

# Differenzierte Freiheit und verbotene Diskriminierung

Von Udo Di Fabio

## I.

Die Politik der Antidiskriminierung scheidet in Deutschland die Geister. Europäische Richtlinien gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, des religiösen Bekenntnisses oder des Alters wurden zwar umgesetzt, lösten aber eine ungewöhnliche Diskussion aus. Die Verbände der Wirtschaft warnen vor bürokratischen Kosten in Milliardenhöhe, angesehene Professoren des Zivil- und des Arbeitsrechts fürchten eine tief greifende Deformation des Instituts der Privatautonomie. Auf der anderen Seite stehen diejenigen, die nichts Ungewöhnliches im Antidiskriminierungsrecht sehen, weil es doch seit jeher Aufgabe des Rechts gewesen sei, unanständiges Verhalten zu sanktionieren<sup>1</sup>, die moralischen Grenzen der Freiheit sichtbar zu machen und kulturelle Verfassungsvoraussetzungen zu stärken<sup>2</sup>.

Im Lager der Befürworter einer forcierten Antidiskriminierungspolitik fanden sich aber auch andere Argumente. Bestimmte Ungleichbehandlungen zu unterbinden sei wesentlich für die Integration der neuen Einwanderungsgesellschaft, weil es sonst zu kultureller Fragmentierung, zum Virulentwerden von Vorurteilen bis zum Rassenhass und zum Kampf der Kulturen kommen könne. Wer sozial und wirtschaftlich ausgegrenzt werde, bleibe eben außen stehen, bilde Parallelwelten, führe ein unkontrolliertes Eigenleben, werde womöglich

---

<sup>1</sup> *Gerhard Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 2006, 352-476.

<sup>2</sup> *Tonio Glas* in: FAZ vom 28. August 2008.

deviant, gewalttätig, verursache Kosten und gehe jedenfalls dem Ressourcenschatz der Gesellschaft verloren. Von dort aus ist es dann nur ein kleiner Schritt aus der verbotenen Ungleichbehandlung eine gebotene Bevorzugung bestimmter Gruppen herzuleiten, also jene auch in den USA wieder sehr umstrittene „affirmative action“<sup>3</sup>, die das Denken in einzelfallbezogenen Gleichheitskategorien überschreitet und soziale Fördermaßnahmen als Aufgabe vom Staat in die Gesellschaft hinein verlagert.

## II.

Die Antidiskriminierungspolitik hat jedoch noch einen weiteren kulturellen und politischen Subtext, dessen Erhellung vielleicht erklärt, warum das Thema für die eine Seite Teil ihrer politischen Identität ist und für die anderen eine heftige affektuelle Abwehr auslöst, kurz warum die Sache ein Aufreger ist. Hier gilt es, auch eine Reise in die ideengeschichtliche Ferne zu unternehmen, wobei eine solche Reise aber einen sehr nahe liegenden und juristisch handfesten Ausgangspunkt hat. Es sind die Beweisprobleme. Wenn man vor dreißig Jahren in Deutschland die polizeirechtliche Generalklausel, also allgemein gefasste gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe bei Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, mit einem Fall illustrieren wollte, konnte man folgende Konstellation heranziehen. Ein Gastwirt hatte an die Eingangstür ein Schild aufgehängt: „Ausländer unerwünscht“, ein anderer hatte in

---

<sup>3</sup> Zur breiten US-amerikanischen Diskussion: *Alison Jaggar*, Gender, Race, and Difference: Individual Consideration versus Group-Based Affirmative Action in Admission to Higher Education, *Southern Journal of Philosophy*, 34 (supp.) (1996), 21-51.; *Susan Sturm/Lani Guinier*, The Future of Affirmative Action: Reclaiming an Innovative Ideal, *California Law Review*, 84 (July 1996), 953-1036.; *Mark Van Roojen*, Affirmative Action, Non-Consequentialism, and Responsibility for the Effects of Past Discrimination, *Public Affairs Quarterly*, 11 (July 1997), 281-301.; *George Sher*, *Approximate Justice: Studies in Non-Ideal Theory*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 1997; *Michel Rosenfeld*, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1991; Russell Nieli (ed), *Racial Preference and Racial Justice: The New Affirmative Action Controversy*, Washington, D.C., Ethics and Public Policy Center, 1991; *N. Scott Arnold*, Affirmative Action and the Demands of Justice, *Social Philosophy and Policy*, 15 (Summer 1998), 133-175.

menschenverachtender Form das damals gängige Verbotsschild für Hunde „Wir müssen draußenbleiben“ mit dem Hinweis auf „Türken“ und „Homosexuelle“ versehen<sup>4</sup>, in England etwas harmloser „Sorry, no travellers“<sup>5</sup>. Solche Schilder wurden mit ordnungsbehördlichen Verfügungen beseitigt, weil sie eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellten, die persönliche Zuverlässigkeit des Gastwirtes wurde einer Kontrolle unterzogen. Beweisprobleme hatte man keine, eine spezielle gesetzliche Regelung war entbehrlich: es reichte die polizeiliche Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage.

