

## INHALT

Vorwort .....	7
Einleitung .....	9

### I GLEICHHEIT UND DIFFERENZ (HALLE 2010)

*Franziska Martinsen*

Auch nachts sind nicht alle Katzen grau. Zum Verhältnis von Gleichheit und Differenz .....	19
---	----

*Stephan Ast*

Gleichheit, Differenz und Generalisierung – Was es heißt, sich nach einer generellen Norm zu richten .....	31
---	----

*Thomas Grosse-Wilde*

Gleichheit und Differenz in der Strafzumessung .....	45
--	----

*Norbert Paulo*

Eine partikularistische Sicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz .....	59
---	----

*Tim Wihl*

Egalitärer Minimalconstitutionalismus. Gleichheit als notwendige und hinreichende Bedingung des demokratischen Verfassungsstaates .....	77
---	----

*Michael Grünberger*

Das Prinzip der personalen Gleichheit. Eine Skizze des Rechtfertigungsmodells von Gleichbehandlungspflichten privater Akteure .....	91
---	----

*Tilman Altwicker*

Rechtsethische Rekonstruktion des Diskriminierungsverbots .....	107
---	-----

*Pawel Polaczuk*

Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls. Grundriss der Kritik .....	121
--	-----

### II UNPARTEILICHKEIT UND UNIVERSALISIERUNG (LUZERN 2011)

*Klaus Mathis*

Unparteilichkeit .....	133
------------------------	-----

TILMANN ALTWICKER

## RECHTSETHISCHE REKONSTRUKTION DES DISKRIMINIERUNGSVERBOTS

Das Problem der Diskriminierung wird bislang zu selten zum Gegenstand einer philosophischen Untersuchung gemacht. Gerade die neuen, subtileren Formen der Diskriminierung, die das Nichtdiskriminierungsrecht besonders beschäftigen, finden kaum Beachtung in der Ethik bzw. politischen Philosophie. Zugleich greifen aber juristische Ansätze oft zu unmethodisch auf ethische Prinzipien wie Menschenwürde, Inklusion oder Gerechtigkeit zurück, um den Zweck des Nichtdiskriminierungsrechts zu bestimmen. In diesem Beitrag wird mit der „rechtsethischen Rekonstruktion“ ein methodischer Vorschlag gemacht, wie eine deskriptive Rechtsethik sich des Diskriminierungsproblems annehmen könnte. Dabei werden die grundlegenden Urteile einer Letztentscheidungsinstanz auf ihr rechtsethisches Prinzip hin untersucht. Rekonstruiert man die Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts am Beispiel der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), so erweisen sich letztlich nur Gerechtigkeitsprinzipien als taugliche rechtsethische Prinzipien. Im Ergebnis wird festgehalten, dass bei Diskriminierungen Mittel des So-Sein-Könnens verkürzt bzw. ungerecht verteilt werden.

### 1 EINLEITUNG

Das Problem der „Diskriminierung“ steht in unmittelbarer Beziehung zum Themenkomplex von „Gleichheit und Differenz“. Das Modell des Nichtdiskriminierungsrechts ist – neben dem des allgemeinen Gleichheitsrechts – ein dogmatischer Behandlungsmodus, mit welchem menschenrechtliche Gleichheitsprobleme im Recht gelöst werden.<sup>1</sup>

Ausgangspunkt dieses Beitrags ist die Beobachtung, dass das Problem der Diskriminierung (zu) selten zum Gegenstand philosophischer Rückfrage gemacht wird. Es gibt mit anderen Worten keine umfassende Philosophie der Nichtdiskriminierung.<sup>2</sup> Insbesondere hat die philosophische Durchdringung des Diskriminierungsproblems mit der rechtlichen bislang nicht schritthalten können. Dabei hat das Modell der Nichtdiskriminierung im letzten Jahrzehnt sowohl im nationalen Recht (z. B. im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz), aber auch im Europarecht (z. B. Richtlinien zur Gleichbehandlung)<sup>3</sup> und im Völkerrecht (z. B. Art. 14 EMRK und Art. 1 Prot. 12 EMRK) beständig an Praxisbedeutung gewonnen. Der politische Stellenwert des

1 Zu Unterschieden und Gemeinsamkeiten beider Modelle sowie zu deren jeweiligen Vorzügen vgl. Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Berlin [u. a.] 2011, S. 49 ff.

2 Eine Ausnahme bildet Hellman, When Is Discrimination Wrong?, Cambridge/Mass. 2008. Einzelne Aspekte werden behandelt bei Arneson, What Is Wrongful Discrimination?, San Diego Law Review 2006 (43), S. 775–807; Heinrichs, What is discrimination and when is it morally wrong?, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2007 (12), S. 97–114; Horta, Discrimination in Terms of Moral Exclusion, Theoria 2010 (76), S. 314–332; Lippert-Rasmussen, Discrimination and the Aim of Proportional Representation, Politics, Philosophy and Economics 2008 (7), S. 159–182; Moreau, What is Discrimination?, Philosophy and Public Affairs, 2010 (38), S. 143–179.

3 S. z. B. RL 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterscheidung der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22; RL 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16; RL 2004/113/EG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37.

Nichtdiskriminierungsthemas steht angesichts der gegenwärtigen Debatten zur Integration von Migranten, Menschen mit Behinderungen, Andersgläubigen, um nur einige zu nennen, außer Frage. Die Sensibilisierung für Probleme der Diskriminierung scheint in unseren Gesellschaften zuzunehmen.

Mit diesem Beitrag soll der Versuch unternommen werden, die Kluft zwischen dem Nichtdiskriminierungsrecht und dessen ethischer Durchdringung zu verringern. Ziel ist es, einige Schlüsselfragen einer Philosophie der Nichtdiskriminierung zu formulieren und einen Lösungsansatz vorzuschlagen. Dabei soll wie folgt vorgegangen werden: Die deutliche Ausdifferenzierung des Modells der Nichtdiskriminierung in den letzten Jahren führt zu Praxisungewissheiten, die eine ethische Aufklärung nahelegen (2.). Die intendierte Vermittlung von Recht und Ethik ist Sache einer Rechtsethik. Diese bedarf einer Methode, die hier als „rechtsethische Rekonstruktion“ vorgestellt werden soll (3.). In der rechtsethischen Rekonstruktion der Nichtdiskriminierung stellen sich einige Schlüsselfragen, auf die im letzten Abschnitt eingegangen wird. Dazu gehören u. a. die Probleme, worin das ethische Prinzip der Nichtdiskriminierung besteht, und wie Diskriminierung durch Private ethisch analysiert werden kann (4.).

