

Gesetze als Bedingung und Grenzen der Freiheit

Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes aus grundrechtlicher Perspektive

Sandra Obermeyer

Der Streit um Antidiskriminierungsrecht in Deutschland

Seit der Vorlage eines ersten Gesetzentwurfs durch die Bundesregierung 2001 wird intensiv um grundsätzliche Berechtigung, Inhalt und Umsetzung von Recht gegen Diskriminierung gestritten. In dieser eher kurzen Phase öffentlicher Diskussion hat sich gezeigt, dass einem solchen rechtspolitischen Konzept scharfer Wind entgegen weht, der bislang eine politische Umsetzung auch des überarbeiteten Entwurfs von 2004 unmöglich macht. Dennoch muss ein Kompromiss gefunden werden, da es um die längst fällige Umsetzung von EU-Recht geht.¹

Die Argumente gegen das Antidiskriminierungsgesetz richten sich zu meist nicht gegen Art und Weise der Umsetzung von Antidiskriminierung, sondern gegen den Ansatz als solchen.² Bei manchen Beiträgen entsteht der Eindruck, es werde geradezu ein „Glaubenskrieg“ geführt. So überschreibt Säger³ seinen Gastbeitrag in der „Welt“ vom 11.02.2005 mit: „Antidiskriminierungsrecht besiegt Vertragsfreiheit“. Andere sehen den „Anfang vom Ende der Privatautonomie“ auf unsere Gesellschaft zukommen.⁴ Daneben gibt es auch moderate Aussagen derjenigen, die trotz erheblicher Zweifel immerhin bereit sind, jenseits von Polemik grundsätzlich über Antidiskriminierungsrecht zu diskutieren⁵, und damit Maßnahmen des parlamentarischen Gesetzgebers ein Mindestmaß an Respekt zollen. Der verbissene Kampf mit Worten und die erregte Polemik erinnern an die Auseinandersetzung im Gefolge eines unlängst verhandelten weiteren Antidiskriminierungsprojekts der rot-grünen Regierung, nämlich des Lebenspartnerschaftsgesetzes.

Wird nicht in unsachlicher oder – z. B. mit dem Fallbeispiel des „behinderten weiblichen Transvestiten, ausländischer Herkunft, [...] und esoterischer Lebensanschauung...“⁶ – lächerlich machender Weise argumentiert, werden die Positionen zum Teil in unanzweifelbarer Selbstverständlichkeit vorgetragen: Für das Lebenspartnerschaftsgesetz spiegelt sich dies v. a. in der „Sperrwirkung“, die der verfassungsrechtliche Ehebegriff gegenüber anderen Partnerschaftsformen entfalte,⁷ wieder. In Bezug auf ein Antidiskriminierungsgesetz wird unermüdlich auf eine sich selbsterklärende Unvereinbarkeit von Privatautonomie mit Minderheiten- und Sozialrechten verwiesen. Untermauert wird dies mit den „vermeintlichen Sachzwängen der Ökonomie“.⁸

Eine Diskussion über Möglichkeiten und Chancen von Antidiskriminierungsrecht wird durch solche Strategien bereits im Ansatz verhindert. Die Auseinandersetzung zeigt, dass eine verstärkte Verankerung von Minderheiten- und Sozialrechten auf der Basis von Grundrechten in den Augen vieler nicht nur unnützlich, sondern gefährlich ist. Teile der Gesellschaft fühlen sich in ihrer Freiheit bedroht.

Mit „Privatautonomie“ werden nicht nur ein abstrakter Wert, sondern reale Einflusschancen und angestammte Handlungsmöglichkeiten verteidigt. So äußert das Netzwerk der Antidiskriminierungsbüros in NRW in einer Pressemitteilung,⁹ dass „[...] der heftige Widerstand aus weiten Teilen der Wirtschaft die Vermutung nahe[legt], dass dort Diskriminierungen in nicht unerheblichem Ausmaß stattfinden.“ Die juristische Argumentation wird zugunsten gesellschaftspolitischer Zwecke mobilisiert und stellt gerade auch in ihrer vermeintlichen Sachgerechtigkeit einen „Machtfaktor“ dar.¹⁰ Um diesen zu durchbrechen, müssen die angeblich unanzweifelbaren Ausgangsthesen der Kritik an einem Antidiskriminierungsgesetz in Zweifel gezogen werden.

