

## Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht

Magdalena Pöschl\*

Rezension zu *Michael Grünberger: Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden (Nomos) 2013. 1124 Seiten, 198.- €. ISBN 978-3-8487-0597-9*

### A. Der weite Weg der Grundrechte ins Privatrecht

Die Entwicklung der Grundrechte gehört zweifellos zu den herausragenden Ereignissen in der Geschichte des Rechts. Nicht minder bemerkenswert ist aber auch ihr schrittweises Vordringen in privatrechtliche Verhältnisse, galten Grundrechte doch lange bloß als Bollwerk des Bürgers gegen den Staat, genauer: gegen die Gewalt, die dieser bei sich monopolisiert. Allmählich wurde indes spürbar, dass der Staat nicht nur durch Zwang herrscht; er übt Macht auch aus, wenn er ganz zwanglos sein Geld verteilt, also Aufträge an Private vergibt, ihre Projekte subventioniert, für sie Wohnungen baut u.a.m. Da diese ökonomische Macht ebenso der Zählung bedarf, sehen wir den Staat seit langem auch in der Privatwirtschaftsverwaltung als grundrechtsgebunden an. Von da war es nur ein kurzer Weg zu grundrechtlichen Pflichten privater Konzessionäre, die im staatlichen Auftrag Gemeinwohlleistungen erbringen: Regelmäßig sind sie schon ex lege verpflichtet, alle Bürger gleich zu behandeln, d.h. niemanden unsachlich von ihren Leistungen auszuschließen. Diesen Kontrahierungszwang übertrug die Zivilrechtslehre bald auf rein private Unternehmen, die am Markt eine vergleichbare Machtposition innehaben. Nicht nur einzelne Unternehmen, sondern alle Arbeitgeber beschränkt sodann der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, den die Zivilgerichte im Einklang mit der Lehre entwickelt haben. Zum Durchbruch verhalf den Grundrechten schließlich im gesamten Privatrecht die Schutzpflichtlehre, nach der der Staat nicht nur übermäßige Grundrechtseingriffe unterlassen muss, sondern die Bürger ganz allgemein vor Grundrechtsgefährdungen ihrer Mitbürgerinnen zu schützen hat. Zwar bedarf dieser Schutz nach überwiegender Ansicht einer gesetzlichen Grundlage, da er ja Freiheiten der Grundrechtsstörer beschränkt. Ist ein solches Schutzgesetz nicht zur Hand, wehren Gerichte private Grundrechtsstörungen fallweise aber auch mehr oder weniger freihändig ab. Solche Kunststücke haben sich nun freilich in einem wichtigen Feld erübrigt, seit und soweit private Diskriminierungen in Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien gesetzlich untersagt sind – eine Rechtslage, die in Deutschland kontrovers diskutiert wird: Gelten Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr manchen bloß als Erfüllung gleichheitsrechtlicher Schutzpflichten, erscheinen sie anderen als „Tugendterror“, ja gar als Zerstörung der Privatautonomie.

\* Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl lehrt Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien.

## B. Hauptthese und Anlage eines lesenswerten Werks

Mitten in dieses Spannungsfeld von Gleichheit und Freiheit placierte Grünberger in seinem Werk „Personale Gleichheit“ eine provokante These: Ungleichbehandlungen sind im Privatrechtsverkehr generell, also auch jenseits von Diskriminierungen nur erlaubt, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Diese These verteidigt der Autor in seiner 1124 Seiten starken Kölner Habilitationsschrift auf allen nur denkbaren Ebenen: Seine am Ende des 18. Jahrhunderts einsetzende, auch Sklaverei und Rassen-diskriminierung in den USA erfassende Gleichheitserzählung zeigt zunächst, dass Gleichbehandlungspflichten Privater historisch tief wurzeln und stetig zugenommen haben (S. 71-314). Sodann spürt Grünberger Gleichheitsgebote in der geltenden Privatrechtsordnung auf (S. 315-526). Seine Erkundung beginnt mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auf traditionellem Gelände, führt weiter in das Verbandsrecht und von dort ins Kapitalmarkt-, Wettbewerbs- und Insolvenzrecht, passiert den Kontrahierungszwang ebenso wie die Gleichbehandlung von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten und mündet, zum Ende passend, im Erbrecht. Die dort jeweils entdeckten bereichsspezifischen Gebote begreift Grünberger als „Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze“ (S. 315), die ungeachtet ihrer Vielfalt eines teilen: Sie bilden, wie Grünberger resümierend festhält, die Erwartung privater Akteure ab, in vergleichbarer Lage nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt zu werden (S. 525, 749). Sie werden flankiert vom „Speziellen Nichtdiskriminierungsrecht“, das Grünberger in der Folge eingehend analysiert (S. 527-747): Er erläutert zunächst dessen Geltungsgrund und Legitimationsprobleme und behandelt dann handbuchartig die Diskriminierungsmerkmale, die die Antidiskriminierungs-Richtlinien ver-pönnen; den Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote im deutschen Recht; die Erscheinungsformen von Diskriminierung; mögliche Rechtfertigungsgründe und schließlich die Konsequenzen, die das Recht an diskriminierendes Verhalten Privater knüpft. Das Nichtdiskriminierungsrecht problematisiert, wie Grünberger abschließend festhält, dass die Träger bestimmter Merkmale die – allen gleichermaßen garantierte – Freiheit in verschiedenen sozialen Kontexten faktisch nur eingeschränkt oder gar nicht wahrnehmen können (S. 738 f., 749). Dieses „zweite Gleichheitsproblem“ löse das Nichtdiskriminierungsrecht, indem es der Eigenrationalität gesellschaftlicher Teilsysteme und damit auch der Privatautonomie Grenzen zieht (S. 740 f., 745). Anders als im deutschen Recht, sei diese Grenzziehung allerdings nicht schon beim Anwendungsbereich von Gleichbehandlungspflichten vorzunehmen; der „dogmatisch und methodisch zutreffende Platz“ dafür sei vielmehr die Prüfung, ob eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist (S. 742).

