

NEUE SCHRIFTEN ZUM ZIVILRECHT

Band 1

Michael Grünberger

# Personale Gleichheit

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht



Nomos

Band 1

---

Neue Schriften zum Zivilrecht



**Nomos**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit

Prof. Dr. Burkhard Hess

Prof. Dr. Abbo Junker

Prof. Dr. Dirk Looschelders

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

*Michael Grünberger*

## **Personale Gleichheit**

*Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*

*Der Südtiroler Michael Grünberger studierte Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Nach dem Referendariat, und unterbrochen von einem Studium an der NYU, wurde er in Köln mit einer Arbeit zum Recht des ausübenden Künstlers promoviert. Im Anschluss daran war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an der Universität zu Köln, davon drei Jahre auf einer DFG-geförderten eigenen Stelle. Nach der Habilitation im SS 2011 vertrat er in Heidelberg und Bayreuth. Er erhielt Rufe nach Bayreuth, Innsbruck und Rostock und ist seit 2012 Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht an der Universität Bayreuth.*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Fördervermerk:

Diese Publikation wurde durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (Projekt GR 3476/1-2) finanziell unterstützt.

© 2013 Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Schrift: Sabon 9,3 auf 11,6 pt. Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-0597-9

## Vorwort

Freiheit und Gleichbehandlung stehen in einem Spannungsverhältnis. Seine Auflösung zwingt Gesetzgeber und Rechtsanwender aus methodischen Gründen in die Struktur von Grundsatz und rechtfertigungsbedürftiger Ausnahme. Nach herkömmlicher Auffassung ist Freiheit — und damit auch die Privatautonomie — der Grundsatz; Gleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Ich entwickle hier eine neue Konzeption des Verhältnisses von Gleichbehandlung und Rechtfertigung. Sie erhebt den Anspruch, die Erwartung eines privaten Akteurs, in vergleichbaren Situationen auch gleich behandelt zu werden, situationsgerecht in Einklang zu bringen mit den konkreten Interessen, die der andere private Akteur an der Differenzierung im Einzelfall hat. Diese Aufgabe übernimmt das „Prinzip der personalen Gleichheit“: Danach ist im Ausgangspunkt jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Wichtigster Rechtfertigungsgrund ist die Ausübung von Freiheitsrechten. Damit behaupte ich nicht, dass Freiheit als Wert nachrangig ist. Ich glaube aber, dass man die tatsächlich bestehenden gesellschaftlichen Konflikte nicht zutreffend erfassen und lösen kann, wenn man sie nur auf einer abstrakten Prinzipienebene verankert. Das Buch verknüpft sein eigentliches Thema — die Begründung und Verteidigung des Prinzips der personalen Gleichheit — mit einem historisch-kontextualisierenden, einem klassisch-dogmatischen und einem rechtstheoretischen Ansatz zu einer einheitlichen These: Der hier konzipierte Gleichbehandlungsgrundsatz sensibilisiert das Recht für alle Ungleichbehandlungen, die es in seiner Umwelt gibt. Jeder Private kann eine ihn betreffende Ungleichbehandlung als solche rechtlich thematisieren und eine Rechtfertigung dafür verlangen. Damit eröffnet sich ein permanenter rechtlicher Diskurs über die Überzeugungskraft der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist also ein Instrument zur Selbstirritation des Rechts. Damit realisiert sich die politische Funktion der Gleichheitsidee *auch* im Privatrecht.

Die Arbeit lag im Sommersemester 2011 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift vor. Sie ist aus dem gleichnamigen, von der DFG mit einer „eigenen Stelle“ finanzierten Projekt hervorgegangen. Das Manuskript habe ich im Frühjahr 2011 abgeschlossen. Es war von Sommer 2011 bis Sommer 2013 online zugänglich. Mit dem Erscheinen dieses Buches wird das Manuskript aus dem Netz genommen. Das liegt auch daran, dass ich es in wesentlichen Teilen (insbesondere in §§ 1 IV, 5, 6, 8 II 2 und 9) im Winter 2012/13 für die Drucklegung gründlich überarbeitet, gestrafft und teilweise neu geschrieben habe. Die bis Ende 2012 veröffentlichten Entscheidungen und erschienene Literatur sind eingearbeitet. Auf ein Abkürzungsverzeichnis und ein Sachregister habe ich verzichtet: Bei unbekanntem Abkürzungen hilft das In-

ternet weiter und anhand von Stichwörtern kann sich die Leserin oder der Leser das umfangreiche Buch ohnehin nicht erschließen.

Das Vorwort ist üblicherweise auch der Ort für Danksagungen. Ich denke, dass den Menschen, die mich in den Jahren zwischen der ersten Idee und der Veröffentlichung dieses Buches begleitet und in vielfältiger Weise unterstützt haben, ein persönlicher und deshalb privat zu erstattender Dank gebührt. Sie mögen es mir deshalb nachsehen, wenn ich sie hier nicht nenne. Für zwei Personen möchte ich eine Ausnahme machen: Prof. Dr. *Anja Steinbeck* und Prof. Dr. *Heinz-Peter Mansel*. Sie haben das Projekt von seinen Anfängen bis zum Abschluss des Habilitationsverfahrens intensiv begleitet und es auf jeweils ganz unterschiedliche Weise gefördert. Dafür danke ich ihnen von ganzem Herzen.

Bayreuth/Köln/New York, August 2013

*Michael Grünberger*

---

## Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit .....	29
<b>1. Teil: Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts</b>		
§ 2	Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800 .....	71
§ 3	Entstehung, Scheitern und Wiederkehr des modernen Nichtdiskriminierungsrechts .....	116
§ 4	Gleichbehandlungspflichten Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945 .....	222
<b>2. Teil: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme</b>		
§ 5	Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze .....	315
§ 6	Spezielles Nichtdiskriminierungsrecht .....	527
<b>3. Teil: Das Prinzip der personalen Gleichheit</b>		
§ 7	Versuch einer Neukonzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht .....	749
§ 8	Gleichbehandlungspflichten Privater in der Gesellschaft .....	870
§ 9	Personale Gleichheit: Eine rhapsodische Zusammenfassung .....	1039
	Literaturverzeichnis .....	1055



## Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit .....	29
I. Der Vorrang der personalen Freiheit im klassischen Privatrechtsverständnis .....	29
1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Steuerungsinstrument hoheitlicher Beziehungen .....	29
2. Privatautonomie als Steuerungsinstrument privatrechtlicher Beziehungen .....	32
3. Gleichbehandlungspflichten im deutschen und europäischen Privatrecht .....	36
a) Allgemeine Gleichbehandlungspflichten .....	36
b) Diskriminierungsverbote im Privatrecht .....	39
(1) Der Einfluss des Unionsrechts .....	40
(2) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) .....	46
4. Nachwirkungen personenrechtlicher Ungleichbehandlungen .....	49
II. Paradigmenwechsel .....	52
III. Personale Gleichheit – Annäherungen an eine Neukonzeption .....	57
IV. Gang der Untersuchung .....	61
1. Vorbemerkung .....	61
2. Skizze des Arbeitsprogramms .....	64

### 1. Teil:

## Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts

§ 2 Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800 .....	71
I. Gleiche Rechtsfähigkeit jeder Person .....	71
1. Gleichheit an „ursprünglichen“ Rechten im jüngeren Naturrecht	71
2. Die Neukonzeption der bürgerlichen Gesellschaft .....	73
3. Gleichheit im Privatrecht – Orientierungsversuche .....	74
a) Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht .....	74

b) Systeme der Freiheit: formelle Gleichheit vs. „gänzlicher Gleichheit“ .....	76
c) Systeme der Gleichheit: Jakob Friedrich Fries (1773-1843) ...	79
4. Allgemeine Rechtsfähigkeit als Konzeption gleicher rechtlicher Freiheit .....	82
a) Die Rechtsfähigkeit als Grundbegriff des Privatrechts .....	82
b) Der Vorreiter: Das galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) v. 1798 .....	84
c) Ein Siegeszug im 19. Jahrhundert .....	86
II. Die Frau auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“ .....	88
1. „Gebrochene Gleichheit“ im Eherecht des BGB .....	88
a) Ungleichbehandlung der Ehefrau im BGB v. 1896 .....	89
b) Eine zwiespältige Würdigung – Fortschritt und Beschränkung von Freiheiten zugleich .....	94
2. Brüchige Rechtfertigungsstrategien der Ungleichbehandlung .....	97
a) Verteidigungsstrategien am Beispiel Gottlieb Plancks .....	97
b) „...denn die Frau ist auch ein Mensch“ .....	99
c) Die „hinkende“ Gleichheit als Prinzip des einfachen Rechts .	101
III. Paradoxien der formalen Rechtsgleichheit .....	106
1. Der Zusammenhang von Rechtsgleichheit und tatsächlichen Ungleichheiten .....	106
2. „Die Abstraction des Rechts von der Individualität des Menschen“ .....	108
3. Ein zweites Gleichheitsproblem .....	110
§ 3 Entstehung, Scheitern und Wiederkehr des modernen Nichtdiskriminierungsrechts .....	116
I. „The negro race had been doomed to slavery“ .....	116
1. Das gebrochene Versprechen der Gleichheit in der Declaration of Independence .....	116
2. Die Verankerung der Sklaverei in der Verfassung von 1787 .....	117
a) Sklavenhandel .....	118
b) Fortdauer des Statusverhältnisses beim Aufenthaltswechsel des Staates? .....	119
(1) Ein ungeklärtes Thema .....	119
(2) Schutzpflicht zugunsten des Masters eines flüchtigen Sklaven .....	120
(3) Sonstiger Aufenthaltswechsel von Sklaven und Schwarzen .....	121
c) Property oder Person? .....	127

