Richtung. Aber es gibt über diese Normen hinausgehend keinen vernünftigen Grund, im Anwendungsbereich des § 20 Abs. 1 des Entwurfs eine weltanschauliche oder sexuelle Motivzensur einzuführen und staatliche und außerstaatliche Stellen mit der Motiverforschung und Sanktionierung unanständiger Motive zu beauftragen. Ein großer Teil der abendländischen Literatur ist nicht korrekt i.S. der §§ 1-4 des Entwurfs. Soll in Zukunft ein Verleger, der diese Literatur anbietet, weil er dadurch u.U. „ein Umfeld von Anfeindung“ (vgl. die unsäglich unklaren Bestimmungen des § 3 Abs. 3 und 4 des Entwurfs) im Zusammenhang mit einem in § 1 genannten Grund schafft, sich gemäß § 28 Abs. 3 des Entwurfs vor der Antidiskriminierungsstelle rechtfertigen müssen? Soll ein Vermieter wirklich gezwungen sein, entgegen seinen weltanschaulichen Überzeugungen einen Neonazi aufzunehmen oder an ihn Schadensersatz zu zahlen, weil er ihn wegen seiner zur Schau getragenen Gesinnung nicht als Mieter will?

Der Gesetzgeber sollte auf eine moralisch-elitäre Vorreiterrolle i.S. eines *praeceptor europae*, die in dem Willen zur Übererfüllung der EG-Richtlinien sichtbar wird, verzichten. Er sollte vielmehr im Konsens mit den übrigen EG-Mitgliedstaaten im Verfahren nach Art. 13 EG vorgehen und seine Vorstellungen in das Konzert des europäischen Meinungsbildungsprozesses unaufdringlich und ohne erhobenen moralischen Zeigefinger einbringen.

Verzichtet werden sollte insbesondere auf die Einsetzung einer Behörde zur Verhinderung von Diskriminierungen aus weltanschaulichen oder sexuellen Gründen und auf die Betrauung von Vereinen mit dieser Aufgabe. In einer freiheitlichen Rechtsordnung obliegt dem Einzelnen und nur ihm die Durchsetzung seiner Rechte, und zwar auch die Durchsetzung seiner fundamentalen Rechte wie Leben und Gesundheit gemäß § 823 BGB. Es ist rechtsethisch nicht überzeugend, zusätzlich zum individuellen Rechtsschutz einen zweifachen kollektiven Rechtsschutz der Weltanschauungs- und der sexuellen Ausrichtungsfreiheit zu schaffen, beim Schutz fundamentaler Interessen dagegen das Individuum allein zu lassen. Die teleologische Ungereimtheit eines solchen Rechtssystems wird besonders deutlich, wenn sich die Antwort auf die Rechtsfrage, ob eine Benachteiligung i.S. von §§ 3, 7 und 20 Abs. 1-3 des Entwurfs vorliegt und ob Rechtfertigungsgründe gemäß §§ 5, 9, 20 Abs. 4 und 5 bzw. 21 eingreifen, in einer von Nebelschwaden, manchmal auch von Nebelkerzen durchzogenen Grauzone der Erkenntnis liegt. Hier entscheidet sich die Rechtsfrage erst nach schwieriger empirischer Aufklärung der Motive und daran anschließender umfassender Abwägung. Die US-amerikanische Praxis zeigt, dass derjenige, der in einem solchen emotionsgeladenen Beweis- und Abwägungsprozess nicht nur von dem angeblich Benachteiligten, sondern auch von kollektiven und staatlichen Antidiskriminierungsstellen mit Aufklärungsschreiben, Mahnungen und Klagen überzogen wird, dem dreifachen Ansturm nicht gewachsen ist, sondern kapituliert. Er hat keine Chance. Privatautonomie und Vertragsfreiheit weichen dann der ängstlichen Suche nach dem Pfad des kollektiven Anstandes, den eine sich als elitär empfindende Avantgarde diesem Land in weltanschaulicher und sexueller Hinsicht vorschreibt.

Schutznormen für Behinderte

	Zahl der Normen
A. Zivilrechtliche Normen	
I. BGB	1
II. UrhG	1
III. BeurkG	5
IV. Verfahrensrechtliche Normen	4
B. Arbeitsrechtliche Normen	
I. BetrVG	5
II. BPersVG	4
III. BBiG	4
C. Öffentlich-rechtliche Normen	
I. Verfassungsnormen	2
II. Europarechtliche Normen	3
III. Völkerrechtliche Normen	1
IV. Wahlrechtliche Vorschriften	2
V. Sozialrechtliche Normen	
1. SGB I	2
2. SGB II	2
3. SGB III	20
4. SGB XI	4
5. SGB XII	17
6. BaföG	1

Professor Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker, Berlin*

Europäische Diskriminierungsverbote und deutsches Zivilrecht**

Kritische Gedanken zur Ergänzung des BGB durch Antidiskriminierungsvorschriften

Der folgende Beitrag nimmt die Vorlage des Referentenentwurfs für ein arbeitsrechtliches Anti-Diskriminierungsgesetz (dazu Bauer/Krieger, in dieser Beilage, S. 20) zum Anlass, nach der Notwendigkeit für den Erlass weiterer spezifischer Antidiskriminierungsnormen im deutschen Zivilrecht zu fragen. Der Autor ist der Meinung, dass das deutsche Recht schon de lege lata den Anforderungen entspricht, welche die einschlägigen EU-Richtlinien für eine wirksame Umsetzung einfordern, und eine über die Richtlinien hinausgehende Einfügung von Diskriminierungsverboten in das geltende Privatrecht sorgfältig und ohne Zeitdruck diskutiert werden sollte.