Ausgehend von dieser weit ausgreifenden historischen und einfachgesetzlichen Bestandsaufnahme entfaltet Grünberger sein Prinzip personaler Gleichheit (S. 749-1037), das drei Dinge leisten will: Es soll nach Art einer allgemeinen Gleich-

heitslehre Komplexität reduzieren, indem es die Vielfalt einfachgesetzlicher Gleichbehandlungsgebote auf ein Grundmodell zurückführt, das die Struktur gleichheitsrechtlicher Probleme sichtbar macht (S. 760 f., 774, 790 f., 1004, 1049). Basierend auf diesem Prinzip konzipiert Grünberger sodann eine Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit (S. 761, 870 ff.). Am Ende seiner Arbeit fundiert er sein Prinzip personaler Gleichheit auch noch unions- und verfassungsrechtlich: Es konkretisiere Art. 3 GG, d.h. die unmittelbare Grundrechtsbindung privater Akteure und biete damit einen subsidiären Geltungsgrund von Gleichbehandlungsansprüchen im Privatrecht (S. 762 f., 1004 ff., 1049, 1053). Eine „rhapsodische Zusammenfassung“ beschließt dieses weit gespannte Programm (S. 1039-1053).

Grünbergers Habilitationsschrift wurde 2014 mit einer Leseempfehlung ausgezeichnet,<sup>1</sup> zweifellos verdient. Aufgrund seines beträchtlichen Umfangs wird sein Werk zwar eher ein Buch bleiben, in dem man liest, als eines, das man liest. Tatsächlich hätte sich auch manches kürzer oder weniger oft sagen lassen, und nicht jede Beweisführung müsste gar so weit ausholen. Was immer man in Grünbergers Werk liest, ist jedoch so gelehrt wie lehrreich, überaus originell, gut verständlich und mit großem Engagement für die Sache geschrieben, mithin in der Tat: lesenswert. Das gilt besonders für die glänzend erzählte Gleichheitsgeschichte, die ungeachtet ihres Reichtums im Detail nie den roten Faden verliert. Hochinteressant sind auch die Zusammenstellung und Analyse der bunten Vielfalt einfachgesetzlicher Gleichbehandlungspflichten im zweiten Teil des Buches. Man sollte hier nur darauf gefasst sein, dass das Normenmaterial bereits entlang der Hauptthese des Autors gedeutet wird; so werden insbesondere gesetzliche Gleichbehandlungspflichten weit interpretiert, manchmal wohl auch zu weit, etwa bei der Annahme, das europäische Richtlinienrecht verpöne auch Diskriminierungen durch Nachfrager (S. 627 f.). Grünbergers Analyse dieser und vieler anderer Vorschriften des geltenden Privatrechts geht jedenfalls weit über die angekündigte „Bestandsaufnahme“ (S. 315) hinaus, was man kritisieren kann,<sup>2</sup> aber nicht muss: Denn indem der Autor an das disparate einfachgesetzliche Material konsequent seine Hauptthese heranträgt, schafft er erst eine Ebene, auf der verschiedenartigste Normen verglichen und geordnet werden können. Dass hier nicht jeder gar alle Deutungen und Zuordnungen des Autors teilen wird, versteht sich, ändert aber nichts an der großen intellektuellen Leistung, die Grünberger mit seiner Analyse im Ganzen erbringt: Sie ist reich an klugen Beobachtungen, die viel Vertrautes in einem neuen Licht erscheinen lassen; das ist jedenfalls erhellend.

