

## Paradigmen des Antidiskriminierungsrechts

„Das Geschrei war groß. Neger, Schwule, Frauen, Einarmige und andere Ungleiche würden in unsere Wohnungen, Arbeitsstätten, Turnhallen drängen. Und wir müssten sie alle reinlassen. Das war jetzt schließlich Gesetz geworden.“ Mit diesen sarkastischen Worten kommentiert *Rainer Maria Kiesow* das Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im August 2006.<sup>1</sup> Tatsächlich war wohl kaum ein Gesetzgebungsvorhaben der letzten Jahre von einer derart hitzigen juristischen wie gesellschaftlichen Debatte begleitet. Mit Polemik bis hin zum Totalitarismusvorwurf<sup>2</sup> wurde nicht gespart. Das Ausmaß der Aufregung scheint angesichts der durch das AGG erstrebten Regelungsziele zunächst verwunderlich. Das AGG soll als Umsetzung europarechtlicher Vorgaben „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern oder beseitigen“ (§ 1 AGG). Offensichtlich ist der Bezug zum menschenrechtlich fundierten<sup>3</sup> Gleichheitsgebot, das in Deutschland über Art. 3 GG i.V.m. Art. 1 III GG alle öffentliche Gewalt bindet. Dass staatliche Stellen in ihrem Handeln einem Willkürverbot unterliegen<sup>4</sup> und weitergehend jede Ungleichbehandlung des Einzelnen durch hoheitliches Handeln unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden muss,<sup>5</sup> unterliegt keinem Zweifel.

Dennoch stößt ein Gesetz auf heftigen Widerstand, welches dieselben Rationalisierungsanforderungen, die in Bezug auf die öffentliche Gewalt völlig unbestritten sind, an privates Handeln stellt. Antidiskriminierung wird gerade im zivilrechtlichen Diskurs oftmals (miss)verstanden als Einschränkung einer privaten Autonomie, welche immer auch die Freiheit zur Ungleichbehandlung umfassen müsse.<sup>6</sup> Häufig wird hierbei allerdings übersehen, dass die Grenzen zwischen öffentlicher und privater Machtausübung nicht immer so klar zu ziehen sind wie es die vermeintliche Dichotomie „private Freiheit vs. öffentliche Regulierung“ suggeriert. Dabei führt diese Zweiteilung teilweise zu kaum nachvollziehbaren Wertungswidersprüchen. Die öffentliche Hand etwa ist auch dann an die Grundrechte, insbesondere, Art. 3 I GG gebunden, wenn sie privatrechtlich handelt,<sup>7</sup> während eine unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte überwiegend abgelehnt wird<sup>8</sup> – obwohl diese z. T. faktisch dieselben Aufgaben wahrnehmen. So ist etwa die Grundrechtsbindung privatisierter Staatsunternehmen wie der Deutschen Post AG nach wie vor weitgehend ungeklärt.<sup>9</sup>

1 *R.M. Kiesow*, Gleichgeblieben: Adomeit, myops 2008, 52.

2 S. etwa *E. Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2007, 540, 541.

3 Vgl. nur Art. 26 IPbpr.

4 BVerfGE 4, 144 (155).

5 BVerfGE 55, 72 (88).

6 So *E. Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2007, 540, 544.

7 BVerfGE 98, 365 (395).

8 Klassisch der Überblick bei *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201.

9 Vgl. *H. Dreier*, in Dreier, GG, Art. 1 III Rn. 70.

Vor diesem Hintergrund verweist die Frage nach den Grundsätzen des Antidiskriminierungsrechts auf eine gesellschaftspolitische Debatte, in der sich Modelle sozialer Ordnung und politische Steuerungsmodelle gegenüberstehen, die sich in unterschiedlicher Weise zwischen den Gegensatzpolen Staat – Gesellschaft,<sup>10</sup> Öffentlich – Privat,<sup>11</sup> Wohlfahrtsstaat – Liberalismus<sup>12</sup> verorten. Die teilweise konträren Positionen werden zwar unter Bezugnahme auf absolute Werte gerechtfertigt (Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit, Effizienz), diese werden jedoch mit derart unterschiedlichen Inhalten verknüpft, dass sie weniger der Erklärung als vielmehr der Verschleierung des jeweiligen Standpunkts zu dienen scheinen.<sup>13</sup>

