

§ 4 Gleichbehandlungspflichten Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945

I. Gleichbehandlungspflichten zwischen 1945 und 1975 – Kontinuitäten und Umbrüche

Im Jahr 1945 beginnt in Deutschland ein neues Kapitel der Gleichheit. Den Anfang machte Art. 42a der Proklamation Nr. 2 des Kontrollrats v. 20.9.1945, der die deutschen Behörden zur Mitwirkung bei der Beseitigung solcher Gesetze verpflichtete, die „unterschiedliche Behandlung auf Grund von Rasse, Farbe, Glauben, Sprache oder politischer Meinung mit sich bring[en]“.¹ Art. II des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 v. 20.9.1945 setzte dieses Programm um und verbat. *jede* Anwendung von Rechtsnormen, die zu einer ungleichen Behandlung führt und jemand aus Gründen der Rasse, Staatsangehörigkeit, seines Glaubens oder seiner Opposition zur NSDAP benachteiligen würde.² Art. I der Kontrollratsproklamation Nr. 3 v. 20.10.1945 formulierte wenig später einen allgemeinen Gleichheitssatz und kombinierte diesen mit besonderen Diskriminierungsverboten:

*„Gleichheit vor dem Gesetz – Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich. Niemandem, was immer seine Rasse, Staatsangehörigkeit oder Religion sei, dürfen die ihm gesetzlich zustehenden Rechte entzogen werden.“*³

Die Alliierten wollten damit „vor allem die Verschiedenheiten der Rasse, der Religion und der Volks- und Staatsangehörigkeit vor rechtlicher Diskriminierung sichern“.⁴ Daran ist aufschlussreich, dass dem allgemeinen Gleichheitssatz besondere Gründe beigestellt werden, die als Begründung oder Anknüpfungspunkte für Ungleichbehandlungen ausgeschlossen werden. Das ist vor der zeitgenössischen Entwicklung im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht zu sehen. Dieses hat im 19. Jahrhundert mit einem allgemeinen Gleichheitssatz auf die Ungleichbehandlungen Schwarzer reagiert und es dem einfachen Recht überlassen, Diskriminierungsverbote vorzusehen.⁵ Im Dezember 1944 erging die Entscheidung *Korematsu v. United States*,⁶ in der der *Supreme Court* zum ersten Mal einen strengen Prüfungsmaßstab für Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse anwendet:

„It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restric-

1 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 18.

2 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 6.

3 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 22; aufgehoben durch Erstes Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts v. 30.5.1956 (BGBl. I S. 437).

4 Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 78; näher Rückert, KritVZ 2001, 245 ff mwN.

5 Siehe § 3 III.

6 *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944).

*tions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.*⁷

Die Entwicklung unterschiedlicher Prüfungsmaßstäbe wurde bereits einige Jahre früher in *Justice Stones* berühmter *Footnote 4* zur Entscheidung *United States v. Caroline Products C.* (1938)⁸ angekündigt. Darin wurde ein „more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment“ bzw. ein „more searching judicial inquiry“ bei solchen Gesetzen angekündigt, die sich gegen rassische Minderheiten oder bestimmte Religionen richten, die Ausübung solcher Grundfreiheiten behindern, die – wie die Meinungsfreiheit – in den ersten 10 Amendments ausdrücklich geschützt werden oder sonst Vorurteile gegen „discrete and insular minorities“ bedienen.⁹ Wendet man den Blick auf die Merkmale in den Akten des Kontrollrats sind die Parallelen zu auffällig, um zufällig zu sein: Rasse und Hautfarbe, Religion, politische Meinungsfreiheit und sonstige Minderheiten wie Anderssprachige oder Ausländer. Einige Landesverfassungen übernahmen sofort die Kataloge der alliierten Rechtsakte.¹⁰ Den Abschluss dieser Entwicklung setzten der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG und die besonderen Gleichheitsgarantien in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (idF v. 1949), die den allgemeinen Gleichheitssatz konkretisieren und verstärken und dadurch dem Grundrechtsadressaten engste Grenzen setzen.

Die nach 1945 so vehement einsetzende Betonung von Gleichheit im Recht machte vor dem Privatrecht nicht halt. Ich werde die Debatte im Zeitraum von 1945 bis ungefähr 1975 anhand von Texten strukturieren, die die weitere Diskussion über Gleichbehandlungspflichten Privater erheblich prägten und als Meilensteine der Auseinandersetzung anzusehen sind: *Ludwig Raisers* (1904-1980) am 30.11.1946 in Göttingen gehaltene Antrittsvorlesung mit dem programmatischen Titel: „Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht“,¹¹ *Hans Carl Nipperdeys* (1895-1968) im Jahr 1950 publizierter Aufsatz „Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung“,¹² *Günter Dürigs* (1920-1996) 1956 erschienener Festschriftenbeitrag über „Grundrechte und Zivilrechtsprechung“,¹³ *Götz Huecks* (*1927) Habilitationsschrift von 1958 über den „Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht“,¹⁴ und – beispielhaft für eine bestimmte Konzeption von Freiheit und Gleichheit im Recht – *Franz Böhm*s (1895-1977) 1966 gedruckter Beitrag

7 *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. at 216.

8 *U.S. vs. Caroline Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

9 *U.S. vs. Caroline Products Co.*, 304 U.S. 144 at 52-52 n. 4; dazu statt aller *Balkin*, 83 Nw. U. L. Rev. 275 (1989) mwN.

10 Vgl. die Nachweise bei *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 324.

11 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75.

12 *Nipperdey*, RdA 1950, 121.

13 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157.

14 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958; besprochen von *Nipperdey*, RdA 1959, 32 f; *Raiser*, JZ 1959, 421 f.

„Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“,¹⁵ und — stellvertretend für die traditionell freiheitsrechtliche Lösung gleichheitsrechtlicher Probleme — *Jürgen Salzwedels* 1966 publizierter Beitrag zu „Gleichbehandlungsgrundsatz und Drittwirkung“.¹⁶

1. Gleichbehandlung als überpositiver Rechtsgrundsatz – *Ludwig Raiser* (1946/48)

Der Beitrag von *Ludwig Raiser* über den Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht¹⁷ ist ein faszinierendes Dokument eines zeitgeschichtlichen Umbruchs und zugleich als dogmatische Stellungnahme noch heute von Bedeutung¹⁸. Im Mittelpunkt steht einmal mehr die richtige Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems im Privatrecht. *Raiser* knüpfte einerseits an die im BGB gefundene Antwort an. Andererseits unternahm er einen genuin privatrechtlichen Ansatz mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der als „überpositiver, unmittelbar aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnder Rechtssatz unser ganzes öffentliches und privates Recht durchwaltet“.¹⁹ Auffällig ist, dass *Raiser* das zweite Gleichheitsproblem²⁰ und die Bedeutung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote *nicht* thematisierte.

Raiser wendete sich ganz konkret gegen die gleichheitsfeindlichen Ansätze der „deutschen Rechtswissenschaft“ der vorangegangenen 12 Jahre und stellte daher das gleichheitsrechtliche Fundament in § 1 BGB an die Spitze seiner Ausführungen.²¹ Zum Programm von Rechtswissenschaft und Praxis in der NS-Zeit zählte nämlich eine grundlegende Neudefinition der Rechtsfähigkeit.²² Ein Ziel des nationalsozialistischen Rechtsdenkens – von einer einheitlichen „Lehre“ oder Methode kann man nicht sprechen²³ – lag gerade darin, das diskriminierungsfeindliche Potential²⁴ der abstrakten Rechtsbegriffe von „Rechtsfähigkeit“ und „Person“ zu beseitigen und durch eine abgestufte und verliehene Rechtsfähigkeit zu ersetzen.²⁵ Die Gleichheit jedes Menschen wurde als Problem des neuen

15 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75.

16 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339 ff.

17 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75.

18 Vgl. dazu zuletzt die genuin rechtsdogmatische Auseinandersetzung damit bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 2, die auf eine historische Kontextualisierung verzichtet.

19 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 90.

20 Zum Gegenstand des zweiten Gleichheitsproblems siehe oben § 2 III 3.

21 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 79 ff.

22 Weiterführend mit Nachweisen *Duwe* in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 15.

23 Dazu vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 169 f; *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2008, 8 ff (jeweils mwN); anders noch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005 (passim).

24 Dazu oben § 2 III 1.

25 Näher *Rüthers*, Ideologie des Nationalsozialismus, in: Säcker, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, 17, 25 ff; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 302 ff.

Rechtsdenkens identifiziert, weil das Streben nach allgemeinen Begriffen und abstrakten Sätzen dem Gleichheitsgedanken geschuldet sei.²⁶ Die allgemeine und gleiche Rechtsfähigkeit aller Menschen galt es zu beseitigen:²⁷ „Jedenfalls ist der abstrakte Begriff „Mensch“ oder „Rechtsperson“ für uns wertlos geworden“,²⁸ schrieb *Wolfgang Siebert* (1905-1959) und *Karl Larenz* (1903-1993) benannte den „Gleichheitsgedanken als das weltanschauliche Apriori des abstrakten Personenbegriffs“²⁹ als den zu überwindenden Grund: Er erhebe „das individualistische Individuum der Aufklärung, dieses *Atom der sozialen Welt*“ zum Grundbegriff des Privatrechts³⁰:

„Was über diese Vorstellung [...] der Gleichheit aller Individuen als Personen hinausgeht, also die Zugehörigkeit des Menschen zu seinem Volke, zu einem Stande, einer Religionsgemeinschaft oder einer Familie, überhaupt alles, was ihn zu einer konkreten Persönlichkeit macht, wird bewußt als gleichgültig für die Rechtsfähigkeit angesehen.“³¹

Mit dieser Konzeption von Rechtsfähigkeit, so *Larenz*, „war bereits entschieden, dass der Unterschied von Volksgenosse und Fremden, von Rechtsgenosse und Nicht-Rechtsgenosse im Privatrecht keine Rolle spielen konnte.“³² Dem stellte er – mit anderen Mitgliedern der Kieler Schule³³ – die These gegenüber, dass man keine Rechte als Individuum, als Mensch schlechthin habe, sondern nur als Glied in einer Volksgemeinschaft.³⁴ Das hatte Konsequenzen:

„Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit „jedes Menschen“ aussprechenden § 1 BGB. an die Spitze einer Rechtsordnung gestellt werden.“³⁵

Die für alle gleich geltende abstrakte Rechtsfähigkeit sollte von einer nach bestimmten Eigenschaften und Fähigkeiten gestuften konkreten Rechtsfähigkeit ab-

26 *Michaelis*, Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen fremden Rechts, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 9, 55 ff.

27 Vgl. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 323 ff.

28 *Siebert*, Deutsche Rechtswissenschaft (1) 1936, 23, 28 Anm. 1.

29 *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 227.

30 *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 241.

31 *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 229.

32 *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 230.

33 Zur „Kieler Schule“ vgl. näher *Eckert*, Was war die Kieler Schule?, in: *Säcker*, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, 37 ff.

34 *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 241.

35 *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 241; zur normativ gemeinten Bedeutung siehe *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 329 ff.

gelöst werden.³⁶ Die konkreten Ungleichheiten der nationalsozialistischen Gesellschaft sollten sich im Recht widerspiegeln.

Dieses Programm war mit Kriegsende 1945 gescheitert. *Raisers* Aussagen verdeutlichen dies nur noch. Er selbst knüpfte daher unmittelbar an die im 19. Jahrhundert gefundene und ins BGB inkorporierte Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems³⁷ an. Ihr Potential, „jedem die Möglichkeit [zu bieten], durch eigene Initiative gestaltend in den Wirtschaftsablauf einzugreifen“ war 1946/48 wieder zukunftsfähig.³⁸ Zentraler Bestandteil des Gleichheitsgrundsatzes „in der freien Wettbewerbswirtschaft des liberalen Rechtsstaates ebenso wie bei der Bestimmung der allgemeinen Rechtsfähigkeit“ ist nach *Raiser* die formale Gleichheit, „d. h. die Allgemeingültigkeit des Vertragsrechts oder, soziologisch gesehen, die Gleichheit der Chancen aller Teilnehmer am Rechtsverkehr, ohne zugleich eine materiale Gleichheit der Güterverteilung anzustreben.“³⁹ *Raiser* thematisierte den Zusammenhang von Privatautonomie und Ungleichheiten.⁴⁰ Jene würden von der Privatautonomie „wenn nicht geradezu vorausgesetzt oder gefördert, so jedenfalls nicht beseitigt, sondern anerkannt“.⁴¹ Anders als *Ilka Kauhausen* jüngst behauptet hat,⁴² akzeptierte *Raiser* diese Wechselbeziehung im Ausgangspunkt als „dem Geist unserer Rechtsordnung“ entsprechend.⁴³ Damit ist die Brücke zu den Systemen der Freiheit des frühen 19. Jahrhunderts⁴⁴ wieder hergestellt. Später wird *Raiser* noch deutlicher den um 1800 bereits erkannten Zusammenhang von politischer Freiheit und Privatautonomie hervorheben.⁴⁵ Die Wiederherstellung der vom Nationalsozialismus erschütterten *Kontinuität* ist das Leitmotiv seiner Ausführungen.

Andererseits war es *Raisers* Credo, dass „Begriffe und Figuren [des Zivilrechtlers] der sozialen Wirklichkeit entsprechen“ sollten.⁴⁶ Er war daher der Auffassung, dass es eine genuine Aufgabe des Privatrechts sei, das zweite Freiheitsproblem⁴⁷ oder – wie *Raiser* 1958 formulieren wird – „das dialektische Verhältnis von Freiheit und sozialer Gerechtigkeit“⁴⁸ zu meistern. Das Denken *Raisers* war hier geprägt von einer Einschätzung des 19. Jahrhunderts, wie sie exemplarisch

36 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 243.

37 Dazu § 2 I 4.

38 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 80.

39 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93.

40 Dazu § 2 III 1.

41 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92.

42 *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 226.

43 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93.

44 Siehe § 2 I 2.

45 *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 66.

46 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75.

47 Dazu § 2 III 3.

48 *Raiser*, JZ 1958, 1, 6.

von *Franz Wieacker* formuliert⁴⁹ wurde.⁵⁰ Danach habe das liberalistische 19. Jahrhundert soziale Forderungen vernachlässigt. Wir wissen mittlerweile, dass die Dinge komplizierter lagen, das soziale Problem im 19. Jahrhundert erkannt war und es staatliche Interventionen gab, mit denen versucht wurde, die Spannungen der „sozialen Frage“ abzumildern.⁵¹ *Raiser* begnügte sich allerdings nicht mit der Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems. Gleiche rechtliche Freiheit, das war auch für *Raiser* der Ausgangspunkt und nicht etwa „der Feind des von ihm befürworteten ‘neuen Gleichbehandlungsgrundsatzes’“ wie jüngst behauptet wurde.⁵² Sein Thema war die Lösung des zweiten Freiheitsproblems.⁵³ Bemerkenswert ist sein Versuch, es gleichheitsrechtlich anzugehen. Gleiche Vertragsfreiheit ermöglicht nur prinzipiell gleichen Freiheitsgenuss. Funktionsvoraussetzung für „die Gerechtigkeit der vertraglichen Ordnung“⁵⁴ sei ein herrschaftsfreier Raum, der von starken wirtschaftlichen Ungleichheiten gefährdet sei.⁵⁵ Damit knüpft *Raiser* unmittelbar an *Franz Böhm*s Begriff der „herrschaftsfreien Sozialordnungen“ von 1933 an.⁵⁶ Sobald es zu solchen „Machtverhältnissen“ komme, sei die Vertragsfreiheit als Ordnungsprinzip hinfällig und werde von dem Gleichbehandlungsgrundsatz als Verteilungsprinzip abgelöst.⁵⁷

Raiser demonstrierte dieses Prinzip am Beispiel von drei Fallgruppen, die mittlerweile zu den klassischen Anwendungsfeldern eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zählen.⁵⁸ (1.) Mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Verbandsrecht knüpfte er an eine bereits in der Weimarer Zeit intensiv geführte Debatte⁵⁹ an.⁶⁰ Dieses Beispiel verdeutlicht zugleich, dass die Diskussion um allgemeine Gleichbehandlungspflichten im deutschen Privatrecht nie versiegt war. Das Leitmotiv ist erneut Kontinuität, dieses Mal zum vor 1933 erreichten Rechtszustand. (2.) *Raiser* sah im allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz auch den eigentlichen Geltungsgrund des vom Reichsarbeitsgericht erstmals 1938 entwickelten⁶¹ arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁶² Das Reichsar-

49 Siehe § 2 III 3.

50 Siehe dazu insbesondere *Raiser*, JZ 1958, 1, 2.

51 Statt vieler *Rückert*, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 9 ff.

52 *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 227.

53 Zum Begriff oben § 2 III 3.

54 *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 66.

55 *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 66.

56 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 118 ff; zum Kontext vertiefend *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, 101 ff.

57 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93; ähnlich auch *Raiser*, JZ 1959, 421, 422; zustimmend etwa *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537, 540 f, 544 f.

58 Vgl. dazu eingehend unten § 5.

59 Vgl. dazu nur *Cohn*, AcP 132 (1930), 129 ff.

60 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 81-84.