---

3.	Rassistische Legitimationsstrategien ab 1800 .....	131
a)	Die Beschränkung der Sklaverei auf Schwarze .....	131
b)	Die freiheitsrechtlichen Beeinträchtigungen freier Schwarzer ..	133
4.	Fallstudie: Thomas R.R. Cobbs Inquiry into the Law of Negro Slavery .....	134
a)	Sklaverei als soziale Institution .....	137
b)	Sklaverei als moralische Anstalt zur Verbesserung der Schwarzen .....	138
II.	Exkurs: Sklaverei als Rechtsproblem in Deutschland .....	141
1.	Von der Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren (1780) zum letzten Sklavenprozess in Deutschland (1854) .....	141
2.	Die Sklaverei als Thema im jüngeren Naturrecht .....	146
III.	Aufstieg und Fall des Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert .....	149
1.	Die Wiederentdeckung des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung .....	149
2.	Die Reconstruction Amendments und die Civil Rights Acts von 1866, 1870 und 1871 .....	153
a)	„The one pervading purpose: the freedom of the slave race“	153
(1)	Amendment XIII .....	153
(2)	Civil Rights Act 1866 .....	154
(3)	Amendment XIV .....	156
(4)	Amendment XV .....	157
(5)	Gleiche Freiheit durch Recht .....	158
b)	Strategien zur Perpetuierung der Ungleichheit .....	160
(1)	Gleiche Anwendung rassistischen Rechts .....	160
(2)	Civil Rights v. Social Rights .....	162
3.	Die moderne Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem: der Civil Rights Act von 1875 .....	164
a)	Die Inklusion Schwarzer in eine von Weißen dominierte Gesellschaft .....	164
b)	Diskriminierungsverbote und ihre Wurzeln in Gleichbehandlungspflichten des Common Law .....	167
c)	Verfassungsrechtliche Legitimation .....	172
4.	Das Scheitern: Die Civil Rights Cases (1883) .....	172
a)	Begrenzung von Gleichbehandlungspflichten auf state action	172
b)	Die Neudefinition von Eigentumsrechten zulasten von Gleichbehandlungspflichten .....	174
c)	„The special favorite of the laws“ .....	176
5.	Equal but separate – Plessy v. Ferguson (1896) .....	179
a)	Die Karriere von „equal but separate“ von 1866 bis 1896 ...	179

---

b) „The Strange Career of Jim Crow“ .....	182
c) Plessy als Bindeglied zwischen den Civil Rights Cases und Lochner (1906) .....	184
(1) Konsequente Fortführung der Civil Rights Cases in Plessy .....	184
(2) Schutz privatautonomer und Begrenzung staatlicher Diskriminierungen in Lochner .....	188
IV. Renaissance der Diskriminierungsverbote .....	190
1. Brown v. Board of Education (1954) .....	190
2. Reichweite und Grenzen verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr .....	191
a) Burton v. Wilmington Parking Authority (1961) .....	192
b) Bell v. Maryland (1964) .....	192
c) Shelley v. Kraemer (1948) .....	194
d) Das Problem der „unwilling party“ .....	196
3. Wiederkehr des Civil Rights Acts von 1866 .....	198
a) Jones v. Alfred H. Mayer Co. (1968) und das zweite Gleichheitsproblem .....	198
b) Privatrechtliche Auswirkungen: Sullivan v. Little Huntington Park, Inc. (1969) .....	200
c) Von Runyon v. McCrary (1976) zu Patterson v. McLean CreditUnion (1989) .....	201
d) Verfassungsrechtliche Grenzen .....	203
4. Wiederkehr und Ausbau der Civil Rights Gesetzgebung .....	204
a) Der Civil Rights Act of 1964 .....	205
(1) Diskriminierungsverbote bei places of public accomodations (Title II CRA 1964) .....	205
(2) Kompetenzrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten im Bundesstaat .....	207
(3) Freiheitsrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten .....	211
(4) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (Title VII CRA 1964) .....	214
b) Ein (vorläufiger?) Siegeszug .....	217
5. Zusammenfassung und Ausblick .....	218

---

§ 4 Gleichbehandlungspflichtigen Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945 .....	222
I. Gleichbehandlungspflichten zwischen 1945 und 1975 – Kontinuitäten und Umbrüche .....	222
1. Gleichbehandlung als überpositiver Rechtsgrundsatz – Ludwig Raiser (1946/48) .....	224
2. Drittwirkung des Gleichheitsgrundrechts .....	231
a) Das Lüth-Urteil (1958) .....	232
b) Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Hans Carl Nipperdey (1950) .....	235
c) Grundrechte und Zivilrechtsprechung – Günter Dürig (1956)	241
3. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Zivilrecht – Götz Hueck (1958) .....	247
4. Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft – Franz Böhm 1966 .....	254
5. Freiheitsrechtliche Sanktionierung von Diskriminierungsverboten – Jürgen Salzwedel (1966) .....	264
6. Zusammenfassung .....	267
II. Die erste „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten 1976-2000 .....	269
1. Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen – U.S.A. und Großbritannien .....	269
2. Einfluss des Völkerrechts am Beispiel des ICERD .....	273
a) Überblick über die völkerrechtliche Entwicklung auf internationaler Ebene .....	273
b) Ein völkerrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse .....	277
c) Umfang und Ausmaß staatlicher Handlungspflichten .....	279
d) Ein geändertes Stimmungsbild – ICERD-Implementation ab 1990 .....	282
e) Der Weg zum AGG .....	286
3. Einfluss des Gemeinschaftsrechts – Die Richtlinie 76/207/EWG und ihre Umsetzung im deutschen Recht .....	288
a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts .....	288
b) Diskriminierungsschutz im deutschen Arbeitsrecht – eine schwierige Geburt .....	292
c) Verfassungsrechtliche „Adoption“ des § 611a BGB aF .....	297

4. Gleichheit und differenzierte Gerechtigkeit – Bestandsaufnahme und Ausblick auf die zweite „Expansionsphase“ ab dem Jahr 2000 .....	303
a) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote .....	304
b) Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht .....	306
c) Vom status quo am Ende der ersten „Expansionsphase“ zum Beginn der zweiten „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten im Privatrecht .....	311

## 2. Teil:

### Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme

§ 5 Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze .....	315
I. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht .....	316
1. Kategorien von Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht .....	316
2. Inhalt und Rechtsfolgen .....	318
3. Geltungsgrund .....	320
a) Klassische Begründungsansätze .....	321
b) Gleichbehandlung aufgrund von Selbstbindung .....	323
c) Gleiche Behandlung als Forderung des Billigkeitsgebots .....	324
d) Grundrechtswirkung .....	325
4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	328
a) Ausnahmen vom Anwendungsbereich .....	328
(1) Berücksichtigung der Vertragsabschlussfreiheit .....	328
(2) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsbeendigungsfreiheit? .....	331
(3) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsinhaltsfreiheit? .....	332
b) Ungleichbehandlung .....	335
c) Rechtfertigung .....	338
5. Exkurs: Gleichbehandlung bestimmter Arbeitnehmergruppen .....	343
II. Gleichbehandlung im Verbandsrecht .....	346
1. Kategorien von Gleichbehandlungsgrundsätzen .....	346
a) Diskriminierungsverbot in den Grundfreiheiten .....	346
b) Gleichberechtigungsprinzip .....	347
(1) Abgrenzung zum Gleichbehandlungsgrundsatz .....	347

---

(2) Exkurs: Die Unzulänglichkeit des Gleichberechtigungsprinzips am Beispiel der Bruchteilsgemeinschaft .....	348
c) Gleichbehandlungsgrundsatz .....	351
2. Inhalt und Rechtsfolgen .....	351
3. Geltungsgrund .....	354
a) Unionsrecht .....	354
b) Nationales Recht .....	358
4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	363
a) Anwendungsbereich .....	363
(1) Persönlicher Anwendungsbereich: Gesellschaft und Gesellschafter? .....	363
(2) Sachlicher Anwendungsbereich: mitgliedschaftlicher Bereich .....	366
(3) Zeitlicher Anwendungsbereich: Vertrags- und Satzungsautonomie .....	368
b) Ungleichbehandlung .....	372
(1) Gleichbehandlungsmaßstäbe .....	372
(2) Arten der Ungleichbehandlung .....	375
c) Sachliche Rechtfertigung .....	377
5. Exkurs zur Wohnungseigentümergeinschaft .....	380
a) Einordnung der Wohnungseigentümergeinschaft .....	380
b) Gleichberechtigungsprinzip im Recht der Wohnungseigentümergeinschaft .....	381
c) Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	382
d) Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	383
III. Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht .....	384
1. Gleichbehandlung als Instrument des Anleger- und Institutionenschutzes .....	384
2. Gleichbehandlungspflichten von Wertpapieremittenten .....	386
a) Geltungsgrund .....	386
b) Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	387
(1) Anwendungsbereich .....	387
(2) Sachliche Rechtfertigung .....	388
(3) Rechtsfolgen .....	390
c) Exkurs: Gleichbehandlung bei Gesamtemissionen .....	391
3. Informationelle Gleichbehandlung am Beispiel des Insiderverbots .....	392

---

4.	Übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze .....	396
a)	Der allgemeine übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz .....	396
b)	Besondere übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze .....	399
(1)	Gleichbehandlungspflichten bei Teilangeboten .....	400
(2)	Pflichtangebot .....	402
5.	Gleichbehandlungspflichten von Finanzintermediären .....	404
6.	Ein allgemeiner kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz? .....	407
IV.	Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerbsrecht .....	411
1.	Gleichbehandlungspflichten und Wettbewerb – Ein exemplarisches Spannungsverhältnis .....	411
2.	Das „Prinzip der Gleichbehandlung“ am Beispiel der Preis- und Konditionenspaltung .....	416
a)	Geltungsgrund .....	416
b)	Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	417
(1)	Eingeschränkter Adressatenkreis: marktbeherrschende Unternehmen .....	417
(2)	Deskriptive Konzeption der Ungleichbehandlung .....	419
(3)	Sachliche Rechtfertigung .....	421
(4)	Wettbewerbsverfälschung .....	423
c)	Legitimation des Prinzips Gleichbehandlung .....	423
3.	Das Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB als allgemeines wettbewerbsrechtliches Gleichbehandlungsgebot ....	424
a)	Verhältnis von Missbrauchs- und „Diskriminierungsverbot“ .....	425
b)	Gleichbehandlung als Grundsatz .....	426
c)	Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	429
(1)	Persönlicher Anwendungsbereich .....	429
(2)	Sachlicher Anwendungsbereich .....	431
(3)	Tatbestandliche Ungleichbehandlung .....	433
(4)	Rechtfertigung der Ungleichbehandlung .....	435
aa)	Grundlagen .....	435
bb)	Rechtfertigungsgrund: Privatautonomie .....	437
(5)	Rechtsfolgen .....	441
4.	Die Aufnahmeverweigerung (§ 20 Abs. 6 GWB) als besonderes Diskriminierungsverbot .....	443
a)	Grundlagen .....	443
b)	Persönlicher Anwendungsbereich .....	446