Schwieriger war es schon damals etwa im öffentlichen Dienstrecht festzustellen, ob jemand nur nach Eignung und Leistung ein öffentliches Amt erstmals übertragen bekam oder befördert wurde. Obwohl Beurteilungen als Basis der Leistungsbewertung vor drei Jahrzehnten noch stärker differenziert waren als dies heute der Fall ist, fiel es schwer zu beurteilen, ob das Geschlecht oder die politische Orientierung nicht doch eine ausschlaggebende Rolle bei der Entscheidung gespielt hatte. Und doch ist auch eine Verwaltungsentscheidung über die Ernennung und Beförderung eines Beamten ein vergleichsweise gut dokumentierbarer und überprüfbarer Akt. Heute wird nach aller Erfahrung hier nur in einem Punkt kräftig diskriminiert, bei der Auswahl nach dem Parteibuch, auch dem fehlenden, ohne dass dies groß zum Thema des Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes gemacht wurde, wonach niemand wegen seiner politischen Anschauungen diskriminiert werden darf.

### III.

---

<sup>4</sup> Dazu (namentlich auch zu völkerrechtlichen Bindungen, die bis hinein in das Polizeirecht wirken) *Kühner*, NJW 1986, 1397 ff. Zur Unterscheidung zwischen einem Angriff auf die Menschenwürde und „bloßer“ Diskriminierung: *OLG Frankfurt*, NJW 1985, 1720.

<sup>5</sup> *Court of Appeal London*, EuGRZ 1988, 488 f.

Wenn man aber Zeugnissen, Beurteilungen und Auswahlverfahren nicht traut und vor allem wenn das riesige Feld des privaten Vertragsrechts betreten wird, steigen Beweisprobleme sprunghaft an. Denn im Verwaltungsrecht werden Entscheidungen formalisiert und das Verfahren dokumentiert. Im Polizeirecht braucht man den Anlass, die Störung und die Gefahrensituation. Wer dagegen einen privatrechtlichen Vertrag schließt, braucht keinen Protokollführer, vieles wie der Kauf einer Wurst geht ganz geschmeidig, konkludent vonstatten, selbst der an die Form gebundene Grundstückskauf forscht nicht nach Motiven und fragt nicht nach Einhaltung von Gleichheitsgeboten bei der Auswahl der Vertragspartner. Bistlang kommt noch jemand auf die Idee, die Testierfreiheit unter Diskriminierungsverbot zu stellen und vom Erblasser zu verlangen eine begründende und eine seine Ermessensausübung erklärende Liste aller in Betracht kommenden Erben dem Testament beizufügen. Die verwaltungsrechtliche Denk- und Verfahrensweise hat im Verhältnis der Bürger untereinander keinen rechten Platz, ist hier Fremdkörper. Es sollte jedenfalls als Problem gesehen werden, das Modell des durch Gesetz und Verfahren eng gebundenen Rechtsstaates auf die staatsfreie Gesellschaft der Privatrechtssubjekte zu übertragen.

Doch nachdem viele gerade jüngere Juristen die Grenze zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht für zu abstrakt, gekünstelt, für einen alten Zopf halten, der abgeschnitten gehört, erweisen sich in der Praxis die Grenzüberschreitungen immer mehr als konkretes Problem für den Rechtsstaat einerseits und die Freiheit der Zivilgesellschaft andererseits. In der jüngsten Vergangenheit konnte man sehr deutlich sehen, was man sich praktisch von Grenzüberschreitungen versprach. Wer den Staat verschlanken, ihn kostengünstiger, effizienter und kundengerechter machen wollte, verlangte nach materieller oder formeller Privatisierung öffentlicher Aufgaben und des Verwaltungshandelns bis zum Betrieb einer Justizvollzugsanstalt<sup>6</sup>. Auf der anderen Seite entlastete sich der Staat,