61 RAG ARS 33, 172.

62 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 84-86.

beitsgericht stützte die Pflicht zur Gleichbehandlung auf das „Gemeinschaftsleben im einzelnen Betrieb, aus der darin wurzelnden gegenseitigen Treu- und Fürsorgepflicht des Betriebsführers“, soweit daraus „bereits konkrete Ordnungen“⁶³ erwachsen seien, mögen sie sich auch nur in einer feststehenden tatsächlichen Handhabung äußern“.⁶⁴ *Raiser* verwarf diesen Begründungsansatz. Daran störte nicht nur die Diktion, die zu deutlich an das „neue Arbeitsrecht“⁶⁵ erinnerte, das mit dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20.1.1934⁶⁶ eingeführt wurde und auf die Grundgedanken von Gemeinschaft, Ehre, Treue und Fürsorge baute.⁶⁷ Der entscheidende Konstruktionsfehler lag nach *Raiser* in der unzulässigen Verengung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, wenn man ihn mit einem bereits existierenden Treueverhältnis verknüpft.⁶⁸ Das Leitmotiv hier ist einerseits Kontinuität zur Zeit vor 1945, weil mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz eine wesentliche Errungenschaft jener Zeit gesichert werden soll, andererseits Neubeginn: Der zu sehr im nationalsozialistischen Denken wurzelnde Bezug zur Treuepflicht oder die Verankerung in „Gemeinschaftsdenken“⁶⁹ wird zugunsten des abstrakten Prinzips der Gleichbehandlung aufgegeben. (3.) Der prinzipiell weite Anwendungsbereich von Gleichbehandlungspflichten war notwendig, weil sich nach *Raiser* Kontrahierungspflichten im Wirtschaftsrecht am Besten über den Gleichbehandlungsgrundsatz erklären lassen.⁷⁰ Unter Rückgriff auf ordoliberales Denken⁷¹ sei der Gleichbehandlungsgrundsatz dort einschlägig, wo der Wettbewerb versage.⁷² Mit dem Erlass des GWB (1957) und dem darin erstmals als „Diskriminierungsverbot“ verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz, konnte sich *Raiser* 10 Jahre später mit Recht bestätigt sehen.⁷³

Schon bald wurde an der Tragfähigkeit des gemeinsamen Erklärungsansatzes aller drei Fallgruppen: der Existenz von Verteilungsmacht, gezweifelt;⁷⁴ nicht ohne Grund, wie wir noch sehen werden.⁷⁵ Zwar hat sich im Rückblick die positive Begründung einzelner Gleichbehandlungspflichten als nicht tragfähig erwiesen.

63 Zur Herkunft des Begriffs siehe *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 277 ff, 379 ff.

64 RAG ARS 33, 172, 176.

65 Dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 381 ff.

66 RGBl. I, S. 45 ff; aufgehoben vom Kontrollratsgesetz Nr. 40 v. 30.11.1946, ABl. Kontrollrat, S. 229.

67 Vgl. *Hueck*, ARS 33 (1938), 179 und zur Betonung des Treuegedankens in Rechtsverhältnissen *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 252 f.

68 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92; noch deutlicher herausgearbeitet in *Raiser*, JZ 1959, 421, 422.

69 Vgl. *Eckert*, Was war die Kieler Schule?, in: *Säcker*, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, 37, 61.

70 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 86-90.

71 Ausdrücklich genannt werden *Franz Böhm* und *Walter Eucken*, siehe *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93.

72 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 88 f, 93.

73 *Raiser*, JZ 1958, 1, 6 ff.

74 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 25 f, 32; weitere Nachweise bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 2 b).

75 Vgl. dazu § 5 I 3 a) und II 3 b).

Dagegen war *Raisers* mehr postulierte denn begründete Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes, „dem, recht verstanden, subsidiäre Geltung zugeschrieben werden kann“⁷⁶ zukunftsfruchtig: Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird als subsidiäres Rechtsprinzip sichtbar; ein Prinzip dem die Vertragsfreiheit als Verteilungsinstrument nur solange und soweit vorgeht, wie ihre Funktionsvoraussetzungen vorliegen. Von dieser Erkenntnis ist es nur mehr ein kleiner Schritt zur hier untersuchten These, dass Gleichbehandlung der Grundsatz und Privatautonomie ein Rechtfertigungsgrund ist.⁷⁷

Das zweite Gleichheitsproblem⁷⁸ hat *Raiser* 1946/48 noch nicht gesehen. Das verwundert angesichts des zeitgenössischen Hintergrundes seines Beitrags. Das Kontrollratsgesetz Nr. 1 wurde von *Raiser* zwar als Diskriminierungsverbot aufgefasst, aber offensichtlich nicht auf Diskriminierungen Privater bezogen. Von privaten ausgehende Ungleichbehandlungen aus Gründen der Rasse oder wegen einer Gegnerschaft zur NSDAP waren zwischen 1933 und 1945 allerdings weit verbreitet. Die Rechtsprechung rechtfertigte beispielsweise die Kürzung von Ruhegeldansprüchen jüdischer Arbeitnehmer,⁷⁹ deren fristlose Kündigung⁸⁰ oder die fristlose Kündigung wegen einer früheren politischen Betätigung für die KPD⁸¹ über die Generalklauseln des Privatrechts. Liest man Art. II Kontrollratsgesetz Nr. 1 mit dem heutigen Erfahrungshorizont, scheint der Wortlaut auch die Anwendung und Interpretation solcher Rechtsnormen zu erfassen, mit denen private Diskriminierungen rechtlich abgesichert wurden:

„No German enactment ... shall be applied judicially ... in any instance where such application would cause ... inequality ... by discriminating against any person by reason of his race, nationality, religious beliefs, or opposition to the [NSDAP]“.

Ob man die Norm auch 1945 so verstehen konnte, muss hier dahingestellt bleiben.⁸² Noch in einem zweiten Punkt hat *Raiser* das von ihm sonst so hellsichtig beschriebene revolutionäre Potential des Gleichheitssatzes nicht thematisiert. Der Gleichheitssatz sei auf „[s]oziale Gruppen, deren Glieder durch ein wesenhaft sittliches, die menschliche Persönlichkeit als Ganzes forderndes und formendes Verhältnis miteinander verbunden sind“, nicht anzuwenden.⁸³ Darunter fällt auch die Ehe, obwohl *Raiser* sie nicht beispielhaft aufzählt. Es war gerade das sittliche Element, mit dem die Nichtgeltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

76 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92.

77 Dazu unten § 7; anders dagegen *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 1 c), nach dem *Raiser* den Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit postulierte.

78 Dazu § 2 III 3.

79 Dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 226 ff.

80 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 243 ff.

81 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 238.

82 Unergiebig dazu auch *Etzel*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), 1992, 82.

83 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 91.

im 19. Jahrhundert noch gerechtfertigt wurde.⁸⁴ Vielleicht war die Gleichbehandlung der Ehefrau aus *Raisers* Sicht in den Jahren 1946/48 nicht drängend genug. Vielleicht wurde er aber selbst Opfer der von seinem Text hellstichtig erkannten „unbewussten“ Einschränkung des Gleichheitssatzes.⁸⁵ Im Ergebnis bedurfte es der ausdrücklichen Anordnung der Gleichbehandlung im GG und einer gleichheitsfreundlichen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts,⁸⁶ um *Raiser* die familienrechtliche Bedeutung des (verfassungsrechtlichen) Gleichheitssatzes vor Augen zu führen.⁸⁷

Raiser sah im Gleichbehandlungsgrundsatz letztlich einen überpositiven, aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnden Rechtssatz, dessen Voraussetzungen, Grenzen und Rechtsfolgen im Privatrecht noch herauszuarbeiten seien.⁸⁸ Der Text ist insoweit auch ein Beispiel der sog. „Naturrechtsrenaissance“⁸⁹ nach 1945;⁹⁰ einer Wiederkehr nicht-positiver Rechtsbegründung. Die Forderung nach Gleichheit und Gleichbehandlung ist ein zentrales Thema der Rechtsphilosophie nach 1945.⁹¹ Manche der gedanklichen Verbindungslinien dieser Naturrechtsrenaissance reichen gerade auch in die Zeit vor 1945 zurück.⁹² Auch insoweit besteht in *Raisers* Text eine Spannung zwischen Kontinuität zum Denken vor 1933, zwischen 1933 und 1945 und Neuaufbruch. Die Einordnung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als ein Gebot des objektiven Rechts und die Skepsis gegenüber einem subjektiven Recht auf Gleichbehandlung stehen der *Kieler Schule*⁹³ weniger fern als es *Raiser* im Text einräumt.⁹⁴ Andererseits ging es ihm gerade nicht um die dort so prominente Gemeinschaftsideologie, sondern lediglich darum, das jeweils sinnvollste Instrumentarium gegen eine Ungleichbehandlung zu finden, das aus seiner Sicht nicht zwingend in der Gleichbehandlung des Benachteiligten bestehen musste.⁹⁵ *Raisers* Hervorhebung der Vertragsfreiheit als primäres Verteilungsinstrument und als Mittel zur „Achtung vor dem Wirkungskreis der Einzelpersonlichkeit“⁹⁶ steht zudem in deutlichem Gegensatz zu Konzeptionen von Vertragsfreiheit als Werkzeug zur Verwirklichung von Gemein-

84 Siehe § 2 II 2.

85 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 78.

86 Dazu § 2 II 2 c).

87 *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 162, 174 f.

88 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 90.

89 Zum Begriff *Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2004, 26, 81 mwN; zur historischen Einordnung zuletzt *Herbe*, Hermann Weinkauff (1894-1981), 2008, 111 ff.

90 Vgl. die zeitgenössische Einschätzung von *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537.

91 Vgl. etwa *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 28 ff mit der Betonung von Gerechtigkeit und Gleichheit als Grundwerte.

92 Vertiefend *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2008.

93 Vgl. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 340 ff.

94 Vgl. *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 94 f.

95 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 95 f.

96 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 101.

schaftszielen im Nationalsozialismus.⁹⁷ Soweit zu den Kontinuitäten und ihren Grenzen.

Den Neuaufbruch in *Raisers* Text sehe ich in seinem politischen Grundthema. Zwei Beispiele dafür, die gerade für das Anliegen meiner Arbeit von besonderer Bedeutung sind:

*„Vielmehr steckt in der Gleichheitsforderung deutlich ein alle Positivierungen transzendierender, in seiner Radikalität revolutionärer Kern, dem mit der Rolle der Sicherung und Entfaltung bestehender Sozial- und Wirtschaftsverfassungen nicht Genüge getan ist, der vielmehr das Rechtsgewissen aus allen solchen einmal befestigten Positionen immer wieder hinaustreibt auf die Suche nach der eigentlichen, vollkommenen, überweltlichen Gerechtigkeit.“*⁹⁸

Denkt man sich das – 1946/48 noch verständliche – Pathos des letzten Halbsatzes weg, sieht man, dass *Raiser* das zentrale Thema der modernen politischen Philosophie seit *John Rawls* vorwegnahm: Die elementare Bedeutung des Gleichheitssatzes, bestehende soziale Strukturen mit Rechtfertigungspflichten zu belegen, um sie so hinterfragen und – möglicherweise – ändern zu können.⁹⁹ Diese politische Funktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht unterstrich *Raiser*, indem er die jeweils zeitgebundene Interpretation des Gleichheitssatzes hervorhob:

*„Offenbar ist es also die Funktion des Gleichheitssatzes und seiner bewußten oder unbewußten Einschränkungen, jeweils ein bestimmtes Verhältnis gesellschaftlicher Schichtung und Zusammenordnung, einen Zustand sozialer Verfassung sei es zu sichern, sei es herbeizuführen.“*¹⁰⁰

Damit umriss *Raiser* das zentrale Problem von Gleichbehandlungspflichten Privater: Wie sollen wir die Beziehungen der Privatrechtsakteure in der Gesellschaft untereinander organisieren: nur freiheitsrechtlich oder auch gleichheitsrechtlich? Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes bot sich in Art. 3 GG der Gleichheitsgrundsatz als Verfassungsprinzip an, diese Frage im Privatrecht zugunsten der Gleichheit zu lösen. Die grundlegende Berechtigung, Reichweite und Grenzen verfassungsrechtlich garantierter Gleichheit wird zum wichtigsten Aspekt des zweiten Gleichheitsproblems im Privatrecht.

2. Drittwirkung des Gleichheitsgrundrechts

Die Diskussion des Verhältnisses von Verfassung und Privatrecht beginnt nicht erst 1949. Sie lässt sich bis ins frühe 18. Jahrhundert nachvollziehen, wenngleich sie dort gerade unter umgekehrten Vorzeichen – *Dieter Grimm* spricht plastisch

97 Dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 360 ff.

98 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 99 f.

99 Dazu näher unten § 7 IV.

100 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 78.

von der „Privatrechtsakzessorietät der Grundrechte“ – geführt wurde.¹⁰¹ Anklänge an Drittwirkungslehren finden sich auch in der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit.¹⁰² Eine umfassende Debatte der Grundrechtswirkungen im Privatrecht entsteht jedoch erst mit dem GG¹⁰³ und dauert bis in die Gegenwart an. Zwischenzeitlich hat sich die Diskussion auf das Unionsrecht ausgeweitet. Hier möchte ich mich auf die erste Phase der Debatte konzentrieren, die von 1949 bis Mitte der 1970er Jahre dauerte und inhaltlich mit dem Begriff der „Drittwirkung der Grundrechte“¹⁰⁴ verbunden ist.¹⁰⁵

a) Das Lüth-Urteil (1958)

Das erste Jahrzehnt der Geltung des Grundgesetzes endete mit einem Paukenschlag: dem Lüth-Urteil (1958) des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰⁶ Erich Lüth (1902-1989), der Vorsitzende des Hamburger Presseklubs und engagiert in zahlreichen Projekten deutsch-jüdischer Versöhnung,¹⁰⁷ rief in einer Ansprache vor Filmverleihern und Filmproduzenten und in einem offenen Brief zum Boykott des unpolitischen Films *Unsterbliche Geliebte* von Veit Harlan (1899-1964) auf, weil dieser am Drehbuch des antisemitischen Propagandafilms¹⁰⁸ *Jud Süß* (1940) mitgewirkt und dabei Regie geführt hatte.¹⁰⁹ Die Produzentin des neuen Films sah darin eine sittenwidrige Aufforderung zum Boykott und erwirkte gegen Lüth ein auf §§ 1004, 826 BGB gestütztes Unterlassungsurteil.¹¹⁰ Dagegen erhob Lüth erfolgreich Verfassungsbeschwerde.¹¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hob die Verurteilung auf, weil das LG Hamburg die „Ausstrahlungswirkung“¹¹² von Art. 5 Abs. 1 GG unzutreffend beurteilt hatte.¹¹³ Die folgenden Ausführungen begrün-

101 Näher Grimm, *Recht und Staat*, in: Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 192 ff; Grimm, *Bürgerlichkeit im Recht*, in: Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 11, 27 ff; vgl. auch oben § 2 I 3.

102 Vgl. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960, 52 ff, dessen Einschätzung den tatsächlichen Stand der Debatte allerdings verzerrt, vgl. Stern in: Stern, *Staatsrecht*, Bd. III/1, 1517 f.

103 Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 2001, 10.

104 Zum Begriff und zu Alternativen siehe Stern in: Stern, *Staatsrecht*, Bd. III/1, 1513; Papier in: Merten/Papier, *Handbuch Grundrechte*, § 55 Rn. 1.

105 Ich folge hier der Einteilung von Ruffert, *Vorrang der Verfassung*, 2001, 10 ff.

106 Dazu im Überblick Fiedler, *BVerfGE 7, 198 – Lüth*, in: Menzel, *Verfassungsrechtsprechung*, 2000, 97 ff.

107 BVerfGE 7, 198, 218, näher zum Leben Lüths bei Kretschmann, *Schuld und Sühne*, in: Henne/Riedlinger, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 47 ff.

108 Dazu Schmauder, *Propaganda im Film Jud Süß*, in: Henne/Riedlinger, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 79 ff.

109 BVerfGE 7, 198, 199.

110 BVerfGE 7, 198, 200 f.

111 Zur Verfahrensgeschichte und zum Kontext siehe Riedlinger, *Vom Boykottaufruf zur Verfassungsbeschwerde*, in: Henne/Riedlinger, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 147 ff; die Entscheidungen der Zivilgerichte sind abgedruckt in Henne/Riedlinger, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 457 ff.

112 BVerfGE 7, 198, 207.

113 BVerfGE 7, 198, 212 ff.

den die fortdauernde Bedeutung des Urteils für die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik im Allgemeinen und dem Verhältnis von Grundrechten und Privatrechtsordnung im Besonderen:

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. [...] Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“¹¹⁴

Mit Luth wurde die objektive Dimension der Grundrechte „entdeckt“.¹¹⁵ Rein begrifflich steckt in der Formel der *objektiven Wertordnung* auch Kontinuität mit Debatten vor 1933, genauer: der Position Rudolf Smends (1882-1975).¹¹⁶ Im Ergebnis handelt es sich dabei mehr um Assoziationen, um Ähnlichkeiten in den Formulierungen, mit denen aber ein 1949 vom Grundgesetz selbst gesetzter Bedeutungswandel einhergeht.¹¹⁷ Der Wertbegriff des Bundesverfassungsgerichts lässt sich auch nicht auf die für rechtliche Wertungen ungeeignete¹¹⁸ materiale Wertphilosophie¹¹⁹ Max Schelers (1874-1928) und Nicolai Hartmanns (1882-1950) reduzieren.¹²⁰ Das Gericht benutzte mit der Formel der Wertordnung einen im Zeitgeist¹²¹ liegenden Begriff ohne sich auf bestimmte philosophische Konzeptionen festzulegen. Die Formel von der Wertordnung war einerseits das Transportmittel, um die neue Dimension der Grundrechte einzuführen und abzusichern.¹²² Andererseits erfolgte damit eine Rückbindung des Richters an im Grundgesetz positivierte Wertungen. Insoweit richtete sich die Entscheidung

114 BVerfGE 7, 198, 205 (Hervorhebungen hinzugefügt und Zitate weggelassen).

115 Die Literatur dazu ist mittlerweile unüberschaubar und zwingt zur konzentrierten Auswahl: Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 ff; Grimm, Zukunft der Verfassung, in: Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 221 ff; Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993; Wahl in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, Rn. 1 ff.

116 Dazu statt vieler Ruppert, Geschlossene Wertordnung, in: Henne/Riedlinger, Das Luth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 326, 331 ff mwN.

117 Näher Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 13 ff; Ruppert, Geschlossene Wertordnung, in: Henne/Riedlinger, Das Luth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 326, 345 ff.