## 2 PRAXISUNGEWISSHEITEN UND FEHLEN EINER PHILOSOPHIE DER NICHTDISKRIMINIERUNG

Diskriminierung ist kein neues Phänomen. Zu jeder Zeit und in jeder Epoche gab es Menschen, die wegen eines personenbezogenen Differenzierungsgrunds, z. B. dem des Geschlechts, der ethnischen Herkunft oder der Religion, schlechter als andere behandelt wurden und werden. Neu – jedenfalls im Vergleich mit den meisten Freiheitsrechten – ist das menschenrechtliche Diskriminierungsverbot. Die ersten Diskriminierungsverbote tauchten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zunächst in der U.S.-amerikanischen Gesetzgebung und Rechtsprechung auf. Heute finden sich Diskriminierungsverbote in nahezu jedem Grund- und Menschenrechtskatalog.<sup>4</sup>

Manche Diskriminierungen, deren Zeuge wir werden, lösen heftige Gefühle moralischer Empörung aus: Man denke beispielsweise an den bekannt gewordenen Runderlass des französischen Innenministeriums, in dem die Präfekten aufgefordert werden, „systematisch“ unzulässige Lager (von Einwanderern) in Frankreich zu „zerstören“, und zwar „zuerst die der Roma“.<sup>5</sup> Im Grundsatz besteht international Einigkeit darüber, dass solche Diskriminierungen die Verletzung eines elementaren Menschenrechts darstellen. Dies kann nicht verwundern: Unter den Bedingungen der heutigen politisch-sozialen Vernunft können Ungleichbehandlungen nicht mehr mit Wertunterschieden zwischen Personen begründet werden. Man spricht insofern von einer „Moral der gleichen Achtung“.<sup>6</sup> Verstöße dagegen, etwa wenn die Roma-Eigenschaft einer Person als Anknüpfungspunkt für eine Schlechterbehandlung genommen wird, stellen in einer gebräuchlichen Terminologie sogenannte „primäre

4 Zur Geschichte des Rechtsbegriffs der Diskriminierung näher Altwicker (Fn. 1), S. 103 ff.

5 „EU erwägt Strafverfahren gegen Frankreich“, FAZ-Online v. 14.10.2010, <http://www.faz.net/-01hu90> (letzter Aufruf: 6.3.2011).

6 Vgl. Gosepath, Gleiche Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 2004, S. 154 ff.

Diskriminierungen“ (Ernst Tugendhat) dar.<sup>7</sup> Um eine „primäre Diskriminierung“ handelte es sich etwa auch in dem berühmten Fall des U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson* (1896)<sup>8</sup>, in dem es um das Verbot für Afro-Amerikaner ging, in Eisenbahnabteilen für Weiße zu sitzen.

Das Modell der Nichtdiskriminierung hat in den letzten Jahrzehnten bedeutensame Ausdifferenzierungen erfahren. Neben den verpönten, direkten Diskriminierungen sind nunmehr auch subtilere Arten der Diskriminierung anerkannt: Etwa wenn in einem Fitnessstest für Feuerwehrleute ein Mindestniveau vorgeschrieben wird, das in der Praxis nur von Männern, nicht aber von Frauen erreicht wird.<sup>9</sup> Bisweilen beschwerten sich aber auch die Männer: Etwa wenn aufgrund einer behördlichen Auswahlpraxis regelmäßig mehr Männer als Frauen zum Schöffendienst herangezogen werden.<sup>10</sup> Eine andere Form subtiler Diskriminierung liegt vor, wenn die Diskriminierung nicht vom Staat, sondern von Privaten ausgeht, und sich der Staat in dieser Situation nicht schützend vor den Einzelnen stellt. So lag es beispielsweise in folgendem Fall: In einem Testament bestimmte eine Erblasserin, dass ihr künftiger Erbe selbst wiederum nur an ein Kind oder Enkel weitervererben dürfte, der aus einer „gesetzlich anerkannten und kirchlich geschlossenen Eheverbindung“ hervorgegangen sei.<sup>11</sup> Hier wollte man also in gutbürgerlicher Manier den antizipierten künftigen Fehlritten der eigenen Kinder vorbeugen. Darf der Staat ein solches Testament als wirksam behandeln oder liegt eine Diskriminierung gegen uneheliche Kinder vor?

Zu Recht wird man in den erwähnten Fällen bemerken, dass sich unsere moralische Empörung hier in Grenzen hält. Es handelt sich – wiederum in der Terminologie Tugendhats – um sog. „sekundäre Diskriminationen“, bei denen der Staat gerade keinen vorausliegenden Wertunterschied zwischen Personen macht.<sup>12</sup> Es sind diese „sekundären Diskriminationen“, die in der gegenwärtigen Dogmatik des nationalen und internationalen Menschenrechtsschutzes besonders umstritten sind. Gerade im Bereich der „sekundären Diskriminationen“ bestehen große Praxisunsicherheiten. So taucht immer wieder die Frage auf, ob – außer der Ungleichheit als Resultat eines Verhaltens – auch noch ein Diskriminierungsbewusstsein zu fordern sei. Um im Beispiel zu bleiben: Muss die weibliche Feuerwehranwärterin nachweisen, dass den Verantwortlichen die ungleiche Behandlung von Männern und Frauen bewusst war, oder genügt es, dass sie lediglich das Resultat der Tests, dass nämlich wesentlich weniger Frauen als Männer eingestellt werden, darlegt? Ein andere Praxisungewissheit besteht darin, dass die Reichweite des Diskriminierungsverbots unklar ist: Sollen auch Diskriminierungen durch Private unterbunden werden? Im obigen Beispiel ist zu fragen, ob der Erblasser uneheliche Kinder seines Erben von der gewillkürten Erbfolge ausschließen durfte bzw. ob der Staat diese Verfügung als unwirksam behandeln musste.