I. Rechtfertigung für gesetzliche Antidiskriminierungsregeln

Von Arthur Schopenhauer stammt ein Satz, den ich gerne bei der Behandlung der §§ 227 ff. BGB zitiere: „Mit der Aufhebung des Faustrechts wurde an die Stelle des Rechts des Stärkeren das Recht des Klügeren gesetzt.“ Als Arbeits- und Wirtschaftsrechtler wandle ich diesen Satz gerne ab und sage: „Mit der Schaffung des Antidiskriminierungs- und Antitrustrechts wurde an die Stelle des Rechts des Stärkeren das Recht des Klügeren gesetzt.“

Wir alle wissen heute, dass dezentrale, durch Wettbewerb gesteuerte marktwirtschaftliche Ordnungen zwar auch ihre Schwächen haben, sich allen anderen realisierbaren wirtschaftlichen Ordnungen gegenüber aber gleichwohl als überlegen erwiesen haben. Zur arbeitsteiligen Wettbewerbswirtschaft gehört als Funktionsbedingung die Vertragsfreiheit ebenso wie effiziente, kompetitive, ökologische und soziale Rahmenbedingungen, die vor Marktmissbrauch schützen und Umwelt und Sozialstaatlichkeit sichern. Wir wissen, dass die am marktwirtschaftlichen System beteiligten Unternehmen immer wieder in die Versuchung geraten, die Funktionsbedingungen einer freiheitlichen Zivilgesellschaft zu ihrem Eigennutz zu unterlaufen. Wo immer sich die Gelegenheit bietet, den zwingenden Gesetzesrahmen zu sprengen – so klagte bereits Franz Böhm –, da erweist sich die Sünde als süß und die Tugend als schwer.¹ Die Notwendigkeit zwingender Normen zum Schutz sozial Schwacher und zum Schutz von Minderheiten im Recht steht daher außer Frage. Eine freiheitliche Wirtschaftsordnung setzt ordnungspolitisch nicht die Abwesenheit, sondern die Anwesenheit vieler Rechtsnormen voraus, die das bestehende Ordnungssystem ergänzen und vor Denaturierung schützen.²

II. Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz

1. Zielsetzung

Antidiskriminierungsnormen sind, soweit sie den Schwächeren vor dem Stärkeren in Schutz nehmen, rechtspolitisch grundsätzlich gerechtfertigt. Art. 13 EG ist eine im einheitlichen Rechtsraum der EG notwendige fundamentale Orientierungsnorm, die gemeinsamen Grundwertungen Ausdruck gibt.³ Die EG folgt damit im Kern dem Vorbild der Vereinigten Staaten von Amerika, die gleichfalls ein „Law against Discrimination“ zur Herstellung von „equal opportunities“ aufgebaut haben.⁴ Für eine Rechtsgemeinschaft aus unterschiedlichen Nationen und Rechtstraditionen ist es selbstverständlich, dass im Vertragsgebiet jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist (Art. 12 EG). Art. 13 EG unterscheidet sich aber von

Art. 12 EG. Während Art. 12 EG ein unmittelbar anwendbares Recht auf Gleichbehandlung einräumt, ist dies bei Art. 13 GG nicht der Fall; die Norm muss zunächst – vergleichbar den internationalen Konventionen zum Schutz vor Rassen- und Geschlechterdiskriminierung – durch europäische Rechtsakte konkretisiert werden, die dann ihrerseits von den Mitgliedern in nationales Recht umgesetzt werden müssen.⁵

Art. 13 EG und die diese Vorschrift umsetzenden EG-Richtlinien verwenden – anders als z. B. EG-Richtlinien zur Beseitigung konkreter Umwelt- oder Gesundheitsgefahren – keine detaillierten technischen Vorschriften, um alle Gefahrenlagen abzudecken, die dann entsprechend genau und detailliert umzusetzen sind;⁶ sie bedienen sich vielmehr generalklauselartiger Weisungen, etwa zur Kennzeichnung mittelbarer Diskriminierungen, die hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, den Mitgliedstaaten aber hinsichtlich der Wahl der Form sowie der Mittel einen Freiheitsspielraum bei der ordnungsgemäßen Umsetzung lassen (Art. 249 Abs. 3 EG). Ist in der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates der Schutz vor den in einer Richtlinie aufgeführten verbotenen Verhaltensweisen – hier konkret: der Schutz vor den in Art. 13 EG aufgeführten Diskriminierungsformen – mit ausreichender Klarheit und Genauigkeit verwirklicht, so bedarf es nach der Rechtsprechung des EuGH keiner Umsetzung mehr.