118 Zur Grundsatzkritik objektiven Wertdenkens siehe Podlech, AöR 95 (1970), 185, 204 ff; Böckenförde, Kritik der Wertbegründung, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 67, 81 ff; zur notwendigen Differenzierung von intuitionistischen Werttheorien und intersubjektiv nachprüfbar Prinzipien siehe Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 125 ff.

119 Eine transparente Schilderung dieser Positionen findet sich bei Podlech, AöR 95 (1970), 185, 202 ff.

120 Näher Jarass, AöR 110 (1985), 363, 367 f; Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 17 ff.

121 Vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 7.

122 Wahl in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 19 Rn. 10.

auch gegen rein naturrechtliche Argumentationslinien,¹²³ wie sie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter seinem in jener Zeit dezidiert naturrechtlich argumentierenden Präsidenten *Hermann Weinkauff* (1894-1981)¹²⁴ zu finden waren. Den Begriff der „Wertordnung“ hat das Gericht schon bald aufgegeben. Bereits das *Lüth*-Urteil verwendete die Begriffe „objektive Wertordnung“ und „objektive Normen“ synonym. Mittlerweile spricht man von der „objektiven Dimension“ der Grundrechte, von den Grundrechten als „Elementen objektiver Ordnung“ oder von Grundrechten als „objektive Grundsatznormen“.¹²⁵ Das genuin Neue und bis heute Fortwirkende des *Lüth*-Urteils, ist die darin enthaltene Fundamentaltheorie über die Wirkung von Grundrechten in der Gesellschaft: „[D]ie Wiedergeburt der Rechtsordnung aus dem Geist der Grundrechte“¹²⁶ macht nicht nur den Staat, sondern auch die Gesellschaft zum Regelungsgegenstand der Verfassung.¹²⁷ Grundrechte wurden in *Lüth* als elementare Ordnungsprinzipien für das politische und das soziale Leben konzipiert, sie sind „weder öffentliches noch privates, sondern ‘überdachendes’ Verfassungsrecht, eben Grund-Recht“.¹²⁸ *Horst Dreier* hat das „grundstürzende Novum“ der Entscheidung in „zwei einfachen Aussagen“ zusammengefasst:

- „1. Die Bedeutung der Grundrechte geht nicht in ihrer subjektiven, auf direkte Staatsabwehr gerichteten Dimension auf.
2. Grundrechte beanspruchen prinzipielle (aber nicht überall identische) Geltung in allen Rechtsbereichen; einen grundrechtsfreien Rechtsraum kann es demnach nicht geben.“¹²⁹

Alle weiteren Probleme der Grundrechtsdogmatik – gerade auch der Grundrechtswirkung in privatrechtlichen Beziehungen¹³⁰ – sind darin angelegt, von der „Ausstrahlungswirkung“, über die „Drittwirkung“ hin zu staatlichen Handlungsaufträgen und den Schutzpflichten.¹³¹ Der von 1949 bis in die 1980er Jahre hinein geführte Streit um nur mittelbare oder auch unmittelbare Drittwirkung relativiert sich vor dem Hintergrund des gemeinsamen Verständnisses einer objektiven Wirkung der Grundrechte erheblich.¹³² Das Bundesverfassungsgericht nahm

123 Näher *Henne*, Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim BVerfG, in: Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 197, 218.

124 Zu *Weinkauffs* Beitrag zur Naturrechtsdiskussion siehe *Herbe*, Hermann Weinkauff (1894-1981), 2008, 121 ff; zu den praktischen Auswirkungen am BGH dort, S. 198 ff.

125 *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 367 ff; *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 23 f; *Wahl* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 19 Rn. 9 (jeweils mwN).

126 *Wahl* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 19 Rn. 1.

127 *Casper*, ZRP 2002, 214, 216.

128 *Müller*, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, 1961, 164.

129 *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 12.

130 Speziell dazu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 63 ff.

131 *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 8; *Wahl* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 19 Rn 5.

132 *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 10, vgl. auch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 f. Zu den daraus zu ziehenden Konsequenzen siehe unten § 8 IV 2.

1958 nicht abschließend zu der Streitfrage Stellung;¹³³ in der Sache sprach es sich allerdings gegen eine unmittelbare Drittwirkung aus:

„Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.“¹³⁴

Aus dem Entscheidungsvotum zu *Lüth* ergibt sich, dass zu den „literarischen Gesprächspartnern“ des Gerichts zwei wichtige Protagonisten der 50er Jahre zählten: *Hans Carl Nipperdey* und *Günter Dürig*.¹³⁵ Auf sie möchte ich näher eingehen, weil sie beide ihre Positionen gerade mit Blick auf die Auswirkungen von Gleichheitsrechten im Privatrecht entwickelten und begründeten und damit die Diskussion bis heute prägen.

b) Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Hans Carl Nipperdey (1950)

Auslöser der Drittwirkungsdebatte waren die Diskriminierungsverbote im Allgemeinen und speziell das Gleichberechtigungsgebot in Art. 3 Abs. 2 GG.¹³⁶ Entstehungsgeschichte¹³⁷ und zeitgenössische Dogmatik¹³⁸ ließen den Schluss zu, darin die rechtliche Grundlage für die politische Forderung nach gleichem Lohn für gleiche Leistung zu sehen.¹³⁹ Fraglich war, ob das Grundrecht die Tarifvertragsparteien und den einzelnen Arbeitgeber unmittelbar verpflichtet und damit als Grundrecht auch nicht-staatliche Akteure trifft.¹⁴⁰ In der Sache ging es um das zweite Gleichheitsproblem:¹⁴¹ Obwohl Frauen gleiche Arbeit wie Männer leisteten, wurden sie nach Einzel- oder Tarifverträgen regelmäßig schlechter bezahlt, weil der „wirtschaftliche Wert der Frauenarbeit“ niedriger als der von „Männer-

133 BVerfGE 7, 198, 204.

134 BVerfGE 7, 198, 205 f.

135 Vgl. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1, 5, der als Richter am BVerfG das Privileg hatte, das nicht öffentlich zugängliche Votum (dazu Henne, Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim BVerfG, in: Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 19 ff) einzusehen.

136 Sacksofsky, Gleichberechtigung, 1996, 118.

137 Vgl. 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 207.

138 Vgl. die Nachweise bei Sacksofsky, Gleichberechtigung, 1996, 117.

139 Vgl. BAGE 1, 258.

140 Ohne weiteres Problembewusstsein bejaht von Eberhard, RdA 1949, 125, 126, Mitglied des Parlamentarischen Rates.

141 Dazu oben § 2 III 3.

arbeit“ veranschlagt wurde.¹⁴² Deutschland stand 1949 vor einem ganz ähnlichen Problem wie die U.S.A. nach 1865, lediglich die Bezugsparameter wechselten: Wie kann in einer von sexistischen Stereotypen geprägten Gesellschaft, die Beteiligung des *Anderen* – der Frau – als Gleicher erreicht werden? Das Recht stand erneut vor der Herausforderung des zweiten Gleichheitsproblems: Soll es sich zur Ungleichbehandlung in seiner Umwelt indifferent verhalten oder muss es intervenieren? Genügt der Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit oder bedarf es der zusätzlichen Implementierung von Gleichbehandlungspflichten Privater, um das Versprechen gleicher Freiheit zu verwirklichen? Wenn man das in Art. 3 Abs. 2 GG enthaltene Prinzip für die weit überwiegende Anzahl der in der Privatwirtschaft tätigen Frauen tatsächlich verwirklichen wollte, war seine unmittelbare Anwendung auf Tarifvertragsparteien und Arbeitnehmer ein naheliegender Schritt. Ihn gemacht zu haben ist das Verdienst von *Hans Carl Nipperdey*.¹⁴³ Er bejahte die unmittelbare Anwendbarkeit erstmals 1949,¹⁴⁴ ausführlicher dann für alle Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG ein Jahr später.¹⁴⁵

„Die Durchsetzung grundrechtlicher Bestimmungen, also der Norm höchsten Grades, ist nur dann voll gewährleistet, wenn nicht nur gesetzliche Körperschaften [...], sondern auch die einzelnen Rechtsgenossen, die Staatsbürger an sie gebunden sind. Die Verfassung ist die Lebensordnung eines Volkes. Sie erwartet mit Recht, daß sich jedermann voll auf den Boden ihrer grundlegenden, für das Gemeinschaftsleben bestimmenden Sätze stellt und ihnen auch in seinen privatrechtlichen Beziehung Rechnung trägt. [...] Das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts [ist] in eine Reihe gestellt mit anderen grundlegenden Verboten [...], bei denen sich jeder hüten sollte, sie als Sätze anzusehen, die den einzelnen nicht berühren!“¹⁴⁶

Ein Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote führte danach zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts; schuldhaftes Verletzen zum Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB (sonstiges Recht).¹⁴⁷ Diesen Gedanken griff *Gustav Boehmer* (1881-1969) wenig später für das Erbrecht auf und stellte die Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung fest, die jemand wegen der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale benachteiligt oder bevorzugt.¹⁴⁸ Nach der von *Nipperdey* vorgelegten Konzeption ist der Gleichheitssatz aber nicht isoliert zu sehen. Ausgangspunkt war seine Auffassung einer „*Gesamtentscheidung für die privatrechtliche Gleichbehandlung der am Wirtschaftsleben Beteiligten* i.S. eines Willkürverbots

142 Vgl. BAGE 1, 258.

143 Weiterführend jetzt zu Leben und Werk *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 13 ff.

144 *Nipperdey*, RdA 1949, 214, 216.

145 *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 124 ff.

146 *Nipperdey*, RdA 1950, 124.

147 *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 95.

148 *Boehmer*, Erbrecht, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 401, 422; ihm iE folgend *Lübtow*, Erbrecht, 1. Halbbd., 1971, 309.

und der unsachlichen Differenzierung“.¹⁴⁹ Notwendig sei eine „sorgfältige Abwägung“ zwischen dem Gleichheitssatz und der in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit, insbesondere der Vertragsfreiheit.¹⁵⁰ Außerhalb des Arbeitsrechts spreche „die Vermutung im Zweifel für die Freiheit.“ Ein Verstoß gegen Art. 3 GG liege „in der Regel nur vor, wenn die Sonderbehandlung innerhalb einer durch gleiche Interessen zusammengehaltenen Gruppe willkürlich oder gerade wegen und ohne jeden vernünftigen Grund¹⁵¹ nur wegen einer der in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Gründe erfolgt“.¹⁵² *Nipperdey* sprach hier von einer „rule of reason“.¹⁵³ Daher verstieß eine Kündigung eines Arbeitnehmers, der KPD-Mitglied war, nicht gegen Art. 3 Abs. 3 GG, weil ihm – so das Bundesarbeitsgericht unter seinem Präsidenten *Nipperdey* in der grundlegenden Entscheidung zur unmittelbaren Drittwirkung 1954 – nicht wegen seiner Mitgliedschaft sondern wegen seines betriebsstörenden Verhaltens gekündigt wurde.¹⁵⁴ *Nipperdey* verstand die unmittelbare Drittwirkung bzw. „absolute Wirkung“ bestimmter Grundrechte als eine „normative Regelung der gesamten Rechtsordnung [...], aus der auch unmittelbar subjektive private Rechte des Einzelnen fließen.“¹⁵⁵ Das Grundgesetz wurde so zum „Allgemeinen Teil“ der Rechtsordnung und damit auch des Privatrechts.¹⁵⁶

Das war 1949 für *Nipperdey* nicht neu. Der Rückgriff auf die Verfassung als Spitze der Normenhierarchie lässt sich bereits in seinen Arbeiten vor 1933 nachweisen.¹⁵⁷ Es war ein Element seines methodischen Programms, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zu ermöglichen, das Recht auf gewandelte gesellschaftliche Verhältnisse anzupassen, indem es für die „Wertungen und Interessenabwägungen des Normensystems“¹⁵⁸ – Prinzipiennormen – geöffnet wurde.¹⁵⁹ Dieser methodische Zugriff ermöglichte *Nipperdey* Kontinuität: Sein Konzept, Auslegung und Rechtsfindung über positivierte Prinzipiennormen zu steuern, war in der NS-Zeit¹⁶⁰ genauso einsetzbar wie in der jungen Bundesrepublik.¹⁶¹ Die enor-

149 *Nipperdey*, RdA 1959, 32, 33.

150 *Emmercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

151 Vernünftig wäre etwa die Einsetzung eines männlichen Nachkommen als Erbe eines Bauerngutes, weil sie auf sachlichen Erwägungen beruhe und nicht wegen des Geschlechts erfolge, vgl. *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 127.

152 *Emmercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

153 *Nipperdey*, FS Molitor, 1962, 32; so bereits BAGE 1, 185.

154 BAGE 1, 185.

155 *Emmercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 93 ff (Zitat auf S. 95).

156 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 212 f; dort, S. 199 ff, auch eine dogmatisch-rechtshistorische Analyse der Begründungsschritte *Nipperdeys*.

157 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 153 ff.

158 *Emmercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 322.

159 Vertiefend *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 162 ff.

160 Dazu *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 168 ff, insbesondere S. 175 f.

161 *Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Acham/Nörr/Schefold, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 113, 125 f; *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 223 f.

me inhaltliche Flexibilität des Systems bei struktureller Kontinuität war nur möglich, weil das Steuerungselement austauschbar war: Weimarer Reichsverfassung, NS-Rechtsideologie und GG.¹⁶² Inhaltlich erlaubte dieser Ansatz eine Effektivierung der Grundrechte. *Nipperdey* durchbrach damit „die Eindimensionalität des Grundrechtsverständnisses“ und lieferte eine Begründung dafür, dass die Grundrechte überhaupt Privatrechtswirkung entfalten.¹⁶³ Das muss man vor dem Hintergrund eines komplexen Freiheitsverständnisses und der Idee umfassender Freiheitssicherung durch Grundrechte in Staat und Gesellschaft sehen.¹⁶⁴ *Rückert* kritisiert an *Nipperdeys* Konzeption den fehlenden Freiheitsvorrang: Er räume der „Einordnung des einzelnen in die Gemeinschaft überhaupt“¹⁶⁵ Vorrang ein und konstruiere Freiheit nur aus ihren sozialen Bezügen.¹⁶⁶ Sein Schüler *Thorsten Hollstein* kommt zu differenzierenden Ergebnissen.¹⁶⁷ Er weist nach, dass man die Grundrechtsbindung Privater im Zusammenhang mit *Nipperdeys* Auffassung der „Wirtschaftsverfassung“¹⁶⁸ insgesamt und dem Versuch der institutionellen Verankerung der sozialen Marktwirtschaft im GG¹⁶⁹ sehen muss.¹⁷⁰ Wie schon *Böhm* und *Raiser* vor ihm, sah *Nipperdey* gerade im Verhalten Privater eine Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsfreiheit und begründete daraus das Kartellverbot.¹⁷¹ In deutlichem Unterschied zu seiner Position vor 1933,¹⁷² plädierte er für den Vorrang der Wettbewerbsfreiheit vor der Vertragsfreiheit:

„Vertragsfreiheit bedeutet schließlich wirkliche Freiheit beider Teile, nicht Zwang und Druck des Stärkeren gegen den Schwächeren, nicht Ausbeutung wirklicher Überlegenheit.“¹⁷³

Die Betonung der „wirklichen Freiheit“ geht von der Freiheit des Einzelnen aus. Diese verknüpft *Nipperdey* aufs engste mit der Würde des Menschen, die – posi-

162 Siehe *Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: *Acham/Nörr/Schefold*, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 113, 126 f, 143.

163 *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1552 f.

164 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 215.

165 *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 83.

166 *Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: *Acham/Nörr/Schefold*, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 113, 125 f.

167 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 279 f, 286 ff.

168 Zu den zeitgenössischen Interpretationsansätzen vgl. *Nörr*, Im Wechselbad der Interpretationen, in: *Acham/Nörr/Schefold*, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 358, 365 ff.

169 Vgl. dazu *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 86 ff; zur zeitgenössischen Reaktion darauf siehe *Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Neumann/Nipperdey*, Die Grundrechte, Bd. IV, 1962, 301 ff.

170 Zum Folgenden *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 260 ff.

171 *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 91; vgl. auch *Nipperdey*, DRZ 1950, 193 f.

172 Siehe *Nipperdey*, VerhDJT 35 (1928), 741 ff und dazu *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, 71 ff; *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 245 ff). Er selbst spricht „von der Zeit vor 1930“ (*Nipperdey*, DRZ 1950, 193, 193), was den Tatsachen nicht ganz entspricht, vgl. *Nörr*, Im Wechselbad der Interpretationen, in: *Acham/Nörr/Schefold*, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 358, 370 Fn. 57.