---

<sup>6</sup> Siehe resümierend *Burgi*, Gutachten D zum 67. DJT 2008.

indem er verwaltungsrechtliche Handlungsmuster bestimmten Privatrechtssubjekten vorschrieb, von der Dokumentation bestimmter Produktrisiken, die Pflicht zur kontinuierlichen Messung bei Schadstoffe emittierenden Anlagen mit der Pflicht zur Abgabe von Emissionserklärungen oder zur Durchführung sicherheitstechnischer Prüfungen (§§ 26 bis 31 BImSchG), über die auferlegte Einschaltung von Ethikkommissionen bei der klinischen Prüfung von Arzneimitteln (§ 42 AMG) bis zur Führung eines Fahrtenbuches (§§ 31 a, 69 a StVZO, §§ 6, 8 EStG) reichen können<sup>7</sup>. Vor allem große Unternehmen oder einflussreiche Verbände werden vom Gesetzgeber fast schon umstandslos wie staatliche Körperschaften und Behörden behandelt. Dass hier Auswahlentscheidungen, etwa demnächst im Hinblick auf das Geschlecht von Unternehmensvorständen, begründet und dokumentiert werden müssen, wird kaum noch als Grundrechtseingriff wahrgenommen. Die Implementierung von Pflichten in das Privatrechtssystem, die dem Vorbild des Verwaltungsrechts folgen, reicht aber noch viel weiter. Dazu gehören auch die gesetzliche Gestaltung von Rechtsverhältnissen wie im sozialen Mietrecht, Vorgaben für die Organisationsfreiheit eines Unternehmens, etwa die Verpflichtung, Beauftragte einzusetzen, Betriebsabläufe evaluieren und zertifizieren zu lassen, Dokumentationspflichten, Ausschreibungspflichten, Mitbestimmungsregelungen. Aufs Ganze gesehen, beklagen doch viele kritische Stimmen die unaufhaltsam scheinende Überlagerung des Privatrechts mit den Denk- und Handlungsstrukturen des Jus Publicum, ein Vorgang der von einem Vertreter des Öffentlichen Rechts keineswegs mit Genugtuung gesehen wird, ist doch das Öffentliche Recht das Recht des sektoralen Staates, also einer politischen Herrschaft, die sich mit den Grundrechten und dem Organisationsrecht vor allzu starken Übergriffen in die Sphäre der freien Gesellschaft klug selbst begrenzt. Mit einem gewissen Fatalismus kann man feststellen, dass seit Jahrzehnten jede Welle der gesteigerten politischen Aufmerksamkeit erhebliche Regulierungs-Endmoränen im privatrechtlichen

---

<sup>7</sup> Zu diesem Trend *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S.

Handlungssystem hinterlässt und nichts darauf hindeutet, dass sich dies ändern wird.

Auch die Antidiskriminierungspolitik weist diese beiden Merkmale einer sukzessiven Publizierung des Privatrechts auf: Inpflichtnahme von Privatrechtssubjekten und Lösung der Beweisprobleme zulasten der Spontanität von sozialen Beziehungen und der Vertragsfreiheit. Sie stützt sich schon in ihrer Prämisse auf einen Verdachtsansatz, für den unklare Sachlagen geradezu essentiell ist. Die Antidiskriminierungspolitik stellt sich nämlich in den alten Kampf der Aufklärung gegen gesellschaftliche Stereotype und Vorurteile. Nehmen wir als Beispiel die Diskriminierung aufgrund des Alters. Zur Begründung der sich häufenden Gesetze und Gerichtsentscheidungen zum Thema Altersdiskriminierung wird in der anglo-amerikanischen Gerontologie- und Geriatrieliteratur ein Verhaltensbild des „ageism“ diagnostiziert: dabei geht es um Gefühle, die jüngere gegen Ältere hegen, um Ansichten, Verhaltenszuschreibungen älteren gegenüber.<sup>8</sup>

In einem juristischen Werk zur Altersdiskriminierung im Arbeitsleben liest sich das so: „Auf einer abstrakten Ebene kann man ageism zunächst mit Hilfe eines flexiblen, dreiteiligen Modells beschreiben. Angewandt auf ältere Menschen besteht es aus drei Komponenten: einer affektiven, die die Gefühle verkörpert, die jemand gegenüber älteren Menschen hat; einer kognitiven, die die Ansichten oder gar Stereotypen gegenüber älteren Menschen beschreibt: Und schließlich einer verhaltensabhängigen, die mögliche Verhaltensweisen oder Verhaltensabsichten gegenüber älteren Menschen aufzeigt.“<sup>9</sup>

Hinter dieser vom sozialpsychologischen Fachjargon gezeichneten Sprache stecken in nicht geringem Umfang Unterstellungen, die sich vielleicht ein

---

<sup>8</sup> *Felipe Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 17.