Die grundrechtliche Dimension des Streits

Der Streit um das Antidiskriminierungsgesetz kreist hauptsächlich um Vertragsfreiheit und Privatautonomie als den Grundpfeilern der Privatrechtsordnung, die letztlich die gesamte Rechtsordnung prägen, denn „Privatautonomie [...] stellt nichts anderes dar als ein technisches Synonym für Freiheit“.¹¹ Freiheit aber genießt nicht nur verfassungsrechtliche Dignität, sondern ist Inhalt und Zweck der Grundrechte. Die BefürworterInnen eines Antidiskriminierungsgesetzes berufen sich demgegenüber vor allem auf Gleichheit, die ebenfalls einen verfassungsrechtlichen Höchstwert darstellt. Daneben streiten natürlich auch für diese Seite des Konflikts die anderen Grundrechte.

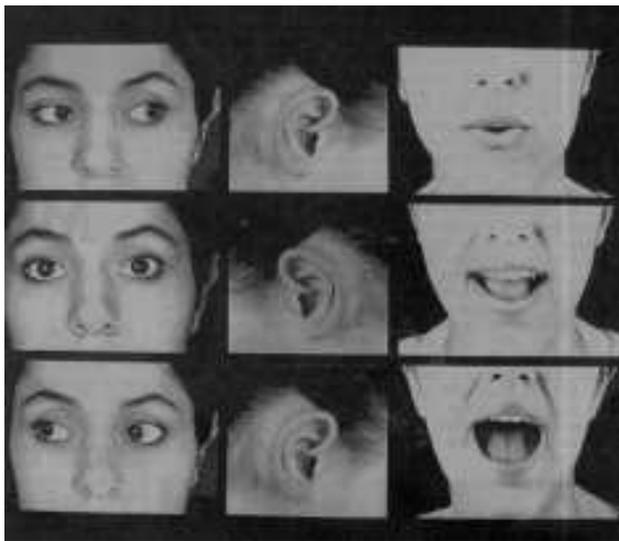
Anmerkungen:

- 1 Vgl. den Beitrag von Lippe in diesem Heft, 112 ff.
- 2 So auch Nickel, Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Ausschuss-Drs. 15(12)440-Q, 1.
- 3 Professor am Institut für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Energierecht der Freien Universität Berlin.
- 4 So Picker, im gleichnamigen Beitrag in der *JZ* 2002, 880 ff.
- 5 Z.B. v. Steinau-Steinrück/Schneider/Wagner, Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Antidiskriminierung?, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2005, 28 ff.
- 6 Bei Picker, *JZ* 2003, 540 ff. (542).
- 7 Beispielhaft Pauly, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1997, 1955 ff.; kritisch Obermeyer, Die Institutsgarantie – Eine „gelungene Kunstschöpfung der Wissenschaft“?, *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2003, 142 ff.
- 8 Nolte, Schwarzes Deutschland, *Die Zeit* v. 09.06.2005.
- 9 Anlässlich der Verbändeanhörung zum ADG-E am 07.03.2005.
- 10 Zum Zusammenhang zwischen Grundrechtstheorie und Macht im Sinne der Bewahrung des status quo vgl. Grimm, *Methode als Machtfaktor, in: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1987, 347 ff.