173 *Nipperdey*, DRZ 1950, 193, 198.

tivrechtlich in Art. 1 Abs. 1 GG verankert¹⁷⁴ – Grundlage der Gesamtrechtsordnung und damit auch des Privatrechts sei:¹⁷⁵

„In der Rechtsordnung ist die Menschenwürde dann verwirklicht, wenn sie dem Menschen eine Sphäre sichert, in der er als selbstständiges und sittlich selbst verantwortliches Wesen wirken kann, in der er weder dem Machtanspruch eines anderen Menschen unterworfen, noch zum bloßen Mittel von Gemeinschaftszwecken gemacht wird, sondern freier selbstverantwortlicher Mensch ist. Darum ist Freiheit das höchste Gut, das weltliche Gerechtigkeit dem Menschen zuteilen kann.“¹⁷⁶

Es ist dann selbstverständlich, dass „das bürgerliche Recht, wie das Privatrecht überhaupt auf der Würde und der Freiheit der Entfaltung der Einzelpersönlichkeit“ beruht.¹⁷⁷ *Nipperdey* erkannte das rechtstheoretische und –methodische Potential der Grundrechte. Während *Helmut Coing* (1912–2000) gerade wegen der 1947 noch nicht erfolgten Positivierung von Wertvorstellungen gezwungen war, die „obersten Grundsätze des Rechts“¹⁷⁸ naturrechtlich neu zu begründen¹⁷⁹, und sie als ewig gültige Rechtsprinzipien aus der *sittlichen* Wertordnung abzuleiten,¹⁸⁰ konnte *Nipperdey* ab 1949 inhaltlich weitgehend identische¹⁸¹ materiale Wertvorstellungen in den Grundrechten verankern: Naturrecht und materiale Wertethiken spielten von nun an (fast) keine Rolle mehr, die Grundwerte und „obersten Rechtsprinzipien“¹⁸² waren in den Grundrechten positiviert und diese mutierten nach *Nipperdey* zugleich zu privatrechtlichen Prinzipien:¹⁸³ Art. 1 Abs. 1 GG sei „ein materielles Hauptgrundrecht“ und „eine verbindliche Wertentscheidung für die gesamte Rechtsordnung“, Art. 2 Abs. 1 GG „das Hauptfreiheitsrecht des Grundrechtskatalogs“,¹⁸⁴ der „eine grundsätzliche Vermutung für die Freiheit, die praesumptio pro libertate enthält“¹⁸⁵. Insoweit folgte er im Grundsatz *Coing*, der 1947 ebenfalls vom Vorrang der Freiheit ausging.¹⁸⁶ Inner-

174 Zur Begründung näher *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 278 f; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 94 f.

175 *Emmercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 78.

176 *Nipperdey*, Die Würde des Menschen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 1, 9.

177 *Emmercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 75.

178 *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 54 ff.

179 Anders als der fehlerhaft gedruckte Untertitel („Neugründung“) kund tat, strebte *Coing* eine „Neubegründung“ an, siehe *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 37 Fn. 32.

180 Näher zu Inhalt, Kontext und zur Wirkungsgeschichte *Mohnhaupt*, Zur „Neugründung“ des Naturrechts nach 1945, in: Schröder/Simon, Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952, 2001, 97 ff; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 29 ff (auf S. 45 ff auch zur Relativierung des *Coing'schen* Ansatzes als „schwaches Naturrecht“).

181 Vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 186 f.

182 *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, passim.

183 Zum Ganzen vertiefend *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 91 ff.

184 *Emmercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 98.

185 *Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV, 1962, 741, 760.

186 *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 64 ff (dazu *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 30 f); zum Einfluss auf *Nipperdey* vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 186 f; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 93.

halb der Freiheit ordnete er deren unterschiedliche Ausprägungen hierarchisch: An der Spitze stand die Wettbewerbsfreiheit, in der er das entscheidende Grundprinzip der Wirtschaftsverfassung sah, weil sie für das Funktionieren der Marktwirtschaft unerlässlich und daher gegenüber wettbewerbsfremden Bindungen zu sichern sei.¹⁸⁷ Schrankenlose Privatautonomie musste dahinter zum Schutz der Freiheit des Einzelnen zurücktreten.¹⁸⁸ Daher konnte die Vermutung für die Freiheit im Arbeitsrecht nicht gelten, weil „die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers aufgrund der wirtschaftlichen Überlegenheit des Arbeitgebers in der Regel praktisch nur formal besteht.“¹⁸⁹ Er knüpfte – wie *Raiser* – ganz generell an wirtschaftliche oder sonstige Machtpositionen an, deren Beseitigung im Interesse der Freiheit Aufgabe der unmittelbaren Grundrechtsgeltung sei. Anders als jener, versuchte er das daraus folgende zweite Freiheitsproblem freiheitsrechtlich zu lösen, weil er von den Polen „frei“ und „sozial“ ausging:¹⁹⁰

„Hier besteht nun eine fiktive Gleichheitslage, die insbesondere auf der Vorstellung beruht, die Freiheit der Willensentschließung bei Eingebung von Verpflichtungen reiche aus, den einzelnen vor unzumutbaren Beschränkungen seiner Freiheit zu sichern. [...] Man faßt die Vertragsfreiheit formal, aber nicht real, nicht sozial auf. Diese Betrachtungsweise verkennt die soziale Wirklichkeit, die häufig genug den sozial Unterlegenen in Abhängigkeiten zwingt, die nicht den Grundvorstellungen der Verfassung entsprechen.“¹⁹¹

Dass es *Nipperdey* um die individuelle Freiheit ging, wird an anderer Stelle deutlich:

„Aus dem engen Zusammenhang zwischen grundsätzlicher Freiheit und ihrer Begrenzung durch eine angemessene Regelung des Gebrauchs dieser Freiheit ergibt sich, daß der Staat verpflichtet ist, um dieser Freiheit willen den sozial und wirtschaftlich Schwächeren zu schützen. Dadurch tritt im Ergebnis eine Beschränkung der absoluten Freiheit der anderen ein.“¹⁹²

Dabei handelt es sich aber um die Ausnahme vom Prinzip:

„Dieser Schutzzweck der Grundrechte entfällt jedoch bei völliger oder jedenfalls annähernder rechtlicher und tatsächlicher Gleichheitslage (realer Koordination) der Vertragspartner. Dann können Privatautonomie und Vertragsfreiheit ihre Wirkung als Freiheitsnorm im echten Sinne entfalten.“¹⁹³

187 *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 91.

188 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 296 ff; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 158 f.

189 *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

190 Vgl. oben § 2 III 3.

191 *Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Neumann/Nipperdey*, Die Grundrechte, Bd. IV, 1962, 741, 753.

192 *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 83 f (Hervorhebung hinzugefügt).

193 *Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Neumann/Nipperdey*, Die Grundrechte, Bd. IV, 1962, 741, 753.

Freiheit als Regel, als Prinzip, und soziale Korrekturen daran, wenn diese zur Freiheitssicherung und Freiheitsentfaltung des Anderen notwendig und verfassungsrechtlich geboten waren;¹⁹⁴ so lässt sich *Nipperdeys* Antwort auf das zweite Freiheitsproblem¹⁹⁵ prägnant zusammenfassen. Das erlaubte ihm zugleich die Berücksichtigung des zweiten Gleichheitsproblems:¹⁹⁶ Bestehen – wie im Arbeitsrecht – Machtungleichgewichte, sei bei willkürlicher Entscheidung Art. 3 Abs. 1 GG einschlägig. Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers trete dahinter zurück, weil ihr kein Äquivalent auf Seiten des Arbeitnehmers gegenüberstehe. Im Übrigen gelte die Vermutung für die Freiheit, die nur dann widerlegt werde, wenn gerade wegen der in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genannten Kriterien sachfremd unterschieden wird.

c) Grundrechte und Zivilrechtsprechung – Günter Dürig (1956)

Die These der unmittelbaren Anwendung der Grundrechte löste in den folgenden Jahren eine breite Diskussion zur Grundrechtswirkung im Privatrecht aus.¹⁹⁷ Am Anfang wurde das „Ob“ der Grundrechtswirkung in der Literatur vielfach überhaupt verneint.¹⁹⁸ Von den Bundesgerichten folgte anfangs auch der Bundesgerichtshof *Nipperdey*.¹⁹⁹ Hervorzuheben ist die *Leserbriefentscheidung*, in der das Gericht das allgemeine Persönlichkeitsrecht unmittelbar aus dem GG ableitete.²⁰⁰ Letztlich war es aber nur das Bundesarbeitsgericht, das seinem Präsidenten treu blieb,²⁰¹ bis es 1984 die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung aufgab.²⁰² Prominentester Verteidiger der Thesen *Nipperdeys* – gerade auch zur unmittelbaren Wirkung des Gleichheitssatzes – war *Walter Leisner* mit seiner 1960 erschienenen Habilitationsschrift „Grundrechte und Privatrecht“.²⁰³ Den nachhaltigsten Gegenentwurf zu *Nipperdeys* absoluter Wirkung legte *Günter Dürig* 1956 vor.

Erster Ausgangspunkt seiner Thesen war die – vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffene²⁰⁴ und später auch von *Nipperdey* geteilte²⁰⁵ – Erkenntnis, dass bei-

194 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 304; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 107.

195 Dazu oben § 2 III 3.

196 Siehe *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

197 Statt aller *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1518 ff.

198 Vgl. die Diskussion und Nachweise bei *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 310 ff sowie bei *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1530.

199 Siehe *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 199 f mwN.

200 BGHZ 13, 334, 338 – *Leserbrief*; ausholender die Begründung in BGHZ 24, 72, 76 f.

201 Grundlegend BAGE 1, 185; weitere Nachweise bei *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1532 Fn. 119; *Hager*, JZ 1994, 373 Fn. 4.

202 BAGE 47, 363.

203 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 358 f, 385.

204 BVerfGE 7, 198, 220.

205 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 97, anders noch *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 125, wo er die Grundrechtsbindung Privater aus einem „Erst-recht-Schluss“ aus Art. 1 Abs. 3 GG abzuleiten versucht hatte.

de Privatrechtssubjekte gleichberechtigte Grundrechtsträger sind.²⁰⁶ Der grundrechtlich gewährte Schutz eines Beteiligten ist zwangsläufig eine Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheiten des anderen Beteiligten. Zweitens plädierte *Dürig* „für die zivilrechtlich fraglos nötige Beachtung des Art. 1 I als des obersten Konstitutionsprinzips unserer Rechtsordnung“.²⁰⁷

„Art. 1 I [...] zwingt den Staat auch dazu, seine Gesamtrechtsordnung (vor allem also das Privatrecht) so auszugestalten, dass auch von außerstaatlichen Kräften eine Verletzung der Menschenwürde nicht möglich ist.“²⁰⁸

Daher leitete er aus Art. 1 Abs. 1 GG eine „staatliche [...] Schutzpflicht [ab], die [...] vor allem der Privatrechtsprechung anvertraut ist.“²⁰⁹ *Dürig* war sich also mit *Nipperdey* in der Sache einig, dass sich Grundrechtsnormen auf die Bürger-Bürger-Relation auswirken;²¹⁰ das Bundesverfassungsgericht folgte ihnen in der *Lüth*-Entscheidung. Umstritten war zwischen ihnen, wie und in welchem Umfang sie das tun. Gestritten wurde – und wird immer noch – über ein *Konstruktionsproblem* und über ein *Kollisionsproblem*.²¹¹ Für *Dürig* stand das Kollisionsproblem im Vordergrund. Er war der Auffassung, dass es „nicht zuletzt die Menschenwürde ausmacht“, ²¹² das Recht zu haben, „über individuelle Lebensbeziehungen zu anderen rechtlich autonom disponieren zu dürfen.“²¹³ In der Bürger-Bürger-Relation sei „die ‘absolute Wirkung’ der Grundrechte durch ein Grundrecht zugunsten der Individualautonomie und der Eigenverantwortung relativiert“;²¹⁴

„Im Ausgangspunkt macht das Grundgesetz also eben gerade durch seine ‘Aufwertung’ der aus der Menschenwürde fließenden Freiheit und durch seine primäre Entscheidung zugunsten dieser persönlichen Freiheit unbezweifelbar, daß mit dieser Freiheit auch jene Freiheit als rechtlich sanktioniert zulässig ist, unter seinesgleichen von Gleichheitsforderungen und speziellen Erscheinungsformen der Freiheit keinen Gebrauch machen zu müssen und das rechtliche Miteinander auch gestalten zu können ohne Rücksicht auf Ge- und Verbote, die den dem Individuum gegenüber handelnden Staat träfen.“²¹⁵

Es sind gerade die Gleichbehandlungspflichten Privater, die *Dürig* ins Zentrum seiner Argumentation stellte. Der privatrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und das verfassungsrechtliche Gleichheitsrecht haben zwar dieselbe Wertfundie-

206 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157 f; *Dürig*, DÖV 1958, 194, 196 f.

207 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 163, vgl. auch *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 123 f.

208 *Dürig*, AöR 81 (1956), 117.

209 *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 123.

210 Zu den gemeinsamen Prämissen vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 204 f.

211 Treffend die Analyse bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 480.

212 *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 124.

213 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 176.

214 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 176.

215 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 159 (Hervorhebungen im Original).

rung, aber nicht dieselbe Wertrealisierung, weil der Private selbst Grundrechtsträger ist:²¹⁶

„Soll jeder Privatmann in seinen persönlichen oder geschäftlichen Dispositionen an den Gleichheitssatz gebunden sein, dürfte eigentlich kein Gastwirt mehr verdienen als der andere. [...] Mit dieser schneidigen Drittwirkungsthese wälzt man über Art. 3 das Privatrecht insgesamt platt.“²¹⁷

Das hatte allerdings nie jemand behauptet. Die beiden namhaftesten Vertreter der angeblich so „schneidigen Drittwirkungsthese“, *Nipperdey*²¹⁸ und *Leisner*²¹⁹, wiesen beide auf die Möglichkeit des Privaten hin, zu differenzieren, soweit nur ein *sachlicher* Grund vorlag und sich die Ungleichbehandlung nicht in der Diskriminierung aufgrund der verbotenen Merkmale erschöpfte. Der von *Dürig* so vehement verteidigten „Präponderanz der Freiheit“²²⁰ drohte gerade von *Nipperdey* keine Gefahr. *Dürigs* Interpretation der Auswirkungen des Gleichheitssatzes im Privatrecht wurden gleichwohl zum Vorbild. Fragt man heute nach dem Verhältnis von Gleichheitssatz und Privatautonomie bekommt man immer Variationen dieses Satzes zu hören:²²¹

„Eine allgemeine Bindung der Bürger an Gleichbehandlungsgebote für ihr Verhalten untereinander liegt dem GG ersichtlich nicht zu Grunde, denn sie würde die grundrechtlichen Freiheiten aufheben. Der Staat, der den Bürgern mit den Grundrechten Freiheiten gibt, kann diese nicht durch Gleichbehandlungsgebote wieder zurücknehmen.“²²²

Weniger durchsetzungsstark hat sich *Dürigs* Argumentation speziell gegen die unmittelbare Anwendung der Diskriminierungsgebote erwiesen:

„Es gibt nach wie vor eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit, sich ungleich behandeln zu lassen, ohne dass Art. 3 GG entgegensteht (Schulfall: das den einen Gatten benachteiligende Gütervertragsrecht – trotz Art. 3 II). [...] Es gibt nach wie vor eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit, andere ungleich behandeln zu dürfen (Schulfall: Schenkungen und letztwillige Verfügungen nur zugunsten von Glaubensgenossen, nur zugunsten von männlichen Abkömmlingen usw. – trotz Art. 3 II und III).“²²³

Dagegen differenzierte *Leisner* auch bei den Diskriminierungsverboten nach der Bedeutung des Merkmals für den Vertragsinhalt: Dienstpersonal sollte man sich nach konfessionellen Gesichtspunkten auswählen können, weil es um „eine enge häusliche Gemeinschaft“ gehe, während die Weigerung einer Großfirma, einen Juden, Protestanten oder Angehörigen einer bestimmten Partei einzustellen, von

216 *Dürig*, DÖV 1958, 194, 197.

217 *Dürig* in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Abs. 1 Rn. 507.

218 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

219 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 358 f.

220 *Dürig* in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Rn. 507.

221 Vgl. statt aller *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 175 f.

222 *Rüfner* in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 193; ähnlich *Boysen* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 50.

223 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160.

Art. 3 Abs. 3 GG verboten sein müsse.²²⁴ In der Sache unterschied *Leisner* hier schon ganz modern zwischen Privatsphäre und Öffentlichkeitsbezug.²²⁵ Heute differenziert man noch weiter.²²⁶

Das *Judenbeispiel* wurde für *Dürig* zum Testfall: *Boehmer* begründete die Anwendung des Art. 3 Abs. 3 GG mit dem Beispiel der testamentarischen Enterbung einer Tochter für den Fall ihrer Verheiratung mit einem Juden.²²⁷ Diesen *Kollisionsfall* musste *Dürig* zugunsten der Menschenwürde lösen.²²⁸ Das Gegenteil, die rechtliche Absicherung einer privatrechtlichen Diskriminierung von Juden, war im Deutschland der 1950er Jahre ausgeschlossen. Damit stellte sich das *Konstruktionsproblem*. *Dürig* entschied sich – bereits existierende Ansätze ausbauend²²⁹ – für eine privatrechtliche Lösung: Der grundrechtliche Problemfall führt zur privatrechtlichen Sanktion, wenn und soweit privatrechtliche Normen diese vorsehen. Fehlen ausdrückliche Schutznormen im Privatrecht, „sind seine *wertausfüllungsbedürftigen und wertausfüllungsfähigen Generalklauseln*“ die „*normativen Mittel zur Abwehr von Angriffen aus der Drittrichtung*“.²³⁰ An anderer Stelle bezeichnete er diese Normen als „Einbruchsstellen der Grundrechte in das Zivilrecht“.²³¹ Methodische Kontinuität auch hier: Die Eignung der Generalklauseln des BGB, zu „Einbruchsstellen“ und „Einfallstoren“ neuen Rechtsdenkens zu werden, hatte sich in der Zeit von 1933-1945 erneut herausgestellt.²³² Was *Rüthers* mit Blick darauf schreibt, lässt sich unverändert auf die Zeit nach 1949 übertragen:

„Dem Verlangen [nach der vollen Durchsetzung in das überkommene Normgebäude hinein] kommen die Generalklauseln mit ihren Verweisungen auf die jeweils in der Gesellschaft geltenden Wertvorstellungen als taugliches Instrument einer Umwertung des Zivilrechts nach der neuen Wertvorstellung entgegen.“²³³

Daher kann nach 1949 etwas „sittenwidrig (geworden) sein, was es früher nicht war“.²³⁴ Damit war ganz konkret die Judendiskriminierung gemeint.²³⁵ Jedenfalls das Ergebnis stimmte:

224 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 359.

225 Siehe dazu § 8 III 3.

226 Siehe dazu zunächst nur *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 f.

227 *Boehmer*, Erbrecht, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 401, 422. Interessanterweise liegt eine Diskriminierung im Dreiecksverhältnis vor; dazu unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

228 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160.