Im Antidiskriminierungsrecht werden diese unterschiedlichen gesellschaftlichen Ordnungsmodelle manifest. In Anlehnung an *Jürgen Habermas*<sup>14</sup> und *Gunther Teubner*<sup>15</sup> lassen sich dabei drei Paradigmen ausmachen, die dem Antidiskriminierungsrecht teils synchron, teils diachron zu Grunde liegen.

Dies ist zunächst das **formale Paradigma** der Gleichberechtigung, welches sich am liberal-bürgerlichen Formalrecht des 19. Jahrhunderts orientiert. Mit großer Emphase stellt dieses Modell die Privatautonomie ins Zentrum ihrer Zivilrechtskonzeption. Das „enthusiasmierende Pathos“<sup>16</sup> der Französischen Revolution und Topoi wie die „still wirkenden Kräfte“ *Savignys* oder *Böhms* „Privatrechtsgesellschaft“ verbinden sich dabei mit einer liberalen Staatsauffassung im Sinne *Kants*, wonach der „Zweck a priori des Staates allein die Verwirklichung und Sicherung des Rechtsgesetzes (ist), die Verfolgung empirischer Zwecke, gerichtet auf die Glückseligkeit der Bürger, gehört nicht dazu“.<sup>17</sup> Antidiskriminierungsrecht wird unter diesen Vorzeichen gedacht als Verwirklichung formaler Gleichheit im Sinne einer Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz. Das Gleichheitsgebot richtet sich damit notwendigerweise zuerst an den Staat als Institutionalisierung der praktischen Vernunft.

Zugleich enthält dieses liberale Paradigma aber auch den Kern eines weitergehenden Anerkennungs- und Gleichbehandlungsanspruchs, der im Verhältnis der freien und gleichen Rechtsgenossen untereinander Geltung begehrt und in erster Linie auf das uni-

10 Zu dieser liberalen Antinomie vgl. bes. die Beiträge in E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft* (1976).

11 Aus juristischer Sicht vgl. nur *M. Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41 ff.

12 Klassisch *F. Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1963).

13 In diesem Sinne allgemein *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1992), S. 97: „Die Bezugnahme auf Werte eröffnet die Möglichkeit, sich Legitimität zu beschaffen und sich zugleich die Entscheidung von Wertkonflikten – also aller Entscheidungen – offen zu halten.“

14 Sehr deutlich in *J. Habermas*, 17 Paradigms of Law, *Cardozo Law Review* 771 (1995), wo auch speziell auf das Beispiel des Gleichstellungsrechts eingegangen wird.

15 Vgl. *G. Teubner*, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, *ARSP* 68 (1982), 13.

16 Hasso Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung, *JZ* 1999, 1065.

17 E.-W. Böckenförde, Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht. Konkretisierungen und Realisierung öffentlicher Interessen*, Berlin 2002, S. 43, 61.

verselle Prinzip der gegenseitigen Zuerkennung gleicher Würde zurückgeführt wird.<sup>18</sup> Grundlage dieser Auffassung ist damit ein freiheitliches Verständnis der Menschenwürde als eines Achtungs- und Anerkennungsanspruchs des Einzelnen in der sozialen Interaktion, der sich aus der individuellen Autonomie selbst herleitet.<sup>19</sup> Anders als es verkürzende Bezugnahmen in der gegenwärtigen Diskussion nahe legen, besteht damit für das formal-liberale Paradigma gerade kein Gegensatz zwischen Freiheit und Gleichheit, vielmehr sind diese beiden Ziele gleichursprünglich und ineinander verschrankt.