<sup>9</sup> *Temming*, a.a.O, S. 19

Stück weit mit Mitteln der empirischen Sozialforschung verifizieren lassen, aber auch dann dem Einwand begegnen werden, unterkomplex und durch eine naive Aufklärungserzählung programmiert zu sein. Aber wie sollen Verhaltensabsichten oder Gefühle in einer prozessrechtlich rationalen Weise zum Thema des Privatrechts gemacht werden, ohne hier deformierend zu wirken? Man fordert dann vielleicht eben im Vorfeld spezielle nichtstaatliche Organisationen, die im korporativen Bündnis mit der öffentlichen Gewalt gesellschaftliches Handeln beobachten und einen edukativ ansetzenden, gut gemeinten Druck ausüben.

#### IV.

Doch noch wichtiger ist die Frage, wo kommt die Prämisse her, dass in einer doch sehr weit entwickelten freien Gesellschaft wie in den allermeisten Staaten der EU oder den USA nunmehr verstärkt Diskriminierungen entgegen gewirkt werden müsse? Warum führen wir heute über alle parteipolitischen Lager und nationalen Besonderheiten hinweg einen sich ausweitenden Kampf, den Anfang der sechziger Jahre *Martin Luther King* gegen Rassendiskriminierung mit allem Recht und aller moralischen Legitimation geführt hat? Hat Diskriminierung als die systematische Benachteiligung von Menschen nach Geschlecht, Alter, sexueller Orientierung, Hautfarbe, ethnischen Merkmalen oder religiösem Glauben tatsächlich so stark zugenommen, wie die politische Reaktion vermuten lassen könnte, hat sie überhaupt zugenommen und nicht womöglich abgenommen? Oder handeln wir schon antizipativ und präventiv, weil trotz aller Fortschritte der Schoss noch fruchtbar ist und uns dunkle Ahnungen beschleichen, was morgen noch kommen kann?

Wer gerade auch als Jurist nicht die Fähigkeit zur kulturkritischen Perspektive verloren hat, dem fallen bestimmte Muster auf, die nicht etwa

die Antidiskriminierungspolitik desavouieren, aber sie besser als bedeutendes rechtsprägendes Phänomen erklären können. Der Verdacht, dass die sich nun als modern verstehende Gesellschaft geprägt sei von Vorurteilen, Rollenklischees, traditionsanrufendem Gemeinschaftszwang, von verdeckten Seilschaften, religiösem Wahn und patriarchalischen Herrschaftsstrukturen wird zur Grundmelodie der Aufklärung. Man kann seit der Wende vom 17. auf das 18. Jahrhundert von einem Siegeslauf der Aufklärung sprechen, die sich nach heftigen Widerständen, Verirrungen und Eruptionen heute als das Massenphänomen in der kulturellen Selbstwahrnehmung des Westens erweist. Wie jede große Erzählung hat sie eine kräftige politische Moral: Licht gegen Finsternis, Fortschritt gegen die Tradition des Herkömmlichen, Rationalität gegen Irrationalität, Vernunft und Wissen gegen Gottesglauben und Aberglaube, begründetes Verstandesurteil gegen dumpfes Vorurteil, normatives Argument gegen die Faktizität der Macht, diesseitiges Glück gegen jenseitige Illusionen. Die ihr Handlungszentrum im politischen System der modernen Gesellschaft suchende Aufklärung wollte eine nach Vernunftprinzipien neu geschaffene soziale Ordnung. Mit wissenschaftlichen und politischen Mitteln, also mit dem Gesetz und seiner Vollstreckung, sollte ein Feldzug gegen den Widerstand der Kirchen, gegen das Elend des rückständigen Landlebens, gegen die Fesseln der Tradition und des Brauchtums geführt werden. Noch in den fünfziger Jahren persiflierte die große Filmserie *Don Camillo* und Peppone diesen hartnäckigen Kampf im Ambiente der Zeit, so wie dies schon im 19. Jahrhundert *Gustave Flauberts* „Bouvard et Pécuchet“ getan hatte. Heute hat sich nicht nur weitgehend solch selbstironischer Humor verflüchtigt, sondern auch die vertrauten Gegenkräfte des aufklärerischen Eifers. Das Landleben mit seinen Mechanismen sozialer Kontrolle ist technisiert und medial an die tonangebende Interpretation der Wirklichkeit angeschlossen, den Pater familias kennen wir nur aus der Familiensaga oder aus einigen Migrantenfamilien, Schützen- und Trachtenvereine sind von Auszehrung bedroht, autoritäre Lehrer längst im Ruhestand, eine