---

c) Ungleichbehandlung .....	447
d) Rechtfertigung .....	448
e) Unbillige Benachteiligung .....	450
5. Gleichbehandlungspflichten im Lauterkeitsrecht .....	451
a) Ausgangspunkt .....	451
b) Gleichbehandlung und Rechtfertigung im Lauterkeitsrecht ...	453
V. Grundsatz der Gleichbehandlung im Insolvenzrecht .....	456
1. Inhalt und Konzeptionen des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	456
2. Geltungsgrund .....	460
a) Billigkeits- und Gerechtigkeitsdenken .....	461
b) Haftungsausgleich unter den Gläubigern .....	461
c) Rückbindung an Art. 3 Abs. 1 GG .....	463
(1) Gleichbehandlung als Korrelat zur Grundrechtsbeschränkung .....	463
(2) Gleichbehandlungspflichten der privaten Akteure im Insolvenzverfahren am Beispiel des Insolvenzplans .....	465
VI. Kontrahierungszwang .....	468
1. Grundlagen .....	468
2. Allgemeiner Kontrahierungszwang .....	471
a) Inhalt und Rechtsfolgen .....	471
b) Geltungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen .....	472
(1) Der leading case – Die Entscheidung Dampfschiffahrtsgesellschaft von 1901 .....	473
(2) Von der Monopolstellung zur Marktmacht .....	474
(3) Öffentliche Zweckbestimmung? .....	475
(4) Öffentliches Angebot und Vertragsneigung .....	476
(5) Allgemeinbedürfnis oder Angewiesenheit? .....	479
c) Ein gleichbehandlungsrechtlicher Erklärungsansatz .....	484
d) Anwendungsbereich .....	487
VII. Gleichbehandlung von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten .....	490
1. Teil- und Gesamtschuld .....	490
2. Erfüllung beschränkter Gattungsschulden .....	492
a) Regelungsproblem .....	492
b) Gesetzliche Lösungsvarianten .....	493
(1) Prinzip der Selbstbestimmung .....	493
(2) Prioritätsprinzip .....	493
(3) Ausgleichsprinzip .....	494
(4) Zufallsprinzip .....	495
(5) Stellungnahme .....	495
c) Verteilungsgrundsätze bei der beschränkten Gattungsschuld	495

---

3.	Notbedarf des Schenkers bei gleichzeitig Beschenkten .....	500
a)	Gleichbehandlung bei der Rückforderung? .....	500
b)	Grenzen des Leistungsverweigerungsrechts .....	502
VIII.	Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der Erbfolge .....	503
1.	Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gewillkürten Erbfolge .....	504
2.	Testierfreiheit und Diskriminierungsverbote .....	506
3.	Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gesetzlichen Erbfolge .....	512
4.	Durchbrechungen der Dichotomie zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge .....	514
IX.	Zwischenergebnis – Zurück in die Zukunft? .....	516
1.	Heterogenität klassischer Legitimationsstrategien .....	516
2.	Warum Gleichbehandlung? .....	521
a)	Gleichbehandlung durch Selbstbindung? .....	522
b)	Gleichbehandlung aufgrund erwarteten Verhaltens .....	524
§ 6	Spezielles Nichtdiskriminierungsrecht .....	527
I.	Das Nichtdiskriminierungsprinzip .....	527
1.	Diskriminierungsverbote als unzureichende Gründe von Ungleichbehandlungen .....	527
2.	Diskriminierungsverbote als rechtliche Reaktion auf soziale Staturhierarchien .....	530
3.	Spezielles und allgemeines Nichtdiskriminierungsrecht .....	534
II.	Warum Nichtdiskriminierungsrecht? .....	536
1.	Geltungsgrund .....	536
a)	Nationales Recht .....	537
b)	Unionsrecht .....	538
2.	Legitimationsprobleme .....	541
a)	Das egalitaristische Paradigma des Nichtdiskriminierungsrechts .....	543
(1)	Der Leitstern des Nichtdiskriminierungsrechts: Gleichheit .....	543
(2)	Gleichheitskonzeptionen .....	545
b)	Non-egalitaristische Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts .....	550
(1)	Das Scheitern freiheitsrechtlicher Legitimationsversuche .....	550
(2)	Autonome Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts .....	556

---

III. Diskriminierungsmerkmale .....	559
1. Rasse und ethnische Herkunft .....	561
a) Soziale Konzeption des „Rassebegriffs“ .....	562
b) Ethnische Herkunft .....	564
c) Nationale Herkunft? .....	567
2. Geschlecht .....	569
a) Dilemma der Differenz .....	569
b) Dichotomie oder Vielfalt der Geschlechter? – Intersexualität, Transsexualität und Homosexualität .....	571
3. Religion und Weltanschauung .....	574
a) Ein freiheits- oder gleichheitsrechtlicher Schutz? .....	575
b) Definitionsprobleme .....	577
c) Das Problem mit der Weltanschauung .....	580
4. Sexuelle Ausrichtung .....	582
a) Sexuelle Ausrichtung oder sexuelle Identität? .....	582
b) Was wird geschützt: Status oder Verhalten? .....	583
5. Behinderung .....	585
a) Zwei Konzeptionen von Behinderung .....	585
b) Zweistufige Prüfung .....	587
6. Alter .....	589
7. Mehrfachdiskriminierung .....	595
IV. Der Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote – Ein Fall missglückter „praktischer Konkordanz“ .....	600
1. Sachlicher Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots .....	601
a) Überblick über das System der Richtlinien und des AGG .....	601
b) Zugang zu Leistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen .....	603
c) Modifikationen des sachlichen Anwendungsbereichs in § 19 AGG .....	605
(1) Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse .....	606
aa) Fälle mit vergleichbaren Bedingungen .....	606
bb) Vielzahl von Fällen .....	607
cc) Ohne Ansehen der Person .....	609
(2) Privatrechtliche Versicherung .....	614
(3) Bereichsausnahme im Näheverhältnis .....	615
2. Persönlicher Anwendungsbereich .....	616
a) Beschäftigungsrechtliches Benachteiligungsverbot .....	616

---

b) Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot .....	619
(1) Aktivlegitimation .....	619
aa) Diskriminierung in Dreiecksverhältnissen .....	620
bb) Angenommenes Diskriminierungsmerkmal .....	623
(2) Passivlegitimation .....	624
aa) Zurechnungsprobleme .....	624
bb) Nachfrager als Normadressaten? .....	626
V. Benachteiligungs-/Diskriminierungstatbestand .....	631
1. Tatsächliche Diskriminierungskategorien .....	631
a) Von der präferenzbedingten zur statuserhaltenden Diskriminierung .....	631
b) Statistische Diskriminierung .....	635
c) Intrinsische und instrumentale Diskriminierung .....	641
2. Rechtliche Diskriminierungskategorien .....	645
a) Unmittelbare Benachteiligung/Diskriminierung .....	646
(1) Ungleiche Behandlung .....	647
(2) Vergleichbare Situation .....	648
(3) Anknüpfung an ein verpönte Merkmal .....	652
b) Mittelbare Benachteiligung/Diskriminierung .....	656
(1) Überblick über die Konzeption der mittelbaren Diskriminierung .....	656
(2) Warum mittelbare Diskriminierung? .....	657
(3) Ungleiche Behandlung .....	661
(4) Sachliche Rechtfertigung .....	664
c) Belästigung und sexuelle Belästigung .....	666
d) Anweisung zur Benachteiligung/Diskriminierung .....	669
VI. Rechtfertigungsmöglichkeiten von Benachteiligungen/ Diskriminierungen .....	670
1. Grundlagen .....	670
2. Rechtfertigungsgründe im beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot .....	674
a) Überblick über das System der Rechtfertigungsgründe .....	674
b) Besonderer Freiheitsschutz: Die Privilegierung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften .....	675
c) Diskursive Legitimation von Ungleichbehandlungen wegen des Alters .....	678
(1) Legitime Gründe .....	680
(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	682
d) Allgemeiner Freiheitsschutz: Ungleichbehandlungen aufgrund beruflicher Anforderungen .....	685
(1) Grenzen legitimer Gründe .....	686

---

(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	688
(3) Rechtfertigung der Anknüpfung an Präferenzen Dritter?	690
aa) Gleichheitssensitive Berücksichtigung von Drittpräferenzen .....	691
bb) Drittpräferenzen und Stereotype .....	693
3. Rechtfertigungsgründe des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots .....	695
a) Allgemeiner Rechtfertigungsgrund .....	696
(1) Prüfungsstruktur .....	696
(2) Rechtfertigung intrinsischer Diskriminierungen .....	697
(3) Begrenzung der expansiver Tendenzen ökonomischer Eigenrationalität .....	698
b) Rechtfertigung geschlechtsbedingter Differenzierungen in Versicherungsverträgen .....	702
c) Rückausnahme bei Schwanger- und Mutterschaft .....	704
d) Nivellierung der Rechtfertigungsanforderungen bei sonstigen Versicherungsverträgen .....	705
e) Besonderer Rechtfertigungsgrund bei der Wohnraumvermietung .....	706
f) (Fast) Keine Rechtfertigung einer „Rassendiskriminierung“ ..	706
g) Positive Maßnahmen .....	707
(1) Überblick .....	707
(2) Nichtdiskriminierung zwischen principle und policy .....	708
(3) Dialektik der Gleichbehandlung .....	710
VII. Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung .....	713
1. Säulen der Durchsetzung des Nichtdiskriminierungsprinzips im europäischen Mehrebenensystem .....	713
a) Nichtigkeit diskriminierender Maßnahmen und Beseitigung ihrer ungleichen Auswirkungen .....	714
b) Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen	716
c) Schutz vor Viktimisierung .....	719
d) Prozessuale Aspekte der Rechtsdurchsetzung .....	721
(1) Beweislastverteilung .....	721
(2) Individuelle und kollektive Rechtsverfolgung .....	724
2. Freiheit und Gleichheit im Konflikt – Abwägungsrelevanz auf Rechtsfolgenebene? .....	726
a) Beseitigungsanspruch und Kontrahierungszwang .....	726
b) Entschädigungsanspruch .....	731

VIII. Zwischenergebnis: Das „Störpotential“ des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts .....	736
1. Berücksichtigung sozialer Kontexte ungleicher Freiheitsausübung .....	738
a) Funktion der Diskriminierungsverbote .....	738
b) Materiale Gleichheit .....	739
c) Diskriminierungskategorien .....	740
d) Sanktionen .....	740
2. Sicherung und Begrenzung der Umweltrationalitäten .....	740
a) Gleichheit und Wettbewerb .....	741
b) Festlegung des Anwendungsbereichs – Eine fehlgeschlagene Grenzziehung .....	741
c) Bedeutung von Rechtfertigungsdiskursen .....	743
3. Konsequenz: Mehr Gleichheitsdenken im Privatrecht .....	745