2. Aktuelle Rechtslage

Es ist daher zunächst zu klären, ob eine Umsetzung der EG-Richtlinien zu Art. 13 EG in Deutschland überhaupt noch erforderlich ist. Dies wird in der Literatur⁷ vielfach bejaht, ohne dass geprüft wird, ob nicht das Zivil- und das Arbeitsrecht bereits inhaltlich voll den normativen Anforderungen der EG-Richtlinien zu Art. 13 EG entsprechen. Ich beschränke mich dabei darauf zu untersuchen, ob die in nationales Recht umzusetzenden Diskriminierungsverbote in ihrer inhaltlichen Tragweite bereits im geltenden Zivil- und Arbeitsrecht hinreichend klar und genau abgebildet werden.⁸

* Der Autor ist Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Energierecht an der Freien Universität Berlin.

** Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Autors auf der Tagung „Reform des Diskriminierungsschutzes“ in den Räumen der Europäischen Kommission in Berlin am 24. 6. 2004 und ist nach dem Bekanntwerden einer Einigung der Regierungskoalition im November 2004 überarbeitet worden.

1 FAZ Nr. 571 v. 27. 5. 1961, S. 5.

2 Vgl. dazu näher Säcker, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, 1971, S. 10 ff.; Limbach, KritJ 1986, 165; Lurager, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 705; ders., in: Armbrüster u. a., Privatautonomie und Ungleichgewichtslagen, 1996, S. 17 ff.; Hart, AG 1984, 66; Canaris, in: Festschrift für Lerche, 1993, S. 837 ff.

3 Vgl. Dieterich, RdA 1995, 129; M. Bell, 6 MJ (1999), 9; Whittle, 23 E.L.Rev (1998), 50.

4 Vgl. D. Mark, Race, Racism and American Law, 4. Aufl., 1992; Rüdler, ZRP 1997, 5 m. w. N.

5 Heilbronner, ZAR 2001, 254, 256 f. m. w. N.

6 Vgl. EuGH, Rs. 361/88, Slg. 1991, I-2567, 2596 ff. – „TA-Luft“.

7 Vgl. z. B. von Baer, ZRP 2002, 290, 291 ff.; Schieck, AuR 2003, 44, 48 ff.

8 Auf Fragen der Umsetzung der Richtlinien im Verfahrensrecht wird nicht eingegangen.

a) „Überschießender“ Diskriminierungsschutz im Arbeitsentwurf der Bundesregierung

Vorweg sei angemerkt, dass die vom ersten Arbeitsentwurf, der in dieser Legislaturperiode erarbeitet wurde, ins Auge gefasste Beschränkung der Antidiskriminierungsnormen – im Gegensatz zu den Planungen der vergangenen Legislaturperiode – auf eine Umsetzung der Richtlinien begrüßenswert ist; dies sollte auch konsequent geschehen. Es ist verfehlt, gerade für den sensiblen Bereich nicht arbeitsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse, z. B. für die Suche nach einem geeigneten Pädagogen, zur Unterstützung eines lernschwachen Mädchens den katholischen Eltern die Suche nach einer katholischen Nachhilfelehrerin oder den von der Anthroposophie Rudolf Steiners überzeugten Eltern die Suche nach einem Waldorf-Pädagogen per Inserat zu untersagen, weil in dem einen Fall religiöse und geschlechtsspezifische, in dem anderen Fall weltanschauliche Gründe kausal für die Anzeige sind.⁹ Es bleibt unklar, welcher Reformeifer die Gesetzesreferenten bewegt, gerade an dieser Stelle über die Richtlinie hinauszugehen, ohne zu reflektieren, dass hier auch Grundrechte der Eltern und der Kinder auf dem Spiel stehen und ein Begründungs- und Rechtfertigungszwang für die nach erstem Anschein diskriminierende Entscheidung besteht, der Eltern und Kinder überfordert.¹⁰

Noch problematischer ist es, wenn die Bundesregierung nunmehr, ohne einer Umsetzungspflicht ausgesetzt zu sein, unterschiedliche Behandlung im allgemeinen Geschäftsverkehr („Massenverkehr“) auch wegen der „Weltanschauung“ oder der „sexuellen Ausrichtung“ untersagen will. Eine solche Regelung hätte eine schwerwiegende Einschränkung der Abschlussfreiheit bei schuldrechtlichen Verträgen zur Folge und zwänge dazu, die klassisch-liberalen Wertgrundlagen der Privatautonomie grundlegend neu zu bestimmen. Der deutsche Gesetzgeber sollte hier nicht einseitig vorsehen, sondern dem Ministerrat der EG gemäß Art. 13 EG den Vortritt lassen, soweit erforderlich, geeignete Maßnahmen zur europaweiten Verhinderung ungerechtfertigter Diskriminierungen zu treffen.

b) Das Spannungsverhältnis von Vertragsfreiheit und Diskriminierungsschutz

Das geltende Recht verbietet in Art. 3 Abs. 3 GG dem Staat jede Form der Ungleichbehandlung wegen der in dieser Vorschrift angeführten absoluten Diskriminierungsverbote. Aus dieser Vorschrift ergibt sich zugleich eine objektiv-rechtliche Schutzpflicht des Staates, auch im Privatrechtsverkehr für die Beachtung dieser Wertungen zu sorgen.¹¹ Allerdings bedarf dies, da die Verfassung auch die Privatautonomie und die Privatsphäre schützt, einer abwägenden Umsetzung, worauf Heilbronner und insbesondere Dagmar Schiek hingewiesen haben;¹² denn für die Rechtsbeziehungen Gleichgeordneter ist das schwierige Verhältnis von Vertragsfreiheit und Diskriminierungsschutz zu lösen. Wie schwierig dies – bezogen auf die einzelnen Diskriminierungsmerkmale – ist, zeigt der Referentenentwurf zum arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsgesetz mit seinen vagen Rechtfertigungen in den §§ 5–7 überdeutlich.

