

Einleitung

Was ist Diskriminierung? Die Antwort fällt schwerer, als man auf den ersten Blick meinen könnte. Viele Fälle von Diskriminierung mögen evident sein. Doch schon die simple Frage, ob eine Frau an einem warmen Sommertag ebenso mit nacktem Oberkörper durch einen Park gehen darf wie ein Mann, wirft Schwierigkeiten auf.

Die Ansätze, um Diskriminierung zu bestimmen, sind vielfältig und reichen von einem klassisch aristotelischen Gleichheitsverständnis über Gleichheit in der Differenz bis zum Selbstwiderspruch des Handelnden.

Die Vielstimmigkeit stellt für die rechtliche Behandlung von Diskriminierung ein Problem dar. Denn sie wirft die Frage auf, was Diskriminierung ausmacht und damit, welche Aspekte des Handelns geregelt werden sollen. Die Probleme verstärken sich, wenn man sich von geschlechts- oder rassenspezifischen Ansätzen entfernt und einen einheitlichen Begriff der Diskriminierung bilden will. Es liegt auf der Hand, dass das Recht einen eigenen juristischen Begriff der Diskriminierung finden muss, einen Begriff, der es ermöglicht, Recht anzuwenden und unter ihn zu subsumieren.

Der Versuch, einen solchen Begriff zu bilden, ist daher eines der Anliegen dieser Arbeit. Aber das Ziel ist noch enger gefasst: Allein ein zivilrechtlicher Begriff der Diskriminierung soll erarbeitet werden.

Ausgehend von diesem Begriff lässt sich dann nicht nur die schon bekannte Frage nach Diskriminierungsverboten im Zivilrecht stellen, sondern auch den anderen Normtypen der Gebote, Erlaubnisse und Freistellung etwas Aufmerksamkeit widmen.

Im Zentrum der weiteren Überlegungen stehen die EG-Richtlinien zur Bekämpfung von Diskriminierung und ihre Umsetzung ins deutsche Recht. Diese Regelungen liefern zwar keine Definition eines einheitlichen Diskriminierungsbegriffs. Sie definieren aber zwei Arten von Diskriminierung, die unmittelbare und die mittelbare, und stellen ihr die Belästigung gleich.

Die Arbeit fällt damit in ein politisch hoch umstrittenes Gebiet. Das zeigen die aufgeregten Kommentare von Befürwortern und Gegnern zivilrechtlicher Diskriminierungsverbote: Lässt sich Toleranz erzwingen? Droht das Ende der Privatautonomie? Steht eine Tugendrepublik bevor?

Kurz gesagt, erfuhr das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, wie die letztlich Gesetz gewordene Fassung lautet, wohl nicht nur deshalb soviel Aufmerksamkeit, weil die Bestimmungen einen erhöhten bürokratischen Aufwand für Unternehmen bedeuten. Wie die oben wiedergegebenen Fragen andeuten, befürchten die Kritiker des Gesetzes staatliche Gängelung, also Verhaltenssteuerung. Verhaltenssteuerung ist zwar die Aufgabe des Rechts. Problematisch ist sie aber dann, wenn sie die Grundfesten unseres Selbstverständnisses attackiert. Im Mittelpunkt der Antidiskriminierungsgesetzgebung steht die Vertragsfreiheit als Ausprägung der Privatautonomie. Sie gilt nicht nur als effizientes Mittel zur Regulierung des Marktes, sondern ist Ausdruck unseres Menschenbildes als selbstbestimmtem Individuum.

Kompliziert wird die Sache, weil Diskriminierung als zivilrechtliche Kehrseite im Extremfall den Ausschluss vom Markt bedeuten kann, das heißt die Betroffenen als Vertragspartner ausschließt. Abhängig von dem, was man unter Diskriminierung versteht, kann sie ihrerseits die Selbstbestimmtheit des Diskriminierten in Frage stellen. Diskriminierungsverbote versuchen dann nur, diese Selbstbestimmung wieder zu ermöglichen. Sie justieren die Grenze neu, die die Sphären der Verkehrsteilnehmer voneinander trennt. Die Heftigkeit der Reaktionen mag sich auch daraus erklären, dass Diskriminierungen zum Alltag gehören,¹ obwohl schon seit Jahrzehnten Anstrengungen unternommen werden, um sie zumindest in Teilbereichen zurückzudrängen.² Die zahlreichen Abkommen verdeutlichen die gesellschaftspolitische Dimension der Diskriminierung und damit auch die Bedeutung der rechtlichen Regelungen.³

In der angesprochenen Diskussion werden in der Hauptsache zwei Arten von Argumenten vorgebracht: Zum einen behandelt man Antidiskriminierungsmaßnahmen rechtsdogmatisch, entweder indem eine verfassungsrechtliche Einord-

¹ Vgl. nur Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern, 2002

² Z. B. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948; die europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten, 1953; das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung von Rassendiskriminierung aus 1966; der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 1966; der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, 1966; RiLi 76/207/EWG; das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 1979; das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, 1989; das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, 1995.