7 Tugendhat, Vorlesungen über Ethik, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1994, S. 375.

8 U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

9 Canadian Supreme Court, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

10 EGMR, 20.6.2006, *Zarb Adami*, Nr. 17209/02.

11 EGMR, 13.07.2004, *Pla und Puncernau*, Nr. 69498/01 = NJW 2005, S. 875 ff.

12 Tugendhat, (Fn. 7), S. 378.

Hier geht es um Fragen, auf die die Praxis immer wieder Antworten geben muss, ohne dass der Normtext der Diskriminierungsverbote besonders hilfreich wäre. Oft heißt es dort nur lapidar: Der Genuss bestimmter Rechte ist ohne Diskriminierung aufgrund bestimmter „verdächtiger“ Differenzierungsgründe (wie z. B. Herkunft, Religion, Geschlecht) zu gewährleisten.<sup>13</sup> Gerade bei Gleichheitsgrundrechten ist die dogmatische Anleitung durch den Normtext also meistens sehr gering. Zudem trifft man bei der Anwendung des Diskriminierungsverbots sehr schnell auf Probleme, die über die Dogmatik und ihre Möglichkeiten hinausweisen, etwa, wenn man sich die Frage stellt, worin das Gemeinsame der „verdächtigen“ Differenzierungsgründe besteht.

Mit dieser Frage, was „hinter“ dem Diskriminierungsverbot „steckt“, wird eine Frage gestellt, die in den Zuständigkeitsbereich der Philosophie fällt. Wie eingangs bereits erwähnt, gibt es gegenwärtig keine umfassende Philosophie der Nichtdiskriminierung. Das muss einigermaßen überraschen, denn an philosophischen Konzeptionen zum verwandten Problem der Gleichheit mangelt es bekanntlich nicht. Der Egalitarismus ist nach wie vor eine stark präsente Strömung der politischen Philosophie der Gegenwart. Hier sei nur auf John Rawls' Grundgüterkonzeption verwiesen, auf Ronald Dworkins Ressourcengleichheit oder Amartya Sens Fähigkeitengleichheit. Bislang wird die Nichtdiskriminierung, wenn die Philosophie diese – neben dem Gleichheitsproblem – überhaupt als ein eigenständiges Problem wahrnimmt, bloß themenspezifisch behandelt: So gibt es Ansätze zu einer Philosophie der Nichtdiskriminierung von Seiten der Philosophie des Feminismus oder der philosophischen Behandlung von Minderheitenfragen.<sup>14</sup> Neben der thematischen Beschränkung besteht in der Philosophie die Tendenz, den Diskriminierungsbegriff auf die Erscheinungsform der „primären“ Diskriminierung zu konzentrieren, d. h. auf Fälle, in denen eine Schlechterbehandlung Ausdruck eines Wertunterschiedes zwischen Personen ist.<sup>15</sup> Die Beschränkung der philosophischen Konzeptionen auf „primäre Diskriminierungen“ hat zur Folge, dass sich das Problem gerechtfertigter, personenbezogener Ungleichbehandlung oft gar nicht stellt. Zugleich sind es aber gerade die personenbezogenen Ungleichbehandlungen, die keinen Wertunterschied zwischen Personen machen, die im Recht besondere Schwierigkeiten bereiten. Überspitzt formuliert: Erst wenn die Philosophie die Möglichkeit *gerechtfertigter* Ungleichbehandlung aufgrund eines personenbezogenen Differenzierungsgrunds konzeptionell berücksichtigen kann, wird sie für das Recht interessant.

Die thematisch-begriffliche Selbstbeschränkung der Ethik macht einer Rechtswissenschaft, die von der Philosophie ethische Aufklärung erwartet, das Leben schwer: Als Dialogpartnerin drängt sich die Philosophie offenkundig gerade in dem juristisch besonders umstrittenen und wenig klaren Bereich der subtilen „sekundären Diskrimination“ nicht auf.

Dennoch muss man hier nicht haltmachen, sondern man kann sich fragen, wie Recht und Philosophie beim Problem der Diskriminierung miteinander in Verbindung treten können. Mit anderen Worten: Eine gewinnbringende Vermittlung zwi-

13 Vgl. etwa Art. 14 EMRK, Art. 2 Abs. 1 IPbPR.

14 Vgl. *Shrage*, Equal opportunity, in: *A.M. Jaggar/I.M. Young*, A Companion to Feminist Philosophy, Oxford 2000, S. 559 ff.; *Stone*, An Introduction to Feminist Philosophy, Cambridge 2007; *Kymlicka*, Multicultural Citizenship, Oxford 1995.

15 *Young*, Justice and the Politics of Difference, Princeton 1990, S. 196.

schen Recht und Philosophie bedarf hinsichtlich des Diskriminierungsproblems einer methodischen Vorbereitung, die im folgenden Abschnitt skizziert werden soll.

### 3 REKONSTRUKTION ALS RECHTSETHISCHE METHODE

Der Entwurf einer Philosophie der Nichtdiskriminierung ist Sache der Philosophie, genauer der Rechtsethik. Es lassen sich grob zwei Ansätze zur Rechtsethik unterscheiden:<sup>16</sup> Erstens kann Rechtsethik „normativ“ betrieben werden. Eine normative Rechtsethik trifft Aussagen über das Sein-Sollen des Rechts, gestützt auf moralische Normen oder Prinzipien. Zweitens kann Rechtsethik aber auch, wie hier, deskriptiv verstanden werden. In diesem Verständnis handelt es sich um denjenigen Teil der Rechtsphilosophie, der Aussagen über die ethische Verfasstheit des Rechts trifft und dabei systematisierend und klärend wirkt. Ziel eines deskriptiven Ansatzes ist die Aufklärung des Rechts über seinen ethischen Gehalt und die in ihm wirkenden ethischen Prinzipien, nicht aber, Aussagen über den moralisch gesollten Inhalt zu treffen.

Ein deskriptiver Ansatz der Rechtsethik geht davon aus, dass zu den Aufgaben des Rechtsphilosophen die Verbesserung der Rechtspraxis durch philosophische Orientierung gehört. Dabei werden die Autonomie des Rechts und die grundsätzliche Trennung von Recht und Moral anerkannt: Wir sollten keine Rechtsurteile mit dem Rawlsschen Maximin-Prinzip begründen oder UN-Sicherheitsratsmaßnahmen gegen Nordkorea auf § 60 der Kantischen Rechtslehre stützen, in welchem vom Recht gegen den „ungerechten Feind“ die Rede ist. Vielmehr geht es um ein ethisches Aufklärungsprojekt: Ein Recht, das um seine rechtsethischen Prinzipien weiß und sich zu diesen Grundlagen verhält, ist ein „verbessertes“ Recht.