c) Schutz vor Rassendiskriminierung, Schutz vor frauenspezifischer Diskriminierung

Schutz vor Rassendiskriminierung und Diskriminierung der Frau gewähren in umfassender Form die von Deutschland ratifizierten Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und Diskriminierung der Frau von 1966¹³ bzw. 1979.¹⁴ Seit August 2001 steht Personen, die wegen ihrer Hautfarbe, Abstammung oder ihres Volkstums ungleich behandelt werden, auch das Recht der Individualbeschwerde nach Art. 14 zu. Gabriele Britz¹⁵ hat als Mitglied des Ausschusses für die Beseitigung der Rassendiskriminierung der UNO über die Effektivität dieses Rechtsschutzes anschaulich berichtet. Im Lichte von Art. 3 Abs. 3 GG und im Lichte der Internationalen Übereinkommen sind Verträge, die rassistische und geschlechtsspezifische Diskriminierungen enthalten, nach § 138 BGB schlechthin unwirksam: sie verstoßen unstreitig gegen die grundgesetzlich und völkerrechtlich geprägten guten Sitten.¹⁶ Wer einem anderen Schaden dadurch zufügt, dass er ihn

wegen eines in Art. 3 Abs. 3 GG genannten askriptiven Merkmals diskriminiert, der verletzt dessen Persönlichkeitsrecht gemäß § 823 Abs. 1 BGB.¹⁷ Mit den Worten des Bundesarbeitsgerichts:¹⁸

„Durch die geschlechtsspezifische Benachteiligung wurde die Klägerin in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt. Ein Arbeitgeber, der einen Bewerber beim Zugang zu einem Arbeitsverhältnis wegen seines Geschlechts benachteiligt, würdigt dessen berufliche Fähigkeiten herab und hindert ihn an der Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit. In der Weigerung, dem Bewerber eine chancengleiche Teilnahme am Auswahlverfahren zu ermöglichen, liegt eine Diskriminierung, die regelmäßig den Entschädigungsanspruch auslöst.“

Die Rechtsprechung gewährt auf dieser Grundlage in Übereinstimmung mit der Literatur¹⁹ auch einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens. Ich zitiere noch einmal das Bundesarbeitsgericht:²⁰

„Durch die EG-Richtlinie 76/207, die den deutschen Gesetzgeber zur Regelung des § 611 a BGB veranlasst hat, sollten Arbeitnehmer vor geschlechtsspezifischen Benachteiligungen geschützt und damit ein weiterer Schritt zur Gleichbehandlung von Mann und Frau getan werden. Diesem Normzweck widerspräche es, wollte man in § 611 a Abs. 2 BGB einen Ausschluss des Anspruchs auf Ersatz des immateriellen Schadens sehen. Schon vor Erlass des § 611 a BGB wurden Ansprüche auf Ersatz immateriellen Schadens nach § 823 Abs. 1, § 847 BGB bei Diskriminierungen anerkannt. Dafür, dass sich diese Rechtslage ändern sollte, enthält § 611 a Abs. 2 BGB keine Anhaltspunkte.“

Das Bundesarbeitsgericht hat auch klar entschieden, dass § 823 Abs. 1 BGB nicht nur für unmittelbare, sondern auch für mittelbare Ungleichbehandlungen gilt.²¹ Was das Bundesarbeitsgericht für die geschlechtsspezifische Diskriminierung entschieden hat, gilt ohne Zweifel auch für rassistische oder ethnische Diskriminierungen. Diese stellen eine der schwerwiegendsten Verletzungen der Persönwürde des Betroffenen dar.

d) Keine Notwendigkeit zur Schaffung neuer materiellrechtlicher Antidiskriminierungstatbestände

Solange die Diskriminierung der Persönlichkeit andauert, liegt zugleich eine rechtswidrige Störung i. S. v. § 1004 BGB analog vor, die durch die Störungsfreiheitsklage sanktioniert ist, ohne dass der Diskriminierte ein Verschulden dartun muss.²² Er hat einen Anspruch auf Beseitigung der rechtswidrigen Beeinträchtigung.

Dies zeigt, dass im geltenden Recht diskriminierende Strukturen und Traditionen zwar noch nicht vollständig beseitigt, wohl aber bereits wirksam aufgebrochen sind. Die Antidiskriminierungsgesetzesentwürfe tragen insoweit Eulen nach Athen. Es besteht daher m. E.

⁹ Dazu bereits Säcker, ZRP 2002, 286, 288 ff.

¹⁰ Dass Begründungspflichten für den davon negativ Betroffenen auch inhuman sein können, weil sie schonungslos Leistungsschwächen in Worte fassen, um die Ablehnung zu begründen, wird häufig übersehen.

¹¹ Vgl. dazu näher MünchKomm.BGB/Säcker, Bd. 1, 4. Aufl. 2001, Einl. Bd. I, Rn. 53 ff.

¹² Heilbronner, ZAR, 2001, 254; Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 344 ff.; nach wie vor bedeutsam: Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960; Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; ferner Hager, JZ 1994, 373; Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997; Hermann, ZFA 1996, 19.

¹³ BGBl. 1969 II, S. 961 ff.

