

**Stellungnahme zu dem
„Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien“
(BT-Drs. 15/4538)**

**vor dem Ausschuss des Deutschen Bundestages
für Familien, Senioren, Frauen und Jugend
- öffentliche Anhörung vom 7. März 2005 -**

**von Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer,
Friedrich-Schiller-Universität Jena**

I.

Das vorgeschlagene Gesetz ist nötig, weil Art 13 des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft (EG) die Europäische Gemeinschaft ermächtigt, Maßnahmen zur Unterbindung von Diskriminierungen zu beschließen. Dies ist durch die Richtlinien 2000/ 43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG geschehen. Die in Art 13 EG enthaltene Zuständigkeit und Aufgabe wurde durch den Amsterdamer Vertrag geschaffen. Alle Fraktionen des Deutschen Bundestages stimmten dieser Erweiterung der Befugnisse der EG zu.

Die Richtlinien halten sich im Rahmen der Ermächtigung des Art 13 EG. Dass der Gesetzesentwurf über das europarechtlich Gesollte hinausgeht, lässt sich rechtfertigen. Denn er nimmt die mutmaßliche europäische Rechtsentwicklung für nur kurze Zeit vorweg, schlägt also einen Rechtszustand zu schaffen vor, der demnächst europaweit zu bestehen hat. Blicke der Gesetzgeber untätig, hätte Deutschland rechtliche Sanktionen der EG wegen Nichtumsetzung und Schadensersatzforderungen der durch die genannten Richtlinien zu schützenden Personen zu gewärtigen. Gesetzgeberisches Handeln tut also Not.

Der Entwurf findet eine weitere Rechtfertigung in der erstmals 1997 beschlossenen Europäischen Beschäftigungsstrategie. Diese findet ihre Grundlage in Art. 125 - 130 EG. Auch diese Bestimmungen gelangten mit dem Amsterdamer Vertrag in das EU-Primärrecht. Im Mittelpunkt der Europäischen Beschäftigungsstrategie steht die Ausweitung der Beschäftigung in der EU: Sie ist Grundlage für das im Lissabon-Prozess angestrebte Ziel, die EU bis 2010 zur global stärksten Wirtschaftsregion fortzuentwickeln. Die in Deutschland als „Agenda 2010“

zusammengefassten Bemühungen von Bundesregierung und Bundestagsmehrheit sind – öffentlich nicht in der gebotenen Klarheit wahrgenommen – der deutsche Beitrag zum Lissabon-Prozess. Er findet in den darin verabredeten Leitvorstellungen seine Rechtfertigung.

Das zentrale sozial- und gesellschaftspolitische Ziel der Europäischen Beschäftigungsstrategie liegt darin, Gesellschaft und Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten als „an inclusive society open to all“ fortzuentwickeln. Diese Formulierung umschreibt das Anliegen, in den Mitgliedstaaten die auf gesellschaftliche Einbeziehung aller zielenden Institutionen hervorzubringen. Diese Zielvorstellung verlangt nach Beseitigung sämtlicher Barrieren für die Beschäftigung, auch solche, welche auf traditionellen Vorstellungen - namentlich über die soziale und berufliche Rolle von Frauen, behinderten, älteren und aus außereuropäischen Kulturkreisen in die EU gekommenen Menschen - beruhen. Diese Menschen sollen möglichst alle umfassend in Gesellschaft und Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten eingeschlossen werden, nicht zuletzt, um die andernfalls für diese Personenkreise nötigen Kosten sozialer Sicherung oder Hilfe zu sparen. Damit sollen - auch auf mittlere Sicht - die Systeme sozialer Sicherung finanzierbar und in ihrer Funktionstauglichkeit insgesamt erhalten werden.

II.

Die gegen die vorgeschlagene Gesetzgebung gerichteten Einwände gelten freilich nicht dessen europarechtlichem Fundament. Denn dieses ist sicher. Sie ziehen hingegen deren verfassungsrechtliche Basis in Zweifel. Gewiss, **jede** Regelung über die Antidiskriminierung **begrenzt** die Vertragsfreiheit; **zugleich weitet** sie die Vertragsfreiheit aber auch **aus!** Diese **scheinbar paradoxe** Wirkung erklärt sich daraus, dass jede Antidiskriminierungsregelung die Bedingungen vertraglicher Vereinbarungen unter Privaten zu gestalten bezweckt. Es kommt deshalb für die Bewertung des Entwurfes auf dessen Vereinbarkeit mit der Vertragsfreiheit vor allem darauf an, worauf bei der Vertragsfreiheit der Akzent zu legen ist: Ist sie in erster Linie die Freiheit, einen Vertrag **nicht** schließen zu **müssen**, oder aber die Freiheit, einen Vertrag schließen zu **können**?