229 Dazu *Stern* in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1543 f.

230 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 176.

231 *Dürig*, Freizügigkeit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 507, 525; zustimmend BVerfGE 7, 198, 206.

232 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 261 ff.

233 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 264.

234 *Dürig*, DÖV 1958, 194, 196.

235 Siehe *Dürig*, DÖV 1958, 194, 196.

„Das von Boehmer genannte Testament wäre deshalb als nichtig zu behandeln, weil es nach heutiger und gerade an der Verfassung geschärften Wertauffassung gegen § 138 BGB verstößt.“²³⁶

Die Privatautonomie und die Testierfreiheit können letztlich also doch eingeschränkt werden, zwar nicht direkt über Art. 3 Abs. 3 GG, aber über den Umweg über § 138 BGB:²³⁷

„Art. 3 liefert – allerdings unabdingbare – Wertmaßstäbe für die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln und konstituiert auf diesem Umweg gegebenenfalls neue konkrete Nichtigkeitsgründe.“²³⁸

Damit, so *Dürig* werde die „Eigengesetzlichkeit des Privatrechts“²³⁹ erhalten, weil man das Privatrecht vor der Übernahme von Verfassungsrechtssätzen mit zwingender, nicht erst von Privatrecht nach eigenen Sachgesetzen mediatisieren der Wirkung bewahre.²⁴⁰ Er als Verfassungsrechtler müsse „das Zivilrecht vom Selbstmord schützen“.²⁴¹ Das war flott formuliert, vielleicht auch, um die radikalen Auswirkungen seines eigenen Zugriffs auf das traditionelle Verständnis des Zivilrechts aus dem Scheinwerferlicht zu holen. Dort, wo das privatrechtliche Schutzsystem „Lücken“ aufweist, war *Dürig* letztlich zur unmittelbaren Anwendung der Grundrechte zur Verwirklichung der in ihnen angelegten Werte bereit:²⁴² Die Grundrechte geben das Ziel vor, das Privatrecht reduziert sich darauf, zwischen geeigneten Modalitäten der Zielerreichung auszuwählen.²⁴³ *Paul Mikat*, selbst ein Vertreter der „mittelbaren Drittwirkung“,²⁴⁴ stellte genau diesen Zusammenhang wieder ins Licht:

„Denn wenn im Grundgesetz enthaltene Grundrechte die Privatautonomie beschränken, dann wirken sie nicht nur auf die Handlungsfreiheit des einzelnen Bürgers ein, sondern erfassen das Privatrechtssystem als solches, ja können eine Veränderung dieses Systems herbeiführen, wobei gleichgültig bleibt, ob man von einer unmittelbaren oder mittelbaren Einwirkung der Grundrechte ausgeht.“²⁴⁵

Obwohl Art. 3 Abs. 3 GG „Geschlecht“ und Rasse als Diskriminierungsmerkmale enthält, differenzierte *Dürig* im Rahmen der von § 138 Abs. 1 BGB notwendigen Abwägung. Nichtig sei nur „die testamentarische Enterbung für den Fall der Verheiratung mit einem ‘Nichtarier’“,²⁴⁶ während der Erblasser durchaus männ-

236 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160 Fn. 5.

237 Das betont *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 319.

238 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160 Fn. 5.

239 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 169.

240 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 183.

241 *Dürig*, DÖV 1958, 194, 196.

242 Siehe *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 10.

243 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 179 ff.

244 Siehe *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 587 ff.

245 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 582.

246 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 179.

liche Abkömmlinge begünstigen dürfe,²⁴⁷ wobei es dem Arbeitgeber verboten sei, Frauen *allein* wegen ihrer Fraueneigenschaft ungleich zu behandeln.²⁴⁸ Das kann man sich nur damit erklären, dass „eine grundrechtliche Wertvorstellung nicht allein schon dadurch zum Inhalt der guten Sitten [wird], weil sie im Grundgesetz verankert ist.“²⁴⁹ Nicht jedes in Art. 3 Abs. 3 GG genannte Merkmal sollte also zu der von *Dürig* plastisch beschriebenen „Wertakzentuierung und Wertverschärfung“²⁵⁰ führen. Das machte es notwendig, weitere Wertmaßstäbe zu bilden.²⁵¹ Hier zeigt sich die problematische Elastizität der mittelbaren Drittwirkungskonstruktion: § 138 BGB stellt auf die guten Sitten ab. Als wertausfüllungsbedürftige Klausel muss sie grundrechtskonform ausgelegt werden. Allerdings genügte *Dürig* nicht jede grundrechtliche Wertvorstellung. Daher wurde der Richter letztlich auf Wertvorstellungen *außerhalb* der Grundrechte verwiesen. Im unmittelbaren Vergleich band *Nipperdey* den Richter daher strenger.²⁵² Wie aber sind diese Wertmaßstäbe außerhalb des Grundgesetzes zu gewinnen? Wie kann man als Rechtsanwender konsistent zwischen den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen differenzieren? *Mikat* schlug vor, auf das „Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit“ abzustellen. Bezüglich der Rasse sei „das öffentliche Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft nach aller Verirrung unserer jüngsten Vergangenheit so ‘allergisch’ [...], daß es kein Individualverhalten, das aus solchem Grunde eine Diskriminierung vollzieht, mit den guten Sitten vereinbar sein läßt“.²⁵³ Das gelte nicht nur für „die jüdische Rasse“, sondern für alle Rassen, weil sich nach 1945 „die Überzeugung von der Gleichheit aller Menschen“ durchgesetzt habe.²⁵⁴ Eine ähnliche Sonderrolle konzidierte *Mikat* noch der Religion, mit dem übrigens erstaunlich modernen Hinweis, dass in jeder Ungleichbehandlung zugleich ein Eingriff in das Freiheitsrecht des Betroffenen liegt.²⁵⁵ Im Übrigen aber missbilligte das zeitgenössische Rechtsbewusstsein „jedenfalls nicht generell“ alle Differenzierungen nach Art. 3 Abs. 3 GG.²⁵⁶ Genau in diesem Defizit sah das Bundesverfassungsgericht 1953 allerdings die Erklärung der besonderen Diskriminierungsverbote:

„Offenbar hat [der Verfassungsgeber] angenommen, die allgemeine Überzeugung von der Unzulässigkeit solcher Differenzierungen sei noch nicht so gefestigt, daß sie durch die Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 GG allein wirksam ausgeschlossen würden. Die politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund

247 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160.

248 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 179.

249 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 591.

250 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 179.

251 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 591.

252 Zutreffend *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 318.

253 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 597.

254 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 597 f.

255 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 598 f.

256 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 596.

*für Differenzierungen im Recht abgeben – worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind –, ist damit verfassungskräftig verneint.*²⁵⁷

Gegen methodisch problematische Abstufungen von Diskriminierungsmerkmalen wandte sich *Georg Thielmann*. Er sprach sich gegen eine Beschränkung der Diskriminierungsverbote auf den Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG aus und wollte jede Ungleichbehandlung erfassen.²⁵⁸ Der von *Dürig* und *Mikat* aufgestellten Behauptung, es bliebe dann von der Testierfreiheit nichts mehr übrig,²⁵⁹ stellte er die These gegenüber, dass die Ungleichbehandlung nur dann sittenwidrig sei, wenn sie vom Erblasser sachwidrig eingesetzt werde und dass die Testierfreiheit unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen sei.²⁶⁰ Es ist aus meiner Sicht kein Zufall, dass *Thielmann* seine Thesen 1973 veröffentlichte: Die Neubewertung von Diskriminierungsverboten kündigte sich bereits an.²⁶¹

3. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Zivilrecht – Götz Hueck (1958)

Die Aufgabe des Privatrechtlers Ende der 1950er, Anfang der 1960er Jahre sah *Franz Bydlinksi* 1960 zutreffend darin, „das Verhältnis zwischen der unbestreitbar bestehenden Privatautonomie und den ebenso zweifellos bestehenden Gleichbehandlungspflichten zwischen Privaten zu klären.“²⁶² Daran, dass es diese Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht gab, bestand spätestens seit *Raisers* viel rezipierten Beitrag von 1948²⁶³ kein Zweifel mehr.²⁶⁴ *Götz Hueck* hat die „Hauptfälle privatrechtlicher Gleichbehandlung“ 1958 umfassend untersucht,²⁶⁵ *Bydlinksi* hat sie kurz darauf in das österreichische Recht „übersetzt“²⁶⁶. Die damals als Gleichbehandlungsfälle konzipierten Fallgruppen haben sich als erstaunlich zukunftsfruchtig erwiesen:²⁶⁷ der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht,²⁶⁸ Gleichbehandlungspflichten im Verbandsrecht,²⁶⁹ der allgemeine

257 BVerfGE 3, 225, 240.

258 *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 1973, 302-305.

259 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 169; *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 594.

260 *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 1973, 307-310.

261 Dazu gleich unten § 4 II.

262 *Bydlinksi*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 8 f.

263 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75.

264 Vgl. *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 140: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist zweifellos auch im Zivilrecht mächtig.“

265 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 22 ff.

266 Vgl. *Bydlinksi*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 8.

267 Dazu eingehend unten § 5.

268 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 84-86; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 58-73, 350-364; *Bydlinksi*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 14 ff, 26 ff, 50 ff.

269 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 81-84; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 35-58; *Bydlinksi*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 13 f, 20 ff.

Kontrahierungszwang,²⁷⁰ Gleichbehandlung der Gläubiger in der Insolvenz²⁷¹ und bei teilweiser Unmöglichkeit beschränkter Gattungsschulden²⁷² sowie die Ausgleichsfälle bei Personenmehrheiten²⁷³.

Unproblematisch waren die Gleichbehandlungspflichten, die im positiven Recht ausdrücklich vorgesehen waren. „Die eigentliche Problematik des Gleichheitssatzes im Privatrecht liegt jedoch dort, wo sich dieses Prinzip ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage durchzusetzen sucht.“²⁷⁴ Die Begründungsfrage wurde zum beherrschenden Thema. *Götz Hueck* trat an, sie einheitlich für alle Fallgruppen zu lösen. Seine Untersuchung wird von zwei Prämissen geleitet, die 1958 – dem Jahr der *Lüth*-Entscheidung! – den anschlussfähigen Stand der Wissenschaft markierten: (1.) An *Raisers* Vorschlag eines überpositiven, aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnden Rechtssatzes konnte man nicht mehr anknüpfen. *Götz Hueck* und *Bydlinki* formulierten das Problem als inhaltliche Kritik: Der Ansatz könne nicht erklären, warum Gleichbehandlung nur manchmal gelte und sonst Vertragsfreiheit herrsche.²⁷⁵ Das verwischt den entscheidenden Gesichtspunkt: Die Begründung von Gleichbehandlungspflichten auf der Grundlage überpositiver Rechtsgrundsätze war 1958 nicht mehr zeitgemäß. Überpositive Gerechtigkeitsprinzipien trafen auf eine Privatautonomie, die ihrerseits fest im positiven Recht verankert wurde: unstreitig im BGB,²⁷⁶ und – nach Ansicht vieler, insbesondere von *Nipperdey*²⁷⁷ und *Dürig*²⁷⁸ – auch im Verfassungsrecht.²⁷⁹ Gleichbehandlungspflichten außerhalb des positiven Rechts waren damit methodisch nicht mehr durchsetzbar. Notwendig wurde eine induktive Begründung von Gleichbehandlungspflichten.²⁸⁰ (2.) *Nipperdeys* naheliegender Ausweg, die verfassungsrechtlich gesicherte Privatautonomie mit den unmittelbar wirkenden Gleichheitssätzen zu begrenzen,²⁸¹ hatte sich *Götz Hueck* versperrt. Er brachte die als Prinzip²⁸² und im positiven Recht verankerte Privatautonomie mit der –

270 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 86-90; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 77-81; *Bydlinki*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 12 f, 43.

271 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 80; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 73-76, 137 f; *Bydlinki*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 11.

272 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 76 f, 138-76 f, 145; *Bydlinki*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 12, jeweils unter Verweis auf RGZ 84, 125, 128-130.

273 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 23-34, 128-133; *Bydlinki*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 9 ff; zurückhaltender *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 80.

274 *Bydlinki*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 13.

275 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 107; *Bydlinki*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 19 f.

276 *Raiser*, JZ 1958, 1 f; *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 141 ff.

277 *Emmercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 98 f.

278 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 158 ff.

279 Dagegen, aber aus jeweils ganz unterschiedlichen Ausgangspositionen, *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 136 ff und *Raiser*, JZ 1958, 1, 4 ff.

280 Zutreffend gesehen von *Nipperdey*, RdA 1959, 32.

281 Dazu oben § 4 I 2 b).

282 Zum schwankenden Grund der Prinzipienbegründung jener Jahre siehe *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 107 ff.

regelmäßig nicht ausdrücklich zitierten – Argumentation Dürigs²⁸³ gegen einen aus der Verfassung abgeleiteten Gleichbehandlungsgrundsatz in Stellung²⁸⁴:

*„Die privatrechtliche Gestaltungsfreiheit würde durch ein das ganze Privatrecht erfassendes Gleichbehandlungsgebot fast völlig beseitigt. Eine Generalklausel dieses Inhalts würde in ihrer letzten Konsequenz einen Bruch mit den hergebrachten Grundprinzipien des Privatrechts bedeuten.“*²⁸⁵

Ganz ähnlich Franz Bydlinski:

*„Privatautonomie bedeutet ja gerade die Anerkennung des subjektiven Willens, als der Willkür der Beteiligten als eines ausreichenden Grundes für die Rechtsfolgen. Der Gleichheitsgrundsatz bedeutet die Ablehnung der Willkür. Beides kann begrifflich für einen und denselben Rechtsbereich nicht nebeneinander gelten.“*²⁸⁶

Auf Art. 3 Abs. 1 GG konnte und wollte man sich also nicht unmittelbar stützen.²⁸⁷ Dennoch ging von ihm eine faszinierende Wirkung aus, gerade weil er die überpositive Gleichheitsidee positivrechtlich verankerte.²⁸⁸ An diesem positivistischen Glanz wollte Hueck partizipieren:

*„Der öffentlich-rechtliche Gleichheitssatz und die privatrechtliche Gleichbehandlung [sind] auf dieselbe Grundidee zurückzuführen, die ihrerseits unmittelbar im Gerechtigkeitsbegriff verwurzelt ist. Es handelt sich somit um zwei Erscheinungen desselben übergeordneten Prinzips, das in Art. 3 GG seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat [...]“*²⁸⁹

Liegen also zwei getrennte Prinzipien vor, die beide auf einer gemeinsamen Quelle beruhen? Der Sog des positivrechtlichen Gleichheitssatzes war stärker: Götz Hueck betonte die Bedeutung von Art. 3 GG als allgemeinen Rechtsgrundsatz und folgert daraus, dass „der Gleichheitssatz des Art. 3 GG auch als Grundlage der Gleichbehandlung im Privatrecht anzuerkennen“²⁹⁰ sei:

*„Der privatrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz stellt sich in diesem Zusammenhang als spezielle Anwendungsform des allgemeinen Gleichheitssatzes in einem besonderen Rechtsgebiet, dem Privatrecht, dar.“*²⁹¹

Also doch nicht zwei getrennte Prinzipien, sondern ein Abhängigkeitsverhältnis? Art. 3 GG war der Grund für die „Geltung und Rechtsverbindlichkeit des Gleichbehandlungsprinzips im allgemeinen“.²⁹² Weil er aber nicht unmittelbar im Privatrecht gelten durfte, war Götz Hueck gezwungen, diese Aussage sofort wieder einzuschränken: Obwohl „das privatrechtliche Gleichbehandlungsprinzip auf

283 Dazu oben § 4 I c).

284 Flume, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 140.

285 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 99.

286 Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 19.

287 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 98 f.

288 Zu diesem Zusammenhang bereits Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 35, 60.

289 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 96.

290 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97.

291 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97.

292 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97.

den in Art. 3 GG verkörpert den allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückgeführt werden kann“ ergäben sich daraus weder „die eigentliche Rechtsgrundlage der Gleichbehandlung im Privatrecht, noch die besonderen Elemente, die im einzelnen für ihre Geltung maßgeblich“ seien.²⁹³ Geltungsgrund sei zwar die Wirkung von Art. 3 GG als allgemeiner Rechtsgrundsatz, daraus ergäben sich aber keine konkreten Folgerungen für das Privatrecht.²⁹⁴ Das konnte nach Götz Hueck nur ein spezifisch zivilrechtlicher Gleichbehandlungsbegriff leisten. Ob er damit tatsächlich „dem Grundsatz selbst seine Eigenständigkeit im Zivilrecht zurückerobert“ hat, wie Raiser glaubte,²⁹⁵ halte ich für zweifelhaft. Inhaltlich übernahm Götz Hueck nämlich zwei zentrale Elemente des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes: das Willkürverbot²⁹⁶ und die Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in ihrer Bedeutung als Begründungsverbote²⁹⁷. Nipperdey wies daher mit Recht darauf hin, dass bei diesem Thema an einer „Stellungnahme zur privatrechtlichen Wirkung der Grundrechte und damit insbesondere des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht vorbeizukommen ist.“²⁹⁸ Götz Hueck konstruierte den Gleichbehandlungsgrundsatz „als Verbot willkürlicher, d.h. sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierungen“.²⁹⁹

*„Durch die Verwendung des Willkürbegriffs wird nämlich ein, allerdings noch ausfüllungsbedürftiger Maßstab für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Differenzierungen geschaffen. Es wird damit ein Element der Abwägung eingeführt, das die Entscheidung über Wert und Unwert, sachliche Berechtigung oder Unsachlichkeit der im Einzelfall vorgenommenen unterschiedlichen Behandlung im Hinblick auf die ihr zugrundeliegende Differenzierungsmerkmale ermöglicht.“*³⁰⁰

Dieser genuin verfassungsrechtliche Ansatz erlaubte ihm die notwendige Flexibilität, weil die Differenzierungen, die sachlich gerechtfertigt und solche, die willkürlich seien, nicht ein für allemal feststünden.³⁰¹ Er sicherte zugleich die Bedeutung der Diskriminierungsverbote der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG für das Privatrecht, weil die Anknüpfung an diese Differenzierungsverbote eine ungleiche Behandlung nicht rechtfertigen können³⁰² und ermöglichte eine im Ansatz moderne Differenzierung nach privater und öffentlicher Sphäre:

„Die Möglichkeit, Unterschiede zwischen den Beteiligten durch verschiedene Behandlung zu berücksichtigen, nimmt ferner auch zu, je enger die persönliche Bindung innerhalb des zur Gleichbehandlung führenden Rechtsverhältnisses ist. Denn je mehr das persönliche

293 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 98.