Wirklich gestalterisch wird Grünberger im letzten Drittel der Arbeit, wenn er sein Prinzip personaler Gleichheit entfaltet. Auch dieser Teil des Buches regt an, manch-

1 R. Zimmermann, Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung, NJW 2014, S. 3000 (3001); ders., Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung, JZ 2014, S. 1151.

2 S. etwa Ch. Armbrüster, Grünberger, Michael – Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, ZVersWiss 2015, S. 311 (314).

mal auch auf und fordert wohl ganz bewusst zum Widerspruch heraus, oder doch zu einigen Nachfragen.

## C. Fünf Nachfragen

### I. Warum sind nur Ungleichbehandlungen rechtfertigungsbedürftig?

Wie ein roter Faden zieht sich durch das Werk die Überzeugung des Autors, dass Gleichbehandlung ein Wert an sich sei; eben deshalb fordert das Prinzip personaler Gleichheit für Ungleichbehandlungen auch stets eine Rechtfertigung. Im Angesicht der Geschichte, die Grünberger über den mühseligen Kampf gegen Rassismus und Frauenfeindlichkeit erzählt, mag man dem kaum widersprechen. Doch ist bei aller Gleichheitseuphorie nicht zu übersehen, dass die Diskriminierungsverbote, die aus diesem Kampf hervorgegangen sind, nicht generell zu Gleichbehandlung verpflichten, sondern Ungleichbehandlungen nur punktuell verbieten und sie bisweilen sogar (etwa zugunsten behinderter Menschen) gebieten. Das gilt noch mehr für den allgemeinen Gleichheitssatz, der in vielen Rechtsordnungen, so auch im deutschen GG, als Gebot verstanden wird, Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend ungleich zu behandeln. Im Kern gebietet der Gleichheitssatz in diesen Rechtsordnungen, Menschen „als Gleiche“, d.h. mit gleichem Respekt und gleicher Achtung zu behandeln. Das verlangt, da die Menschen sehr verschieden sind, oft auch nach Differenzierung. So kämpft die Gleichheitspräsumtion, von der Grünberger ausgeht (S. 750, 759, 774, 1049), mit einem grundlegenden Problem: Wie kann das Prinzip personaler Gleichheit Ungleichbehandlungen per se für rechtfertigungsbedürftig erklären, wenn der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz Ungleichbehandlungen fallweise sogar gebietet?

Von diesem Einwand versucht sich Grünberger durch die Annahme zu befreien, das Prinzip personaler Gleichheit enthalte – anders als der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz, aus dem es abgeleitet ist – gar kein Ungleichbehandlungsgebot. Ein solches Gebot sei „privatrechtstheoretisch“ entbehrlich, weil die „Privatautonomie [sicherstellt], dass private Akteure ungleiche Sachverhalte auch ungleich behandeln werden“ (S. 801). Damit ist allerdings kein Unterschied zum Staat markiert, dem Ungleichbehandlungen ebenso erlaubt sind wie Privaten. Dennoch vertraut der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz nicht darauf, dass der Staat stets die „richtigen“ Differenzierungen trifft, aus gutem Grund: Dass man etwas darf, heißt längst nicht, dass man es auch tut. Das gilt für den Staat genauso wie für Private, kann also nicht erklären, warum gleichheitsrechtliche Differenzierungspflichten für Private von vornherein nicht in Betracht kommen sollten; dies, zumal das einfachgesetzliche Material dafür durchaus Beispiele liefert. Das gilt etwa für die Pflicht des Erblassers, den engsten Familienkreis nicht völlig zu übergehen, also beim Testieren zwischen den potentiell in Betracht kommenden Erben nach dem Kriterium der Verwandtschaft

zu differenzieren (S. 515 f.). Zu denken wäre ferner an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der den Arbeitgeber nicht nur bei freiwilligen Leistungen bindet, sondern auch, wenn er von seinem Direktionsrecht Gebrauch macht und Arbeitslasten auf die Belegschaft verteilt: Sollte er dabei denn nicht nach sachlichen Kriterien differenzieren?