Je nachdem, wie diese Frage beantwortet wird, kann die Antidiskriminierungsgesetzgebung entweder als **Einschränkung** oder aber **Sicherung, weil Ermöglichung** der Vertragsfreiheit anzusehen sein. Die Vertragsfreiheit wird durch Art 2 Abs. 1 GG geschützt; einzelne ihrer Dimensionen werden darüber hinaus von speziellen Grundrechten erfasst (Art. 12 Abs. 1, 14

Abs. 1 GG). Eingriffe in verfassungsrechtlich gewährleistete Menschenrechte bedürfen der Rechtfertigung. Diese kann sich im Falle von Antidiskriminierungsregeln jedoch aus den in Art. 3 Abs. 3 GG, ferner in Art 9 Abs. 3 GG getroffenen Bestimmungen ergeben. Art. 3 Abs. 3 GG untersagt, Menschen aufgrund Ihres Geschlechts, ihrer sozialen Herkunft, Rasse, Überzeugung oder einer Behinderung zu benachteiligen. Art 9 Abs. 3 GG untersagt mit unmittelbarer Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber eine Benachteiligung eines Arbeitnehmers wegen seiner Gewerkschaftsmitgliedschaft. Die Vertragsfreiheit des **einzelnen** wird durch die genannten Gleichheitsrechte begrenzt. Dies geschieht entscheidend um der Sicherung der Vertragsfreiheit des Gegenübers eines Vertragspartners willen. Die **Vertragsfreiheit** sichert demgemäß nicht wesentlich die Freiheit, **keine** Verträge schließen zu **müssen**, sondern primär die Freiheit aller, Verträge schließen zu **können**.

Es ist deshalb in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass die **Vertragsfreiheit eines** Vertragspartners zur **Sicherung der Freiheiten des Gegenübers** beschränkt werden können. Der Bundesgerichtshof erstreckte dieses Prinzip im März 2004 sogar auf Eheverträge. Begrenzungen der Vertragsfreiheit zur Sicherung der Vertragsfreiheit des anderen sind deutschem Recht also nicht fremd, mehr: Die Ausbalancierung der Freiheitsphären der am Vertragsschluss Beteiligten gehört seit eh und je zu den Standardaufgaben des Zivilrechts. Die Vertragsfreiheit umfasst und umfasste im Übrigen auch niemals das Recht, öffentlich zu machen, mit **welchen Personengruppen** ein Vertragspartner **keinen** Vertrag abzuschließen **gedenkt**. Die Herabsetzung von Gruppen der Bevölkerung durch herablassende Äußerungen oder Bekundungen lässt sich jedenfalls nicht durch die Vertragsfreiheit rechtfertigen.

III.

Die in dem Entwurf enthaltenen Verbote sind nicht nur nach dem GG, sondern auch nach verschiedenen völkerrechtlichen Regeln für Deutschland verbindlich. Der Entwurf zur Umsetzung der Richtlinien über die Antidiskriminierung schafft also nicht neues Recht, sondern ist bestrebt, ein längst anerkanntes Prinzip besser als das geltende Recht zu verwirklichen.

Das Verbot der Diskriminierung erklärt sich als Reaktion auf die Menschenverachtung durch die totalitären Staaten und Regime der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts - nicht zuletzt des NS -Regimes. Die Menschenrechte, einst als die durch den Nationalstaat geschaffenen und

von diesem garantierten Vorrechte der Männer, Staatsbürger und Eigentümer verstanden, wurden erst nach 1945 als die jeder Staatsgewalt vorgegebenen Rechte sämtlicher Menschen ohne Ansehen ihrer Eigenschaften und Eigenheiten begriffen.

Seither wurden Menschenrechte nicht mehr als durch den Staat verliehene, sondern vielmehr als in der internationalen Rechtsordnung selbst gründende Berechtigungen gedeutet, deren Verwirklichung den Staaten durch die Völkerrechtsordnung vor- und zur Sicherung aufgegeben sind. Insbesondere das GG ist von diesem Verständnis der Menschenrechte geradewegs durchdrungen. Es lässt sich – im Einklang mit einem universalen und universalistischen Verständnis der Menschenrechte – als die Absage an jede Unterteilung der Menschen nach Geschlecht, Rasse, Gesundheit, Alter oder gar „sozialer Nützlichkeit“ verstehen. Wenn es einen rechtlich – auch verfassungsrechtlich – belastbaren Grundkonsens in der Bundesrepublik Deutschland gibt, so denjenigen, dass Rassismus, Biologismus, Sexismus und Xenophobie nicht nur als Geschmack- oder Niveaulosigkeiten zu ächten, sondern darüber hinaus auch von Rechts wegen zu unterbinden sind.