294 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97.

295 Raiser, JZ 1959, 421.

296 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 177 ff.

297 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 100 ff.

298 Nipperdey, RdA 1959, 32, 33.

299 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 180.

300 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 182.

301 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 183.

302 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 104 f.

*Element in den Vordergrund tritt, umso stärker kann und muss auf die Eigenarten und damit auf die in ihren Personen begründeten Verschiedenheiten Rücksicht genommen werden.*³⁰³

Der Grundgedanke, dass Gleichbehandlungspflichten in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis zu persönlich geprägten Beziehungen stehen, ist zutreffend, die Begründung dafür noch nicht ganz überzeugend: Es geht um den Schutz der Freiheitssphäre des zur Gleichbehandlung Verpflichteten in seiner Privatsphäre, die in der Abwägung den Ausschlag geben muss.³⁰⁴

Zwei Punkte sind noch zu klären: Worin sah Götz Hueck die „eigentliche Rechtsgrundlage“ aller Gleichbehandlungsfälle, wenn es Art. 3 GG nicht sein konnte? Und wie verhielten sich Gleichbehandlung und Privatautonomie in seiner Konzeption?

Den gemeinsamen Rechtsgrund glaubte Götz Hueck in der vorhandenen Gemeinschaftsbindung der gleich zu behandelnden Personen festmachen zu können.³⁰⁵ Gleichbehandlung sei stets Folge einer bestehenden Gemeinschaftsbindung, niemals ihre Voraussetzung:³⁰⁶

„[Die] Verknüpfung von Gemeinschaftsbindung und Gleichbehandlung berechtigt zu dem Schluß, daß das Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses das [...] wichtigste Merkmal ist, bei dessen Vorliegen der aus dem Gerechtigkeitsgedanken abgeleitete Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen den Charakter eines rechtlichen Gebots annimmt.“³⁰⁷

Das überzeugte schon die Zeitgenossen nicht.³⁰⁸ Zwei der wichtigsten Fallgruppen, der allgemeine Kontrahierungszwang und das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB aF und Art. 86 EWG aF konnte Götz Hueck damit nicht erklären und musste dafür eine Ausnahmekategorie entwickeln: Es handle sich um privatrechtliche Auswirkungen staatlicher Maßnahmen zur Wirtschaftslenkung.³⁰⁹ Dagegen betonte Nipperdey den entscheidenden Aspekt dieser Gleichbehandlungsregelungen: Sie sichern „die Freiheit des Wettbewerbs und damit die Gleichheit der Wettbewerbschancen aller“ gegenüber privaten Wettbewerbsbeeinträchtigungen.³¹⁰ Der Überzeugungsgehalt einer Gleichbehandlungskonzeption, die diesen zentralen Gesichtspunkt im Verhältnis von Freiheit und Gleichheit nicht berücksichtigt, steht auf tönernen Füßen.³¹¹ Auch im Übrigen stieß Hueck

303 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 187.

304 Näher unten § 8 III 3.

305 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 151 ff.

306 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 152.

307 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 153.

308 Nipperdey, RdA 1959, 32, 33; Raiser, JZ 1959, 421, 622; Bydliński, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 33 ff; aus heutiger Perspektive statt vieler Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 3 b) mwN.

309 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 166.

310 Nipperdey, RdA 1959, 32, 33.

311 Vgl. daher unten § 5 IV.

auf Kritik. Er musste den Begriff der Gemeinschaftsbindung sehr ausweiten, um alle von ihm genannten Fälle, insbesondere die *par condicio creditorum* in der Insolvenz oder der Teilunmöglichkeit beschränkter Gattungsschulden darunter fassen zu können.³¹² Bydlinski wies auf die Tautologie hin: weil die Gläubiger in diesen Fällen gleich zu behandeln sind, schafft das Recht eine Gemeinschaft.³¹³ Anders als von Hueck, im Anschluss an das Reichsgericht³¹⁴, behauptet wurde, ist Gleichbehandlung in vielen Fällen Voraussetzung der erst dadurch gebildeten Gemeinschaft.³¹⁵ Dass man in diesen Fällen nicht von einer „Interessengemeinschaft“ der Gläubiger sprechen kann, weil ihre Interessen „von vornherein nicht gemeinschaftlich, sondern so gegensätzlich wie nur möglich“ sind, hatte 1928 bereits Hans Otto de Boor (1886-1956) dargelegt.³¹⁶ Das gegen diese empirische Argumentation gerichtete normative Argument Huecks („Verwerflichkeit einer solchen Einstellung“³¹⁷) musste scheitern. Es unterstellte eine gleiche tatsächliche Befriedigungschance der Gläubiger, wo in Wirklichkeit ihre jeweiligen Erfüllungsaussichten ganz unterschiedlich sind.³¹⁸ Bydlinski zog daraus die Konsequenzen und wollte die Hoffnung auf eine einheitliche positive Begründung der Gleichbehandlungsfälle endgültig aufgeben.³¹⁹ Stattdessen wäre zu fragen, warum überhaupt Gleichbehandlung an die Stelle der Privatautonomie treten sollte.³²⁰ Damit kehrte man zur Ausgangsfrage zurück: Warum Gleichbehandlung und nicht Privatautonomie? Im Ausgangspunkt war man sich über drei Punkte einig:

(1.) Gleichbehandlung und Vertragsfreiheit sind gegeneinander abzuwägen, um festzustellen, welchem dieser Grundsätze der Vorrang einzuräumen ist.³²¹ Grundlage dieser frühen Gleichbehandlungskonzeptionen ist also die gleichrangige Geltung von Privatautonomie und Gleichbehandlung auf Prinzipienebene. Damit der Rechtsanwender beide Prinzipien „abwägen“ kann oder – breiter formuliert – den Konflikt zwischen privatautonomer Gestaltungsmacht und Gleichbehandlungspflicht lösen kann, zwingt ihn die Methodik in ein Grundsatz-Ausnahmeschema.

312 Raiser, JZ 1959, 421, 622.

313 Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 35 ff.

314 RGZ 84, 125, 128.

315 So bereits de Boor, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 23.

316 de Boor, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 23.

317 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 141.

318 Zum Ganzen Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 37 ff.

319 Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 42; ähnlich Wolf, FS Raiser, 1974, 597, 600 (kein einheitliches Rechtsprinzip, sondern jeweils verschieden zu begründende Gleichbehandlungsprinzipien mit unterschiedlichen Funktionen)).

320 Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 42.

321 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 251.

(2.) Dieses wurde im Ansatzpunkt ähnlich beantwortet: Der Gleichbehandlungsgrundsatz tritt regelmäßig hinter das Prinzip der Vertragsfreiheit zurück.³²² Privatautonomie war der Grundsatz, Gleichbehandlung die Ausnahme. Dieses *methodische* Rangproblem wurde von den drei hier untersuchten Autoren differenziert angegangen. Nach *Raiser* kam dem Gleichbehandlungsgrundsatz subsidiäre Geltung zu, die Privatautonomie hatte Vorrang.³²³ Danach wäre Gleichbehandlung die grundsätzliche Verteilungsregel, der Privatautonomie als spezielles Verteilungsprinzip vorgeht. Komplizierter ist es bei *Götz Hueck*. Er war offensichtlich der Auffassung, dass Privatautonomie der Grundsatz sei, der von Gleichbehandlungspflichten eingeschränkt werden könne.³²⁴ Selbst wenn Gleichbehandlungspflichten grundsätzlich begründbar seien – weil ein Gemeinschaftsverhältnis besteht – tritt auch hier Gleichbehandlung grundsätzlich hinter die Privatautonomie zurück.³²⁵ Die damit eingeführte doppelte Prüfungsstruktur ist, streng genommen, redundant und ein weiterer Grund für die Überflüssigkeit des Gemeinschaftsverhältnisses. *Bydlinski* sah dagegen in der Privatautonomie den Grundsatz und in Gleichbehandlungspflichten rechtfertigungsbedürftige Einschränkungen oder Ergänzungen.³²⁶ Darin reflektierte die methodische Prüfungsreihenfolge auch eine inhaltliche Priorisierung: die *Präponderanz* der Freiheit. Diese Konzeption setzte sich schließlich durch.

(3.) Zu bestimmen waren jetzt nur noch die Kriterien, wann von der Privatautonomie zugunsten der Gleichbehandlung abgewichen werden kann. Hier kann nur im Ansatz Übereinstimmung festgestellt werden: Zu Gleichbehandlung im Privatrecht kommt es immer dann, wenn eine privatautonome Regelung als Steuerungsinstrument versagt, entweder weil es in der Rechtsordnung ein überwiegendes Bedürfnis nach Einschränkung der Privatautonomie generell gibt³²⁷ oder weil eine privatautonome Regelung nicht getroffen wurde oder weil sie unvollständig ist.³²⁸ Unterschiedlich eingeschätzt wurden die Gründe, warum die Gleichbehandlung gelten sollte: *Raiser* verwies auf die Abhängigkeit der dem Machtinhaber gegenüberstehenden Gruppenmitglieder,³²⁹ *Götz Hueck* auf bestehende Gemeinschaftsverhältnisse³³⁰ und *Bydlinski* versuchte sich an sektorspezifischen Begründungen der einzelnen Fallgruppen: beim Verbandsrecht führe die

322 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92 f; *Raiser*, JZ 1959, 421, 422; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 42 ff.

323 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92.

324 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 169 f.

325 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 253.

326 Vgl. *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 45.

327 Darauf allein stellte *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93 f; *Raiser*, JZ 1959, 421, 422 ab; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 256 f betont diesen Aspekt lediglich besonders.

328 Alle drei Aspekte nannte *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 43 f.

329 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93.

330 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 169 f.

Einräumung von Gestaltungsmacht an die Mehrheit zur Gleichbehandlung³³¹ während im Arbeitsrecht die gleiche Würde jedes Arbeitnehmers dem Arbeitgeber verbiete, diesen im Vergleich zu anderen ungleich zu behandeln und dadurch zu diskriminieren³³².

Mit den um 1960 veröffentlichten Arbeiten von Götz Hueck und Bydłinski waren die Fragestellungen zum allgemeinen Gleichbehandlungssatz im Privatrecht festgelegt. Die einmal eingeschlagenen Bahnen sind seitdem im Wesentlichen nicht mehr verlassen worden. Erst in jüngerer Zeit ist wieder Bewegung in die Debatte gekommen: Friedemann Kainer hat die klassischen Fälle (allgemeiner) Gleichbehandlungspflichten weitgehend einheitlich auf die Grundsätze der kommutativen und institutionellen Gerechtigkeit zurückgeführt.³³³ An der *Präponderanz der Freiheit* hält er freilich nachdrücklich fest.³³⁴ Bezweifelt wurde die klassische Prämisse — *en passant* — von Gregor Bachmann.³³⁵ Er wechselt die bis dahin gängige Perspektive und geht nicht mehr von einem automatischen Vorrang der Freiheit aus. Die *Präponderanz der Freiheit* wird auf methodischer Ebene in Frage gestellt:

„Begründungsbedürftig ist nicht mehr wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“³³⁶

Dass Bachmann seinen Beitrag im Jahr 2006 veröffentlichte, war kein Zufall: Es war die Zeit, in der die Debatte um das AGG ihren Höhepunkt erreicht hatte. Meine These lautet, dass Bachmanns Perspektivenwechsel von der Expansion der Diskriminierungsverbote seit 1975 und der Jahrtausendwende gesehen werden muss.³³⁷

4. Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft – Franz Böhm 1966

Es bleibt ein weiterer Referenzpunkt aus der Zeit vor 1975, um die Entwicklung von Grund und Grenzen von Gleichbehandlungspflichten exemplarisch darzustellen. Meine Auswahl fiel auf Franz Böhm und seinen einflussreichen Text über „Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“ (1966).³³⁸ Zwei Gründe sind dafür ausschlaggebend: ein historisch-biographischer und ein aktueller. Böhm ent-

331 Bydłinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 47 ff.

332 Bydłinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 51.

333 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 IV 3 und § 7 II 1 und 3.

334 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 V: „Mit seiner Beschränkung auf spezifisch kontrollbedürftige Sachverhalte ist der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz schließlich auch mit dem auf den Primat der Privatautonomie gerichteten Zivilrechtssystem vereinbar: Es bleibt beim Vorrang der Freiheit und bei der Freiheit zur Verfolgung subjektiver Präferenzen.“

335 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144 ff.

336 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 159.

337 Dazu unten § 4 II.

338 Zu Leben und Werk statt vieler Wiethölter, Franz Böhm (1885-1977), in: Diestelkamp/Stolleis, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, 207 ff.

stammt wie *Nipperdey* und *Raiser* der Generation, die ihre juristische Sozialisation im Wesentlichen in der Weimarer Republik erfuhr. *Böhm* beeinflusste die beiden anderen nach (!) 1945 mit seinem Denken erheblich: *Nipperdeys* „Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts“³³⁹ und seine Hervorhebung der Wettbewerbsfreiheit³⁴⁰ entsprachen den Prinzipien des ordoliberalen Programms³⁴¹ und *Raiser* knüpfte an die von *Böhm* festgestellten Funktionsvoraussetzungen von Privatautonomie an, um ihre Grenzen auszuloten³⁴². Den zweiten Grund liefert die aktuelle Debatte über Diskriminierungsverbote im Privatrecht. Man liest in diesem Zusammenhang von der „Privatrechtsgesellschaft“.³⁴³ Dabei handelt es sich um jeweils verschiedene und nicht zwangsläufig miteinander harmonisierende Interpretationen³⁴⁴ dieses äußerst schillernden, von *Böhm* geprägten³⁴⁵ Begriffs: Während Diskriminierungsverbote für *Eduard Picker* nachgerade „der deutlichste Ausdruck für die Gefährdung der Privatrechtsgesellschaft ist“,³⁴⁶ sehen *Stefan Grundmann*³⁴⁷ und *Michael Coester*³⁴⁸ in den Gleichbehandlungsgeboten eine Fortentwicklung des Konzepts von der Privatrechtsgesellschaft. Dem würde *Karl-Heinz Ladeur* deutlich widersprechen, indem er die „Rationalität der Privatrechtsgesellschaft“ gegen „die ständige Intervention des Staates in die Ge-

339 *Nipperdey*, DRZ 1950, 193 ff.

340 Siehe oben 2 b.

341 Zum prägenden Einfluss *Böhms* auf *Nipperdey* vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 262 f, 269 f; *Kaubhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 153 ff.

342 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93; *Raiser*, JZ 1958, 1, 6 f. Ganz unterschiedlich war dagegen *Raisers* Verständnis von der Funktion des Staates, die er gegen *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 87 nicht auf die Rolle eines „Nachtwächters“ reduziert wissen wollte, *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 162, 179.

343 Vgl. *Herresthal*, FS Canaris (Bd. II), 2007, 1107, 1125; *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 151-153; *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 255 ff; *Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: *Riesenhuber/Nishitani*, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie, 2007, 57 ff.

344 Siehe nur *Mestmäcker*, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 177; *Canaris*, FS Lerche, 1993, 873; *Mestmäcker*, Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 35; *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 1; *Zöllner*, Privatrecht und Gesellschaft, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 53; zurückhaltender *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 326 ff (als plakativer Hinweis auf die zentrale Rolle des Privatrechts geeignet, ohne daraus Vorrangansprüche abzuleiten); und sehr kritisch *Günther*, Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 473.

345 Grundlegend *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 ff; den Begriff verwendete er bereits früher, vgl. *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 11 ff; *Böhm*, Janusgesicht der Konzentration (1961), in: *Mestmäcker*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 213, 220; *Böhm*, Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit (Ordo X [1958], 167), in: *Mestmäcker*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 233, 235, 259.

346 *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 256.

347 *Grundmann*, Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 105, 120 ff.

348 *Coester*, FS Canaris (Bd. I), 2007, 115, 120 ff.

sellschaft“ zu verteidigen versucht.³⁴⁹ Unter dem Postulat der Herstellung gleicher – und damit aus seiner Sicht nur vermeintlich gerechter – Zustände, werde die nicht-individuelle, freiheitsfeindliche Ordnung, die die liberale Gesellschaft aufgehoben hatte, erneut in das moderne Recht eingeführt³⁵⁰. Diese Debatte ist Anlass genug nachzufragen, was *Böhm* unter der „Privatrechtsgesellschaft“ verstand. Weil es bereits eine ganze Reihe von generellen Übersichten und Würdungen zu diesem Thema gibt,³⁵¹ konzentriere ich mich auf die Frage, welche Bedeutung Gleichheit und Gleichbehandlungspflichten in seiner Konzeption hatten.