Hinter der Differenzierung der grundrechtlichen Zielsetzungen Freiheit und Gleichheit stehen unterschiedliche Paradigmen der Freiheit,¹² deren Zuordnung höchst problematisch ist: Freiheit und Gleichheit sollen sich ausschließen¹³ oder nebeneinander stehen¹⁴ oder miteinander verschränkt sein.¹⁵ Die Wurzel der Schwierigkeit, Freiheit und gleiche Rechte aller zu vereinbaren, liegt in einem liberalen Begriff grundrechtlicher Freiheit, der die Grundrechtstheorie dominiert und in dem Freiheit in der Ausgrenzung einer privaten staatsfreien Sphäre besteht. In dieser ist der Gebrauch grundrechtlich gewährter Freiheit – vom Staat nicht bewertet – möglich.¹⁶

Nur auf der Basis dieses Grundrechtsverständnisses, in dem sich Freiheit als Abwesenheit von Staat entfaltet, kann es zu einem Konflikt zwischen Freiheit durch Staatsabwehr und Freiheit durch einen Teilhabe und dadurch Gleichheit ermöglichenden Staat kommen. Teilhabe wird dabei im weitesten Sinne verstanden als Teilhabe an gesellschaftlichen Möglichkeiten, d.h. politischen, wirtschaftlichen, kulturellen Infrastrukturen und Ressourcen. Nur so erklärt sich auch die strikte Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, die gewissermaßen kontrafaktisch als Funktionsbedingung des freiheitlichen Rechtsstaates behauptet wird und die im Streit um ein Antidiskriminierungsgesetz als Vorwurf des Totalitarismus und des Terrors eines Tugendstaates auftaucht, der private Autonomie als Willkür unmöglich macht.¹⁷

Freiheit und Willkür bedeuten in dieser Lesart vor allem, nicht an Grundrechte gebunden zu sein. Die Verpflichtung Privater, qua Antidiskriminierungsrecht die grundrechtlich geschützten Belange Anderer zu berücksichtigen, wird als „Verquickung von Recht und Moral“¹⁸ gedeutet. Das Antidiskriminierungsrecht ist aus Sicht der bürgerlichen Grundrechtstheorie als Einbruch in die „staatsfreie“ Sphäre des Privaten eine Systemwidrigkeit. Die Berufung auf Grundrechte der von Diskriminierung Betroffenen taugt aus dieser Sicht als Rechtfertigung daher nicht. Grundrechtsgebunden ist allein der Staat.



Kritik am liberalen Freiheitsmodell

Zur Überwindung dieser Gegenpositionen kann man auf zweifache Weise die Prämissen des liberalen Modells angreifen: man kann erstens Privatautonomie als Voraussetzung für Vertragsfreiheit akzeptieren und dann – aber auf dem Boden der vertragstheoretischen Prämissen – Privatautonomie für beide Vertragsparteien einfordern. In diesem Sinne führt Baer zutreffend aus: „Wer behauptet, Recht gegen Diskriminierung führe zum Tod der Privatautonomie, behauptet diese Freiheit einseitig und verkennt, dass einen Vertrag (mindestens) zwei autonome Persönlichkeiten schließen müssen.“¹⁹

Diesen Weg, den Diskriminierungsschutz aus der Vertragsfreiheit

selbst abzuleiten, geht auch Schiek, die darauf hinweist, dass Vertragsfreiheit schon lange nicht mehr nur rein formal – ohne Ansehung der beteiligten Personen – verstanden wird, sondern dass die Kritik an der Blindheit des klassischen Vertragsdenkens für die tatsächlichen Umstände eines Vertragschlusses im Rahmen einer „Materialisierung“ der Vertragsfreiheit aufgenommen wurde. Dazu beigetragen hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur gestörten Vertragsparität – bekannt sind die Fälle von Familienangehörigen, die aufgrund einer persönlichen Zwangslage Bürgschaften übernommen haben, die sie wirtschaftlich überfordert haben – die ausdrücklich auf die Sicherung einer substantiellen Privatautonomie abzielt.²⁰ Diese Strategien, die Kritik am Antidiskriminierungsrecht zu überwinden, lassen sich zweitens mit einem Grundrechtsverständnis fundieren, dass die Konfliktlinie „öffentlich – privat“ hinter sich lässt zugunsten eines realistischen Verständnisses von Grundrechtsverwirklichung in einer Gesellschaft, in der jegliche Freiheitsausübung mittlerweile der rechtlichen Infrastruktur bedarf und „urwüchsige“ staatsferne Freiheit kaum zu beobachten ist.

Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichung von Freiheit

Das liberale Grundrechtsverständnis, das sich in dem formalen Verständnis von Vertragsfreiheit und Privatautonomie in Reinform zeigt, ist bereits frühzeitig auch wegen seiner Blindheit für den sozialen Kontext der Grundrechte kritisiert worden; die Herausbildung weiterer Funktionen der Grundrechte neben der Abwehrfunktion antwortet auf beobachtete soziale Problemlagen.²¹ Insbesondere hat sich die Erkenntnis eingestellt, dass Gefährdungen der grundrechtlich geschützten Freiheiten nicht nur durch den Staat, sondern auch durch Private erfolgen können. Sowohl die mittelbare Bindung auch Privater an die Grundrechte (Drittwirkung) wie auch staatliche Schutzpflichten sollen Grundrechte gegen diese Gefahren mobilisieren. Beide Konzepte gehen jedoch weiterhin von der Grundfunktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat aus und sind in der praktischen Umsetzung daher nicht ohne Probleme. Die Lehre von den Schutzpflichten entspringt nicht der Idee, dass der Staat im Allgemeinen qua Gesetzgebung auch freiheitsermöglichend wirkt, sondern betrifft, entstehungsgeschichtlich betrachtet, v. a. die Gefährdung von Leben und Gesundheit. Eine Heranziehung für die Realisierung auch anderer Grundrechte hat sich mittlerweile zwar entwickelt, wird aber der Abwehrfunktion noch nicht gleichgestellt.

In den Fällen, in denen es um „suboptimale“ Freiheitsverwirklichung durch Exklusion und mangelnde Teilhabe an gesellschaftlichen Möglichkeiten geht, stellt sich für eine Verpflichtung des Staates stets die Frage, ab wann ein Tätigwerden geboten ist. Von einem Gebot wird jedoch nur in seltenen Fällen ausgegangen. Der Grund liegt in der andauernden Vorherrschaft des liberalen Freiheitsbegriffs, der Freiheitsgefahren v.a. im staatlichen Tätigwerden sieht. Dies hat natürlich seine (insb. historische) Wahrheit, deren Berechtigung auch heute nicht angezweifelt werden kann, die aber der Ergänzung um weitere Einsichten bedarf.

Freiheit bedarf des Rechts. Der staatliche Gestaltungsspielraum zum Abbau von Diskriminierungen ist bedeutend stärker in negativer Weise durch die Grenzen bestimmt, die andere Grundrechte ziehen, als positiv dadurch, Freiheitsverkürzungen abzubauen, welche zu einem größeren Teil durch die Mehrheitsgesellschaft nicht erfahren und gesehen werden. Anders lässt sich die Behauptung, dass es mangels rechtlich relevanter Diskriminierung keines Antidiskriminierungsgesetzes bedürfe,²² nicht verstehen. Ebenso wenig verständlich bleibt ohne diesen Hintergrund die Vorstellung, mit dem Verbot bestimmter diskriminierender Verhaltensweisen werde unzulässige Motivforschung betrieben und den Einzelnen die staatliche Moral aufge-

zwungen, obwohl es aus Perspektive der Betroffenen um die Abwehr von Nachteilen ihrer grundrechtlich verbürgten Freiheiten geht.²³ Hierbei handelt es sich weder um ein „Privatproblem“ der Betroffenen, noch kann sich die andere Seite mit ihrem marktbezogenen und gesellschaftlich öffentlichen Verhalten hinter einer Mauer des Privaten verschanzen: Das Antidiskriminierungsrecht betrifft Massengeschäfte wie z.B. Wohnraumvermietung und gilt auch im Arbeitsrecht. Das sind keine Bereiche, die man im Rahmen unserer Rechtsordnung als private reklamieren kann. Im Übrigen sieht der Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes dort, wo private Interessen betroffen sein können, Ausnahmeregelungen vor, die in der Diskussion von den Kritikern aber gern beiseite gelassen werden.