³ Vgl. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, S. 39

nung versucht wird⁴ oder durch den Rückgriff auf ein nicht näher erörtertes Zivilrechtssystem⁵. Zum anderen ist die Auseinandersetzung rechtspolitisch, wobei unterschiedliche Ideologien, Bürokratiewust und Arbeitsplatzverhinderung, aber auch der Anstand als Argumente angeführt werden, um die Notwendigkeit eines Schutzes vor Diskriminierungen zu verneinen oder zu behaupten.⁶

Die vorliegende Arbeit vermeidet die politische Auseinandersetzung, versucht aber in ihrem zweiten Teil Hinweise zu geben. Ohne Zweifel ist die rechtsethische Zulässigkeit von Diskriminierungsverboten von Bedeutung, die als Rechtsnormen rechtfertigungsbedürftiges menschliches Verhalten sind. Die Grundfrage der Rechtsethik lautet, welches Recht ist gerecht.⁷ Dahinter verbirgt sich eine zweigliedrige Fragestellung. Der behandelte Gegenstand muss Recht sein. Das ist die Frage nach der Legalität von Normen. Erst dann ist es sinnvoll, nach dem Gerechtigkeitsgehalt der Norm zu fragen. Dieser zweite Teil der Frage ist im Grunde der Kern der rechtspolitischen Auseinandersetzung. Wer bemängelt, dass die beabsichtigten Regelungen die bürgerliche Freiheit übermäßig beschränken,⁸ verweist auf die fehlende rechtsethische Legitimation der Normen. Genauso sieht derjenige eine Forderung der Gerechtigkeit, der nach stärkerer Reglementierung und weitergehenden Vorschriften ruft, um Freiheit erst zu ermöglichen.⁹ Gestritten wird hierbei um das rechte Maß der Regelungen im Verhältnis von Freiheit und Gleichheit.¹⁰

Diesem Aspekt nähert sich der zweite Teil der Arbeit anhand einiger ausgesuchter ethischer Entwürfe. Bewußt sind es allgemein ethische Theorien und nicht

⁴ So z.B. für die bestehende Rechtslage *Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, in: AcP 196 (1996), 395-434; *Caspar*, Das Diskriminierungsverbot behinderter Personen nach Art. 3 III S. 2 GG und seine Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung, in: EuGRZ 2000, 135-144; auch *Armbrüster*, Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf, in: ZRP 2005, 41-44

⁵ Z.B. *von Koppenfels*, Das Ende der Vertragsfreiheit? – Erkenntnisse aus dem (vorläufig) gescheiterten zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetz für die Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG, in: WM 2002, 1489, 1492

⁶ Vgl. *Adomeit*, Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, in: NJW 2003, 1162

⁷ *von der Pfordten*, Rechtsethik, 2001, S. 1, 8

⁸ So auch *Braun*, Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, in: JuS 2002, 424

⁹ Vgl. BT-Ds. 15/4538, S. 37; 16/297, S. 100; *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, in: AcP 164 (1964), 385, 413; *Raasch*, Vom Verbot der Geschlechtsdiskriminierung zum Schutz von Diversity, in: KJ 2004, 394, 406; *Wiedemann/Thüsing*, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, in: DB 2002, 463

¹⁰ *Globig*, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? (Anmerkung zu *Baer*, ZRP 2002, S. 290 ff.), in: ZRP 2002, 529

etwa Ansätze der feministischen Theorie. Zwar haben diese eine Menge zum Thema beizutragen,¹¹ ihre Grundhaltung verrät aber oft eine bestimmte Zielsetzung. Das kann sich die Rechtsethik nicht erlauben, sie muss vielmehr versuchen in ihren Grundannahmen wertfrei zu bleiben und aus ihren Erkenntnissen Wertungen erst zu gewinnen.

¹¹ Für eine Übersicht vgl. etwa *Bartlett/ Kennedy* (Hrsg.), *Feminist Legal Theory*, 1991; *Chamallas*, *Introduction to Feminist Legal Theory*, 1999; *Dowd/ Jacobs* (Hrsg.), *Feminist Legal Theory*, 2003; *Richardson/ Sandland* (Hrsg.), *Feminist Perspectives on Law & Theory*, 2000; *Weisberg*, *Feminist Legal Theory*, 1993

Erster Teil: Diskriminierungsnormen

A. Begriff der Diskriminierungsnormen

Die Antidiskriminierungsregelungen sollen dem Schutz der Bürger vor Diskriminierungen dienen¹². Das Beispiel des Strafrechts zeigt, dass das Recht die Bürger vornehmlich durch Verbote schützt. Folgerichtig versucht der Gesetzgeber primär, durch Diskriminierungsverbote einen wirksamen Schutz vor Diskriminierungen zu erreichen.