### 3. Teil:

## Das Prinzip der personalen Gleichheit

§ 7 Versuch einer Neukonzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht .....	749
I. Überblick .....	749
1. Strukturprinzipien des geltenden Rechts .....	749
a) Ungleichbehandlung und Rechtfertigungsstrukturen im geltenden Recht .....	749
b) Rechtsfolgen .....	754
(1) Ausgangspunkt .....	754
(2) Rechtsfolgen der jeweiligen Gleichbehandlungspflichten im Überblick .....	755
(3) Gemeinsamkeiten .....	758
2. Normentheoretische Einordnung und Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit .....	759
a) Funktionen des Prinzips der personalen Gleichheit .....	759
(1) Funktionsvielfalt .....	759
(2) Deskriptives Modell und Legitimationsgrundlage .....	760
(3) Normative Funktion .....	762
b) (K)ein Fall der Prinzipientheorie .....	763
c) Prozeduraler oder substantieller Grundsatz? .....	767
II. Einheitsmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	774
1. Verfassungs- und unionsrechtliche Vorbilder .....	775

---

2. Übertragbarkeit auf das Privatrecht .....	780
a) Eine Parallele zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	780
b) Kein kategorischer Unterschied zwischen Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten ...	781
(1) Zwei unterschiedliche Phänomene? .....	781
(2) Ein Fall ausgleichender Gerechtigkeit? .....	784
(3) Die Gleichheitsblindheit ausgleichender Gerechtigkeit ...	785
(4) Sozialschutznorm oder Gleichbehandlungsrecht? .....	787
c) Zusammenfassung .....	790
III. Ungleichbehandlung .....	791
1. Elemente der Ungleichbehandlung iwS .....	791
2. Vergleichbarkeit der Situation .....	793
3. Ungleichbehandlungsgebot? .....	798
4. Benachteiligung .....	801
IV. Rechtfertigung .....	802
1. Im Zentrum des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	802
2. Rechtfertigungsgrund Freiheitsrechte .....	804
a) Freiheit und Gleichheit im Konflikt .....	804
b) Drei Lösungsmodelle .....	807
(1) Vorrangmodell .....	810
(2) Tatbestandsmodell .....	816
(3) Rechtfertigungsmodell .....	823
3. Rechtfertigungskontinuum .....	824
a) Eine freiheitsrechtliche Konzeption der Rechtfertigung .....	824
b) Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard ...	830
c) Gesteigerte Kontrolldichte zum Schutz gleicher Freiheit .....	832
d) Diskriminierungsmerkmale als Anknüpfungsverbote .....	835
e) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	835
f) Verweis auf Freiheitsrechte .....	840
(1) Schutz der ethischen Person .....	840
(2) Schutz des Marktverhältnisses? .....	841
g) Zusammenfassung .....	849
4. Bestimmung der Diskriminierungsmerkmale .....	849
a) Verfassungsrechtliche Grenzen einfachrechtlicher Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten .....	851
b) Systematisierungsversuche .....	856
(1) Askriptive vs. verhaltensbezogene Merkmale? .....	858
(2) Unveränderbare vs. Veränderbare Merkmale? .....	859
(3) Allgemeines vs. besonderes Merkmal? .....	860
(4) Kombinationslösung .....	861
5. Zusammenfassung .....	864

---

§ 8 Gleichbehandlungspflichten Privater in der Gesellschaft .....	870
I. Gerechtigkeit und Gleichheit in Moral, Politik und Recht .....	870
II. Juristische Gerechtigkeit .....	874
1. Lösungsmodell I: Formale Gleichheit .....	874
a) Geschlossenheit und informationelle Offenheit des Rechts ...	874
b) Wiedereintritt der materialen Gerechtigkeit in das Recht .....	880
2. Lösungsmodell II: Gerechtigkeitsdichotomien .....	883
a) Gleichbehandlung zwischen ausgleichender und verteilernder Gerechtigkeit .....	883
b) Kritik der Gerechtigkeitsdichotomie .....	886
3. Lösungsmodell III: Juristische Kontexte der gleichen Gerechtigkeit .....	892
a) Soziale Adäquanz juristischer Gerechtigkeit .....	892
b) Gleichheit als Zugangsregel .....	894
c) Vorrang der Eigenrationalität des Privaten? .....	899
4. Gerechtigkeit als Gleichheit .....	902
a) Das Gleichbehandlungsinteresse jeder Person .....	902
b) Warum Gleichbehandlung? .....	904
(1) Moralischer Anspruch auf Behandlung als Gleicher .....	906
(2) Präsumtion der Gleichbehandlung .....	910
(3) Freiheit als Währung der Gleichheit .....	912
c) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen .....	913
(1) Spezifikum der negativen Freiheitsrechte .....	913
(2) Gleichbehandlung als „Recht auf Rechtfertigung“ .....	918
(3) Schleier des Nichtwissens .....	919
5. Verteidigung gegen die Egalitarismuskritik .....	922
6. Zusammenfassung .....	927
III. Freiheitsrechtliche Einwände gegen Gleichbehandlungspflichten Privater .....	931
1. Privatautonomieargument .....	931
a) Unfreiheitsvermutung? .....	931
b) Gleichbehandlungsrecht als Ausdruck der Materialisierung? .....	936
c) Kompetentielle Freiheit .....	941
(1) Konstitutive Freiheitsbegründung durch Recht .....	943
(2) Die Wiederkehr der „natürlichen Freiheit“ .....	947
(3) Rechtsinstitut Privatautonomie? .....	950
(4) Privatautonomie im multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis .....	954
aa) Abwehrrechtliche Konstruktion .....	954
bb) Schutzpflichtendimension .....	960



---

cc) Ausgestaltungsmodell .....	962
2. Gleichbehandlung und die Trennung von Recht und Moral .....	967
3. Gleichbehandlung und die Trennung von Staat und Gesellschaft .....	973
a) Kein Tugendterror des Rechts .....	973
b) Staat vs. Gesellschaft oder öffentlich vs. privat? .....	975
(1) Privatrechtsgesellschaft? .....	975
(2) Machtungleichgewicht? .....	977
(3) Privatsphäre .....	980
(4) Räumliche oder dezisionale Privatheit? .....	983
4. Effizienzargument .....	986
a) Präferenzautonomie .....	986
b) Vertrauen auf den Marktmechanismus? .....	991
c) Rationale Diskriminierung .....	995
d) Zwischenergebnis .....	998
5. Zusammenfassung .....	1000
IV. Gleichbehandlung und Grundrechtsunmittelbarkeit im Privatrechtsverkehr .....	1004
1. Die Suche nach dem Geltungsgrund .....	1004
2. Das Problem der Horizontalwirkung .....	1009
a) Nichtanwendungsmodell .....	1012
b) Eingriffsmodell .....	1013
c) Indirektes Anwendungsmodell .....	1014
d) Direktes Anwendungsmodell .....	1018
3. Horizontalwirkung im Unionsrecht .....	1022
a) Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote .....	1022
b) Gleichheitsgrundrechte .....	1026
c) Konkretisierungsmodell .....	1031
4. Kompatibilisierung von Autonomiebereichen .....	1033
 § 9 Personale Gleichheit: Eine rhapsodische Zusammenfassung .....	 1039
 Literaturverzeichnis .....	 1055

## § 9 Personale Gleichheit: Eine rhapsodische Zusammenfassung

*Friedrich Kübler* veröffentlichte 1974 in der Festschrift für *Ludwig Raiser* einen Beitrag unter dem – auch auf meine Arbeit zutreffenden – Titel: *Privatrecht und Demokratie*. Darin findet sich eine Passage mit der *Kübler* die methodischen Herausforderungen vorwegnahm, denen auch die hier vorgelegte Untersuchung über den Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht ausgesetzt ist:

„Auch und gerade im Ordnungsbereich des Privatrechts gibt es offenbar Fälle, die sich nur noch in der Weise angemessen erörtern und regeln lassen, daß bei der Rechtsfindung und -anwendung auf sich wandelnde Anschauungen und Bilder davon rekuriert wird, wie das Zusammenleben (einer großen Zahl) von Menschen in Gesellschaft überhaupt möglich ist und in welcher Weise es auch dann zu funktionieren vermag, wenn es an bestimmte normative Prämissen gebunden wird. Diese Anschauungen und Ordnungsbilder kann man abgekürzt als gesellschaftstheoretische Vorstellungen bezeichnen. Sie werfen eine Reihe von schwerwiegenden und weitreichenden Fragen auf, die nicht nur diese „Gesellschaftstheorie“ für sich, die Bedingungen ihrer Genese und die Möglichkeiten ihrer „Geltung“ betreffen, sondern vor allem deren Verhältnis zur Rechtsordnung: handelt es sich um illegitime Einbrüche rechtsfremder Ideologien oder um strukturbedingte Abhängigkeit? Oder finden sich Momente wechselbezüglicher Verschränkung, weil die „Gesellschaftstheorie“ ihrerseits sich an bestimmten normativen Vorgaben der rechtens bestehenden Ordnung zu orientieren hat? Man kann diese Fragen als rechtstheoretische bezeichnen. Verlässliche Antworten liegen nicht auf der Hand. Sie dürften am ehesten in den Grenz- und Spannungsfeldern von Rechtssoziologie, politischer Theorie, Privatrechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik zu finden sein.“<sup>1</sup>

Freiheit gegen Gleichheit, Freiheit *und* Gleichheit, Freiheit *in* Gleichheit – das sind solche „Ordnungsbilder“, die das „Zusammenleben von Menschen in Gesellschaft“ und die privatrechtliche Organisation dieses Zusammenlebens kennzeichnen. Es sind „normative Prämissen“, die miteinander darüber konkurrieren, welche die bessere „Anschauung“ über das „Wie“ der Interaktionen privater Akteure vermittelt. Die traditionelle Auffassung geht von einer Kollision auf Prinzipienebene aus und löst diese Kollision über Vorrangregeln<sup>2</sup> oder über Tatbestandsmodelle<sup>3</sup>. Sie plädiert für eine „Präponderanz der Freiheit vor der Gleichheit“<sup>4</sup> im Privatrecht: Freiheit – auch Freiheit zur Ungleichbehandlung – sei der Grundsatz; Gleichbehandlung sei als Ausnahme nur zu rechtfertigen, sofern und soweit die Funktionsvoraussetzungen nicht gewährleistet seien.<sup>5</sup> In dieser Arbeit habe ich eine Alternative dazu entwickelt. Danach werden Gleichheit und Freiheit auf der höchsten Abstraktionsebene gleichgesetzt. Zur Kollision

1 *Kübler*, FS Raiser, 1974, 697, 698 f.

2 § 7 IV 2 b) (1). Die folgenden Belege beziehen sich – soweit nicht anders angegeben – auf die jeweiligen Abschnitte dieser Arbeit.

3 § 7 IV 2 b) (2).