neue Sehnsucht nach Autoritäten signalisiert auch deren Verschwinden<sup>10</sup>. Wie die ersten Aufklärer sind wir überzeugt, dass jedes Problem vom unvernünftigen Verhalten der Menschen verursacht und von ihm auch technisch beherrscht werden könne. Wenn das Licht der Vernunft so hell strahlt und die Schatten der dumpfen Unvernunft zu kleinen Punkten schrumpfen, ist man geneigt zu glauben, dass sich aus dem grundrechtlichen Wertesystem der Freiheit und Gleichheit alle Verhaltensgebote einer Weltgemeinschaft ableiten lassen und auch jeden Gutwilligen überzeugen.

## V.

Man wird der Monokultur einer sozialtechnisch verstandenen und politisch vereinseitigten, in der Tendenz womöglich „bornierten“<sup>11</sup> Aufklärung misstrauen müssen<sup>12</sup>. Die furchtbaren totalitären Lektionen der Geschichte lehren uns, dass alle Normensysteme seien sie rechtlicher oder moralischer Art auf einer bürgerlich praktischen Alltagskultur aufliegen, die mit ihnen interagiert, sie auch provoziert, die aber nicht von ihnen beherrscht oder absorbiert werden kann, ohne die eigene Identität als normatives System aufs Spiel zu setzen.

Eine freiheitliche Gesellschaft, die nicht nach und nach in die Falle einer sozialtechnisch gut arrangierten Bürokratie aus Wirtschaftslogik, politischer Regulation und Verhaltenssteuerung geraten will, muss dem Prinzip einer doppelten Vermutung folgen. Normativ vermuten wir, dass der Mensch zur Freiheit fähig ist und die Vernunft aller Einzelnen besser ist als alles Spezialwissen einer funktional differenzierten Gesellschaft. Von

---

<sup>10</sup> *Bernhard Bueb*, Lob der Disziplin, 2008.

<sup>11</sup> *Jürgen Habermas*, Ein Bewusstsein von dem was fehlt, NZZ v. 10.2.2007.

<sup>12</sup> Zum Konzept einer neuen reflektierten Aufklärung zweiter Ordnung: *Udo Di Fabio*, Gewissen, Glaube, Religion, 2008, S. 99 ff.

dort aus abgeleitet können wir dann überhaupt erst das Vertrauen in eine deliberative Vorstellung von öffentlichem Diskurs entwickeln, der die Demokratie als Mitte sichtbar macht. Wir vermuten allerdings auch, dass jede politische Herrschaft – und sei sie noch so gut konstruiert, offen kommuniziert und von öffentlicher Meinung und Richtern kontrolliert – dann doch die Tendenz hat, den Menschen zu bevormunden und zu verwalten.

Die Grundrechtsidee geht von einem prinzipiell positiven Menschenbild und einem prinzipiell kritischen Bild politischer Herrschaft aus. Der Verfassungsstaat zwingt die öffentliche Gewalt in die Struktur der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit, ergänzt durch das soziale Staatsziel, damit im Alltag der Staat für die Menschen da ist und deshalb auf der Bahn des „Guten“ gehalten wird. Der Rechtsstaat ist dabei keineswegs blauäugig, was die Widerlegung der parallel laufenden Vermutung des „guten“ Menschen und Bürgers im Einzelfall angeht. Der freiheitliche Staat verzichtet keineswegs auf seinen Strafanspruch. Harte Strafen und Maßregeln bis hin zu lebenslanger Freiheitsstrafe<sup>13</sup> oder zur Sicherungsverwahrung<sup>14</sup> sind die Konsequenz von Selbstverantwortung, Schuldfähigkeit und des gebotenen Schutzes von Individual- und Gemeinschaftsgütern.

Freiheit ist immer auf Distinktionen gerichtet, sie beginnt mit der Differenz, die das Ich in die Welt setzt<sup>15</sup>, und sie führt zu einer differenzierten Welt, weil Freiheit nicht in Ergebnisgleichheit münden kann. Das Prinzip personaler Freiheit braucht natürlich die Basis funktionaler Institutionen wie den Markt und sie braucht das Recht und die Politik, um aus der Theorie konstruktiver Vertragstheorien praktische Realität werden zu

---

<sup>13</sup> BVerfGE 45, 187 ff.