Neben den Verboten gibt es auch andere Normtypen: Gebote, Erlaubnisse und Freistellungen.¹³ Gibt es neben den Diskriminierungsverboten also auch Diskriminierungsgebote, -erlaubnisse und -freistellungen im Zivilrecht oder sollte es sie zumindest geben? Angesichts zunehmender Verbotstatbestände drängt sich die Erörterung von weiterhin erlaubten Diskriminierungen geradezu auf. Schließlich lässt sich nicht ausschließen, dass Diskriminierungsverbote in (dann wohl mittelbare) Diskriminierungsgebote umschlagen. Sicherlich stehen die Verbotstatbestände im Vordergrund, aber auch auf die weiteren deontisch möglichen Normtypen sollte eingegangen werden.

I. Begriff der Diskriminierung

Der Begriff der Diskriminierungsnormen lässt sich in seine zwei Komponenten Diskriminierung und Norm zergliedern. Hier soll zunächst der Begriff „Diskriminierung“ genauer betrachtet werden, bevor dann auf den zweiten Aspekt der Normkomponente eingegangen wird.

Lohnt sich aber die Betrachtung des Begriffs der Diskriminierung überhaupt oder ist sein Inhalt nicht bereits hinreichend klar? Schließlich wird das Wort auch im Alltag häufig verwendet. Genau aus dieser Allgegenwärtigkeit resultieren für die Rechtswissenschaft aber einige Probleme.¹⁴ Denn einerseits soll die Rechtssprache hinreichend verständlich, andererseits aber auch präzise sein.

¹² Vgl. nur BT-Ds. 15/4538, S. 1

¹³ Vgl. *Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, S. 34 ff.; *Lampe*, Logische Beziehungen zwischen ontischen und deontischen Sätzen, Rechtstheorie 1983, 317 ff.

¹⁴ Kritisch zur sogenannten Verbalinflation des Diskriminierungsbegriffs *Lorenz*, Einführung in: ders. (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht, 2005, S. 3; so auch der Titel des Aufsatzes von *Adomeit*, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622

Lässt sich dies mit einem umgangssprachlichen Diskriminierungsbegriff erreichen? Es muss also zunächst geklärt werden, welchen Anforderungen, zumindest im Rahmen dieser Arbeit, der Begriff der Diskriminierung genügen muss. Rechtsbegriffen kommt die Aufgabe zu, den mit dem Begriff verknüpften Tatbestand klar zu umgrenzen und eine Subsumtion unter den Begriff zu ermöglichen. Beide Fragen hängen eng mit den Zwecken zusammen, die man aus rechtspolitischen Gründen in den Begriff hineinlegt. Ein bekanntes Beispiel ist der Begriff der Sache in § 90 BGB, der früher einmal Tiere umfasste, dann aber aus einer veränderten Sichtweise des Tieres im Umfang reduziert wurde, indem die Tiere eine Sonderregelung in § 90a BGB erhielten. Noch bezeichnender ist es mit dem Sachbegriff im Fall des Diebstahls nach § 242 StGB. Hier ist noch nicht einmal im gleichen Tatbestand der Sachbegriff einheitlich verwendet. Geht es bei der Bestimmung des Tatobjektes noch ausschließlich um die körperliche Substanz,¹⁵ wird im Rahmen des subjektiven Tatbestandes auch die Zueignungsabsicht hinsichtlich des Sachwertes für ausreichend befunden.¹⁶ Nur auf diese Weise lassen sich die bekannten Sparbuchfälle unter § 242 StGB subsumieren, in denen der Täter das entwendete Sparbuch zurückgibt, nachdem er sich das Guthaben hat auszahlen lassen.¹⁷

Die Beispiele verdeutlichen, dass es notwendig ist, die mit dem Begriff der Diskriminierung verfolgten Zwecke genauer herauszuarbeiten, um so den Begriff der Diskriminierung definieren zu können.

Für die Definition des Diskriminierungsbegriffes sind mehrere Fragenkreise von Bedeutung. Ohne besondere Reihenfolge: Geht es um Gleichheit bzw. Ungleichbehandlung oder geht es vielmehr um Differenz? Enthält der Diskriminierungsbegriff ein wertendes Element oder ist er wertfrei? Verlangen besondere Diskriminierungsmerkmale wie Rasse oder Geschlecht einen je eigenen Diskriminierungsbegriff oder gibt es ein einheitliches Konzept? Hängt die Einordnung als diskriminierend von besonderen Umständen ab, ist der Begriff der Diskriminierung also relativ oder absolut zu verstehen? Bezeichnet Diskriminierung ein gesellschaftliches Problem oder geht es um individuelle Vorgänge?

¹⁵ Vgl. statt aller *Eser* in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 242, Rz. 9

¹⁶ Vgl. *Eser* in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 242, Rz. 49

¹⁷ *Eser* in: Schönke/Schröder, StGB, 2001, § 242, Rz. 50