Aus einem solchen Gleichheitsverständnis folgen allerdings auch die Grenzen einer in diesem Sinne liberalen Konzeption des Antidiskriminierungsrechts. Indem Gleichheit auf die Autonomie des Einzelnen gegründet wird, die dabei immer schon vorausgesetzt wird, erschöpft sie sich in dem formalen Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.<sup>20</sup> Sie gebietet nicht mehr und nicht weniger als die Rechtfertigung von Ungleichbehandlung unter den Maßstäben der Allgemeinheit und Vernünftigkeit, ist also im Kern ein Rationalisierungsgebot. Seine rechtliche Verwirklichung findet dieses Paradigma damit zunächst und zuvörderst im allgemeinen Gleichheitssatz als einem allgemeinen Rationalisierungsgebot, der (wie in Art. 3 II GG oder § 1 i. V. m. § 7 AGG) um absolute Diskriminierungsverbote ergänzt werden kann, welche bestimmte Unterscheidungsmerkmale als irrational kennzeichnen und damit jeder Möglichkeit der Rechtfertigung von vornherein entziehen.

Ein solches Verständnis des Gleichbehandlungs- als eines Rationalisierungsgebots impliziert indes auch einen ganz bestimmten Rationalitätsbegriff, der sich mit *Max Weber* als „formale Rationalität“<sup>21</sup> kennzeichnen lässt. Eine Ungleichbehandlung ist danach gerechtfertigt, wenn sie in Bezug auf einen bestimmten anerkannten Zweck sachgerecht und verhältnismäßig, also vernünftig ist. In einer marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft werden diese Zwecke regelmäßig im Sinne ökonomischer Finalitäten definiert, die Mittel zu ihrer Erreichung können dann als verhältnismäßig gelten, wenn sie im Sinne der (mikro)ökonomischen Theorie effizient sind. Dem formalen Paradigma des Antidiskriminierungsrechts ist damit eine Tendenz zur Bevorzugung wirtschaftlicher Erwägungen immanent. Explizit gemacht wird diese Präferenz heute allerdings nur von den Vertretern der so genannten „ökonomischen Analyse des Rechts“.<sup>22</sup>

Das Scheitern des formalen Paradigmas folgt schon aus der Paradoxie seiner eigenen Begründung. *Alexander Somek* zeigt diese Paradoxie am „Rätsel der unmittelbaren Diskriminierung“ auf.<sup>23</sup> Dabei erweist sich, dass gerade die vermeintlich irrationalen unmittelbaren Diskriminierungen durch eine einfache Perspektivenverschiebung als durchaus rational erscheinen können. Der Gastwirt, der erklärtermaßen keine Schwulen einstellt, agiert auf den ersten Blick irrational, seine Diskriminierung scheint schon unter formalen Gesichtspunkten nicht rechtfertigungsfähig. Der zweite Blick mag jedoch eine

18 *D. Schiek*, in AGG, Einl. Rn. 43 kennzeichnet dies als „individualistisches Verständnis des Antidiskriminierungsrechts“.

19 Vgl. nur *G. Robbers*, in Umbach/Clemens, GG, Art. 1 Rn. 9.

20 Vgl. *C. Starck* in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 10.

21 Zum Begriff vgl. *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), Erster Teil, II § 9.

22 Vgl. dazu *G. Thüsing*, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, RdA 2003, 257.

23 *A. Somek*, Neoliberale Gerechtigkeit: Zur Problematik des Antidiskriminierungsrechts, DZ-Phil 51 (2003), 45, 51 ff.