Wie sieht das Vorgehen einer deskriptiven Rechtsethik aus? Hierfür soll die Methode der rechtsethischen Rekonstruktion vorgeschlagen und deren methodische Prämissen kurz vorgestellt werden:

(1) Erstens handelt es sich um eine Methode der Philosophie. Manchmal hat man den Eindruck, dass die Philosophie gleichsam als „Steinbruch“ der Jurisprudenz gebraucht wird. So werden gerade in der Debatte um Gleichheit und Nichtdiskriminierung mehr oder weniger kontrolliert Prinzipien der Menschenwürde, der Inklusion oder der Gerechtigkeit als rechtsethische Prinzipien behauptet. Bisweilen sollte man sich aber nicht nur über die Autonomie des Rechts, sondern auch über das Eigenrecht des philosophischen Gedankens im Klaren sein: Eine philosophische Aufklärung des Rechts ohne eine Kontext- und Herkunftsbetrachtung der angenommenen Prinzipien bleibt unvollständig, ja sie wäre dem Verdacht der subjektiven Selektion und der bloßen Autoritätsleihe ausgesetzt. Eine rechtsethische Rekonstruktion muss daher zunächst den ideen- und begriffsgeschichtlichen Kontext eines Prinzips wie dem der Menschenwürde oder der Gerechtigkeit beleuchten und auf dieser Basis den konsensfähigen Minimalgehalt des Prinzips herausarbeiten.

Bei der rechtsethischen Rekonstruktion handelt es sich anders gesagt nicht um eine Methode des Rechts. Ihr Gegenstand ist – anders als bei der juristischen Ausle-

16 Vgl. zu dieser Unterscheidung *Kirste*, Einführung in die Rechtsphilosophie, Darmstadt 2010, S. 109 f.

gung – nicht eine Rechtsnorm als solche, sondern die interpretierte Norm, die als eine bestimmte soziale Praxis aufgefasst wird, nämlich als die soziale Praxis des Rechts. Die soziale Praxis des Rechts, nicht die Norm, wird rechtsethisch rekonstruiert. Die Methode verfährt rekonstruktiv, indem sie auf ethische Grundsätze reflektiert, die in dieser sozialen Praxis vorhanden, wirksam sind.

Worin besteht die rechtsethisch zu rekonstruierende Rechtspraxis? Nicht jedes Verhalten, welches von Rechtsanwendern im Hinblick auf eine geltende Norm vorgenommen wird, kann als Teil der relevanten Rechtspraxis angesehen werden. Das wäre eine empirische Absurdität und würde zur argumentativen Zirkularität führen. Die relevante Rechtspraxis besteht vielmehr in erster Linie in den grundlegenden, für verbindlich gehaltenen Interpretationen der Norm durch eine Letztentscheidungsinstanz, die im Falle des Rechts also in den grundlegenden Entscheidungen („Leiturteilen“ oder englisch *leading cases/landmark decisions*) bestehen. Man könnte auch an ein quantitatives Kriterium denken: Eine grundlegende Entscheidung ist eine solche, die die Letztentscheidungsinstanz selbst am häufigsten zitiert bzw. der Argumentation zu einem bestimmten Rechtsproblem regelmäßig zugrunde legt.

(2) Zweitens muss sich eine deskriptive Rechtstheorie, deren Ziel die Verbesserung von Rechtspraxis ist, nicht nur des ideen- und begriffsgeschichtlichen Kontextes des ethischen Prinzips vergewissern. Erforderlich ist weiterhin auch ein Überblick über die rechtlichen Phänomene der beobachteten Praxis selbst. Nicht selten besteht das Problem nicht nur in einer Untertheoretisierung der Praxis, sondern auch in einer Praxisvergessenheit der Theorie. Um erfolgreich Aufklärung leisten zu können, bedarf es eines Durchgangs der Praxis selbst, bevor zu ethischen Prinzipien dieser Praxis gelangt werden kann. In diesem Sinne verfährt die rechtsethische Rekonstruktion „induktiv“.

(3) Drittens folgen aus dem Zweck der Rekonstruktionsmethode, der ethischen Aufklärung der Rechtspraxis, Anforderungen an rechtsethische Prinzipien, denen diese genügen müssen, damit sie als taugliche Prinzipien dieser Praxis infrage kommen. So ist eine Rekonstruktion nur dann erfolgreich, wenn es dem rechtsethischen Prinzip gelingt, den Zweck („das Worumwillen“) der beobachteten sozialen Praxis anzugeben (*Kriterium der Adäquanz*). Die Rekonstruktion der grundlegenden Entscheidungen einer Letztentscheidungsinstanz führt sodann im besten Falle zu einem rechtsethischen Prinzip, unter welchem sich die soziale Praxis in einem einheitlichen Verstehenszusammenhang beschreiben lässt (*Kriterium der Kohärenz*). Schließlich darf von einem rechtsethischen Prinzip erwartet werden, dass in seinem Licht gewisse Merkmale dieser Praxis als wesentlich, andere als bloß zufällig gekennzeichnet werden können (*Kriterium der konzeptionellen Orientierung*).

(4) Viertens ist der Status der so angenommenen rechtsethischen Prinzipien zu klären. Die Rekonstruktionsmethode betrachtet eine bestimmte soziale Praxis, die hier in den grundlegenden Entscheidungen zum Nichtdiskriminierungsrecht erblickt wird, aus der Perspektive der Rechtsethik. Bei einem solchen Vorgehen ist Vollständigkeit und Universalisierung weder möglich noch intendiert: Die Rekonstruktionsmethode führt zu *schwach-normativen* rechtsethischen Prinzipien. Sie kann formulieren, welches unter mehreren möglichen rechtsethischen Prinzipien für eine bestimmte Praxis der Nichtdiskriminierung, etwa die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), zu einem bestimmten Stand der Entwicklung vorzugswürdig ist. Dies hängt nämlich davon ab, ob sich das Prinzip unter den Krite-

rien der Adäquanz, Kohärenz und der konzeptionellen Orientierung als taugliches Prinzip erweist. Sie macht keine Universalaussage über eine gute Nichtdiskriminierungspraxis „an sich“. Die Rekonstruktionsmethode geht davon aus, dass sich die beobachtete Praxis verändern kann. Dies hat Folgen für das zugrunde liegende rechtsethische Prinzip. Dennoch weist die Methode Kritikpotenzial auf: Mit der Rekonstruktionsmethode lassen sich einzelne Urteile kritisieren, die nicht im Einklang mit dem rechtsethischen Prinzip stehen, das den grundlegenden Entscheidungen innewohnt. Sie kann insbesondere Wertungswidersprüche aufdecken.