<sup>14</sup> BVerfGE 109, 190 ff.

<sup>15</sup> Die Unterscheidung nach eigener Systemscheidung wird als Kennzeichen der höheren Lebensformen, vor allem von Bewusstsein und (autopoietischen) sozialen Systemen verstanden, so Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 65, in Anschluss an Humberto Maturana.

lassen, aber die Freiheit braucht auch nichtformale, nichtinstrumentelle Gemeinschaften im Sinne des Soziologen *Ferdinand Tönnies*<sup>16</sup>. Das humanistische Ideal schöpft seine Kraft aus der Freiheit des Menschen sich im Tierisch-Triebhaften zu verlieren oder sich zum Göttlichen hin zu bilden, wenn sein Wille es beschließt<sup>17</sup>. Diesen humanistischen Trotz, dieses Apriorismus bedingungsloser Selbstverantwortung akzeptieren wir heute nicht mehr ohne weiteres. Vielleicht von den Anhängern *Friedrich von Hayeks* einmal abgesehen, bestreitet heute kein Liberaler mehr die Notwendigkeit, mit staatlicher Regelbildung und Intervention die Voraussetzungen der Freiheit zu sichern, soziale Diskrepanzen der Lebensverhältnisse sinn- und maßvoll auszugleichen sowie den Zusammenhalt in politischen Gemeinschaften zu erhalten. Aber vielleicht haben sich politische Aufklärung und eine moderner regulativer Sozialstaat inzwischen zu sehr in den Vordergrund geschoben, weil sich die Menschen ihrerseits zu sehr auf die Logik und die Potenz der Marktwirtschaft und der Regulations- und Integrationskraft des Rechts- und Sozialstaates verlassen haben. Wenn wir daran glauben, dass jenseits der Logik von Wissenschaft, Markt und Staat gar keine kulturelle Lebenswelt zu existieren vermag, keine Romantik, Differenz und Eigenwilligkeit bis an die Grenzen des von Tabus geschützten Kernbereichs heran eine Daseinsberechtigung hat, dann wächst ein mächtiger Trend, der vormodernen Gesellschaften nicht nur bekannt, sondern heilig war: Die Sehnsucht nach *prästablierter Harmonie*, eine möglichst perfekte Synchronisierung von individuellem Verhalten und gesellschaftlichen Funktionserfordernissen. Das normative formulierte Verhaltenscredo wird über universale Menschenrechte zu einer gleichsam naturnotwendigen Eigenschaft, deren Einsichten nur von Feinden der freiheitlichen Gesellschaft bestritten werden können. Wer aber dann doch nicht dem (Aber)glauben eines ewigen Fortschritts anhängt, muss sich darauf gefasst machen, dass Muster sozialer Integration aus der Ideengeschichte

---

<sup>16</sup> *Ferdinand Tönnies*, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, erstmals erschienen 1887, Neudruck der 8. Auflage von 1935, 1991.

<sup>17</sup> *Mirandola*, *De hominis dignitate*.

wiederkehren, aber weitgehend unkenntlich sind. Die Absicht, mit den Mitteln des Rechts und damit des kollektiven Zwangs Vorurteile und die Spannungen kultureller Fragmentierung und Bedrohungslagen aller Art möglichst umfassend, möglichst präventiv zu beseitigen, lässt sich von einem neuen postmodernen *Harmonismus* leiten und wird die Konsequenzen personaler Freiheit und Selbstverantwortung letztlich für überwindbare Hindernisse halten.