nur zu rationale Motivlage des Gastwirts enthüllen, der angesichts der Vorurteile seiner Kundschaft Umsatzeinbußen befürchtet. Das formale Paradigma perpetuiert damit, indem es sie rationalisiert, tatsächlich existierende gesellschaftliche Ungleichheit; formale Gleichheit ist nur um den Preis materieller Ungleichheit zu haben. Dies führt dazu, dass das formale Paradigma im Laufe des 20. Jahrhunderts zunehmend aufgegeben wird, am deutlichsten im Rahmen der Emanzipation der Schwarzen in den USA, wo sich auf der einen Seite der Supreme Court von seiner so genannten „Colorblindness“-Doktrin löst,<sup>24</sup> und auf der anderen Seite die Civil Rights-Bewegung ab den 1960er Jahren den Kampf um Gleichberechtigung in die Gesellschaft hinein trägt.

Seit Mitte des 20. Jahrhunderts wird damit die Dominanz des formalen Gleichbehandlungsgedankens zumindest teilweise abgelöst durch ein **materiales Paradigma** des Antidiskriminierungsrechts, welches mit der politischen Entwicklung der westlichen Staaten in Richtung eines wohlfahrtsstaatlichen Modells korreliert. Es griffe jedoch zu kurz, dieses Paradigma auf seinen verteilungspolitischen Ansatz zu reduzieren und diesen antagonistisch dem abgelösten formal-liberalen Modell gegenüberzustellen.

Das materiale Gleichbehandlungsparadigma begreift sich keineswegs als Gegensatz, sondern vielmehr als notwendige Ergänzung des liberalen Modells. Die Paradoxie der rationalen Diskriminierung wird hier aufgelöst, indem das Antidiskriminierungsrecht seinen rein handlungsbezogenen Ansatz aufgibt und nun auch die realen gesellschaftlichen Verhältnisse und die tatsächlichen Auswirkungen sozialen Handelns in den Blick nimmt. Greifbar wird damit auch das Phänomen der mittelbaren Diskriminierung, bei der eine formal unterschiedslose Behandlung sich tatsächlich auf bestimmte Bevölkerungsgruppen besonders nachteilig auswirkt (Bsp.: tatsächliche Diskriminierung von Frauen über Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten).<sup>25</sup>

Argumentiert wird auch hierbei mit der Menschenwürde, die nun aber nicht mehr nur als abstrakter Achtungsanspruch des Individuums begriffen wird, sondern auch die tatsächliche Teilhabe benachteiligter Gruppen an der Gesellschaft sicherstellen will.<sup>26</sup> Menschenwürde wird dabei häufig unter kommunitaristischen Vorzeichen verstanden als die auch und gerade in der Gruppe realisierte Identität des Einzelnen; Gleichbehandlung zielt damit letztlich auf gesellschaftliche Inklusion.<sup>27</sup> Der Blick des Antidiskriminierungsrechts richtet sich so vor allem auf bestimmte Personengruppen, die aus historischer Sicht über lange Zeit von der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen waren – etwa aufgrund von Rassismus oder Sexismus.

Die Dialektik des materialen Paradigmas liegt jedoch darin, dass dieses immer wieder Gefahr läuft, paternalistische Züge anzunehmen. Der Staat macht sich hierbei die Interessen bestimmter Bevölkerungsgruppen zueigen, die als kollektive Interessen definiert

24 Grundlegend *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 495 (1954.).

25 Vgl. dazu EuGH Rs. 96/60 (Jenkins), Slg. 1981, 911; weitere Beispiele für den Bereich der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen bei *Krebbler*, in Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 141 Rn. 45.

26 Deutlich zeigt sich dies etwa in der Rspr. des BVerfG, wonach sich aus Art. 1 Abs. 1 GG auch eine Verpflichtung des Staates ableiten lasse, ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger „erforderlichenfalls über Sozialleistungen“ zu sichern, vgl. BVerfGE 82, 60.