(5) Fünftens sind die vielfältigen theoretischen Anleihen, die die rechtsethische Rekonstruktionsmethode macht, aufzudecken. Die vorgeschlagene Methode fügt sich in eine *common law*-Philosophie ein, die induktiv vorgeht und auf der Suche nach dem Prinzipiellen in der Besonderheit ist. Auch besteht eine gewisse Nähe zur Methode der „konzeptionellen Analyse“ des U.S.-amerikanischen Rechtsphilosophen Jules Coleman.<sup>17</sup> Wie in Colemans Theorie geht es um eine kohärente Beschreibung der Rechtspraxis und nicht um deren moralische Rechtfertigung. Schließlich stützt sich die Rekonstruktionsmethode auch auf das Theorie-Praxis-Verständnis bei Aristoteles: Die grundlegenden Entscheidungen einer Letztentscheidungsinstanz werden hier in Analogie zu den aristotelischen *endoxa*, den bewährten Meinungen über eine wohlausgerichtete Praxis, verstanden.<sup>18</sup> Wie in Aristoteles' Ethik handelt es sich bei der rechtsethischen Rekonstruktion um eine Theorie über eine schon bestehende, funktionierende soziale Praxis. Auch ist ihr Ziel nicht der Entwurf eines idealen Nichtdiskriminierungsrechts, sondern die Sichtbarmachung der – noch verbesserbaren und stets anfälligen – Vernünftigkeit einer bestehenden Rechtspraxis.

#### 4 SCHLÜSSELFRAGEN EINER RECHTSETHISCHEN REKONSTRUKTION DES DISKRIMINIERUNGSVERBOTS

Welches ist das einer bestimmten Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts innewohnende rechtsethische Prinzip? Welche Schlussfolgerungen lassen sich daraus für drängende Fragen der Praxis ziehen? Diesen Problemen soll im abschließenden vierten Teil nachgegangen werden. Vorausgeschickt werden muss, dass die Anwendung der Methode der rechtsethischen Rekonstruktion nahelegt, sich auf *eine* Letztentscheidungsinstanz zu beschränken. Nur die soziale Praxis *einer* Letztentscheidungsinstanz stellt an sich selbst einen Kohärenzanspruch, der für diese Methode wesentlich ist. Im Folgenden beschränkt sich die Darstellung auf die Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts des EGMR.

##### 4.1 GERECHTIGKEIT ODER MENSCHENWÜRDE?

Die entscheidende Frage einer Rechtsethik der Nichtdiskriminierung lautet: Unter welchem Prinzip ist die konventionsrechtliche Praxis der Nichtdiskriminierung rechtsethisch am besten rekonstruierbar?

<sup>17</sup> Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford 2001.

<sup>18</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, VII 1, 1145b 2 ff.

In Bezug auf die Nichtdiskriminierung werden als rechtsethische Prinzipien vor allem das der Menschenwürde, der Inklusion oder der Gerechtigkeit vorgeschlagen. Ein Vorgehen nach der Rekonstruktionsmethode verlangt dabei zunächst die Herausarbeitung eines konsensfähigen Minimalgehalts des jeweiligen rechtsethischen Prinzips. Wegen einer Wechselwirkung zwischen rechtsethischem Prinzip und beobachteter Praxis muss dieser Minimalgehalt aber modifiziert und dem Sachproblem angepasst werden. Theorie und Praxis treten an dieser Stelle gleichsam in einen Dialog, der beide beeinflussen kann.

Nimmt man zum Beispiel an, die Menschenwürde stelle das rechtsethische Prinzip des Diskriminierungsverbots dar, ist Folgendes zur Tauglichkeit dieses Prinzips zu sagen: Viele Urteile gegen Staaten wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot der EMRK kann man als eine Reaktion auf eine Menschenwürdeverletzung rekonstruieren, etwa wenn jemandem wegen seiner tschetschenischen Abstammung das ihm eigentlich zustehende Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrecht verwehrt wird.<sup>19</sup> Das Menschenwürdeprinzip bietet eine adäquate Zweckbestimmung an für große Teile der relevanten Rechtspraxis, der grundlegenden Entscheidungen der betrachteten Letztentscheidungsinstanz. Die Menschenwürde besitzt hier eine intuitive Überzeugungskraft: Die Fälle demütigender Ungleichbehandlung, etwa wenn Menschen einer anderen „Kaste“ zugerechnet werden und dann keine Möglichkeit haben, auch nur elementare Grundbedürfnisse wie Nahrung, Bildung und Wohnung zu befriedigen, sind sicherlich als Menschenwürdeverletzungen rekonstruierbar. Aber das Unternehmen einer rechtsethischen Rekonstruktion verlangt mehr als nur intuitive Plausibilität. Problematisch wird es, wenn man die subtilen Formen der Diskriminierung berücksichtigt: Kann man die Höherbelastung von Männern mit Schöffendiensten als ein Menschenwürdeproblem rekonstruieren? Das erscheint fraglich. Woran liegt das? Mit der Methode der rechtsethischen Rekonstruktion ist zu fragen, ob das rechtsethische Prinzip der Menschenwürde den Kriterien der Adäquanz, der Kohärenzstiftung und der konzeptionellen Orientierung genügt. Für das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot muss das verneint werden. Das Menschenwürdeprinzip ist nicht ausreichend in der Lage, die subtileren Formen der Diskriminierung rechtsethisch zu erfassen. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass bei den subtileren Erscheinungsformen der Diskriminierung eine *output*-Betrachtung, also eine Betrachtung von den Ergebnissen eines Verhaltens her, erforderlich ist. Auf ein Diskriminierungsbewusstsein soll es in diesen Fällen zu Recht nicht ankommen: Dann aber bestände das Problem, nicht-intentionale Menschenwürdeverletzungen annehmen zu müssen, was sich zumindest mit einem Minimalverständnis von Menschenwürdeverletzungen nicht verträgt.<sup>20</sup> Auch ist die Menschenwürde ein absoluter Begriff, der in sich keine relationale Struktur abbilden kann. Die Menschenwürde setzt einen absoluten Referenzpunkt, während der Nichtdiskriminierungsbegriff eine relationale Struktur vorgibt: A wird *im Vergleich zu B* (wegen eines personenbezogenen Merkmals X in Bezug auf das Gut Y) schlechter behandelt.