Sehr intensiv treffen Ungleichbehandlungspflichten etwa auch Arbeitgeber, die für Menschen mit Behinderung besondere Arbeitsbedingungen schaffen müssen. Wer behinderte Menschen pflichtwidrig gleich wie nichtbehinderte behandelt, begeht nach Grünberger aber der Sache nach ohnedies eine Ungleichbehandlung (S. 799 f.); nur wer differenziert, behandelt hier also gleich. Da Begriffe geduldig sind, kann man gewiss auch eine pflichtwidrige Gleichbehandlung als suspekte „Ungleichbehandlung“ deuten und so den Einwand entschärfen, ein fallweise gebotenes Verhalten (die Ungleichbehandlung) für per se rechtfertigungsbedürftig zu erklären. Nur läuft ein derart weiter Ungleichbehandlungsbegriff wiederum Gefahr, die Rechtfertigungsprüfung in den Tatbestand vorzuziehen, denn er kann Gleichbehandlungen erst dann als rechtfertigungsbedürftig identifizieren, wenn sie bereits als unzulässig erwiesen sind. Das führt zu Konfusionen, die, wie Grünberger an anderer Stelle (S. 792 f.) zu Recht betont, um der Rationalität willen besser zu vermeiden wären. Zugleich wird hier eine Herausforderung sichtbar, vor der m.E. jede Deutung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes steht: Wenn die Auslegung dieses schillernden Grundrechts über eine bloße Formel (Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln) hinauskommen und das rechtfertigungsbedürftige Verhalten weder zu weit noch zu eng fassen will, ist – zugegeben: mühsame – Tatbestandsarbeit unausweichlich. Für sie liefern unter anderem die Diskriminierungsverbote wichtige Anhaltspunkte, weil sie ein Kernanliegen des Gleichheitssatzes deutlich artikulieren.

## II. Warum bedarf es unter Gleichen einer ausgleichenden Rechtfertigungspflicht?

So finden sich in Grünbergers Werk auch besonders tiefe Einsichten zu Wesen und Funktion der Diskriminierungsverbote. Diese Verbote beschränken zwar, wie er anschaulich darlegt, die Freiheit des jeweils Verpflichteten, beseitigen diese Freiheit aber nicht, sondern verteilen sie auf andere um: Nichtdiskriminierungsrecht ist, wie er in Anlehnung an A. Somek treffend konstatiert, das „Freiheitsrecht der sozial Schwachen“ (S. 573). Damit ist nicht nur eine zentrale Funktion der Diskriminierungsverbote, sondern der Grundrechte insgesamt benannt: Sie schützen Schwache vor einem übermächtigen Gegenüber. Es ist ein wesentliches Verdienst der Schutzpflichtlehre gezeigt zu haben, dass der Staat nur der Prototyp des Übermächtigen ist, dass sich Herrschaftsverhältnisse aber auch in der Gesellschaft bilden können. Sie aufzubrechen, war seit jeher ein Anliegen der Grundrechte; das wird besonders deutlich im Verbot der Sklaverei oder der Vorrechte des Standes, des Geschlechts oder Bekenntnisses, die sich stets in Herrschaftsverhältnissen zwischen den Bürgern niederschlu-

gen: Auch intermediäre Gewalten wie diese zu entmachten, ist dem Staat durch die Grundrechte aufgegeben.

Nun kann man lange darüber nachdenken, wann private Macht die Grundrechte auf den Plan ruft. Klar ist zunächst, dass diese Macht – da physische Gewalt beim Staat monopolisiert (oder ausnahmsweise Privaten erlaubt) ist – auf anderen Herrschaftsmitteln als auf Zwang beruhen muss. Wie die Grundrechtsbindung der Privatwirtschaftsverwaltung zeigt, kann sich Macht insbesondere auf Geld gründen, das manchen Privaten reichlich zur Verfügung steht. Auf ökonomische Übermacht Privater reagieren denn auch der Kontrahierungszwang, das Wettbewerbsrecht, der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und in letzter Zeit zudem die Diskriminierungsverbote im Arbeitsleben. Wie man an neueren Herrschaftsstrategien des Staates sieht, ist auch Information eine hochwirksame Steuerungsressource, die Private ebenso nutzen wie der Staat: Das reflektieren datenschutzrechtliche Regelungen zunehmend. Diskriminierungsverbote jenseits der Arbeitswelt schützen den Einzelnen schließlich vor der Gesellschaft als einem zwangsläufig mächtigen Kollektiv, das Personen bisweilen ausgrenzt, ihnen insbesondere keinen öffentlichen Raum oder Wohnraum, mithin im wörtlichen Sinn keinen Platz in der Gemeinschaft zugesteht.