27 Vgl. *Schiek*, in AGG, Einl. Rn. 44. Zum Begriff der Inklusion aus Sicht der soziologischen (System)Theorie vgl. etwa *R. Stichweh*, Inklusion/Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft. Soziale Systeme 3 (1997), 123.

werden, und sucht diese imperativ und allgemeinverbindlich durchzusetzen. Notwendigerweise hat dies eine ganze Reihe von neuen Problemen zur Folge. Epistemologisch stellt sich die Frage nach der Feststellung und Beweisbarkeit „tatsächlicher“ Diskriminierung.<sup>28</sup> Begrifflich wird die Überlagerung unterschiedlicher sozialer Identitäten, die auch jenseits des von *Eduard Picker* konstruierten „behinderten weiblichen Transvestiten ausländischer Herkunft höheren Alters und nicht-christlichen Glaubens, der zudem einer esoterischen Lebensanschauung frönt“,<sup>29</sup> gesellschaftliche Realität ist, zum Problem. Aus Sicht der praktischen Politik schließlich scheint der mit dem materialen Rechtsparadigma einhergehende Steuerungsoptimismus überholt,<sup>30</sup> unintendierte Effekte staatlichen Eingreifens in die gesellschaftliche Interaktion scheinen gerade im Antidiskriminierungsrecht eher die Regel als die Ausnahme zu sein.<sup>31</sup> Viele Maßnahmen zur Behebung tatsächlicher Ungleichheit mögen nämlich ebenso gut zu einer Zementierung der bestehenden Verhältnisse führen. So kann etwa das Gebot der Schaffung eines behindertengerechten Arbeitsplatzes dazu führen, dass Arbeitgeber von einer Einstellung Behinderter von vornherein absehen.<sup>32</sup>

Zumindest in seinen groben Konturen beginnt sich daher in jüngerer Zeit ein drittes, **prozedurales Paradigma** des Antidiskriminierungsrechts abzuzeichnen. Auch dieses ist nicht als Gegenmodell sondern als Fortführung und Weiterentwicklung bisheriger Ansätze zu verstehen, aus deren zumindest teilweise Scheitern es die Lehren zu ziehen sucht. Wiederum setzt dieser Ansatz schon am Verständnis der Menschenwürde an, die unter den Bedingungen der Postmoderne ihre metaphysische Fundierung verliert. Vor allem in der Philosophie der Dekonstruktion hat diese Dezentrierung des Subjekts zwei Aspekte. Zum einen wird der von *Max Weber* konstatierte „Polytheismus der Moderne“ als Ausdruck einer Zersplitterung der von der Aufklärung noch vorausgesetzten Einheit der kommunikativen Rationalität verstanden. Die Gesellschaft wird damit beschreibbar als Inbegriff weitgehend selbstgenügsamer „Sprachspiele“<sup>33</sup> oder „Diskurse“,<sup>34</sup> die ihre je eigenen Rationalitätsimperative ausbilden und deren Kategorien untereinander inkommensurabel<sup>35</sup> sind, seien es Wirtschaft, Recht, Moral oder Politik.<sup>36</sup> „Subjektivität“

28 Zu diesem Komplex vgl. nur aus US-amerikanischer Perspektive Note: Brown Footnote Eleven in Historical Context: Social Science and the Supreme Court's Quest for Legitimacy, 54 Stanford Law Review 793 (2002).

29 *E. Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2007, 540, 542.

30 Vgl. nur *H. Willke*, Enzauberung des Staates (1983).

31 Auch dies ist natürlich im Kern ein epistemisches Problem; zur (Un)möglichkeit der Folgenberücksichtigung im Recht s. bes. *G. Teubner*, Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, Rechtstheorie 1975, 179, 181 sowie *G. Lübbe-Wolf*, Rechtsfolgen und Realfolgen: Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen? (1981).