Realisierung vs. Reservierung grundrechtlicher Freiheit

Mit der Respektierung und Durchsetzung der Grundrechte aller wird die Gesellschaft der Bundesrepublik kaum zu einem „Tugendstaat“, der sie nach dem Verständnis des Grundgesetzes als demokratischer und sozialer Staat auch nicht sein sollte und wollte.

Der Weg zur Verfassungsmäßigkeit staatlichen Antidiskriminierungsrechts wird gangbarer, wenn man die freiheitsvermittelnde Bedeutung staatlicher Gesetze stärker ins Blickfeld rückt und sieht, dass es eine vorstaatliche Freiheit im Sinne eines von den Einzelnen beherrschbaren Lebensraums nicht gibt.²⁴ Das liberale Grundrechtsverständnis verkürzt das Freiheitsproblem und sieht nicht das „Ineinanderstehen von Freiheit und Recht“.²⁵ Die Ausgestaltung der grundrechtlichen Freiheit durch den Gesetzgeber ist kein Sonder-, sondern der Regelfall.

Bestehen bleibt natürlich auch bei diesem „realistischen“ Grundrechtsverständnis die Aufgabe, die Kollision von Grundrechten im gesellschaftlichen Raum zu meistern und Grundrechte zu diesem Zweck zu begrenzen. Es gibt aber keinen Vorrang der abwehrrechtlichen Funktion vor den anderen Funktionen der Grundrechte, die alle darauf gerichtet sind, tatsächliche Freiheit zu ermöglichen. Mit Peter Häberle kann man sagen, dass die liberale Grundrechtslehre „von ihrem spätabsolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen [ist]“.²⁶ Ansonsten geht es nicht um demokratische Realisierung der Freiheit aller, sondern um die Reservierung bestimmter Freiheiten für Einige.

Sandra Obermeyer ist Juristin und arbeitet als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Bielefeld.

Literatur:

Baer, Susanne, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2002, 290 ff.

Häberle, Peter, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. A., Karlsruhe 1972 (zit. Häberle, Wesensgehaltsgarantie).

Ders., Grundrechte im Leistungsstaat, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Band 30 (1971), 43 ff. (zit. Häberle, Grundrechte).

Morgenthaler, Gerd, Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Tübingen 1999.

Picker, Eduard, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm, *Juristenzeitung (JZ)* 2003, 540 ff.

Schiek, Dagmar, Differenzierte Gerechtigkeit. Diskriminierungsschutz und Privatrecht, Baden-Baden 2000.

Anmerkungen:

- 11 Picker, *JZ* 2002, 880 ff.
- 12 Dazu Baer, *ZRP* 2002, 290 ff.
- 13 Dazu Schiek, 290 ff.
- 14 Baer, *ZRP* 2002, 290 ff.
- 15 Osterloh, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 3. A., München 2003, Art. 3 Rn. 16 ff.
- 16 Dazu Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, *NJW* 1976, 1529 ff.
- 17 Braun, Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, *Juristische Schulung* 2002, 424; Säcker, Antidiskriminierungsrecht besiegt Vertragsfreiheit, *Die Welt* v. 11.02.2005.
- 18 So Picker, *JZ* 2003, 540 ff. (541).
- 19 Baer, *ZRP* 2002, 290 ff. (292).
- 20 Schiek, 290 ff. und 23 zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.
- 21 Guter Überblick bei Grimm, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden 1982.
- 25 Häberle, Wesensgehaltsgarantie, 180 ff., 210 ff.
- 26 Häberle, Grundrechte, 137 These 27

Anzeige

dataspace
infoladen
datenbank

Thematische Online-Recherche
von Artikeln linker Zeitschriften

Bestand von Infoläden:
Bücher, Broschüren, Videos ...

www.nadir.org/dataspace