Es mag jenseits der ökonomischen, informationellen und sozialen Übermacht auch noch andere Formen privater Macht geben, die einer grundrechtlichen Disziplinierung bedürfen; und es sei zugestanden, dass „Macht“ kein scharfer Begriff ist (S. 978).<sup>3</sup> Die Grundrechte aber völlig losgelöst von Herrschaftsverhältnissen gegen privates Handeln schlechthin ins Feld zu führen, kann m.E. nicht funktionieren. Das geschieht allerdings, wenn Grünbergers Prinzip personaler Gleichheit die Ungleichbehandlung (im beschriebenen weiten Sinn) zwischen Privaten ohne jede Einschränkung für rechtfertigungsbedürftig erklärt. Damit kommen zahllose Fälle ins Visier der Grundrechtsprüfung, bei denen weit und breit kein grundrechtlicher Schutzbedarf besteht: Private müssten sich nach diesem Prinzip etwa auch rechtfertigen, wenn sie entscheiden, wen sie heiraten, mit wem sie zusammenziehen, von wem sie eine Wohnung mieten oder ein Haus kaufen, welche Lokale sie besuchen, bei wem sie einkaufen, wo sie Dienstleistungen beziehen, wen sie beschenken – denn täglich tausendfach wählen Menschen aus einer Vielzahl an potentiellen Vertragspartnern einen aus und behandeln damit zwangsläufig Private ungleich. Nicht erwählt worden zu sein, mag den verschmähten Aspiranten kränken und die Unternehmerin, die nicht zum Zug kommt, grämen (vielleicht auch nur zu besseren Angeboten veranlassen) – ein Herrschaftsproblem liegt in all dem aber nicht. Warum also sollte unter Gleichen eine Rechtfertigungspflicht bestehen, wenn zwischen ihnen gar nichts auszugleichen

3 Kein Einwand ist hingegen, dass einfachgesetzliche Gleichbehandlungspflichten bisweilen völlig unabhängig von Machtverhältnissen bestehen (S. 979): Solche Gleichbehandlungspflichten existieren tatsächlich, eignen sich dann aber eben nicht, um ein grundrechtlich fundiertes Gleichheitsprinzip zu rekonstruieren.

ist? So sehr wir die Übermacht beim Staat voraussetzen, so wenig können wir sie bei Privaten ohne weitere Begründung vermuten – schon deshalb nicht, weil von Verfassung wegen prima facie alle Menschen gleich sind.

### III. Warum geht die gesetzlich nicht normierte Gleichbehandlung den Freiheitsrechten vor?

Private unterscheidet vom Staat zudem fundamental, dass sie nach dem GG prinzipiell frei sind zu handeln, wie es ihnen gefällt, auch und gerade im Verhältnis zueinander. Beschränkungen dieser Freiheit sind zwar möglich, setzen nach dem GG aber ein Gesetz und gute Gründe voraus. Auch darüber geht das Prinzip personaler Gleichheit recht leichtfüßig hinweg, wenn es Privaten für jede Ungleichbehandlung eine Rechtfertigung abverlangt, also ihre Freiheit beschränkt (S. 807, 865), unabhängig davon, ob ein einfaches Gesetz dazu ermächtigt und ob es dafür gute Gründe gibt. Zwar zeigt Grünberger überzeugend, dass einfachgesetzliche Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr mitnichten ein „Begräbnis der Vertragsfreiheit“ sind (S. 967) und dass es für solche Vorschriften gute Gründe gibt (S. 931 ff); von diesen punktuellen Verboten ist jedoch ein weiter Weg zur allgemeinen Pflicht Privater, sich für schlechthin jede Differenzierung zu rechtfertigen. Viel eher als das Grünberger-sche Rechtfertigungsmodell entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben ein Tatbestandsmodell, in dem die Gleichbehandlung privaten Akteuren nur im gesetzlich geforderten Umfang geboten ist. Man könnte auch darüber diskutieren, in den Tatbestand zusätzlich Gleichbehandlungspflichten aufzunehmen, die zwar nicht einfachgesetzlich normiert, qua Schutzpflicht aber verfassungsrechtlich geboten sind: Der Sache nach arbeiten die Zivilgerichte mit einem derart erweiterten Modell, wenn sie fehlende Schutzgesetze im konkreten Einzelfall freihändig supplieren.

Grünberger lehnt Tatbestandsmodelle indes ab; sie „führen ... im Gleichbehandlungsrecht nicht weiter“ (S. 1036) und beruhen letztlich auf der Prämisse, dass der Vertragsfreiheit Vorrang vor der Gleichheit zukomme – gerade diesen Vorrang bestreitet Grünberger aber: Der „*unbedingt[e]* Vorrang“ der Vertragsfreiheit lasse sich nämlich „weder als Prinzip politischer Philosophie überzeugend begründen, noch bietet er die beste Erklärung des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit in den verfassungsrechtlichen Kontexten des Europäischen Mehrebenensystems“ (S. 842). Das mag stimmen, doch setzen Tatbestandsmodelle keineswegs einen unbedingten Vorrang der Vertragsfreiheit voraus: Soweit der Tatbestand reicht, geht ja die Gleichbehandlung vor, zumindest prima facie. Insofern kuriert Grünberger mit seinem Modell ein Problem, das eigentlich nicht besteht, vor allem aber kuriert er es mit einer Überdosis: Dass gesetzlich nicht normierte und verfassungsrechtlich nicht gebotene Gleichbehandlungspflichten prima facie Vorrang vor der verfassungsrechtlich garantierten Freiheit haben, ist nämlich noch unplausibler als ein absoluter Vorrang



der Vertragsfreiheit, und zwar gleichgültig, auf welcher Stufe im Mehrebenensystem man sich befindet.