¹⁴ BGBl. 1985 II, S. 647 ff.

¹⁵ EuGRZ 2002, 381.

¹⁶ Vgl. zum Begriff der guten Sitten MünchKomm.BGB/Mayer-Maly/Armbrüster, Bd. 1 (Fn. 11), § 138 Rn. 11 ff.

¹⁷ Zu der sehr schwierigen Frage, ob entsprechend dem US-amerikanischen Vorbild analog zum GWB (§ 33 Abs. 2, 34 a GWB-RefE), zum EnWG (§ 28 Abs. 2 EnWG-RefE), § 8 Abs. 3 UWG und zum TKG (§ 44 Abs. 2) auch den Verbänden das Recht zur Geltendmachung von Schadensersatz eingeräumt werden sollte, vgl. Gottwald, ZRP 91 (1978), 1; ferner Pfaff/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998.

¹⁸ BAG, AP § 611 a BGB Nr. 5.

¹⁹ Vgl. Zuleeg, RdA 1984, 325, 330.

²⁰ BAG, NJW 1990, S. 65, 66.

²¹ Vgl. dazu Hanau/Preis, ZFA 1988, 177; Schlachter, NZA 1995, 393.

²² Vgl. dazu BGHZ 119, 335 – „Stromeinspeisung“; BGHZ 133, 177, 181; ferner Boesche, Die zivilrechtsdogmatische Struktur des Anspruchs auf Zugang zu Energieversorgungsnetzen, 2002, S. 203 ff.; Lohse, AcP 201 (2001), 903.

keine Notwendigkeit, *materiellrechtliche* Normen zur Erhöhung der Reichweite des zivilrechtlichen Antidiskriminierungsschutzes zur Umsetzung der EG-Richtlinie 2000/45/EG vom 29. 6. 2000 zu schaffen. Ich möchte sogleich hinzufügen, dass der bestehende Diskriminierungsschutz sogar deutlich über den der EG-Richtlinie hinausreicht. Wer den Abschluss eines Vertrages über die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die er öffentlich anbietet, allein deshalb ablehnt, weil der Kunde seine religiöse Überzeugung, seine Weltanschauung oder seine sexuelle Ausrichtung erkennbar macht, verletzt dessen Persönlichkeitsrecht und macht sich wegen religiöser, weltanschaulicher oder sexueller Diskriminierung gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig und ist im Wege der Naturalrestitution kontrahierungspflichtig.

Das Privatrecht kennt dagegen keine finanziellen Förderpflichten Einzelner zum Schutz von Minderheiten. Dies ist Aufgabe des öffentlichen Rechts, das z. B. Behinderten das Leben, so gut es geht, erleichtern und ihre Menschenwürde in besonderer Weise schützen muss. Bei privatrechtlichen Differenzierungen im Bereich von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG muss daher sorgfältig geprüft werden, ob z. B. unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen bei privaten Trägern von Altersrenten gerechtfertigt sind, weil sie typologisch der unterschiedlichen Lebenserwartung von Männern und Frauen Rechnung tragen und somit vor Art. 3 GG Bestand haben, oder ob sog. Unisextarife eine „Transferausbeutung“ darstellen, die das Gegenteil von Gleichbehandlung darstellen.²³ Statt Unisex-Tarifen fordert *Hiltrud Breyer*,²⁴ dass die Versicherungen ihre Berechnungen „auf individuelle Lebensgewohnheiten – Stichworte: Rauchen, Ernährung, Sport, Beruf – ausrichten“. Dann hätten Pastoren und Professoren viel zu zahlen, weil diese, statistisch betrachtet, uralt werden, Holzfacharbeiter in Sägewerken dagegen weniger. Solche Fragen sollten sachlich und nicht in moralischer Aufgeregtheit diskutiert werden.

3. Folgerung für die Umsetzung

Normativ ist – das ist mein Resümee – die Integration von Nichtdiskriminierungsprinzipien in das moderne, durch das Ringen um materielle Vertragsgerechtigkeit gekennzeichnete Vertragsrecht²⁵ gelungen. Diskriminierung aufgrund askriptiver, unveränderbarer Persönlichkeitsmerkmale (Geschlecht, Behinderung, ethnische Herkunft) ist *rechtlich* überwunden. Auch *Dagmar Schiek*²⁶ räumt ein, dass das deutsche Vertragsrecht inzwischen den Herausforderungen geschlechtsspezifischer, rassistischer und sexistischer Diskriminierung, wengleich „nur mühsam“, gerecht wird. Wer es heute wagte, eine öffentlich angebotene Ware oder Dienstleistung einem Behinderten, einem Homosexuellen, einem Menschen wegen seiner religiösen Überzeugung oder einem politisch Andersdenkenden vorzuenthalten, würde rechtlich sein blaues Wunder erleben; er würde unweilgerlich einem Kontrahierungszwang unterworfen.