IV.

Der vorliegende Entwurf zur Antidiskriminierungs- Gesetzgebung - welcher den Begriff der „Diskriminierung“ durch denjenigen der „Benachteiligung“ zum Ausdruck bringt und damit den Bezug zu den in Art 3 Abs. 3 GG enthaltenen Benachteiligungsverboten sprachlich herstellt- soll das in der Bundesrepublik Deutschland bereits zuvor rechtlich anerkannte Prinzip für die zu schützenden Angehörigen potentieller Benachteiligungen besser handhabbar machen. Die Einzelregelungen lassen sich als ein Mittel begreifen, um die Rechte der Opfer von Diskriminierung zur zivilrechtlichen Gegenwehr zu befähigen. Sie dienen damit dem **empowerment** sozial Benachteiligter.

Der Schutz behinderter Menschen war hergebracht gerade im Zivilrecht unzulänglich; entsprechendes gilt für den Schutz der Angehörigen aus fremden Kulturkreisen. Behinderten – und Fremdenfeindlichkeit sind noch nicht überall überwunden. Die in dem Entwurf enthaltenen Regeln ermöglichen es den Betroffenen, sich gegen Zurücksetzungen in der Arbeitswelt und im gesellschaftlichen Leben zu wehren.

Das Gesetz indoktriniert nicht, weil es keine staatliche Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten zur unmittelbaren Ahndung von Benachteiligungen begründet. Wohl aber gibt es dem gleichheitswidrig Benachteiligten Rechte an die Hand, um Verletzungen rechtlich zu rügen. Der Entwurf steht damit im Dienst der Teilhabegerechtigkeit, die in der neueren Sozialphilosophie als die Leitvorstellung eines zeitgemäßen Verständnisses sozialer Gerechtigkeit erscheint. Es wäre also ein Missverständnis, würde dem Entwurf die Begründung einer „Tugendtyrannei“ angelastet. Denn zum einen sichern die Regeln nur die Beachtung menschlichen Anstands und nicht etwa einer wie immer verstandenen Hochmoral, und zum anderen wird mit deren Durchsetzung nicht ein Tyrann betraut, sondern das Gesetz überantwortet dessen Verwirklichung der Urteilskraft unabhängiger Richter.

V.

Weil das Antidiskriminierungsrecht den **Richtern** zu verwirklichen auferlegt ist, und diese im Rechtsstaat dessen Regeln, namentlich den Grundrechten, verpflichtet sind, werden die mit dem Gesetz verbundenen Neuerungen von der Richterschaft mit den überkommenen rechtlichen Gestaltungen in Einklang zu bringen sein. Die im Entwurf enthaltenen Regeln stellen die Richterschaft freilich nicht vor ganz neue Aufgaben. Denn die Bestimmungen des Entwurfes folgen Prinzipien, die der Gesetzgeber seit den 1970er Jahren im Verhältnis von Mann und Frau entwickelte und vor kurzem auf den Schutz behinderter Menschen erweiterte. Die für diese Materien bereits gesicherten Rechtsgrundsätze werden durch den Entwurf auf weitere Ungleichgewichtslagen erstreckt. Dies führt gewiss zu rechtlichen Unsicherheiten. Diese sind jedoch mit jeder Änderung des Rechts notwendig verbunden.

Es ist anzunehmen, dass eine dem **Rechtsstaat** verpflichtete **Richterschaft** - die nach meinem Eindruck im Übrigen der Antidiskriminierungsgesetzgebung mehrheitlich eher skeptisch gegenübersteht - einer extensiven Auslegung des Gesetzes vermutlich widerstehen dürfte. Die Rechtsprechung dürfte ihr Anliegen darin suchen, das Gesetz in den Dienst der Bekämpfung massiver Benachteiligungen zu stellen. Dieses ist sachgerecht. Denn in der Skandalisierung handgreiflicher Benachteiligungen liegt, mehr: darin erschöpft sich der Sinn der Antidiskriminierungsregeln, weil sie Zeichen setzen, massive Benachteiligungen ächten und diese selbst damit zurückdrängen helfen.