Auch die große Zahl an Gleichbehandlungspflichten, die Grünberger im geltenden Privatrecht ausfindig gemacht hat, legt es nicht nahe, Ungleichbehandlungen zwischen Privaten schlechthin für rechtfertigungsbedürftig zu erklären (s. aber S. 842, ebenso S. 747, 749, 1048). Denn dieser Logik folgend, müsste man aus der Vielzahl freiheitsbeschränkender Gesetze ganz allgemein schließen, dass die Unfreiheit zum Grundsatz und die Freiheit zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme geworden ist. Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall, zumindest in westlichen Demokratien: Je häufiger und intensiver der Gesetzgeber in Freiheitsrechte eingreift, desto mehr Widerstand setzt die verbleibende Freiheit weiteren Beschränkungen entgegen.

#### IV. Wie kann per se Gerechtfertigtes rechtfertigungsbedürftig sein?

Dem Einwand, das Prinzip personaler Gleichheit auf eine Unfreiheitsvermutung zu gründen, nimmt Grünberger *prima vista* einigen Wind aus den Segeln, indem er die Freiheitsrechte in seinem Modell als Rechtfertigungsgründe konstruiert, die kontextabhängig kontinuierlich an Gewicht verlieren: Für Entscheidungen, die Menschen über ihre persönlichen Lebensverhältnisse treffen, sinken die Rechtfertigungsanforderungen von vornherein „auf Null“ (S. 840 f., 915, 935): Die *prima facie* rechtfertigungsbedürftige Wahl des Ehepartners muss man dem Staat dann also erfreulicherweise doch nicht näher erklären. Verlässt das Individuum seine Privatsphäre und betritt es den Markt, gelangt es zwar in eine „Zone verdünnter Freiheit“ (S. 935); doch bleiben auch hier die Rechtfertigungsanforderungen zunächst „nahezu Null“ (S. 849). Sie erschöpfen sich in einem „elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard“ (S. 830 ff.). Danach kann das Individuum seine Ungleichbehandlung schon mit dem bloßen Hinweis auf seine Freiheit rechtfertigen; auf die Frage, warum es ungleich behandelt, darf es also antworten „Weil meine Unterscheidung privatautonom erlaubt ist“ (S. 846). Ernsthafter als diese rhetorische Übung werden die Rechtfertigungsanforderungen, wenn die inkriminierte Ungleichbehandlung in einem Kontext stattgefunden hat, in dem die Funktionsbedingungen gleicher Freiheit nicht gewährleistet sind: Dann muss der Ungleichbehandelnde für seine Maßnahme konkrete sachliche Gründe nennen; ob die Ungleichbehandlung zur Realisierung dieser Gründe auch erforderlich war, wird merkwürdigerweise nicht geprüft (S. 849). Ungleichbehandlungen, die ein sachliches Ziel verfolgen, werden also offenbar auch toleriert, wenn sie über dieses Ziel hinausschießen. Das ändert sich erst, wenn eine Ungleichbehandlung die Freiheit der Betroffenen erheblich einschränkt (was bei Marktversagen der Fall ist, S. 833 f., 837) oder wenn sie an ein verpöntes Differenzierungsmerkmal anknüpft (S. 837, 847, 849). Dann ist die Ungleichbehandlung nur zulässig, wenn sie im weiteren Sinn verhältnismäßig ist, also ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zur Erreichung eines erlaub-



ten Zieles (S. 832 ff.). Dabei kann der Gesetzgeber (und nur er) den Kreis zulässiger Differenzierungsgründe auch einschränken und die Möglichkeit einer Rechtfertigung sogar ganz „auf Null“ senken (S. 834 f.).

Mit dieser stufenweisen Prüfung holt Grünberger die Eingrenzungen, die er auf der Tatbestandsebene strikt verweigert, auf der Rechtfertigungsebene teilweise nach und gelangt damit in vielen Fällen zu ähnlichen Ergebnissen wie das Tatbestandsmodell, allerdings um den Preis einer in sich widersprüchlichen Konstruktion. Denn sein Modell erklärt weite Teile des Privatrechtsverkehrs mit der einen Hand für rechtfertigungsbedürftig und stellt sie mit der anderen Hand pauschal von einer Rechtfertigungspflicht frei. Das gilt für Entscheidungen, die Individuen in ihrer Privatsphäre treffen ebenso wie für Rechtsgeschäfte, bei denen kein besonderer Grund (Freiheitsstörung oder Diskriminierung) eine Rechtfertigung verlangt.