In Fragen der Nichtdiskriminierung ist damit nach einem rechtsethischen Prinzip zu suchen, das sowohl nicht-intentionale Verletzungen berücksichtigen als auch

19 EGMR, 13.12.2005, *Timishev*, Nr. 55762/00, Rn. 50 ff.

20 Zu einem Minimalverständnis von Menschenwürde vgl. *McCrudden*, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, EJIL 2008 (19), S. 655–724, S. 675 ff.

in sich eine relationale Struktur abbilden kann. Eine dritte Anforderung kommt hinzu, die hier nur angedeutet werden kann: Das rechtsethische Prinzip muss sowohl die Individual- wie auch die Gruppenbezogenheit von Diskriminierung erfassen können. Diese letzte Anforderung führt letztlich zur Untauglichkeit des Inklusionsprinzips als rechtsethischem Prinzip der Nichtdiskriminierung.

Nach hier vertretener Ansicht erfüllen allein Prinzipien der Gerechtigkeit die oben dargelegten Anforderungen, die die Rekonstruktionsmethode an ein rechtsethisches Prinzip der Nichtdiskriminierung stellt. Auch in Bezug auf die Gerechtigkeit bedürfte es der vorgängigen Klärung des Minimalgehalts, was den Rahmen dieses Beitrags allerdings sprengen würde.<sup>21</sup> Wichtig ist, dass sich aus einem Grundverständnis des Gerechtigkeitsbegriffs zwei rechtsethische Prinzipien, das der korrektiven und das der distributiven Gerechtigkeit, destillieren lassen, die eine Bewertung von Güterzuständen auch nach nicht-intentionalen Verletzungen ermöglichen, eine relationale Struktur<sup>22</sup> aufweisen und die Individual- und Gruppenbezogenheit der Diskriminierung erfassen können. Angewandt auf den Kontext des Rechts ergibt sich, dass das Prinzip der korrektiven Gerechtigkeit Verhaltens- und Rechtspflichten als Nichtschädigungspflichten betrachtet: Wenn ich durch mein zurechenbares Verhalten dem anderen etwas von seinen Gütern genommen habe, bin ich unter der Bedingung strikter arithmetischer Gleichheit verpflichtet, den Güterzustand vor der Wegnahme wiederherzustellen. Hier spielen Kategorien wie Absicht, Unrecht, Zurechnung und Verschulden eine Rolle.<sup>23</sup> Die Verletzung des arithmetischen Gleichheitsverhältnisses des korrektiven Gerechtigkeitsprinzips ist ein ungerechtes „Verkürzen“ von etwas. Das Prinzip der distributiven Gerechtigkeit betrifft demgegenüber das Verteilen von Gütern und Lasten. Hier sind Kategorien wie Verteilungsgegenstand, Verteilungsverpflichteter, Verteilungssphären, Selbstverantwortung und gerechtfertigte Ungleichheiten einschlägig. Die Verletzung des geometrischen Gleichheitsverhältnisses des distributiven Gerechtigkeitsprinzips kann als ungerechtes „Verteilen“ von etwas bezeichnet werden. Das gesuchte rechtsethische Prinzip der Nichtdiskriminierung ist also in Prinzipien der korrektiven und distributiven Gerechtigkeit formulierbar.

#### 4.2 GERECHTIGKEIT UND SO-SEIN-KÖNNEN

Bei Diskriminierungen handelt es sich um „gestörte“ Gleichheitsverhältnisse. Struktur und Gehalt dieser Gleichheitsverhältnisse ergeben sich aus Gerechtigkeitsprinzipien, wie oben dargelegt wurde. Die rechtsethische Rekonstruktionsmethode will die den rechtsethischen Prinzipien der Gerechtigkeit eigentümliche Vernünftigkeit für ein Verständnis des Diskriminierungsproblems nutzbar machen. Somit ist zu prüfen, was sich ergibt, wenn man die Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts unter den beiden Gerechtigkeitsprinzipien rekonstruiert.

21 Zur Gerechtigkeit vgl. ausführlich *Altwicker* (Fn. 1), S. 458 ff.

22 Zur Relationalität des Gerechtigkeitsbegriffs vgl. schon *Aristoteles*, Nikomachische Ethik V 3, 1130a 1: „Gerechtigkeit ist ‚des anderen Gut‘“.

23 Vgl. *Jules Coleman*, The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Oxford 2001, p. 9 f.



Dafür müssen die beiden Gerechtigkeitsprinzipien und die Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts in einen engeren Dialog gebracht werden, der beide beeinflusst. Auf Seiten der Rechtsethik wird die Ebene der Prinzipien der Gerechtigkeit verlassen zugunsten einer spezifischen, anwendungsbezogenen Gerechtigkeitskonzeption. In Frage steht, was der Zweck der Nichtdiskriminierungspraxis ist, sofern man diese unter Gerechtigkeitsprinzipien rekonstruiert: Was ist das, was im Fall der Diskriminierung ungerecht „verkürzt“ bzw. „verteilt“ wird?