32 Vgl. dazu *Thüsing*, Gedanken zur Effizienz arbeitsrechtlicher Diskriminierungsverbote, RdA 2003, 257, 263.

33 Grundlage für diese Begriffsbildung ist vor allem eine skeptizistische Lesart von *L. Wittgensteins* Philosophischen Untersuchungen (1953), wie sie sich besonders bei *S. Kripke*, Wittgenstein on Rules and Private Language: an Elementary Exposition (1982) findet.

34 Zum Diskursbegriff vgl. bes. *M. Foucault*, L'archéologie du savoir (1969).

35 Das Konzept der Inkommensurabilität geht insbesondere auf die Untersuchung wissenschaftlicher Paradigmen(wechsel) bei *T.S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions (1962) zurück.

36 Fortgeführt wird dieser Gedanke in der Systemtheorie: *N. Luhmann*, Soziale Systeme (1984).

wird dementsprechend verstanden als eine Konstruktion sozialer Sprachpraxis, womit auch die Multiplizität und die Veränderbarkeit sozialer Identitäten abbildbar wird.<sup>37</sup> Zum anderen wird aber gerade die Kategorie der Anerkennung nun zunehmend wieder transzendent gedacht.<sup>38</sup> Ihren Grund soll die Menschenwürde dabei gerade im unverständlichen Anderssein des Anderen finden, das der sozialen und kommunikativen Praxis immer unerreichbar bleibt.<sup>39</sup>

Angesichts dieser neuen (alten?) Unübersichtlichkeit wandelt sich notwendigerweise auch das (Selbst)Verständnis des Antidiskriminierungsrechts. Weder die „bounded rationality“<sup>40</sup> der Politik kann beanspruchen, hierfür eine universelle (Verteilungs)Regel anzugeben, noch ein rein ökonomisches Effizienzverständnis. Letzteres legt schon der Effizienzbegriff selbst nahe, impliziert er doch eine bestimmte Zweck-Mittel-Relation, die bei einer weiten Zweckbestimmung („gesellschaftliche Wohlfahrt“) die Pluralität gesellschaftlicher Interessen kaum abbilden kann, bei einer engeren Zweckbestimmung jedoch immer der Gefahr des ökonomischen Reduktionismus anheim fällt.<sup>41</sup> Konsequenz daraus kann letztlich nur sein, den Anspruch einer allumfassenden Regelbarkeit menschlicher Interaktion durch die Politik, aber auch durch die Wirtschaft aufzugeben und die Verantwortung für die Verwirklichung individueller Achtungs- und Gleichbehandlungsansprüche weitestgehend in den Bereich des Gesellschaftlichen zurückzuverweisen.<sup>42</sup>

Freilich setzt dies voraus, dass die Bedingungen für eine gesellschaftliche Verständigung über die gegenseitige Anerkennung unter den Voraussetzungen individueller wie politischer Autonomie überhaupt erst geschaffen werden.<sup>43</sup> Das Recht bleibt dafür unerlässlich, muss seine Regelungsprogramme aber auf die Bedingungen gesellschaftlicher Kontingenz umstellen, Perspektiven solcher „Einlassungen auf/Zulassungen von Autonomien (alias Freiheiten, Erfahrungen und Eigensinnen usw.) unter vorbehaltenen

37 Das äußert sich insbesondere in der Verknüpfung von poststrukturalistischer Philosophie und Gender Studies s. nur *J. Butler*, *Gender Trouble* (1990.).

38 Besonders deutlich in den späten Schriften von *J. Derrida*, vgl. nur *Force de loi : le ,fondement mystique de l'autorité'*, 11 *Cardozo Law Review* 919 (1990).

39 *E. Levinas*, *Totalité et infini* (1961); in eine ähnliche Richtung geht unter konstruktivistischen Vorzeichen der Begriff des „Eigenwerts“ bei *H. von Foerster*, *Wissen und Gewissen* (1997).