## V. Was leistet das Rechtfertigungsmodell?

Das legt die Frage nahe, warum Grünberger Ungleichbehandlungen, die er selbst als per se unbedenklich anerkennt, nicht schon auf der Tatbestandsebene ausscheidet;<sup>4</sup> eine solche Abschichtung entspräche ja gerade der Vereinfachungsleistung, die rechtsdogmatische Modelle erbringen sollten.

Grünberger sieht den entscheidenden methodischen Vorteil seines Modells indes in seiner Flexibilität; ändere sich nur ein Parameter, könne man sofort zu einer intensiveren Prüfung übergehen (S. 846). Das ist im Tatbestandsmodell allerdings nicht anders: Erweist sich eine Ungleichbehandlung nach den relevanten Parametern als rechtfertigungsbedürftig, kann sie, da tatbestandsmäßig, ebenfalls sofort näher geprüft werden, und zwar durchaus mit skaliertem Prüfungsmaßstab. Richtig ist freilich auch, dass eine Rechtfertigungspflicht, die nicht einfachgesetzlich normiert ist, im Tatbestandsmodell einer gesonderten grundrechtlichen Begründung bedarf (S. 846). Damit werden aber weder Rechtfertigungsfragen in den Tatbestand transportiert noch dogmatische Irrwege beschritten (s. aber S. 847); auf der Tatbestandsebene wird nur geklärt, ob ein Rechtfertigungsbedarf überhaupt besteht, d.h. ob eine gleichheitsrechtliche Schutzpflicht es gebietet, in die Freiheit einer Bürgerin einzugreifen und ihr eine Rechtfertigung für ihr Handeln abzuverlangen.

Diesen Rechtfertigungsbedarf nachzuweisen, obliegt im Tatbestandsmodell selbstverständlich dem, der eine Rechtfertigung verlangt, also zuerst dem Kläger und dann dem Staat, und hier liegt wohl der eigentlich entscheidende Unterschied zum Rechtfertigungsmodell: Da dieses Ungleichbehandlungen per se für suspekt erklärt, zwingt es jeden Privaten, wie Grünberger freimütig zugesteht, in einen Rechtfertigungsdiskurs (S. 802, 865), der sich aber keineswegs in einem klärenden zwischenmenschli-

<sup>4</sup> In diesem Sinn schon G. Bachmann, Rezension, GRP 2015, S. 10 (11); sowie Armbrüster, Grünberger (Fn. 2), S. 312.

chen Gespräch erschöpft (z.B. S. 846: „Warum behandelst du mich ungleich?“ – „Weil meine Unterscheidung privatautonom erlaubt ist.“). Der Private muss sich vielmehr vor dem Staat rechtfertigen, das sollte nicht vergessen werden. Von dieser Rechtfertigungslast kann sich der Bürger nur befreien, wenn er beweist, dass die inkriminierte Ungleichbehandlung seine Privatsphäre betrifft. Das ist keine leichte Aufgabe, denn was „öffentlich und was privat ist, ist [...] seinerseits Bestandteil des Rechtfertigungsdiskurses“ (S. 841), der – da die Ungleichbehandlung ja *prima facie* suspekt ist – im Zweifel wohl zulasten des Beklagten ausgehen wird.<sup>5</sup> Gerät er in eine freiheits- oder gleichheitssensible Zone, muss er überdies nachweisen, dass seine Ungleichbehandlung i.w.S. verhältnismäßig ist und abermals damit rechnen, dass er bei einem Patt der Argumente unterliegt. Das gilt selbst dann, wenn eine Gleichbehandlungspflicht weder einfachgesetzlich normiert noch mit (nicht erfüllten) verfassungsrechtlichen Schutzpflichten begründbar ist. Daher trifft eine Rechtfertigungs- und Argumentationslast z.B. auch Konsumenten, die Verkäufer oder Dienstleister nach verpönten Merkmalen auswählen und selbst Private, die sich bei Geschenken von solchen Kriterien leiten lassen: Auch ein Blumenhändler, der allen Passanten eine Blume schenkt, nur einem Schwarzen nicht, muss daher nach Grünberger das Gericht überzeugen, dass er nicht aus diskriminierenden Motiven gehandelt hat (S. 912). Gesetzt, das gelingt ihm nicht: Müsste das Gericht ihn dann verurteilen, auch dem übergangenen Passanten eine Blume zu überreichen? Das fragt man sich als Leserin und denkt die Sache weiter: Entscheiden Menschen erfahrungsgemäß nicht auch aufgrund verpönter Merkmale, wem gegenüber sie „mildtätig“ sind, geben sie also nicht alten Bettlern eher etwas als jungen, weiblichen eher als männlichen, inländischen eher als „fremden“ und schwerstbehinderten gar nichts, weil sie sie zu sehr verschrecken? Sollten Gerichte auch dagegen einschreiten, und wenn ja: Wäre es denn ein Erfolg, wenn Menschen diskriminierungsfrei hungern und im Winter erfrieren? Und könnte es sein, dass ein Diskriminierungsschutz, der in jede Fuge und Ritze unseres Lebens eindringt, unsere Aufmerksamkeit auf kleinteilige Probleme umlenkt und uns viel belastendere Probleme vergessen lässt?