In der hier vorgeschlagenen diskriminierungsspezifischen Gerechtigkeitskonzeption bezieht sich die Gerechtigkeit auf die (formale) Gleichheit der Mittel des So-Sein-Könnens von Personen. Unter den „Mitteln des So-Sein-Könnens“ werden diejenigen (materiellen und immateriellen) Güter verstanden, die Bedingung für die Verwirklichung des eigenen Lebensplans sind.<sup>24</sup> Der Begriff des Mittels unterstreicht den wichtigen Aspekt der Selbstverantwortung für das eigene So-Sein<sup>25</sup> und den Aspekt der Befähigung (*empowerment*), die diese Güter verleihen. Diese anwendungsbezogene Gerechtigkeitskonzeption geht davon aus, dass formale Gleichheit hinsichtlich der Mittel des So-Sein-Könnens „gerecht“ ist, d. h. Ungleichheiten hinsichtlich dieser Mittel, die durch Verkürzung oder Änderungen in der Verteilung zustande kommen, rechtfertigungsbedürftig sind. Wichtig ist, dass diese diskriminierungsspezifische Gerechtigkeitskonzeption zunächst nur auf Diskriminierungen durch Hoheitsträger Anwendung finden kann.<sup>26</sup>

Worin bestehen diese Mittel des So-Sein-Könnens? Im Ausgangspunkt ist klar, dass es – in Ermangelung einer objektiven, allgemein anerkannten Theorie des So-Seins von Personen – eine abschließende Liste diesbezüglicher Mittel nicht gibt, noch jemals geben kann. Unbestritten ist aber ebenso, dass dem Recht im Zusammenhang mit dem So-Sein-Können von Personen Bedeutung zukommt: Das Recht und seine Anwendung haben So-Sein-Könnens-Relevanz. Indem Gerichte wie der EGMR über gerechtfertigte Ungleichheiten entscheiden, befinden sie immer auch über die (gerechte) Verkürzung und Verteilung von Mittel des So-Sein-Könnens.

Was So-Sein in einem rechtlichen Anwendungskontext bedeuten kann, ist näher ausdifferenzieren. Hier kann das nur angedeutet werden. Zu unterscheiden sind drei Gruppen von Mitteln des So-Sein-Könnens: *Erstens* sind alle (Grund-) Rechte und sonstigen subjektiven Rechte, die menschliche Freiheit sichern, wie die Freiheit der Kommunikation, des Eigentums oder der Familiengründung, erfasst. All diese Rechte dienen der Möglichkeit der Selbstbestimmung in lebensplanrelevanten Kontexten.

Mittel des So-Sein-Könnens ist *zweitens* auch das Interesse an der nachteillosen Belassung im eigenen So-Sein, also die Freiheit, so zu sein, wie ich bin und wie ich sein will.<sup>27</sup> So hat man beispielsweise ein legitimes Interesse daran, seine Religion

24 Zu den „Mitteln des So-Sein-Könnens“ vgl. näher *Altwicker* (Fn. 1), S. 466 ff.

25 Die Verantwortung für das So-Sein-Können des Einzelnen obliegt weder primär noch allein dem Staat, sondern in erster Linie dem Einzelnen selbst, vgl. *Axer*, Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 2009 (68), S. 177–218, S. 185).

26 Der Grund ist, dass nur in öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen der Ausgangspunkt bei einer formalen Gleichheit von Mitteln des So-Sein-Könnens gemacht werden kann. Zum Problem der Gleichheit von Mitteln des So-Sein-Könnens in Privatbeziehungen s. unten 4.3.

27 Dies knüpft an Überlegungen von Alexander Somek an (vgl. *ders.*, Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, Wien [u. a.] 2001, S. 382 ff.).

wegen veränderter Arbeitszeiten nicht aufgeben zu müssen. Die Nichtanknüpfung von Nachteilen an „verdächtige“ Differenzierungsgründe wie Rasse, ethnische Herkunft oder Geschlecht ist selbst als ein Mittel des So-Sein-Könnens anzusehen.

Schließlich gehören, *drittens*, auch weitere individuelle Interessen und faktische Begünstigungen des Einzelnen zu den Mitteln des So-Sein-Könnens. Diese sind zwar nicht Gegenstand subjektiver Rechte, liegen aber im weiteren Sinne im Bereich staatlicher Verantwortung bzw. Beeinflussbarkeit und stellen wichtige Reflexbegünstigungen für den Einzelnen dar, wie z. B. das individuelle Interesse an der Gewährleistung einer stabilen Sicherheitslage in einem Staat. Hierbei handelt es sich um „sonstige“ Mittel des So-Sein-Könnens. Eine diskriminierungsspezifische Gerechtigkeitskonzeption ist z. B. sensibel für Beeinträchtigungen durch menschlich verursachte Umweltveränderungen (z. B. Trinkwasserverschmutzung), die sich nur zulasten bestimmter sozialer Gruppen auswirken, während andere verschont bleiben.<sup>28</sup> Sonstige Mittel des So-Sein-Könnens sind daher z. B. Maßnahmen zur Herbeiführung, der Ermöglichung oder der Erleichterung des So-Sein-Könnens, wie etwa die Verstärkung der Polizeipräsenz auf öffentlichen Straßen, die Einrichtung von Check-Points und gesicherter Zonen, Umweltschutzmaßnahmen, Wohnungsbeschaffungsmaßnahmen und ggf. staatliche Kompensation. Bei den sonstigen Mitteln des So-Sein-Könnens spielen soziale Anschauungen, Veränderungen der Technik und der Fortschritt der Wissenschaften allgemein eine wichtige Rolle. Von Bedeutung ist, *dass* dieser Bereich rechtsethisch erschlossen wird, *dass* es hier zu relevanten Ungleichheiten kommen kann, für die das Diskriminierungsverbot die richtige rechtliche Antwort ist. Dieser Bereich ist letztlich unabgeschlossen. Er wird fortentwickelt durch die Letztentscheidungsinstanz, die sich – um einem Essentialismus zu entgehen – wiederum auf eine rechtsvergleichende Argumentation stützen kann: Wenn etwa viele bedeutende Höchstgerichte in dem Interesse an einer sauberen Umwelt ein Mittel des So-Sein-Könnens erblicken, dann ist dessen Annahme im konkreten Fall nicht ein bloßer Essentialismus.