Böhm definierte die Privatrechtsgesellschaft nicht. Er umschrieb nur die wesentlichen Typenmerkmale und Entwicklungsschritte und skizzierte damit in der Sache ein normatives Sozialmodell.³⁵² Was den Grundgedanken angeht, so treffen wir auch hier auf Kontinuität. Die wesentlichen Zusammenhänge finden sich bereits in seiner Monographie „Wettbewerb und Monopolkampf“ (1933).³⁵³ *Böhm* verstand die Privatrechtsgesellschaft als eine Gesellschaft von Gleichberechtigten, in der sowohl die individuelle Bedürfnisbefriedigung wie die Gemeinwohlverwirklichung primär den selbstverantwortlichen Dispositionen der Einzelnen zugewiesen sind.³⁵⁴ Konstitutiv für eine Privatrechtsgesellschaft ist die vorrangige Aufgabe des Privatrechts, die Beziehungen der frei und autonom handelnden Individuen und der von ihnen gegründeten Organisationen zu steuern.³⁵⁵ Die Privatrechtsordnung wird zur Gesellschaftsordnung insgesamt³⁵⁶ und das Privatrecht zum zentralen Lenkungs- und Koordinierungsinstrument in der Gesellschaft.³⁵⁷ Grundelement einer Privatrechtsgesellschaft ist also die gleiche Berechtigung aller Akteure in der Gesellschaft. Das ist „kein privatrechtliches, sondern ein *politisches, verfassungsrechtliches Postulat*.“³⁵⁸ Die Privatrechtsgesellschaft basiert also auf einer verfassungspolitischen Grundentscheidung: der gleichen Rechtsfähigkeit aller, die *Böhm* als „einzigen, für alle gleichen *rechtlichen Status*“ beschrieb.³⁵⁹ Daraus folge „nur eine einzige, für alle gleiche Zuständigkeit des Planens und Handelns [...], die *Privatautonomie*.“³⁶⁰ Aufgabe der Privatrechtsgesellschaft ist es dann, das Lenkungsproblem in der Gesellschaft unter den

349 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006; Zitate im Untertitel und auf S. 78.

350 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 78.

351 Vgl. dazu nur *Canaris*, FS Lerche, 1993, 873, 874 ff; *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 326 ff; *Mestmäcker*, Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 35 ff; *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und europäischen Recht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 1 ff; *Zöllner*, Privatrecht und Gesellschaft, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 53 ff.

352 Zu diesem Aspekt vertiefend *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 181 ff.

353 Vgl. *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 104 ff.

354 Vgl. *Mayer-Maly*, Raumordnung und Privatrechtsgesellschaft, 1973, 9 f.

355 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 78.

356 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 78.

357 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 91 f.

358 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 80.

359 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 80.

360 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 80.

Bedingungen der Gleichberechtigung und Autonomie aller Beteiligten zu lösen.³⁶¹ Hier offenbart sich das Potenzial des Privatrechts:

„Die Privatrechtsordnung stellt nicht nur Regeln auf, denen die Gesellschaftsmitglieder unterworfen sind, wenn sie miteinander Verträge schließen [...] sondern sie teilt darüber hinaus allen Personen, [...] eine ungemein breit bemessene Bewegungsfreiheit, eine Planungs- und Daseinzuständigkeit im Verhältnis zu ihren Mitmenschen zu, einem Status innerhalb der Privatrechtsordnung, der [...] ein gesellschaftliches Bürgerrecht [ist].“³⁶²

Böhm beschrieb damit exakt die Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts.³⁶³ Seine philosophische Grundlage war allerdings eine andere. Die Geburtsidee Anfang des 19. Jahrhunderts war der Gedanke der subjektiven-individuellen Freiheit, die sich im Privatrecht verwirklichen sollte.³⁶⁴ Diese Auffassung teilte Böhm nicht.³⁶⁵ Er unterschied 1933 deutlich zwischen den Menschenrechten, demokratischen und wirtschaftlichen Freiheitsrechten.³⁶⁶ Menschenrechte sichern danach „eine Freiheit des Individuums gegen die Gemeinschaft und vor der Gemeinschaft“, während wirtschaftliche Freiheitsrechte „eine Freiheit der Beteiligung des einzelnen am arbeitsteiligen Sozialprozesse der Ökonomischen, nicht aber eine Freiheit der Pflege des eigenen isolierten Lebensprozesses“ seien.³⁶⁷ Den wirtschaftlichen Freiheitsrechten – später explizit als Tandem von vorstaatlicher Privatautonomie und sozial gebundener Gewerbefreiheit konzipiert³⁶⁸ – maß Böhm keinen autonomen Eigenwert zu; sie erhielten ihren Sinn erst durch die Institution des Wettkampfes.³⁶⁹ An dieser Auffassung hielt Böhm im Wesentlichen auch nach 1945 fest.³⁷⁰ Insbesondere die Gewerbefreiheit war nach Böhm eine Einrichtung, die „der Rechtfertigung durch den sozialen Nutzen bedarf“. ³⁷¹ Als soziale oder „öffentliche“ Einrichtung ist ihre Rechtfertigungsfähigkeit aufs engste mit der Lenkungsqualität des Marktes – und damit der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs – verknüpft.³⁷²

361 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 80.

362 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 85.

363 Dazu § 2 I 4 und III 1.

364 Dazu § 2 I 1 und 3.

365 Vgl. dazu Wiethölter, Franz Böhm (1885-1977), in: Diestelkamp/Stolleis, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, 207, 227 f.

366 Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 153 ff.

367 Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 153 f.

368 Vgl. Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 20 f.

369 Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 352 f; Böhm, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 39 f.

370 Siehe zum Beispiel Böhm, Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit (Ordo X [1958], 167), in: Mestmäcker, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 233, 256: „Das subjektive Recht, die Wettbewerbsfreiheit, wird gewährt, damit der Wettbewerb als objektive Marktform *Tatsache* werde“. (Hervorhebung im Original); zur Entwicklung Böhm's näher Nörr, Die Leiden des Privatrechts, 1994, 151 ff.

371 Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 21.

372 Vgl. Böhm, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 39 ff; Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 20 f.

„Markt und Wettbewerb“ — das wäre vermutlich *Böhms* Antwort gewesen, hätte man ihn nach dem zweiten Freiheitsproblem befragt. Auf Märkten „werden die Anbieter und Nachfrager aus den individuellen, leicht zu manipulierenden Zwangslagen individueller oder bilateraler Art befreit, in denen sie sich andernfalls befinden würden“³⁷³:

*[D]ie gleiche Freiheit aller übrigen setzt der Freiheit eines jeden eine immanente Grenze und bedeutet insofern für einen jeden freien Beteiligten eine Art von Zwang.*³⁷⁴

Dieser Zwang folge daraus, dass jeder sich in der Gesellschaft unter seinesgleichen bewegt, zur Bedürfnisbefriedigung aufeinander angewiesen ist und sich daher an die Gesellschaft anpassen müsse.³⁷⁵ Dabei handelte es sich nach *Böhm* lediglich um einen faktischen Zwang, weil dem „Gesellschaftsmitglied *nicht ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben wird*, das er an Stelle seines bisherigen Verhaltens nunmehr beachten soll.“³⁷⁶ Gleichbehandlungspflichten Privater schreiben dem Gesellschaftsmitglied jedoch ein bestimmtes Verhalten vor. An die Stelle faktischen, gesellschaftlich wirkenden Zwangs tritt ein rechtlicher und staatlich durchgesetzter Zwang. Gleichbehandlungspflichten sind allerdings kein Fremdkörper im Konzept der Privatrechtsgesellschaft. Im Gegenteil: Sie können als Bestandteil des staatlich zu setzenden Ordnungsrahmens angesehen werden, wenn sie der Funktionsfähigkeit von Markt und Wettbewerb dienen.³⁷⁷ Nach *Böhm* indiziere die ungleiche Behandlung von vergleichbaren Abnehmern, dass eine monopolistische Marktmacht vorliege, weil diesbezügliche Gleichbehandlung im Wettbewerb die Regel sei.³⁷⁸ Man kann daher staatlich vorgeschriebene Gleichbehandlung ganz im Sinne *Böhms* als Reaktion auf ein „partiturinkonformes“³⁷⁹ Verhalten ansehen, die den Willkürspielraum der autonomen Gesellschaftsmitglieder dort eingrenzt, wo der Wettbewerb als „Entmachtungsinstrument“³⁸⁰ versagt:

„Es scheint sich hier allmählich der Rechtssatz herauszubilden, daß ein Monopolist³⁸¹ nicht ohne wirtschaftlichen Grund [...] Abnehmer gleicher wirtschaftlicher Funktion (Großhändler, Einzelhändler, Verarbeiter) unterschiedlich behandeln dürfte.“³⁸²

373 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 19.

374 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 89.

375 *Böhm*, Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung (1946), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 46, 61; *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 89.

376 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 90.

377 Dieses Argument findet sich explizit formuliert bei Mestmäcker, BB 1961, 945, 950.

378 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 48 f.

379 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 138.

380 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20; in der Sache schon *Böhm*, Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung (1946), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 46, 67; *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 22.

381 *Böhm* geht hier noch von einem sehr weiten Monopolbegriff aus, vgl. *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 40 ff.

382 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 43.

In den Gleichbehandlungspflichten marktmächtiger Unternehmen konkretisiert sich also die von *Böhm* allgemein postulierte soziale „Verantwortung für die Wirkungen ihres Marktverhaltens auf die von ihnen abhängigen Wirtschaftsschicksale“³⁸³.

Für *Böhms* Privatrechtsgesellschaft ist ein funktionsfähiger Wettbewerb Voraussetzung für die Freiheits-, Gleichgewichtigkeits-, und Gerechtigkeitsgehalte des marktwirtschaftlichen Systems.³⁸⁴ Die „soziale Gerechtigkeit und die bürgerliche Freiheit“ in der Gesellschaft insgesamt hängen davon ab.³⁸⁵ Weil Wettbewerb für die Funktionsfähigkeit der Privatautonomie als Lenkungsinstrument essentiell ist, muss er andererseits vor der Handlungsfreiheit der einzelnen Teilnehmer geschützt werden.³⁸⁶ Die Steuerung des Wettbewerbs ist den einzelnen Akteuren entzogen.³⁸⁷ Nach *Böhm* falle es in den vom Staat zu gewährleistenden Ordnungsrahmen – „im Interesse des gesamten Rechtsverkehrs an dem Genusse der Wohltaten der freien Konkurrenz“³⁸⁸ – funktionsfähigen Wettbewerb zu ermöglichen und durchzusetzen.³⁸⁹

*„Dieser Staatseingriff ist kein mit dem Prinzip der geltenden Wirtschaftsordnung in Widerspruch stehender Eingriff in die Gewerbefreiheit, sondern umgekehrt ein Eingriff zum Schutz der Gewerbefreiheit, also ein Eingriff, den die Wirtschaftsordnung dem Staate nicht nur gestattet, sondern geradezu zur Pflicht macht.“*³⁹⁰

Dabei richtete sich *Böhms* Bestreben gegen die Bildung und Ausübung „privater Macht“³⁹¹. Diese ist gleichbedeutend mit „Marktmacht“³⁹² und „ökonomischer Macht“³⁹³. Die „von der Fiktion der Vertragsfreiheit ausgehende Rechtsordnung“ rechne, so *Böhm* bereits 1928, nicht mit der „Erscheinung der *privaten Macht* und des *privaten Zwanges in großem Stile*“³⁹⁴:

Die Welt der Privatrechtsordnung ist also eine Welt ohne Macht. Das Entstehen von faktischer Macht in der Hand von Privatrechtssubjekten bringt die ganze Privatrechtswelt in Unordnung, durchkreuzt die Generalspielregel des sozialen Privatrechtsverkehrs und ver-

383 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 41, 58.

384 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

385 Vgl. *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 6 ff.

386 Vertiefend und weiterführend zur Privatrechtsgesellschaft im Kartellrecht *Roth*, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 175 ff.

387 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 99.

388 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 53.

389 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 106 f; *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 100.

390 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 41.

391 Grundlegend *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 27 ff.

392 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 17 ff.

393 *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 12.

394 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 30, 31 (Hervorhebungen im Original).

*fälscht jede einzelne zivilrechtliche Institution, angefangen mit dem Privateigentum und endend mit der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit [...].*³⁹⁵

Wer mit Marktmacht agiere, könne sich nicht auf die „formelle Scheinlegalisierung“³⁹⁶ des zweiseitigen Vertrages berufen, weil das andere Rechtssubjekt nicht in der Lage sei, seinen Willen frei zu bilden:

*„Der Wille aber ist frei, solange er in der Lage ist, sich für das günstigste erreichbare Angebot zu entscheiden“.*³⁹⁷

Daher postulierte *Böhm* mit Nachdruck, „daß die Lehre von der Vertragsfreiheit die Vorstellung von einer auf freier Konkurrenz beruhenden Wirtschafts- und Marktverfassung zur Voraussetzung hat“.³⁹⁸ Mit Einführung der Gewerbefreiheit haben die klassischen Institute des Privatrechts – Eigentum und Vertragsfreiheit – eine neue soziale Bedeutung erhalten: Sie wurden zu Strukturelementen der geltenden Wirtschaftsverfassung mit spezifisch wettbewerbsbezogener Ordnungsfunktion.³⁹⁹ Im Wettbewerb schützt Privatautonomie den Schwachen⁴⁰⁰ und nicht den Mächtigen:

*„[D]ie Ausstattung der rechtlichen Freiheitssphäre des isolierten wirtschaftlichen Individuums im Rahmen einer vom Grundsatz der Gewerbefreiheit beherrschten Wirtschaftsverfassung [setzt] die Machtlosigkeit dieses Individuums voraus“.*⁴⁰¹ *„Wer Macht besitzt, hat keinen Anspruch auf die Freiheitsautonomie, die das Recht dem Machtlosen einräumt, der durch die Konkurrenz kontrolliert wird.“*⁴⁰²

Ab den 1960er Jahren wird *Böhms* Diktion zurückhaltender.⁴⁰³ Während er noch 1946 der staatlichen Intervention die Aufgabe zuwies, den vermachteten Teil der Wirtschaft „zu einem Wirtschaftsverhalten zu zwingen, als ob sie keine Macht hätten“⁴⁰⁴ veranlasste ihn die ungewisse Reaktion der Marktbeteiligten

395 *Böhm*, Janusgesicht der Konzentration (1961), in: Mestmäcker, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 213, 227.

396 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 35.

397 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 32.

398 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 32; vertiefend *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 40 ff.

399 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 123 f.

400 Vgl. *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

401 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 19 f.

402 *Böhm*, Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung (1946), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 46, 65.

403 Näher zu den Unterschieden zwischen dem „frühen“ und „späten“ *Böhm*: Roth, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 175, 180 ff, 193 ff; zur Unterscheidung nach Arbeitsphasen siehe auch *Wiethölter*, Franz Böhm (1885-1977), in: Diestelkamp/Stolte, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, 207, 233 f.

404 *Böhm*, Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung (1946), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 46, 65. Sein Schüler Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235, 245 ff, 248 f hat diese Auffassung als mit dem GWB unvereinbar abgelehnt, ohne *Böhm* jedoch namentlich zu erwähnen.

später zur Skepsis.⁴⁰⁵ Auch der Besitz einer marktbeherrschenden Stellung allein ohne Rücksicht auf das Marktverhalten genügte ihm nicht mehr, um daran rechtliche Verhaltenspflichten zu knüpfen.⁴⁰⁶ An drei zentralen Fundamenten seiner Konzeption hielt er fest:⁴⁰⁷ Wettbewerb blieb das wichtigste „Entmachtungsinstrument“⁴⁰⁸, Gewerbefreiheit wurde den Marktakteuren im Vertrauen auf die „Domestikationskraft des Marktmechanismus“ nicht als eigene Angelegenheit, sondern als „soziale Auftragsangelegenheit“ zugestanden,⁴⁰⁹ die Ausübung ökonomischer Macht musste zur Sicherung des Wettbewerbs auf ihre Missbräuchlichkeit hin kontrolliert werden, weil die Privatrechtsordnung auf machtlose Subjekte baut⁴¹⁰.

Böhms Schüler *Ernst Joachim Mestmäcker* hat den normativen „Zusammenhang zwischen Vertragsordnung und Wettbewerb“⁴¹¹ präzisiert: Weil die Vertragsfreiheit ihre ordnende Kraft nur bei relativ gleicher Macht oder relativ gleicher Machtlosigkeit der beteiligten Rechtssubjekte voll zu entfalten vermöge, zählte *Mestmäcker* Rechtsnormen, die den Wettbewerb gegen Beschränkungen schützen, zum integralen Bestandteil der Privatrechtsordnung.⁴¹² Mit der Frage nach den gesellschaftlichen Funktionen von Privatautonomie und Vertrag wurde mit „der Tradition des autonomen, politisch neutralen Privatrechts“ gebrochen⁴¹³ und diese Institute in der Privatrechtsgesellschaft *Böhm*'scher Provenienz deutlich relativiert.⁴¹⁴ *Mestmäcker* insistierte auf den Fragen nach den Voraussetzungen „unter denen die Ausübung von Freiheitsrechten mit den Erfordernissen

405 Siehe beispielsweise *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 23; *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 18.

406 *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 18 ff; *Böhm*, Janusgesicht der Konzentration (1961), in: *Mestmäcker*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 213, 228 f, anders noch *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 60.

407 Diese Kontinuität wird bei *Roth*, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 175, 180 ff, 193 ff zu wenig sichtbar; deutlicher dagegen *Wiethölter*, Franz Böhm (1885-1977), in: *Diestelkamp/Stolleis*, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, 207, 233 ff.

408 *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 22; *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

409 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 21.

410 *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 12.

411 Siehe *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

412 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 237 ff.

413 *Mestmäcker*, DÖV 1964, 606, 608 f; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 238. Das war vor allem gegen *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 23, 81 f gerichtet, der dem deutschen Zivilrecht ein „unpolitisches“ Dasein attestierte.