## VI.

Die flächige Ausdehnung der regulativen Bekämpfung von Diskriminierung in Wirtschaft und Gesellschaft macht aber auch das zunichte, was eine kluge staatlich-republikanische Aufklärung schon immer zu leisten vermochte. Wer immer stärker in Unterscheidungsverboten denkt, wird zum Gefangenen gerade auch der moralisch abgelehnten Unterscheidung. Dies machen zwei Beispiele deutlich. Wenn Art. 3 Abs. 3 GG anordnet, dass niemand wegen seiner Rasse benachteiligt oder bevorzugt werden darf wird damit eine Unterscheidung perpetuiert, die heute im Grunde kein vernünftiger Mensch mehr überhaupt denkt. Was soll überhaupt eine Rasse sein? Ist der Rassebegriff, als Binnenunterscheidung angewandt auf die Menschenrasse von vorneherein nicht ein Verstoß gegen die Würde des Menschen? Ich würde soweit nicht gehen, aber das Problem wird mit diesen aufgeworfenen Fragen deutlich. Jede Aussage macht die Negation wahrscheinlicher als die Nichtaussage. Wer rassistische Unterscheidungen verbietet, hält es für möglich, dass man so unterscheidet und er hebt mit dem Verbot und seiner Aktualisierung genau diese Möglichkeit hervor. Wer die gesamte Gesellschaft darauf befragt, in welchen Elitepositionen Frauen noch unterrepräsentiert sind, entfacht als unerwünschte Nebenwirkung immer wieder neu ein Denken in Geschlechtsverhältnissen, womöglich noch entlang der politisierenden Freund-Feind-Linie. Dies kann in einem Entwicklungsstadium, in dem unsere Gesellschaft längst dazu

übergegangen ist, in künstlerischen Sublimierungen und alltagspraktischen Verhaltensstereotypen mit diversen neuen Rollenbildern zu experimentieren und selbstbestimmte Differenzen zuzulassen, geradezu asymmetrisch wirken.

Es tritt ein Zweites hinzu, die Frage nach der Gerechtigkeit des Merkmals verbotener Diskriminierung. Verlangt nicht der dominierende große Satz wonach alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, dass man auch Diskriminierungsschutz gleich gewährt? Die gleichheitsgebotene Vollständigkeit der Merkmale verbotener Differenzierung lässt sich aber, wenn nicht durch konsequente Diät, nur durch immer größere Ausdehnung erreichen. Warum kein Diskriminierungsverbot für alleinerziehende Väter oder Mütter mit mehreren minderjährigen Kindern, die nachweislich auf Probleme stoßen, angemessenen Wohnraum zu finden? Warum kein Diskriminierungsverbot für Arbeiterkinder, für den Nachwuchs von Migranten? Warum soll bei einer Quotenregelung die wohl situierte, an englischen Eliteschulen ausgebildete Tochter eines Unternehmensvorstandes dem Sohn eines Fernfahrers oder einer Briefträgerin vorgezogen werden, der mühevoll allein alle Widerstände seiner sozialen Herkunft überwunden hat? Werden für Migranten, Dickleibige, für Unansehnliche, für Männer mit früher Glatze oder geringer Körpergröße nicht auch über Diskriminierungsverbote nachdenken müssen? Ist die kanadische Überlegung, dass stark Übergewichtige statt einen Sitzplatz im Flugzeug gleich zwei zum Preis von einem beanspruchen können<sup>18</sup>, nicht ein Vorbote für ein Antidiskriminierungsdenken mit dem Talent zur Dekomposition der allgemeinen Gleichheit und der funktionellen Marktgerechtigkeit? Wer übrigens bezahlt den zweiten Sitzplatz, vielleicht die Mutter, die im selben kanadischen Flugzeug für sich und ihre dreijährige Tochter den vollen Flugpreis für zwei Personen zu entrichten hat? Und wenn man das immer weiter in Kategorien der Gruppengerechtigkeit denkt, kommt man dann nicht völlig weg von dem

---

<sup>18</sup> Mit seiner Entscheidung vom 20. November 2008 hat der Supreme Court of Canada eine entsprechende die Fluglinien belastende Regelung bestätigt.

großen humanistischen Gedanken, dass wir den Menschen an sich, als vernunft- und freiheitsbegabtes Gattungswesen verstehen sollen? Fahren wir nicht auf der Bahn der Abstrahierung von angeborenen Besonderheiten – der Gleichheit vor dem Gesetz – wie Geisterfahrer in die Gegenrichtung einer immer weiteren Konkretisierung, Versäulung und Gruppenbildung?