III. Das arbeitsrechtliche Antidiskriminierungsgesetz

1. Aktuelle Rechtslage

Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob eine Notwendigkeit zur Umsetzung der arbeitsrechtlichen EG-Richtlinien vom 27. 11. 2000 und vom 23. 9. 2002 besteht. Es wird die Arbeitsrechtler nicht überraschen: Das deutsche Arbeitsrecht lässt sich in seinem Telos, jeden Arbeitnehmer vor Diskriminierung zu schützen, von keiner anderen Rechtsordnung übertreffen. Mein akademischer Lehrer *Nipperdey* hat gegen die Phalanx der öffentlich-rechtlichen Fachkollegen – zunächst fast im Alleingang – den Grundsatz der Lohngleichheit von Männern und Frauen zunächst im Tarifrecht, dann im Individualvertragsrecht durchgesetzt.²⁷ Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Verfahren von Frau *Gerster*,²⁸ Frau *Nimz*²⁹ und Frau *Mahlburg*,³⁰ die Rechtsprechung zu Art. 141 EG (= Art. 119 EG a. F.),³¹ die Judikatur des Bundesarbeitsgerichts zu § 611a BGB³² sowie die Analysen u. a. von *Colneric*³³ und *Pfarr/Bertelsmann*³⁴ haben dazu beigetragen, dass Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsrecht der Vergangenheit angehört.

Ein Arbeitnehmer ist arbeitsvertragsrechtlich vor jeder Diskriminierung aus den in Art. 13 EG genannten Gründen geschützt. Arbeitgeber und Betriebsrat ist gemäß § 75 BetrVG eine unterschiedliche Be-

handlung aus diesen Gründen verboten. Das Arbeitsrecht schützt konsequent die Grundrechte im Betrieb und setzt nur solche Schranken, die zum Schutz der Persönlichkeit anderer erforderlich sind.³⁵ Nur bei schwerwiegenden negativen Rückwirkungen auf die Erfüllung des Arbeitsvertrages und auf den Betriebsfrieden werden agitatorischer und provozierender weltanschaulicher Betätigung Grenzen gesetzt (§ 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG). Arbeitgeber und Betriebsrat sind sogar positiv verpflichtet, alles zu tun, um die freie Entfaltung der Persönlichkeit aller Beschäftigten im Betrieb zu fördern (§ 75 Abs. 2 BetrVG).³⁶ Ich spreche, um dies zu zeigen, drei Probleme in besonderer Weise an.

a) Behindertenschutz

Der Schutz behinderter Personen wird durch das SGB IX und ergänzende gesetzliche Vorschriften bewirkt. Die Hauptlast der Integration muss hier mit Hilfe öffentlich-rechtlicher Förderpflichten geleistet werden.³⁷ Inhaltlich ist gegen die Regelungen der geplanten Antidiskriminierungsgesetze nichts einzuwenden; sie müssen allerdings inhaltlich mit dem SGB IX harmonisiert werden. Öffentlich-rechtliche Abgaben bei Nichterfüllung der Quote und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche bei Nichteinstellung passen nur schwer zusammen.

b) Schutz vor sexueller Diskriminierung

Die besondere legislative Hervorhebung des Schutzes sexueller Identität vor Diskriminierung ist rechtspolitisch verfehlt. Vermögensrechtliche Verträge werden heute ohne Ansehung der Person, ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Identität abgeschlossen. Das gilt auch im Arbeitsleben. Ein Arbeitgeber, der jemanden wegen seiner sexuellen Identität diskriminiert (z. B. kündigt), handelt sozial ungerechtfertigt i. S. v. § 1 KSchG³⁸ und verletzt das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Es gibt Diskriminierungen der Person, die schwerer wiegen. Seelische Grausamkeit und Peinigung, geistige Erniedrigung und brutales Mobbing des Schwächeren sind in Deutschland nicht seltene Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die wesentlich stärker belasten können. Es wäre daher weder system- noch sachgerecht, im deutschen Arbeitsrecht vor Beeinträchtigung der sexuellen Ausrichtung *in besonderer Weise* zu schützen, als wäre dies das größte Problem. Der Betrieb hat es weder mit homo- noch mit heterosexueller Identität zu tun. Arbeitgeber und Betriebsrat haben ihre Entscheidungen ohne Ansehung der sexuellen Orientierung der Arbeitnehmer zu fällen; diese geht sie schlechterdings gar nichts an. Die Neuregelung provoziert Personalfragebö-

23 Vgl. *Finsinger/Wieser*, in: Männer, Langfristige Versicherungsverhältnisse, 1997, S. 133 ff.; *Jannott*, in: Festschrift für Lorenz, 1994, S. 341 ff.; *Papier*, ZVersWiss 71 (1982), 461; *Reich*, VersWissStud. 1994, 35.

24 Die Welt vom 25. 5. 2004.

25 Vgl. dazu BVerfGE 81, 242; 89, 214.

26 *Schiek* (Fn. 12), S. 461.

27 Vgl. *Nipperdey*, RdA 1950, 123; zum Meinungsstand näher *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 7. Aufl. 1967, S. 375 ff.

28 EuGH, Rs. C-1/95, Slg. 1997, I-5253 – „Gerster“.

29 EuGH, Rs. C-184/89, Slg. 1991, I-297 – „Nimz“.

30 EuGH, Rs. C-207/98, Slg. 2000, I-549 – „Mahlburg“.

31 EuGH, Rs. 450/93, Slg. 1995, I-3051 – „Kalanke“; EuGH, Rs. C-409/95, Slg. 1997, I-6363 – „Marshall“; EuGH, C-158/97, Slg. 2000, I-1875 – „Badeck“; EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 – „von Colson und Kamann“.