4 § 4 I 2 c).

5 § 5 IX 1.

kommt es auf einer ganz anderen Ebene, nämlich dort, wo das intrinsische oder instrumentale Interesse eines Akteurs an einer Differenzierung<sup>6</sup> die Erwartung des anderen Akteurs, nicht ohne sachliche Gründe ungleich behandelt zu werden, enttäuscht. Vorrang- oder Tatbestandsregeln haben „bei der Rechtsfindung und -anwendung“ keine überzeugenden Resultate geliefert.<sup>7</sup> Das liegt vor allem daran, dass beide Ansätze nicht ausreichend sensibel auf die verschiedenen sozialen Kontexte von Ungleichbehandlungen reagieren können.<sup>8</sup> Darin liegt die Stärke von Rechtfertigungsmodellen.<sup>9</sup> Mit dem „Prinzip der personalen Gleichheit“ wird eine Neukonzeption von Gleichbehandlungsgeboten und Rechtfertigungsgründen entwickelt, die der Erwartung auf Gleichbehandlung und dem Interesse an Differenzierung jeweils situativ gerecht werden kann.<sup>10</sup> Entgegen der bisherigen Auffassung ist nicht mehr zu begründen, „wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“<sup>11</sup> Zwangsläufig basiert dieses Prinzip auf einer „Gesellschaftstheorie“: Es ist das Versprechen von Gleichheit und Freiheit für alle Akteure. Das ist die grundlegende Voraussetzung für die privatrechtliche Organisation sozialer Beziehungen in rechtsstaatlich und demokratisch verfassten und grundrechtlich geprägten Rechtsordnungen.

Es geht also um *gleiche Freiheit*. Ihre Herstellung und Sicherung ist ein zentrales Problem politischer Theorie.<sup>12</sup> Anschauungsmaterial dafür liefert die Privatrechtsgeschichte:<sup>13</sup> Das historisch erste Problem von Freiheit und Gleichheit wurde um 1800 mit der gleichen Rechtsfähigkeit jeder Person genial gelöst.<sup>14</sup> Damit war für das Rechtssystem die Problemstellung zunächst erschöpft. Für die Aufgabe, Freiheit und Gleichheit zu sichern, war nunmehr die Umwelt des Rechts, insbesondere das Wirtschaftssystem, zuständig. Das zwingt zur soziologischen Betrachtung des Rechts. Mit der Abstraktion des Menschen vom Individuum zur Person, ihrer Ausstattung mit gleicher Rechtsfähigkeit, der Einrichtung subjektiver Rechte und den grundlegenden Institutionen Vertrag und Eigentum hatte das Recht dem Wirtschaftssystem ausreichend Leistungen zur Verfügung gestellt. Für den Ausgleich sorgt der Wettbewerb und im 19. Jahrhundert vielleicht auch noch eine im Hintergrund fortwirkende und Reziprozität herstellende Sittenordnung.<sup>15</sup>

6 Zum Begriff § 6 V 1 c).

7 § 6 VIII 2 c).

8 § 6 VIII 1.

9 § 7 IV 2 b) (3).

10 § 7 I 2.

11 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 159, der allerdings auf halbem Weg stehen bleibt (dazu § 7 IV 2 b) (2)).

12 § 8.

13 §§ 2-4.

14 § 2 I.

15 § 2 III.

Diese war aber auch verantwortlich für die „Enklaven ungleichen Rechts“<sup>16</sup>. Die Stellung der Ehefrau im BGB v. 1896 zeigt eine im und vom Recht „gebrochene Gleichheit“<sup>17</sup>. Dagegen wird man einwenden, dass das Familien- und Erbrecht traditionell eng von den jeweils herrschenden ethischen Anschauungen in einer Gesellschaft geprägt sind. Das trifft zu und mag auch erklären, warum das Recht dort seinen Anspruch aufgegeben hat, ein Recht Gleicher zu sein. Die „Abstraktion von den Individualitäten des Menschen“ – das Statusrecht scheiterte an der darin liegenden Herausforderung, während das Wirtschaftsrecht sie begierig aufgriff. Im Familienrecht wurde die abstrakte Person wieder zum konkreten Menschen: Mit dem Geschlecht hat das Recht das sichtbarste und gesellschaftstheoretisch wichtigste Unterscheidungskriterium zur Sicherung unterschiedlicher Statushierarchien aufgegriffen. Gleichheit galt also nur prinzipiell, Ausnahmen waren jederzeit möglich.<sup>18</sup> Das änderte sich erst nach der *Konstitutionalisierung* des Familienrechts ab dem 1.4.1953 (Art. 117 Abs. 2 GG iVm Art. 3 Abs. 2 GG). Andere Unterscheidungen bestehen fort: Es hängt nach wie vor vom Geschlecht des von uns geliebten Menschen ab, ob das für so viele Wichtigste in ihrem Leben – eine *rechtlich gesicherte* und damit *anerkannte* Partnerschaft – sich Ehe nennen darf oder „nur“ eine „eingetragene Lebenspartnerschaft“ ist. Vielleicht werden die heute vielen noch tragfähig erscheinenden Gründe bei nachfolgenden Generationen das gleiche Befremden auslösen, das uns heute beschleicht, wenn wir die mühsamen Rationalisierungen des ungleichen Rechts im 19. Jahrhundert zur Kenntnis nehmen. *Historia non docet*. Eines aber lässt sich feststellen: Gleichheit als Prinzip bringt Dynamik ins Recht: damals, weil sich die Stellung der Ehefrau im neuen bürgerlichen Recht im Ganzen gesehen zum status quo ante verbesserte; heute, weil das Recht immerhin die Partnerschaft zweier Menschen gleichen Geschlechts als rechtlich gesicherte Partnerschaft anerkennt – was im Europa des 21. Jahrhunderts trotz einer „rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples“<sup>19</sup> immer noch keine Selbstverständlichkeit ist.

Nach so viel „Gesellschaftstheorie“ kehrt die Untersuchung zurück zur Privatrechtsgeschichte, die aber zugleich wieder soziologisch kontextualisiert wird: Das Recht ermöglichte mit der Figur des subjektiven Rechts die „Juridifizierung von Willkür“<sup>20</sup>. Die damit einhergehende inhaltliche Entlastung ist notwendig, damit das subjektive Recht seiner Aufgabe nachkommen kann, die Präferenzautonomie des Einzelnen zu sichern und dadurch Kommunikationen im Wirtschaftssystem

16 *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, in: *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 11, 33.

17 *Schwab*, Frauenrechte, in: *Klippel*, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 83.

18 § 2 II.

19 EGMR, Urt. v. 24.6.2010, App. No. 30141/04 – *Schalk & Kopf vs. Österreich* = <http://www.echr.coe.int/echt/en/hudoc/>, para. 93.

20 *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 291.

zu vervielfachen und dauerhaft zu stellen.<sup>21</sup> Das Recht dachte<sup>22</sup>, damit sei alles getan. Als die Bewährungsprobe kam, musste es erkennen, dass es sich getäuscht hatte. Mit dem *Civil Rights Act v. 1866* räumte es dem befreiten Sklaven in den Bundesstaaten des U.S.-amerikanischen Südens die gleichen Rechte ein, Verträge zu schließen und Prozesse zu führen.<sup>23</sup> Sklave war aber nur Schwarze gewesen und als (schwarze) Sklaven konnten sie keine Personen sein. Das Recht folgte seiner eigenen Logik, abstrahierte erneut von ihrer Individualität und machte den vormaligen Sklaven zur Person mit gleichen Rechten. In den anderen Funktionsbereichen der Gesellschaft, etwa in Wirtschaft und Familie, wurde der ehemalige Sklave aber weiterhin als Schwarzer wahrgenommen. Man hatte ihm jahrzehntelang negative Eigenschaften zugeschrieben und das änderte sich nicht mit dem Sieg des Nordens gegen den Süden.<sup>24</sup> Solange es die Sklaverei Schwarzer gab, hatte jeder Weiße, auch der am untersten Ende der sozialen Statushierarchie stehende, immer noch jemanden, auf den er herabblicken konnte: Er war zwar arm, aber er war weiß und frei und stand deshalb über dem Schwarzen, der unfrei war.<sup>25</sup> Das Recht verhielt sich zunächst indifferent gegenüber seiner Umwelt und der dort weiterhin getroffenen Unterscheidung zwischen Schwarzen und Weißen. Es waren ja seine Instrumente – Privatautonomie (auch wenn dieser Begriff im zeitgenössischen Kontext noch nicht fiel) und Eigentum (dieser wurde dagegen verwendet)<sup>26</sup> –, die *Diskriminierung* ermöglichten und rechtlich sicherten. Noch nicht indifferent verhielt sich die Politik. Nachdem sie zunächst das Strafrecht gegen die gewaltsame Ausübung privater Macht einsetzte, instrumentalisierte die Politik das Zivilrecht.<sup>27</sup> Mit dem *Civil Rights Act v. 1875* erweiterte sie das Konzept des Diskriminierungsverbots vom Staat auf die Gesellschaft. Das moderne Nichtdiskriminierungsrecht war geboren. Das Recht wurde für Ungleichbehandlungen in seiner Umwelt sensibilisiert. Es räumte jetzt Schwarzen „Gegenrechte“ auf diskriminierungsfreien Zugang zu privat betriebenen, in der Sache aber öffentlichen Einrichtungen ein. Nichtdiskriminierung aus Gründen der „Rasse“ und „Hautfarbe“ wurde zur normativen Prämisse des Zusammenlebens in der Gesellschaft. Das hielt genau acht Jahre. 1883 trug der Supreme Court den *Civil Rights Act v. 1875* zu Grabe.<sup>28</sup> Aufhänger dafür war die fehlende Regelungskompetenz des Bundes für *non state action*. Damit war die Dichotomie von Staat und Gesellschaft rechtlich abgesichert. Aufgrund der mittlerweile eingetretenen politi-

21 § 8 II.

22 Sofern man das Recht zu seinem eigenen Beobachter machen und diese Fähigkeit metaphorisch zu schreiben kann.

23 § 3 III 2.

24 § 3 I.

25 Zur Freiheitsvermutung aufgrund der Hautfarbe oben § 3 I 3.

26 § 3 III 4 b).

27 § 3 III 3.