40 Für die Modellierung ökonomischer Akteure prägt den Begriff *H. Simon*, *Models of Man* (1956).

41 Vgl. schon *K. Marx*, *Das Kapital*, Bd. I, S. 636 Fn. 63: „Jeremias Bentham ist ein rein englisches Phänomen. Selbst unsern Philosophen Christian Wolf nicht ausgenommen, hat zu keiner Zeit und in keinem Land der hausbackenste Gemeinplatz sich jemals so selbstgefällig breitgemacht. ... Mit der naivsten Trockenheit unterstellt er den modernen Spießbürger, speziell den englischen Spießbürger, als den Normalmenschen. Was diesem Kauz von Normalmensch und seiner Welt nützlich, ist an und für sich nützlich. An diesem Maßstab beurteilt er dann Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.“.

42 In diese Richtung etwa *K.-H. Ladeur/L. Viellechner*, *Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes*, *AVR* 46 (2008), 42, 71 f.

43 Vgl. *J. Habermas*, *Paradigms of Law*, 17 *Cardozo Law Review* 771, 780 (1995). In diese Richtung dezidiert auch *I. Maus*, *Perspektiven "reflexiven Rechts" im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen*, *KJ* 1986, 390.



Kontrollen (Maßstäben, Foren Verfahren)<sup>44</sup> werden etwa im Verwaltungsrecht unter dem Stichwort „regulierte Selbstregulierung“ diskutiert.<sup>45</sup> Erste konkrete Ansätze für eine Umsetzung des prozeduralen Paradigmas im Antidiskriminierungsrecht finden sich vor allem bei Regulierungsmustern, die unter dem Stichwort des „soft law“ diskutiert werden: freiwillige Selbstverpflichtungen von Unternehmen („Corporate Social Responsibility“), die gerade unter den Vorzeichen einer durch mediale Massenkommunikation katalysierten „colère publique“ (*Durkheim*) zu weitgehenden faktischen Bindungen führen kann, Festlegung von Sozialstandards durch private Standardisierungsorganisationen wie die ISO, Förderung von Nichtregierungsorganisationen etc. Zu überlegen ist allerdings auch, ob die Durchsetzung von Antidiskriminierungsgrundsätzen im Privatrecht nicht über neue Modelle der Drittwirkung der Grundrechte erreicht werden könnte.<sup>46</sup>

C. Schon die Grundlagen des Antidiskriminierungsrechts erschließen sich damit erst vor dem Hintergrund bestimmter historisch situierter Vorverständnisse, die zwar in weiten Teilen auf dieselben (Wert)Begriffe rekurrieren, diese aber in sehr unterschiedlicher Weise verwenden. Insbesondere liegen diesen Begriffsverwendungen unterschiedliche Auffassungen über das Verhältnis von öffentlicher und privater Autonomie zugrunde. Der Prekarität dieses Verhältnisses kann unter Bedingungen eines durch Privatisierung und Internationalisierung herausgeforderten Nationalstaats durch eine prozedurale Konzeption des Antidiskriminierungsrechts Rechnung getragen werden. Diese spiegelt sich allerdings bisher allenfalls teilweise in den einschlägigen Gesetzgebungsakten und –vorhaben wider. Nachdem die stark ideologisierten Debatten um Sinn und Unsinn eines Antidiskriminierungsrechts abgeebbt sind, sollte sich der rechtspolitische Blick nunmehr den damit steuerungstheoretischen Implikationen des Themas zuwenden. Die für den Erfolg des Antidiskriminierungsrechts entscheidende Frage ist nämlich nicht nur eine der Sozialethik sondern auch und gerade die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Steuerung der Gesellschaft überhaupt.

44 R. Wiethölter, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in Joerges/Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht* (2003), S. 113, 18.

45 Zur der verwaltungsrechtlichen Diskussion des v.a. auf W. Hoffmann-Riem zurückgehenden Begriffs vgl. die Beiträge zum Symposiumsband *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats* (Berlin 2001).

46 Vgl. G. Teubner, *Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure*, *Der Staat* 45 (2006), 161.