32 Vgl. z. B. BAG, AP Nr. 5 und 6 zu § 611a BGB; dazu *Fastrich*, RdA 2000, 65, 75; *Kocker*, Streit 2003, 139.

33 *Colneric*, in: Festschrift für Dieterich, 1999, S. 44 ff.; *dies.*, in: Festschrift für Gnade, 1992, S. 627 ff.

34 *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 129 ff.; ferner *Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997; *Blank*, ArbR 1994, 286.

35 Vgl. dazu den Überblick bei *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 386.

36 Vgl. MünchKomm.BGB/Müller-Glöße, 4. Aufl. 2004, § 611 Rn. 527 ff.

37 Vgl. dazu *Herdegen*, VSSR 1992, 245; *Jürgens*, ZRP 1993, 129. „Umgekehrte Diskriminierungen“ würden hier wegen der zufallsbedingten Belastung einzelner Private mit Art. 3 Abs. 1 GG kaum vereinbar sein; vgl. dazu *A. Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen: Zulässigkeit und Grenzen der discrimination á rebours, 1995.

38 MünchKomm.BGB/Hergenhöfer (Fn. 36), § 1 KSchG Rn. 287 ff., 297 ff.

gen (§ 94 Abs. 1 BetrVG), in denen aus Gründen der Fürsorge dann nicht nur nach dem Geschlecht, sondern auch nach der sexuellen Identität gefragt wird. Eine gesetzliche Regelung zu diesem Fragenkomplex mag vielleicht in einigen Ländern Südeuropas notwendig sein; in Deutschland besteht kein zivil- oder arbeitsrechtliches Bedürfnis, zumal die zuständigen Verbände durch ihre Stellungnahmen zeigen, dass sie bereit sind, im Falle der Diskriminierung ihre Funktion mittels einer Prozessstandschaft wahrzunehmen.

c) Schutz vor Altersdiskriminierung

„Alter“ ist im Zivilrecht ein ambivalenter Tatbestand. Nicht die Alten, die Jungen sterben aus. Die Diskriminierung von Familien mit kleinen Kindern ist häufiger als die Diskriminierung von Alten. Die Diskriminierung durch Vorruhestand (wenn es denn nicht in Wahrheit eine Privilegierung ist) ist angesichts leerer Sozialkassen ohnehin nahezu beendet. Im Übrigen ist unklar, wo „alt“ beginnt und „jung“ aufhört. Das Arbeitsrecht sichert den Schutz älterer Mitarbeiter durch längere Kündigungsfristen, tarifliche Unkündbarkeit und besondere Gewichtung des Lebensalters beim Kündigungsschutz (§ 1 Abs. 3 KSchG). Der Betriebsrat hat darauf zu achten, dass Arbeitnehmer nicht wegen Überschreitung bestimmter Altersstufen benachteiligt werden (§ 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Diese rechtliche Privilegierung des Älteren schlägt in faktische Diskriminierung um, wenn niemand mehr einen älteren Arbeitslosen einstellt. Der Gesetzgeber musste deshalb bereits im Interesse einer ausgewogenen Personalstruktur das Kündigungsschutzgesetz auflockern (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG).³⁹ Pauschale Regelungen in einem Antidiskriminierungs-gesetz helfen hier nicht, sondern schaden, indem sie Verwirrung stiften.⁴⁰

IV. Folgerungen

Ich habe den Eindruck, dass manche immer noch die Schlachten von gestern schlagen und nicht wahrhaben wollen, dass ihre Vorgängerinnen und Vorgänger schon fast alles ins Werk gesetzt haben, was rechtlich ins Werk zu setzen war. Als ich vor 30 Jahren in meinem Referat auf dem Hamburger Juristentag⁴¹ für die Abschaffung des Ehegattensplittings und frauendiskriminierender Bestimmungen des Arbeits- und Sozialrechts eingetreten bin, bestand noch ein großer Anpassungsbedarf; es gab noch keine §§ 611 a f. BGB, keinen § 75 BetrVG heutiger Prägung, keine Gleichstellungsgesetze und kein Beschäftigtenschutzgesetz. Heute ist inhaltlich das rechtlich Erreichbare erreicht. Die Umgestaltung und Durchdringung des Arbeitslebens entsprechend dem Telos der Diskriminierungsverbote bleiben dagegen eine fortbestehende Aufgabe, die Geduld erfordert. Es ist eine grobe Verzeichnung der Realität, wenn Klaus Adomeit in „Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht 2004“ schreibt, „ein Unternehmer oder ein Personalleiter, der es nicht schafft, eine offene Stelle genau so zu besetzen wie gewollt, muss sich schon sehr ungeschickt benehmen. Der Preis für unbehinderte Durchsetzung personalpolitischer Vorstellungen ist Heuchelei.“⁴² Ich bin überzeugt, dass die Mehrheit der für die Einstellung Verantwortlichen in Unternehmen heute keine Heuchelei betreibt, sondern dass sie die Besten suchen, einstellen und fördern und dass die Betriebs- und Personalräte sie in diesem Ziel unterstützen und kontrollieren. Doris König⁴³ hat auf die Umsetzung der Richtlinien durch verstärkten Dialog der Mitgliedstaaten mit den Non-Governmental-Organisations aufmerksam gemacht. Ein rechtliches Mehr an Diskriminierungsfreiheit ließe sich nur mittels Motivkontrolle und Motivzensur zum Zwecke der Durchbrechung der Heuchelei im Einzelfall erreichen. Die Umwandlung freiheitlicher Ordnung in einen obrigkeitlichen Tugendstaat wäre der Preis dafür.⁴⁴ Aus diesem Grunde darf die vorgesehene Umkehr der Beweislast, wie im Gesetzentwurf zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot vorgesehen, nicht ohne den substantiierten Verdacht der Heuchelei stattfinden. Die Einschränkung der Privatautonomie wäre sonst zu teuer erkauft.