Das Prinzip personaler Gleichheit ist also in der Tat „flexibel“, weniger euphemistisch ausgedrückt: Es zieht Private für ihr Verhalten umfassend zur Verantwortung, auch wenn es dafür weder eine gesetzliche Grundlage noch einen guten (verfassungsrechtlichen) Grund gibt; es macht das Gelingen dieser Verantwortung von vagen Faktoren abhängig und lässt sie im Zweifel scheitern. Wer nicht bereit ist, die Motive seiner Ungleichbehandlungen stets genau zu dokumentieren, um für einen Gerichtsprozess gewappnet zu sein oder wer sich einem solchen Prozess von vornherein nicht

5 S z.B. Grünberger, a.a.O. S. 911, wonach die Gleichheitspräsumtion eine „Regel materieller und formeller Beweislast“ ist, und S. 799, wonach „der Präsumtion *prima facie* entsprechende Gleichbehandlungen erst dann zu verwerfen [sind], wenn feststeht, dass es einen zureichenden Grund für Ungleichbehandlung gibt.“

aussetzen will, sollte sein Verhalten daher besser gleich am Prinzip personaler Gleichheit ausrichten, auch dort, wo er verfassungsrechtlich anders zu handeln berechtigt wäre.

#### **D. Versuch einer Antwort**

Mit rechtsstaatlichen Vorgaben ist das Prinzip personaler Gleichheit nach all dem schwer zu vereinbaren; noch weniger lässt es sich als Konkretisierung des Art. 3 GG verstehen, und es ist wohl auch kein Zufall, dass sich Grünberger erst ganz am Ende seiner Arbeit auf die „Suche nach dem Geltungsgrund“ (S. 1004, s. auch S. 781) für ein Prinzip macht, das er längst entworfen hat. Hätte er seine Arbeit – aus der Perspektive einer Staatsrechtslehrerin: – vom Kopf auf die Füße gestellt, also zuerst untersucht, inwieweit aus Art. 3 GG Gleichbehandlungspflichten für Private folgen, hätte Grünberger sein Prinzip wohl anders konzipiert.

Als bloßer Versuch, das positive Recht zu eruieren, würde Grünbergers Arbeit allerdings auch gründlich missverstanden; erkennbar will er über das positive Recht hinaus, das er für unzulänglich hält. Grünbergers Schrift ist keine rein rechtsdogmatische Arbeit und will das auch nicht sein; sie ist ein fulminant vorgetragenes, ebenso scharf- wie tiefsinniges Plädoyer für mehr Gleichheit zwischen den Menschen, das mit allen rechtsdogmatischen Wassern gewaschen ist, sie aber unbeirrt für ein rechtspolitisches Anliegen einsetzt. Von diesem Standpunkt aus ist es völlig konsequent, Tatbestandsmodelle abzulehnen, denn sie führen in der Tat „nicht weiter“ (S. 1036), und es ist auch folgerichtig, dass Grünberger Ungleichbehandlungen so weit wie möglich fasst (1.) und sie an sich zur Diskussion stellt, auch unter Gleichen (2.) und gerade, wenn Gesetz oder Verfassung sie nicht problematisieren (3.), wenn er sich außerdem einen Diskurs wünscht, in dem nichts definitiv unbedenklich ist (4.) und in dem bei einem Patt der Argumente die Gleichbehandlung gewinnt (5.). Solange ein solcher Diskurs, wo immer er nun stattfindet, nicht den staatlichen Zwangsapparat für sich in Anspruch nimmt, ist gegen ihn gar nichts einzuwenden, im Gegenteil: Er wird ebenso erfrischend wie irritierend und ganz gewiss lehrreich sein. Eine Lehre daraus könnte sein, dass das geltende Recht das abgestufte Grünbergersche Modell bereits sinnvoll umsetzt: Aus einer rechtsphilosophischen Perspektive kann nämlich jede (Un)gleichbehandlung jederzeit hinterfragt werden; verfassungsrechtlich geboten ist Privaten eine Gleichbehandlung aber nur punktuell, und im Übrigen liegt es am einfachen Gesetzgeber, diese Pflichten freiheitsverträglich zu konkretisieren und sie gegebenenfalls auch weiter auszubauen.