Die Rede von den Mitteln des So-Sein-Könnens greift Aspekte des „Fähigkeitenansatzes“ („*capability approach*“) von Amartya Sen und Martha Nussbaum auf.<sup>29</sup> Auch die Mittel des So-Sein-Könnens haben Bedeutung für die Freiheit einer Person. Allerdings handelt es sich – neben Rechten wie z. B. der Meinungsfreiheit – durchaus auch um (zumindest teilweise quantifizierbare) Güter, wie z. B. den Anspruch auf Elterngeld. Zudem sind „Mittel“ konkreter als „Fähigkeiten“. Schließlich kann im Rechtskontext der Mittelbegriff eine größere Plausibilität in Anspruch nehmen als der der Fähigkeiten. Die Mittel des So-Sein-Könnens haben zweifellos auch einen Bezug zum kantischen Würdebegriff, indem sie freiheitsermöglichend wirken. Allerdings ist der Begriff der Mittel des So-Sein-Könnens weiter, indem er nicht nur die Selbstbestimmung des Subjekts im Ethischen, sondern ein umfassendes, individuelles Selbst-Sein-Können vor Augen hat, z. B. auch in ästhetischer, sozialer und emotionaler Hinsicht.

Jetzt kann der Gedankengang abgeschlossen werden mit folgender Bestimmung des Zwecks der konventionsrechtlichen Praxis der Nichtdiskriminierung: Diskrimi-

28 Vgl. *Taillant*, Environmental Discrimination, Yearbook of Human Rights & Environment 2008 (8), S. 239–251.

29 Vgl. näher *Altwicker* (Fn. 24), S. 472 und S. 21 ff.

nierungen sind Gerechtigkeitsverletzungen, indem hier (auf ethisch nicht gerechtfertigte Weise)<sup>30</sup> Mittel des So-Sein-Könnens verkürzt bzw. ungerecht verteilt werden. In rechtsethischer Betrachtung bezweckt die Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts unter der EMRK, den Einzelnen vor der ungerechten (ethisch nicht gerechtfertigten) Verkürzung bzw. der ungerechten (ethisch nicht gerechtfertigten) Verteilung der Mittel des So-Sein-Könnens zu schützen.

#### 4.3 GRENZEN DER DISKRIMINIERUNGSSPEZIFISCHEN GERECHTIGKEITSKONZEPTION

Im letzten Abschnitt soll auf eine entscheidende Grenze der hier vorgeschlagenen diskriminierungsspezifischen Gerechtigkeitskonzeption eingegangen werden. Diese Grenze wird offenbar, wenn man das Problem der Diskriminierung durch Private rechtsethisch rekonstruiert. Die Diskriminierung durch Private stellt gegenwärtig eines der am meisten diskutierten, aber auch schwierigsten Probleme des Nichtdiskriminierungsrechts dar. Die rechtsethische Rekonstruktionsmethode nimmt den Ausgang bei der beobachtbaren Praxis, hier den grundlegenden Entscheidungen des EGMR, die Diskriminierungen durch Private zum Gegenstand haben. Da vor dem EGMR nur Staaten Grundrechtsverpflichtete sind, nicht aber Private, muss die Frage lauten: Wie lässt sich die Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts, nach der die Vertragsstaaten verpflichtet sind, Private vor der Diskriminierung durch andere Private zu schützen, rechtsethisch rekonstruieren?

Wenn man – wie hier – davon ausgeht, dass diese Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts am besten unter Gerechtigkeitsprinzipien rechtsethisch rekonstruiert werden kann, stellt sich zunächst die Frage, unter welchem der beiden Gerechtigkeitsprinzipien sich dieser Ausschnitt des Nichtdiskriminierungsrechts erfassen lässt. Hier liegt ein distributives Gerechtigkeitsprinzip nahe: Es geht bei dem Unterlassen von Schutz vor Diskriminierung durch andere Private nicht um eigene, staatliche Nichtschädigungspflichten (wie bei dem korrektiven Gerechtigkeitsprinzip), sondern um die mangelhafte Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Umgebung. Das staatliche Hinwirken auf eine diskriminierungsfreie Umgebung ist als ein (sonstiges) Mittel des So-Sein-Könnens anzusehen. Die Gleichheit der Mittel des So-Sein-Könnens – der Gegenstand der diskriminierungsspezifischen Konzeption der Gerechtigkeit – verlangt ein proaktives Eintreten des Staates dort, wo zivilgesellschaftliche Kräfte regelmäßig versagen oder unzureichend sind.

Sicher ist, dass Private die Mittel des So-Sein-Könnens eines anderen Privaten zumindest in ungerechter Weise verkürzen können, etwa indem der Vermieter in einer Anzeige ausdrücklich darauf hinweist, nur an Heterosexuelle zu vermieten. An dieser Stelle wird die angesprochene Grenze der diskriminierungsspezifischen Gerechtigkeitskonzeption deutlich: Konflikte zwischen ungleichartigen Mitteln des So-

30 Worin die ethische Nichtrechtfertigung besteht, interessiert eine rechtsethische Rekonstruktion nicht primär. Es handelt sich um eine ethische (im Unterschied zu einer rechtsethischen Frage). In der Ethik wird zur Nichtrechtfertigung Folgendes diskutiert: Die Ungerechtigkeit von Diskriminierung besteht entweder in dem erwähnten Verstoß gegen eine Moral der gleichen Achtung oder darin, dass die Ungleichbehandlung nicht auf den ethisch akzeptablen Gründen des Bedürfnisses, des Verdienstes oder des erworbenen Rechts beruht (vgl. dazu näher *Altwicker* [Fn. 24], S. 473 f.).

Sein-Könnens, d. h. hier die Belassung im So-Sein des einen (im Beispiel: Homosexualität des Mieters) und das Freiheitsinteresse des anderen (im Beispiel: Privatautonomie des Vermieters), sind mit dieser Konzeption nicht auflösbar. Eine Gewichtung der unterschiedlichen Mittel des So-Sein-Könnens kann diese Konzeption nicht anbieten.

Diese Begrenzung ist kein Makel: Eine deskriptive Rechtsethik kann und will der Rechtsdogmatik das Geschäft der Abwägung und Argumentation nicht abnehmen. Es geht ihr vielmehr darum, eine komplexitätsangemessene ethische Sprache und Darstellung für die juristischen Probleme der Diskriminierung anzubieten und auf diese Weise klärend zu wirken.

Stephan Ast/ Julia Hänni/ Klaus Mathis/ Benno Zabel (Hg.)

## **Gleichheit und Universalität**

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR)  
in der Internationalen Vereinigung für  
Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2010 in  
Halle (Saale) und im Februar 2011 in Luzern



Franz Steiner Verlag 2012