Es stimmt nachdenklich, wenn die Reflektion über das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverboten dadurch von manchen erschwert wird, dass derjenige, der sich für die Maxime: „In dubio pro libertate“ einsetzt, als Faschist beschimpft wird.⁴⁵ Faschisten haben nie die Vertragsfreiheit geschützt,

sondern Andersdenkenden sofort jegliche Freiheit entzogen; sie fordern Freiheit allenfalls rhetorisch, wenn sie in der Minderheit sind. Mit Hilfe des Faschismusvorwurfs sollten Diskussionsbeiträge nicht erschwert werden. Arbeitsrechtlich ist ein Antidiskriminierungs-gesetz zur Umsetzung der materiellen Diskriminierungsverbote nicht erforderlich. Die Abwägungsprozesse, die das Gesetz zur Ausbalancierung der unterschiedlichen Interessen vorsieht, bleiben notwendigerweise vage; sie vermitteln keine größere Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als die bisherige Judikatur.

V. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die zur Umsetzung anstehenden EG-Antidiskriminierungsregelungen sind materiellrechtlich bereits Inhalt des geltenden, von der Rechtsprechung praktizierten Zivil- und Arbeitsrechts; sie bedürfen lediglich verfahrensrechtlicher Umhegung und Absicherung.

2. Soweit die Bundesregierung im Gegensatz zum ersten Arbeitsentwurf dieser Legislaturperiode über den Inhalt der EG-Richtlinien hinausgehen und unterschiedliche Behandlung im allgemeinen Geschäftsverkehr nicht nur aus Gründen des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft, sondern auch wegen der Weltanschauung oder der sexuellen Ausrichtung untersagen will, sollte sie eine offene Diskussion ohne Zeitdruck zulassen und im Interesse eines Gleichklangs mit den europäischen Wertvorstellungen dem Ministerrat der EG den Vortritt lassen, gemäß Art. 13 EG im dem dafür vorgesehenen Verfahren einstimmig geeignete Vorkehrungen zu treffen, um ungerechtfertigte Ungleichbehandlung aus Gründen der Weltanschauung oder der sexuellen Identität abzustellen.

3. Die Verwirklichung der neuen Zielvorstellungen der Bundesregierung hätte weitreichende Konsequenzen für die gesamte Privatrechtsordnung. Während die am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform die Inhaltsfreiheit bei Verbraucherverträgen deutlich eingeschränkt hat, führt die jetzt von der Bundesregierung geplante Reform des Vertragsrechts zu einer einschneidenden Reduktion der Abschlussfreiheit jedenfalls bei „Massengeschäften“. Die Fundamente des Vertragsrechts werden rechtspolitisch neu justiert. Die bisherige Ausbalancierung von Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und Gleichheit (Art. 3 GG) wird vom Gesetzgeber zugunsten der Gleichheit verschoben. Vertragsfreiheit wird neu interpretiert als Einsicht in die Tugend diskriminierungsfreien Verhaltens im Privatrechtsverkehr, von der nur noch Ehe- und Testierfreiheit ausgenommen sind.⁴⁶ An die Stelle der Privatautonomie tritt ein durch die Diskriminierungsverbote vermittelter umfassender Rechtfertigungs- und Kontrahierungszwang. Gesellschaftliche und richterliche Motivzensur wird zum Alltag des Privatrechts werden. Das klassisch-liberale Konstitutionsprinzip der Privatautonomie „Pro ratione stat voluntas“ wird ersetzt durch das Prinzip „Pro libertate stat ratio!“, und zwar auch da, wo keine Ungleichgewichtslage i.S.v. Art. 82 EG, §§ 19, 20 GWB besteht. Werden die Vorstellungen der Regierungskoalition in geltendes Privatrecht umgesetzt, so entsteht eine neue rechtliche Leitkultur der durch Tugend formierten Zivilgesellschaft, in der Freiheit in weiten Teilbereichen des Lebens nur noch als „Sünde“ der Diskriminierung erfahrbar wird.

³⁹ Müller-Gläge (Fn. 36).

⁴⁰ Vgl. dazu Bauer/Krieger, in dieser Beilage, S. 20.

⁴¹ Säcker, Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten? Referat zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, Bd. II, S. 29 ff.

⁴² Säcker (Fn. 41), S. 132.

⁴³ ZRP 2003, 315.

⁴⁴ Säcker, ZRP 2002, 286.

⁴⁵ So Baer, ZRP 2002, 290, 292, Fn. 7: „Heute treten Faschisten für ungehinderte Freiheit ein, die ihnen ein Recht auf Diskriminierung sichern.“

⁴⁶ Näher zur rechtspolitischen und rechtsphilosophischen Verortung dieses modernen Tugendstaates, der die liberale Trennung von Staat und Gesellschaft weithin aufhebt, Säcker, ZRP 2002, 286, 288 ff.