## VII.

Und kann eigentlich die Politik die Geister, die sie rief, noch wirklich beherrschen? Sind es nicht gerade die Unterscheidungsverbote, die sich in besonderer Weise unvorhergesehen auswirken? War denn die großzügige Handhabung von Vorruhestandsregelungen, die es den Unternehmen erlaubte, ohne schlechtes Gewissen und ohne Proteste gerade die älteren Arbeitnehmer schon Jahre vor Erreichen des Rentenalters und ohne Einkommensverluste in den Ruhestand zu schicken, ein Begünstigung oder eine Benachteiligung älterer Arbeitnehmer? Gleiches Geld ohne Arbeit zu bekommen, scheint eine Gunst, aber die sanfte Abdrängung von der Werkshalle auf die Parkbank kann auch anders gesehen werden. Wenn allerdings Arbeitgeber in Umkehr dieser Abschiebekultur wieder mit Anreizen gelockt werden sollen, Arbeitnehmer mit Mitte 50 wieder einzustellen, kann sich auch dass wie Kommission und Europäischer Gerichtshof gezeigt haben, schnell wiederum als Diskriminierung verstanden werden<sup>19</sup>. Wo in anderen Feldern das Europarecht die Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit immer weniger erlaubt, kommt es zu Problemen, wie die politische Gesamtverantwortung für die Übertragung von Lasten und die Gewährung von Leistungen dann noch sinnvoll und gleichheitsgerecht wahrgenommen werden soll.

---

<sup>19</sup> EuGH Urteil vom 22.11.2005 C-144/04.

Das Bundesverfassungsgericht hat vor kurzem mit dem Maßstab des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 GG einen beamtenrechtlichen Versorgungsstreit zu entscheiden, bei dem der EuGH für einen bestimmten Zeitraum schon das Feld bestellt hatte. Eine Teilzeitbeamtin stand bei der Versorgung geringfügig ungünstiger dar als wenn sie das gleiche Arbeitszeitquantum über eine entsprechend kürzere Dienstzeit, aber vollbeschäftigt erbracht hätte. Auch das Bundesverfassungsgericht schließt sich der in der Wirkung für den Gesetzgeber schwer berechenbaren dogmatischen Figur der mittelbaren Diskriminierung an und schlussfolgert, dass eine Benachteiligung von Frauen vorliegt, wenn Teilzeitbeamte mehrheitlich weiblichen Geschlechts sind. Aber es hat auch etwas anderes anklingen lassen, nämlich dass ein Problem gibt, wenn ein solch weitreichendes Denken in Diskriminierungsverboten gleichsam ungefiltert in das Privatrechtsverhältnis übertragen wird. „Dieses, die Gestaltungsfreiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers einschränkende Verständnis kollidiert mit den grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen hier schon deshalb nicht, weil es vorliegend nur den Staat als Verpflichtungsadressaten im Verhältnis zum Bürger, hier zu den Beamten und Versorgungsempfängern, betrifft. Inwieweit das Diskriminierungsverbot und insbesondere auch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung in das Verhältnis zwischen Privaten hineinwirkt (...), kann im vorliegenden Fall dahinstehen.“<sup>20</sup>

In der rechtspolitischen Diskussion sollte man diese Frage einer möglichen Kollision mit den grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen allerdings nicht dahinstehen lassen, sondern gemeinsam diskutieren. Es gibt Diskriminierung, ohne Zweifel. Sie entsteht und verstärkt sich, wenn der Sinn für sittliches Verhalten und die soziale Selbstkontrolle der Gesellschaft im Alltag schwinden, wenn der Ethos einer gleichheitsgerechten Freiheit verblasst, die ihren Bezugspunkt in der

---

<sup>20</sup> BVerfG ... zitiert wurde hier zur entsprechenden Kritik an der Drittwirkung gemeinschaftsrechtlicher Grundfreiheiten: Claus-Wilhelm Canaris, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle <Hrsg.>, Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 29 <46 f.>).

angeborenen Würde eines jeden Menschen findet. Die schlimmsten Fälle der Diskriminierung gehen mit dem Wiederaufblühen von Gewalt, Verwahrlosung und mit neuen rechtsfreien Räumen einher, sie wuchert dort am schlimmsten und häufig versteckt, wo weder bürgerliche Zivilgesellschaft noch befriedender Staat hinreichen. Der Staat wird deshalb als erstes für effektive Sicherheit auf Straßen und in Wohnvierteln sorgen, seine Anstrengungen für gute Bildung und Erziehung in Schulen verstärken, bevor er mit Gesetzen auf gruppen- und klienteltypisierte Sozialharmonien hinwirkt, die ihn nichts kosten, aber zivilgesellschaftliche Verantwortung verkleinern. Gegen verbotene, gegen ausgrenzende Diskriminierung im Alltag zu kämpfen, bleibt noch vor jedem staatlichen Recht die erste Aufgabe einer bürgerlichen Gesellschaft, die alle Menschen unterschiedslos einlädt, die großen Angebote der Freiheit anzunehmen und ihr Leben selbstbestimmt und in Achtung der Anderen zu gestalten.