28 § 3 III 4.

schen Machtverhältnisse war es ausgeschlossen, dass die Einzelstaaten dieses Vakuum füllten. Dem Bund war es dadurch verwehrt, sich schützend vor die Bürger zu stellen, die aufgrund ihrer Rasse und ihrer „badge of slavery“ von Privaten diskriminiert wurden. Damit scheiterte der erste Anlauf eines speziellen Nichtdiskriminierungsrechts. Statt Gleichbehandlung auch unter Privaten wurde die Trennung der Rassen in der Gesellschaft zum tatsächlichen und zum normativen Leitbild.<sup>29</sup> Diese Gesellschaftstheorie änderte sich allerdings nach dem 2. Weltkrieg.<sup>30</sup> Sichtbar wurde dieser Vorgang 1954 in *Brown v. Board of Education*.<sup>31</sup> Der *Civil Rights Act* v. 1964 belebte den Gedanken eines Nichtdiskriminierungsrechts wieder. Dieses Mal so erfolgreich, dass es – wir kommen zur Rechtsvergleichung – zum Exportschlager wurde: Großbritannien folgte schnell, ebenso die internationale Gemeinschaft,<sup>32</sup> dann Europa – wenn auch, historisch betrachtet, mit vertauschter Reihenfolge: erst Geschlecht, dann Rasse. Deutschland zog nach, setzte aber immer nur das Allernotwendigste um und das auch meistens nicht richtlinienkonform.<sup>33</sup> Und dort, wo Deutschland in jüngerer Zeit ohne unionsrechtlichen Zwang handelte – im zivilrechtlichen Teil des AGG mit den Merkmalen Behinderung, Alter, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung –, war die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten eines Nichtdiskriminierungsprinzips scharfer Kritik ausgesetzt. Man hörte schon „die Totenglocke des Privatrechts läuten“<sup>34</sup>.

Das erstaunt manche angesichts der langen Tradition von Gleichbehandlungsgeboten im Privatrecht.<sup>35</sup> Bei genauerer Betrachtung überrascht es aber nicht. Privatrechtsdogmatisch waren nur allgemeine Gleichbehandlungsgebote im Recht verankert.<sup>36</sup> Beispielsweise ist dem Arbeitgeber,<sup>37</sup> dem Verband<sup>38</sup> oder dem Schuldner einer beschränkten Gattungsschuld<sup>39</sup> aufgegeben, Arbeitnehmer, Anteilseigner und Gläubiger bei der Befriedigung einer unverschuldet teilunmöglichen Leistung nicht ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln. Diese Gleichbehandlungspflichten wurden mit unterschiedlichsten Ansätzen als genuin privatrechtliche Erscheinungen aufgefasst und begründet.<sup>40</sup> Weil selbst aktuelle Stellungnahmen keine soziologische Jurisprudenz<sup>41</sup> betreiben, übersehen sie den gemeinsamen Kern privatrechtlicher Gleichbehandlungspflichten: Es ist die *be-*

29 § 3 III 5.

30 § 3 IV.

31 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

32 § 4 II 2.

33 § 4 II 2.

34 *Repgen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 14.

35 *Singer*, GS Zichert, 2010, 341, 351.

36 § 5.

37 § 5 I.

38 § 5 II.

39 § 5 VII 2.

40 § 5 IX 1.

41 § 8 II 3.

*rechtigte Erwartung* privater Akteure, bei vergleichbaren Umständen *nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt* zu werden.<sup>42</sup> Stattdessen argumentiert man mit einer Mischung aus genuin privatrechtsdogmatischen und überpositiven Gerechtigkeitsargumenten, alles nur – so scheint es manchmal – um sich fern genug vom Zaubergarten einer unmittelbaren oder mittelbaren Wirkung des Art. 3 GG zu halten.<sup>43</sup> Die gleichheitsrechtliche Konstitutionalisierung bleibt auf das staatlich gesetzte Recht beschränkt. Methodisch befinden wir uns im Spannungsfeld von Grundrechtsdogmatik und Grundrechtstheorie. Der Vorschlag von *Nipperdey*, Art. 3 Abs. 2 GG auch im Arbeitsrecht anzuwenden und damit die unmittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben rechtlich zu bekämpfen, war ein, vielleicht *der* zentrale Auslöser der Debatte über Grundrechtswirkungen im Privatrecht, die bis heute andauert.<sup>44</sup> Er hat sich im deutschen Recht nicht durchgesetzt. Die Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes wird seitdem im Wesentlichen verneint. Gleichbehandlung bedeutete das Ende von Wettbewerb und Privatautonomie; zumindest dort, wo der Gleichbehandlungsadressat nicht Inhaber „privater Macht“ sei. Allerdings entwickelte sich in den 1950er Jahren das Bewusstsein dafür, dass bestimmte Diskriminierungen, in einer auf „objektiven Werten“ beruhenden Grundrechtsdogmatik, auch im Zivilrecht nicht mehr angehen. Juden zu diskriminieren – das war sittenwidrig. Insofern konnte man die Einschränkung der Privatautonomie ja auch rein faktisch verschmerzen. Anders sah es bei den Trägern der übrigen in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale aus. Davon gab es einfach zu viele. Da man die Reichweite von Gleichbehandlungspflichten eng halten wollte, war man gezwungen, eine im Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG nicht angelegte Diskriminierungshierarchie zu erfinden. Man differenzierte also, bis sich mit dem gerade geschaffenen allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Königsweg anbot, beides zu haben: Die Freiheit zum Vertragsschluss und die Sanktionierung der in der Ungleichbehandlung liegenden Persönlichkeitsverletzung. Dass eine mit Sanktionen belegte Freiheit keine Freiheit mehr war, übersah man. Immerhin hatte man das Prinzip als Prinzip gerettet.<sup>45</sup> Bis es zum Paukenschlag aus Luxemburg kam.<sup>46</sup> Was in Deutschland um 1949/1950 nicht erreicht wurde – die unmittelbare Geltung der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen –, setzte der Europäische Gerichtshof mit einer kühnen und grundlegenden Rechtsprechung durch. Damit war der Bann gebrochen. Wenig später musste auch die Vertragsabschlussfreiheit im Arbeitsrecht bei ge-

42 § 5 IX 2 b).

43 § 4 I 2, § 5 I 3 und II 3 b.).

44 § 4 I 2 b).

45 § 4 I 5.

46 § 4 II 3.

schlechtsbezogenen Differenzierungen einer sachlichen Begründung weichen. „Zivilrecht gewordener Art. 3 GG“ – das war giftig gemeint.<sup>47</sup>

Privatrechtsdogmatisch betrachtet – das bestätigt die Analyse im umfangreichen 2. Teil der Arbeit –, gab es den „Arbeitsrecht gewordenen Art. 3 GG“ in der Sache mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot schon lange; auch wenn man sich immer noch scheut, seinen Geltungsgrund dort zu verankern.<sup>48</sup> Ganz generell hat die Untersuchung gezeigt, dass sich Gleichbehandlungsgebote im Privatrecht etabliert haben. Manche, wie beispielsweise der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz,<sup>49</sup> die Gleichberechtigungs- und Gleichbehandlungspflichten<sup>50</sup> bei Rechtsgemeinschaften<sup>51</sup> und Personenmehrheiten<sup>52</sup>, insbesondere die Gleichbehandlung von Gläubigern bei der Erfüllung bestimmter Gattungsschulden<sup>53</sup> und der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>54</sup>, blicken auf eine lange Tradition zurück. Andere wurden hart erkämpft, sind aber mittlerweile selbstverständliche Errungenschaften der „Privatrechtsgesellschaft“<sup>55</sup>, wie die zahlreichen und sehr weitgehenden wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten zeigen.<sup>56</sup> Für marktmächtige Unternehmen ist Gleichbehandlung der Grundsatz und Ungleichbehandlung die Ausnahme.<sup>57</sup> Die Pflicht zur Gleichbehandlung sichert also die Voraussetzungen, unter denen ein freier Tausch möglich ist. Das erfordert einen situationsadäquaten Rechtfertigungsmaßstab. Am unteren Ende der Rechtfertigungsskala sind die Fälle angesiedelt, in denen es genügt, dass sich der Normadressat auf seine Vertragsfreiheit beruft, ohne dafür weitere Gründe nennen zu müssen. Die Rechtfertigungsanforderungen steigen, wenn zu der schlichten Vertragsverweigerung zusätzliche oder besondere Umstände hinzutreten, angesichts derer die Ungleichbehandlung die zu sichernde Freiheit des Wettbewerbs gefährdet. Gemeinsam ist den „besonderen“ Umständen, die zur strengeren Rechtfertigungsprüfung führen, dass es sich um Situationen handelt, in denen die „Entmachtungsfunktion“ des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist. Das im deutschen und europäischen Recht angelegte Zusammenspiel von Gleichbehandlungsgrundsatz und Rechtfertigungspflicht manifestiert ein egalitäres Prinzip des Wettbewerbsrechts.<sup>58</sup> Jüngerer Datums, aber nicht weniger intensiv wirkend, sind die zahlreichen, auf Einzelgesetze ver-

47 Herrmann, ZfA 1996, 19, 21.

48 § 5 I 3.

49 § 5 II.

50 Zur Differenzierung siehe § 5 II 1 b).

51 § 5 II 5.

52 § 5 VII 1.

53 § 5 VII 2.

54 § 5 V.

55 Zum Begriff § 4 I 4.

56 § 5 IV.

57 § 5 IV 3 c).

58 § 5 IV 2.



streuten kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten, bei denen man offensichtlich noch zögert, darin ein allgemeines Prinzip zu sehen.<sup>59</sup> Faszinierend daran ist allerdings, dass die unterschiedlichen Regelungen im Kern auf den Schutz des Anlegervertrauens zurückgeführt werden.<sup>60</sup> Besonders deutlich wird dies bei den informationellen Gleichbehandlungspflichten: der einzelne Anleger vertraut insoweit darauf, mit den gleichen Informationen versorgt zu werden wie ein anderer Anleger. Diese Erwartung der gleichen Behandlung ist eine wesentliche Voraussetzung dafür, sich überhaupt auf den Kapitalmarkt zu begeben. Mit diesem Ansatz lässt sich auch der allgemeine Kontrahierungszwang als genuin gleichbehandlungsrechtliches Instrument rekonstruieren.<sup>61</sup> Der Kontrahierungszwang ist seinerseits nur die Reaktion auf ein ihm vorgelagertes Problem unterschiedlicher Freiheitsausübung. Dieses hat seine Ursache in der ungleichen Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten unter den Akteuren in der Gesellschaft. Die Ungleichbehandlung von Marktakteuren löst eine Rechtfertigungskontrolle aus. Dass gerade diese Rechtfertigungspflichten ihrerseits das auf Autonomie gepolte Privatrecht deutlich irritieren, kann man anhand des sehr komplexen Verhältnisses von Gleichberechtigung, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im Erbrecht verfolgen.<sup>62</sup>

Damit ist das Stichwort gefallen, das in den letzten Jahren innerhalb der juristischen Diskurse die Gemüter erhitze: „Antidiskriminierung“ oder, neutral und damit vorzugswürdig formuliert: *Nichtdiskriminierung*. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht, also die Diskriminierungsverbote auf der Grundlage europäischer Richtlinien im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), ist in der noch recht jungen Geschichte dieses Rechtsgebiets zu einer veritablen Bezugsgröße avanciert.<sup>63</sup> Das liegt einmal an seiner zunehmenden Bedeutung, die sich in der Praxis noch auf Beschäftigungsverhältnisse zu beschränken und sich dort auf das Merkmal Alter<sup>64</sup> zu konzentrieren scheint. Das liegt aber auch an den privatrechtstheoretischen, grundrechts- und privatrechtsdogmatischen Fragen, die dieses Rechtsgebiet permanent aufwirft. Alles ist weniger sicher, als es zunächst scheint. Das zwingt zur eingehenden Analyse. Damit man sinnvoll diskutieren kann, muss es einen strukturellen Rahmen dafür geben. Diesen liefert das Nichtdiskriminierungsprinzip:<sup>65</sup> Bestimmte Merkmale werden von der Rechtsordnung grundsätzlich als untauglich angesehen, eine Unterscheidung zu rechtfertigen. Diese Merkmale geben eine abschließende Antwort auf die politische Frage, ob tatsächliche oder wahrgenommene Ungleichheiten in der Umwelt des Rechts

---

59 § 5 III.

60 § 5 III 1.

61 § 5 VI 2 c).

62 § 5 VIII.

63 § 6.

64 § 6 III 6.

65 § 6 I 1.

vom Recht als ein beachtlicher Grund für Differenzierungen akzeptiert werden können: Nein, das können sie nicht. Trotz des gesicherten Geltungsgrundes steht das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nach wie vor unter erhöhtem Legitimationsbedarf. Im Grundsatz konkurrieren zwei Konzeptionen um die Deutungshoheit:<sup>66</sup> Nach der egalitaristischen Konzeption ist Nichtdiskriminierungsrecht besonderes Gleichbehandlungsrecht. Dagegen versuchen non-egalitaristische Konzeptionen, das Nichtdiskriminierungsrecht entweder freiheitsrechtlich oder mit autonomen Erwägungen wie dem Prinzip der „sozialen Inklusion“ zu rechtfertigen. Diese können das geltende Nichtdiskriminierungsrecht aber nicht kohärent erklären. Seine Analyse hat gezeigt, dass die wichtigste Bedeutung des Nichtdiskriminierungsprinzips darin besteht, das Recht für die ungleiche Verteilung von Freiheiten aufgrund existierender Statushierarchien in der Umwelt des Rechts zu sensibilisieren. Darin liegt die politische Dimension des Gleichheitsversprechens.<sup>67</sup> Damit lässt sich auch die zeitbedingte Auswahl von Diskriminierungsverboten erklären: Sie verhindern, dass sich die Umwelt des Rechts der rechtlich geschützten Privatautonomie bedienen kann, um damit soziale Hierarchien anhand bestimmter verpönte Merkmale zu perpetuieren. Das Nichtdiskriminierungsrecht zwingt die Akteure zur besseren Begründung von Unterscheidungen – und führt damit vielfach zum Wegfall der Differenzierung. Diskriminierungsverbote bilden soziale Kommunikationszusammenhänge im Recht ab, um sie rechtlich adressieren zu können. Sie sind deshalb kontextbezogen zu interpretieren. Andernfalls ist das Recht nicht in der Lage, die in seiner Umwelt vorgenommenen Differenzierungen möglichst genau zu erfassen. Dasselbe gilt für die Interpretation der verbotenen Verhaltensweisen.<sup>68</sup> Es geht dem Nichtdiskriminierungsprinzip darum, das Recht für die Vielfalt von Ungleichbehandlungen in der Umwelt des Rechts zu sensibilisieren. Nimmt man die konkrete Differenzierung in den Blick, kann man das tatsächlich relevante Gleichbehandlungskriterium aufgrund einer Beobachtung der jeweils stattfindenden Kommunikationsprozesse herausfinden. Mit dem Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung kennt das Recht ein Instrument, um auf die soziale Realität der Verteilung von Freiheitsbereichen in der Umwelt des Rechts reagieren zu können. Bei der Festlegung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs differenziert das AGG zwischen beschäftigungsrechtlichem und zivilrechtlichem Benachteiligungsverbot.<sup>69</sup> Während es im beschäftigungsrechtlichen Teil einem Rechtfertigungsmodell folgt, versucht es sich im zivilrechtlichen Teil an einem Tatbestandsmodell. Das Gesetz und seine eifrigen Ausleger schei-

66 § 6 II.

67 § 6 I 1 und VIII 1.

68 § 6 VIII 1 c).

69 § 6 IV 1.

tern damit auf ganzer Linie.<sup>70</sup> Würde man das Gesetz konsequent anwenden, wäre der sachliche Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots gerade in den Fällen nicht gegeben, in denen die Umwelt besonders intensiv an die Individualität einer Person anknüpft und sie deshalb im Recht besonders schutzbedürftig macht. Das Rechtfertigungsmodell erweist sich damit erneut als überlegener Ansatz.<sup>71</sup> Die Ausübung privatautonomer Freiheiten wird im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht primär als Rechtfertigungsgrund konzipiert.<sup>72</sup> Hier muss das Recht seiner zweifachen Aufgabe – dem Respekt vor der Eigenrationalität der jeweiligen Funktionssysteme der Gesellschaft und der Begrenzung ihrer Expansions Tendenzen – „gerecht“ werden. In der Handhabung der Rechtfertigungsprüfung zeigt sich auch, ob das Diskriminierungsverbot „Biss“ hat. Die Funktion des Nichtdiskriminierungsprinzips besteht nämlich auch darin, tradierte Rationalisierungsstrategien und vermeintlich ökonomische Notwendigkeiten auf den Prüfstand zu stellen. Das lässt Widerstände erwarten. Ein regelrechter „Kampf ums Recht“ tobt auf der Rechtsfolgenebene.<sup>73</sup> Das liegt nicht zuletzt an den handwerklichen Unzulänglichkeiten des Gesetzes, die sich besonders deutlich bei der sehr umstrittenen Frage eines Kontrahierungszwangs beim zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot<sup>74</sup> und der Qualifikation des Entschädigungsanspruchs<sup>75</sup> niederschlagen.

Die stattliche Anzahl von Gleichbehandlungsgeboten und die Bedeutung der Diskriminierungsverbote wirft die Frage auf, ob sie sich auf ein gemeinsames Fundament und eine einheitliche Prinzipienstruktur zurückführen lassen. Die Antwort darauf ist in den Grenz- und Spannungsfeldern von Rechtstheorie, politischer Philosophie, soziologischem Recht, Rechtsdogmatik und Grundrechtstheorie zu suchen.<sup>76</sup> Das sind viele Stühle und der Beobachter des Rechts wird am Ende Gefahr laufen, statt auf ihnen zwischen ihnen zu sitzen. Das Programm ist klar: Es geht darum, die These zu verifizieren, dass es einen einheitlichen Grundsatz der Gleichbehandlung im europäischen Mehrebenensystem des Privatrechts gibt. Ausgangspunkt dafür sind die gemeinsamen Strukturprinzipien der existierenden Gleichbehandlungspflichten.<sup>77</sup> Sie bestehen aus zwei Elementen: Erstes Element ist die Ungleichbehandlung. Sie wird auf Grundlage einer deskriptiven Beobachtung der Umweltvorgänge festgestellt. Der deskriptive Ansatz ist notwendig, um jede Ungleichbehandlung tatbestandlich erfassen und deutlich von den Gründen unterscheiden zu können, die für oder gegen eine Gleich-

70 § 6 IV 1 c).

71 § 6 VIII 2.

72 § 6 VI 1 und VIII 2 c).

73 § 6 VII.

74 § 6 VII 2 a).

75 § 6 VII 2 b).

76 §§ 7 und 8.

77 § 7 I 1.

behandlung sprechen. Zweites Element ist die Rechtfertigungsprüfung. Dabei differenziert das geltende Recht zwischen drei Konstellationen: (1.) dem Sachlichkeitsgebot, (2.) besonderen Differenzierungs-, Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverboten, bei denen entweder die Anzahl möglicher Rechtfertigungsgründe beschränkt oder die Anknüpfung an bestimmte Merkmale grundsätzlich oder strikt verboten wird, und (3.) den positiven Maßnahmen, bei denen die Ungleichbehandlung ein Mittel zur Herstellung materialer Gleichbehandlung ist.

Das hier vorgestellte „Prinzip personaler Gleichheit“ ist im Kern ein prozedurales Rechtsprinzip mit substantiellen Inhalten.<sup>78</sup> Seine Aufgabe sehe ich darin, die Kontexte des konkreten gesellschaftlichen Konflikts so zu strukturieren, dass die jeweiligen Auswirkungen der Ungleichbehandlung auf die Gleichbehandlungs- und Freiheitsinteressen des ungleich Behandelten sichtbar werden und dadurch von ihm thematisiert werden können. Deshalb basiert das Modell auf einer Präsomption der Gleichbehandlung. Aus ihr folgt eine Argumentationslastregel bei Ungleichbehandlungen. Das ist Ausdruck einer (materialen) Entscheidung, die expansiven Tendenzen der Eigenrationalitäten der gesellschaftlichen Teilsysteme mit dem dynamisch angelegten politischen Versprechen auf Gleichheit zu begrenzen. Methodisch wird damit der Kampf um Gleichheit und Anerkennung zurück in die gesellschaftlichen Relationen getragen, in denen Ungleichheit und Nichtanerkennung wurzeln. Das Prinzip personaler Gleichheit ist zugleich ein substantieller Grundsatz, weil es den Rechtfertigungsdiskurs erst aufgrund eines materialen Grundsatzes (Gleichbehandlung) eröffnet und ihm zugleich aufgrund eines anderen substantiellen Grundsatzes (Freiheit) Grenzen setzt.

Das Prinzip der personalen Gleichheit ist mehrstufig angelegt.<sup>79</sup> Auf erster Stufe ermöglicht es eine primär heuristische Strukturierung des geltenden Rechts anhand eines methodisch neuen Blickwinkels. Auf zweiter Stufe bietet es eine gerechtigkeitstheoretische Legitimation des geltenden Rechts. Auf dritter Stufe kompatibelisiert es die unions- und grundrechtlich geltenden Gleichbehandlungspflichten privater Akteure mit den ebenfalls abgesicherten Freiheitsrechten des Handelnden. Es ist damit ein subsidiärer Geltungsgrund von Gleichbehandlungsansprüchen und Rechtfertigungspflichten Privater. Die Struktur des Prinzips beruht auf zwei aufeinander aufbauenden Elementen: dem *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung<sup>80</sup> und der Rechtfertigungsmöglichkeit von Ungleichbehandlungen.<sup>81</sup> Im Mittelpunkt der strukturellen Analyse steht die Rechtfertigungsprüfung. Das Rechtfertigungsmodell kann nachweisen, dass es im Ver-

78 § 7 I 2 c).

79 § 7 I 2.

80 § 7 III.

81 § 7 IV.

gleich zum Vorrangmodell (Präponderanz der Freiheit) und dem Tatbestandsmodell (Gleichbehandlung nur, soweit ein spezifischer Anwendungsbereich eröffnet ist) eine überzeugende Möglichkeit bietet, den Konflikt von negativer Freiheit und Gleichheit situationsadäquat und kontextabhängig zu lösen.<sup>82</sup> Nach dem Vorbild des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes,<sup>83</sup> dessen methodische Grundstruktur auch im Privatrecht funktioniert,<sup>84</sup> liegt dem geltenden Recht ein Rechtfertigungskontinuum von Ungleichbehandlungen zugrunde, dessen Spanne von den auf „Null“ reduzierten Rechtfertigungsanforderungen (eine Rechtfertigung ist nicht notwendig) bis zu den auf „Null“ reduzierten Rechtfertigungsgründen (eine Rechtfertigung scheidet aus) reicht.<sup>85</sup> Am unteren Ende der Skala ist der Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten angesiedelt:<sup>86</sup> Eine Rechtfertigung selbstbestimmter Entscheidungen der eigenen Lebensverhältnisse in persönlicher Hinsicht tangiert die ethische Person in uns. Weil innerhalb der Privatsphäre eine gleiche Behandlung im Ergebnis immer ausscheidet, wirkt sich das auf die Rechtfertigungsanforderung aus. Sie wird auf „Null“ herabgesenkt. In der Skala etwas höher angesiedelt sind die Rechtfertigungsanforderungen bei Ungleichbehandlungen im Marktverhältnis.<sup>87</sup> Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung besteht *grundsätzlich* ein weiter Spielraum. Zum Problem wird der Hinweis auf die Ausübung von geschützten Freiheitsinteressen in bestimmten bereichsspezifischen Zusammenhängen. Im Wettbewerbsrecht ist es beispielsweise der Missbrauch von Marktmacht. Das obere Ende der Prüfungsskala markieren die Diskriminierungsverbote.<sup>88</sup> Deren Festlegung ist primär Aufgabe der Gesetzgebung, die dabei allerdings in ihrer Gestaltungsfreiheit vom verfassungsrechtlichen Gleichheitsanspruch eingeschränkt wird.<sup>89</sup> Nicht jede personenbezogene Ungleichbehandlung ist deshalb eine Diskriminierung, die den Handelnden zu gesteigerten Begründungsanforderungen verpflichtet. Geschützt wird nur vor Ungleichbehandlungen, die eine unzumutbare Anpassungsleistung verlangen. Unzumutbar sind sie, wenn das positive Recht sie ausdrücklich diskriminierungsrechtlich schützt oder aus verfassungsrechtlichen Gründen zu einer Gleichbehandlung mit geschützten Merkmalen verpflichtet ist.<sup>90</sup> Dieser Schutz kommt aber regelmäßig zu spät. Das wirft die hier bejahte Frage auf, ob der Rechtsanwender ein Merkmal als „verpöntes“ Merkmal definieren und damit im Rechtfertigungsmodell den Anwendungsdis-

---

82 § 7 IV 2.

83 § 7 II 1.

84 § 7 II 2.

85 § 7 IV 3.

86 § 7 IV 3 f) (1).

87 § 7 IV 3 f) (2).

88 § 7 IV 3 d).

89 § 7 IV 4 a) und – als konkretes Anwendungsbeispiel – § 6 III 3 c).

90 § 7 IV 4 a).

kurs erheblich steuern kann.<sup>91</sup> Das Rechtfertigungsmodell bietet hier einen flexiblen Maßstab, um situationsbezogen die jeweils angemessenen Begründungsanforderungen im Rechtfertigungsdiskurs zu entwickeln.

Das Prinzip personaler Gleichheit basiert auf einer umfassenden Gleichheitspräsumtion im Privatrechtsverkehr. Das ist im methodischen Ausgangspunkt – weniger in den konkreten Ergebnissen – eine radikale Neuorientierung. Grundlage dafür bildet ein Verständnis von Gleichheit als Ausdrucksform juristischer Gerechtigkeit.<sup>92</sup> Startpunkt dafür ist die systemtheoretische Annahme der prinzipiellen Geschlossenheit des Rechts für nicht rechtliche Kommunikationsinhalte. Gerechtigkeit ist im Recht zunächst nichts anderes als die formale Gleichheit des Rechts.<sup>93</sup> Moralphilosophische Gerechtigkeitskonzeptionen sind daher ausgeschlossen. Der traditionelle Versuch, Gleichbehandlung im Privatrecht auf die klassische Dichotomie von ausgleichender und verteiler Gerechtigkeit zurückzuführen,<sup>94</sup> basiert auf unhaltbaren Prämissen und enthält ein verschleiertes gesellschaftspolitisches Programm, das offen zu diskutieren wäre. Ich stelle dem ein Modell entgegen, das die Geschlossenheit des Rechts als notwendige Funktionsvoraussetzung akzeptiert und zugleich nachweisen kann, dass die „Kontingenzformel Gerechtigkeit“ das Potential hat, das Recht für die sozialen Zusammenhänge in seiner Umwelt zu sensibilisieren. Juristische Gerechtigkeit ist danach eine für das Recht adäquate Gerechtigkeit.<sup>95</sup> Das primär individualistisch-freiheitsrechtlich geprägte Verständnis des subjektiven Rechts wird um eine funktionale Komponente erweitert, um die soziale Bedeutung subjektiver Rechte für die Kommunikationsfähigkeit im Rechtssystem insgesamt sichtbar zu machen. Dieser Vorgang ermöglicht es, Gleichbehandlungsansprüche als Zugangsregeln zu konstruieren. Damit wird die fehlende Reziprozität des subjektiven Rechts innerhalb des Rechts und mit Mitteln des Rechts wieder ausgeglichen. Das Prinzip personaler Gleichheit ist eine Konzeption von juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit<sup>96</sup> und damit eine Adaption und systemspezifische Aneignung egalitaristischen Denkens<sup>97</sup> im Recht: Die *prima facie* Gleichbehandlung gibt dem Gleichheitsprinzip „seine spezifische Funktion: die zureichende Begründung *jedlicher* Ungleichbehandlung zu fordern.“<sup>98</sup> Die Rechtfertigung berücksichtigt die unterschiedlichen „Kontexte“ oder „Sphären“ der Umweltgerechtigkeiten, indem sie die von moralischen, ökonomischen und politischen Diskursen vorausgesetzten Ungleichbehandlungen differenziert einordnet. Das Recht fungiert dann

91 § 7 IV 4.

92 § 8 II.

93 § 8 II 1.

94 § 8 II 2.

95 § 8 II 3.

96 § 8 II 4.

97 § 8 II 5.

98 *Lubmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 169.

gleichzeitig als Förderer („Privatautonomie“) und Kontrolleur („Gleichbehandlungsanspruch“) der Autonomie anderer Funktionssysteme, insbesondere des Wirtschaftssystems.

Gegen das Prinzip personaler Gleichheit lassen sich eine Reihe von Einwänden erheben, die im Kern jeweils freiheitsrechtlicher Natur sind.<sup>99</sup> Nach dem Privatautonomieargument errichte das Prinzip eine Unfreiheitsvermutung.<sup>100</sup> Obwohl Gleichbehandlungspflichten Privater Bestandteil eines materialen Paradigmas sind, sollte man zur Verteidigung nicht auf die Parallelen zur „Materialisierungsdebatte“ im Schuldvertragsrecht zurückgreifen.<sup>101</sup> Sie verdecken den unterschiedlichen Ausgangspunkt: Während die Materialisierungsdebatte generell auf das zweite Freiheitsproblem antwortet, sind Gleichbehandlungspflichten Privater tendenziell als Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem zu verstehen. Man kommt daher nicht umhin, sich mit den rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Konzeptionen von Privatautonomie unter dem speziellen Blickwinkel der Gleichheitspräsumtion auseinanderzusetzen.<sup>102</sup> Ausgangspunkt ist das vielfach geteilte Verständnis von Privatautonomie als kompetentiell begriffene Freiheit, einer Freiheit also, die erst durch das Recht ermöglicht wird. Die Arbeit nimmt diese Einordnung ernst und setzt sich daher kritisch mit den Versuchen auseinander, auf verfassungsrechtlicher Ebene eine „vorrechtliche“ Idee von Privatautonomie zu kreieren, an der gemessen alle Ausgestaltungen des einfachen Gesetzes rechtfertigungsbedürftige Einschränkungen eines „natürlichen“ Grundrechts sind. Stattdessen plädiere ich für ein Modell, in dem Gleichbehandlungspflichten Bestandteil einer dem Gesetzgeber eingeräumten Kompetenz zur Ausgestaltung der „Kompetenz Privatautonomie“ sind. Das Trennungsargument I wirft den Gleichbehandlungspflichten vor, die Trennung von Recht und Moral zu verwischen.<sup>103</sup> Die Untersuchung leistet an dieser Stelle Aufklärungsarbeit. Gewichtiger ist das Trennungsargument II, nach dem Gleichbehandlungspflichten die für die Privatrechtsgesellschaft konstitutive Trennung von Staat und Gesellschaft verletzen.<sup>104</sup> Ich schlage stattdessen vor, die entscheidende Demarkationslinie anhand der dem geltenden Recht bereits zugrunde liegenden Trennung von öffentlich und privat zu ziehen und werbe dabei unter Berücksichtigung der Erkenntnisse feministischer Rechtstheorien für ein diskursives und reflexives Verständnis des Begriffs „privat“. Das Effizienzargument behauptet schließlich, mit Diskriminierungsverboten verfolge das Recht teilweise berechtigte Ziele mit ineffizienten Mitteln.<sup>105</sup> Empirisch betrachtet, gibt es gute Gründe, an der Grundthe-

---

99 § 8 III.

100 § 8 III 1 a).

101 § 8 III 1 b).

102 § 8 III 1 c).

103 § 8 III 2.

104 § 8 III 3.

105 § 8 III 4.