414 Kritisch dazu *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, 225 f und *Zöllner*, Privatrecht und Gesellschaft, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 53, 60.

der Rechtsordnung vereinbar ist“ und „den gesellschaftlichen Wirkungen, die aus der Ausübung von Freiheitsrechten entstehen“.⁴¹⁵

„Es gilt – und diese Aufgabe tritt nicht nur in Folge unterschiedlicher Machtlagen auf – die Voraussetzungen sichtbar zu machen, unter denen privatrechtliche Verträge ihre koordinierende und interessenausgleichende Funktion erfüllen können. Daraus sind zugleich Maßstäbe für die Behandlung jener Fälle zu entwickeln, in denen die integrierende Wirkung der Vertragsordnung gestört ist. Diese Maßstäbe haben einem doppelten Erfordernis zu entsprechen: Sie müssen geeignet sein, die durch freien Vertrag nicht bewältigten Konflikte zureichend zu lösen; und sie müssen diese Lösung dergestalt ermöglichen, daß sie mit dem System des Privatrechts vereinbar ist.“⁴¹⁶

Allgemeiner Kontrahierungszwang und das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot im 1957 verabschiedeten GWB (§ 26 Abs. 2 aF) erfüllten nach *Mestmäcker* diese Voraussetzungen und das, obwohl sie den „schärfsten Eingriff in die Vertragsfreiheit“ vorsehen: Abschluss und Inhalt des Vertrages werden der Disposition des Privatrechtssubjekts entzogen.⁴¹⁷ Die Handlungsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens werde begrenzt, so *Mestmäcker* weiter, weil die Privatrechtsordnung die Wettbewerbsfreiheit der anderen (Konkurrenten, Lieferanten, Abnehmer) gewährleiste.⁴¹⁸ Ähnlich begründete *Kurt Biedenkopf* (*1930) den Zweck des neuen GWB: Das Gesetz verwirkliche Freiheit, eine Freiheit aber, die notwendigerweise durch Gleichheit gebunden ist. Nur wenn die gleiche Freiheit aller auch tatsächlich verwirklicht werde, könne sich ein Gleichgewicht der Freiheit einstellen.⁴¹⁹ Die Privatrechtsgesellschaft in ihrer ursprünglichen Konzeption setzte damit eine deutliche *politische* Entscheidung: Die Bewegungsfreiheit der anderen – und damit deren positive Freiheit – war im Wettbewerbssystem schutzwürdiger als die negative Freiheit des marktmächtigen Unternehmens.⁴²⁰ Gleichbehandlungspflichten, die zur Korrektur auf Machtungleichgewichten eingesetzt werden, gehen daher mit der „Privatrechtsgesellschaft“ konform.⁴²¹ Insofern hätte man auch 1957 als Zäsur wählen können: in Deutschland wurde das GWB verabschiedet und mit Art. 86 EWG wurde ein Missbrauchsverbot im entstehenden Gemeinschaftsrecht verankert, die beide eng auf ordoliberalen Denken aufbauen.⁴²²

Probleme bereiten der Privatrechtsgesellschaft *Böhm'scher* Provenienz allgemeine Gleichbehandlungspflichten dort, wo die Funktionsvoraussetzungen für

415 *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 246.

416 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

417 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

418 *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 252.

419 *Biedenkopf*, Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in: *Biedenkopf/Callmann/Deringer*, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, 1957, 11, 30 ff.

420 *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 253.

421 Deutlich *Mestmäcker*, BB 1961, 945, 950.

422 Zum Einfluss ordoliberalen Denkes auf die Entstehung des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts näher *Küsters*, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, 364 ff; *Gerber*, Law and Competition in Twentieth Century Europe, 1998, 263 f, 342 ff.

die Privatautonomie grundsätzlich gegeben sind. Die Vertragsfreiheit, so *Mestmäcker* 1961, könne nicht als Schranke der Gleichbehandlungspflicht aufgefasst werden:

„Der Gleichheitssatz läßt sich als allgemeines Prinzip nicht neben der Privatautonomie begründen. Was im Bereiche der Privatautonomie gleich und was ungleich, was sachgerecht und nicht willkürlich ist, bestimmen die Parteien – für sich – durch Rechtsgeschäft.“⁴²³

Das Unbehagen steigert sich bei spezifischen Diskriminierungsverboten.⁴²⁴ Sie ermöglichen es anderen, „sich im Schmuck obrigkeitlicher Befugnisse und quasisakraler Hoheitsaufträge zum Zensor über mich“ aufzuwerfen.⁴²⁵ Konsequent zu Ende gedacht, bedurfte *Böhms* Privatrechtsgesellschaft keiner Diskriminierungsverbote, weil die gleiche rechtliche Freiheit alle Probleme bereits gelöst hatte. Wir haben oben gesehen, dass man dies nur behaupten kann, wenn man das zweite Gleichheitsproblem übersieht.⁴²⁶ *Böhm* übersah es, obwohl sein Blick scharf genug gewesen wäre, es zu erkennen. Voraussetzung für die Herstellung von Gleichheit war nach *Böhm* die politische Beseitigung von *Rechts-Ungleichheiten*. Sein historischer Zugriff bewirkte, dass er nur in den bis um 1800 bestehenden *ständischen* Ungleichheiten relevante *Rechts-Ungleichheiten* entdecken konnte.⁴²⁷ Waren diese beseitigt, war das Problem im Ausgangspunkt gelöst. Damit verkannte er den Zusammenhang von Persönlichkeitsmerkmalen und daraus abgeleiteten Ungleichheiten in der Gesellschaft. Das ist ganz besonders bedauerlich, weil *Böhm* bei der Herstellung von Gleichheit einen radikalen Ansatz verfolgte:

„Dazu war erforderlich, daß alle Rechtspositionen beseitigt werden mußten, die ihren Ursprung auf den gewaltsamen Überlagerungsvorgang zurückführten oder doch auf die Tendenz, das Gefüge der Überlagerungsgesellschaft aufrechtzuerhalten.“⁴²⁸

Rechts-Gleichheit besteht danach nur dann, wenn alle ungleichen Positionen beseitigt sind, die dazu beitragen, eine vormals rechtliche Ungleichheit faktisch zu perpetuieren. Dieser Satz hätte das Potential zur Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem. Überträgt man ihn beispielsweise in die U.S.A. des 19. Jahrhunderts, böte er eine prägnante Rechtfertigung des *Civil Rights Act* von 1875.⁴²⁹ Versteht man die Privatrechtsgesellschaft mit *Böhm* als einen Raum, der verhindern muss, dass soziale Machtpositionen entstehen, die eine Unterwerfung – und eine Ungleichbehandlung ist der Parafall der Unterwerfung – von Menschen und Menschengruppen ermöglichen,⁴³⁰ ist es jedenfalls nicht ausgeschlossen, Dis-

423 *Mestmäcker*, BB 1961, 945, 950.

424 Vgl. *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

425 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 90.

426 Siehe § 2 III 3.

427 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 104 ff.

428 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 119.

429 Dazu § 3 III 3.

430 Vgl. *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 121.

kriminierungsverbote damit vereinbaren zu können. *Böhm* fasste die marktwirtschaftliche Ordnung nämlich als soziales System auf, das sich

„nicht nur an dem Maßstab des rein ökonomischen Produktions- und Distributionserfolgs, sondern auch an den Maßstäben der immanenten Gerechtigkeitsvorstellungen und der ihr vorschwebenden spezifischen Konzeption von den sozialen Beziehungen zwischen den beteiligten Menschen und vom Menschenbild messen lassen [muss]“⁴³¹.

Voraussetzung dafür ist, eine Diskriminierung aufgrund bestimmter Persönlichkeitsmerkmale als Element einer sozialen Machtposition aufzufassen, die es als Rechts-Ungleichheit zu beseitigen gilt. Der von *Böhm* betonte und der Privatrechtsgesellschaft *vorgelagerte, politische* Akt der Herstellung von Gleichheit erlaubt dieses Verständnis. Diskriminierungsverbote sind danach politische Interventionen zur permanenten (Wieder-)Herstellung von Rechts-Gleichheit. Jedenfalls aber lassen sie sich als „im Grundsatz systemkonforme Ausgestaltung und Gewährleistung der Rahmenbedingungen für eine Privatrechtsgesellschaft unter dem Dach staatlicher Letztverantwortung für die Grundanforderungen an soziale Bedürfnisbefriedigung“ auffassen.⁴³² Damit wird das Konzept der Privatrechtsgesellschaft weitergedacht.⁴³³ Allerdings darf man diese Auffassung nicht in das Jahr 1966 zurückprojizieren. *Böhm* sah dieses Problem wohl gar nicht und nahm daher keine Stellung dazu. Daher plädiere ich für Zurückhaltung, wenn man glaubt, die „Privatrechtsgesellschaft“ gegen Diskriminierungsverbote in Stellung bringen zu müssen. Man kann sich auf wenig mehr stützen als auf die generelle Skepsis des „späten“ *Böhm* gegenüber jeder Form staatlicher Eingriffe, weil die Reaktionen der Marktbeteiligten nicht absehbar seien.⁴³⁴ Im Regelfall verbirgt man damit die eigene Konzeption der Privatrechtsgesellschaft, die insofern von der *Böhm'schen* beeinflusst sein mag, aber nicht mit ihr identisch ist. Diskriminierungsverbote außerhalb des Kartellrechts waren nicht *Böhms* Thema.

5. Freiheitsrechtliche Sanktionierung von Diskriminierungsverboten – Jürgen Salzwedel (1966)

Betrachtet man die Entwicklung der Jahre seit 1945 zusammenfassend, wird der Konflikt zwischen der *Präponderanz der Freiheit* und der gebotenen Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 GG ständig thematisiert, aber letztlich nicht befriedigend gelöst. Wäre man tatsächlich von einer unbeschränkten Privatautonomie ausgegangen, hätten darin Diskriminierungsverbote

431 *Böhm*, Janusgesicht der Konzentration (1961), in: Mestmäcker, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 213, 220 (Hervorhebung hinzugefügt).

432 Coester, FS Canaris (Bd. I), 2007, 115, 123.

433 Siehe Grundmann, Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 105, 120.

434 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 18; vgl. dazu näher Roth, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 175, 194 ff.

schon prinzipiell keinen Platz gefunden. Andererseits konnte man die objektive Wirkung der Diskriminierungsverbote – oder zumindest mancher davon – nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus nicht mehr völlig verneinen. Wurde in Rechtsgeschäften aufgrund solcher Merkmale diskriminiert, waren sie Regelfall nach § 138 BGB nichtig, weil sie gegen die von den Wertanschauungen des GG geprägten guten Sitten verstießen. Zugleich aber galt es, die gleichheitsrechtlichen Zumutungen der Diskriminierungsverbote – den Diskriminierenden zum ungewollten Vertrag zu zwingen – zu vermeiden. Gesucht war also nach einer eleganten Lösung, die beiden Prinzipien gerecht zu werden schien. *Jürgen Salzwedel* (*1929) präsentierte 1964 einen für das deutsche Recht zukunftsweisen-den Ausweg.⁴³⁵

Salzwedels Ausgangspunkt war die *Präponderanz der Freiheit*, nach der niemand verpflichtet sei, sein Verhalten gegenüber anderen nach bestimmten Prinzipien auszurichten und diesen treu zu bleiben.⁴³⁶ Zugleich akzeptierte er die objektive Wirkung der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG auch für das Privatrecht. Neu war sein Ansatz, diese nicht gleichheitsrechtlich, sondern freiheitsrechtlich zu verwirklichen:

„Der Art. 3 Abs. 3 GG reguliert das Privatrecht, weil das Grundgesetz einen Kernbereich der Persönlichkeit absolut schützt, auch gegenüber Dritten. Das Diskriminierungsverbot ist deshalb aber im Privatrecht auch nur dann anwendbar, wenn Persönlichkeitsrechte durch willkürliche Ausschlüsse verletzt werden.“⁴³⁷

Eine von Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Differenzierung wird privatrechtlich zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB iVm Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG). Das entbehrte nicht ganz der Ironie, weil *Salzwedel* einerseits die unmittelbare Wirkung des Art. 3 GG im Privatrechtsverkehr ablehnte, das Problem andererseits unter Rückgriff auf das ursprünglich unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht⁴³⁸ löste.

Der freiheitsrechtliche Schutz von Gleichbehandlungsansprüchen zeigte erhebliche Auswirkungen. *Salzwedel* war der Auffassung, dass die Betroffenen „nie-mals etwas anderes als höchstmögliche Wiederherstellung ihres *Persönlichkeitsrechts* und angemessene Genugtuung für die Verletzung ihres Wertgefühls“ verlangen könnten.⁴³⁹ Damit waren Kontrahierungspflichten des Diskriminierenden ausgeschlossen.⁴⁴⁰ Damit, so *Salzwedel*, „würde der Betroffene mehr erhalten als im zusteht und der Diskriminierende plötzlich einer Leistungspflicht unter-

435 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339 ff.

436 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 348.

437 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 349 f [Hervorhebungen im Original, Zitate weggelassen].

438 Vgl. BGHZ 13, 334, 338 – Leserbriefe; BGHZ 24, 72, 76 f; näher zur Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts statt vieler *Wagner*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, in: Willoweit, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 181, 192 ff.

439 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

440 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

worfen, die ihm Verfassung und Gesetz nicht auferlegt haben.⁴⁴¹ Der Verstoß gegen Diskriminierungsverbote durfte nicht gleichheitsrechtlich geahndet werden, „[d]enn staatliches Reglement eines egalitären Verhaltens Privater wäre das Ende der Freiheit.“⁴⁴² *Salzwedels* Konzeption hat sich als bahnbrechend für das deutsche Recht herausgestellt: Sie ermöglichte es, beide Prinzipien – Freiheitschutz und Diskriminierungsschutz – zu verwirklichen. Weil der Diskriminierende nicht zum Vertragsabschluss gezwungen werden konnte, blieb man dem Prinzip der Vertragsfreiheit – jedenfalls in formaler Hinsicht – treu. Zugleich blieben die weithin als problematisch empfundenen Diskriminierungen insbesondere aufgrund der Rasse privatrechtlich nicht sanktionslos. Pointiert formuliert: Dem Diskriminierenden blieb die nackte Abschlussfreiheit, dem Diskriminierten sein Persönlichkeitsrecht.

Offensichtlich war der Schrecken vor den gleichheitsrechtlichen Einschränkungen der Freiheit so groß, dass *Salzwedel* die freiheitsrechtlichen Implikationen seiner Auffassung als unproblematisch empfand. Der Betroffene konnte nicht auf Abschluss eines Vertrages klagen und dem Diskriminierenden auch nicht den Abschluss mit anderen verbieten.⁴⁴³ Darin sah *Salzwedel* die um jeden Preis zu vermeidenden gleichheitsrechtlichen Konsequenzen einer Diskriminierung, die das Freiheitsrecht des Diskriminierenden unzulässig eingeschränkt hätte.⁴⁴⁴ Daher war *Salzwedel* bereit, dem Betroffenen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche gegen die diskriminierende Äußerung oder das Verhalten zu gewähren.⁴⁴⁵ Eine Freiheit zur Diskriminierung ist aber keine Freiheit, die diesen Namen noch verdient, wenn ihre Ausübung rechtliche Sanktionen nach sich zieht. Entweder ist der Ausschluss bestimmter Personen an sich legitim, weil der Private nicht an Gleichbehandlungspflichten gebunden ist, oder er ist als Diskriminierung verboten. Wenn es – wie *Salzwedel* behauptete – unmöglich sei, den zu einem öffentlichen Restaurant zugelassenen Personenkreis „nach Belieben zusammenzustellen, ohne die Empfindungen anderer offen zu verletzen“ und die persönlichkeitsrechtsverletzende Maßnahme nur mit Betriebseinstellung oder Aufgabe der Diskriminierung beseitigt werden könne,⁴⁴⁶ ist das eine Freiheitseinschränkung. Darüber täuschte die terminologische Verkleidung als „faktische[r] Kontrahierungszwang“⁴⁴⁷ nur schlecht hinweg. Über § 823 Abs. 1 BGB wird nämlich im Ergebnis ein mittelbarer Kontrahierungszwang begründet.⁴⁴⁸ Ganz befremdlich wirkt es, wenn *Salzwedel* die Freiheit verteidigte und in diesem

441 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

442 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 353.

443 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

444 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

445 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350 ff.

446 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 351.

447 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 351.

448 Näher Herrmann, ZfA 1996, 19, 46.

Zusammenhang affirmierend auf die strafrechtlichen und ordnungsrechtlichen Konsequenzen einer Diskriminierung Privater hinwies.⁴⁴⁹ Zugespitzt formuliert: „[J]edermann hat die Freiheit zu unsachlichem Verhalten“⁴⁵⁰ – macht er allerdings davon Gebrauch, muss er es beseitigen, unterlassen, dafür Schadensersatz leisten oder ins Gefängnis gehen! *Salzwedel* verteidigte die Präponderanz der Freiheit vor der Gleichheit, indem er glaubte, Verletzungen des Gleichbehandlungsanspruchs ausschließlich freiheitsrechtlich sanktionieren zu können. Das musste scheitern. Auch die freiheitsrechtliche Einordnung von Diskriminierungsverboten beschränkt zwangsläufig die Freiheit zur Diskriminierung. Sobald die Rechtsordnung an Private adressierte Diskriminierungsverbote anerkennt, wird eine als unbegrenzt konstruierte Freiheit begrenzt, unabhängig davon, ob man das Verbot freiheitsrechtlich oder gleichheitsrechtlich konstruiert. Die ausschließlich freiheitsrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot setzte sich im deutschen Recht trotzdem durch.⁴⁵¹

6. Zusammenfassung

Es gibt eine Tendenz der Privatrechtsentwicklung in der Zeit nach 1945: Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz wurde als übergreifende oder als bereichsspezifische dogmatische Figur des Privatrechts akzeptiert. Seinen Geltungsgrund sah man im Wesentlichen⁴⁵² nicht in der Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG. Er wurde vielmehr als privatrechtliches Prinzip konstruiert, das mit Art. 3 Abs. 1 GG nur die Wurzel – Gleichheit als Gerechtigkeitsprinzip – teilt. Auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz griff man dann als Verteilungsmaßstab zurück, sobald eine privatautonome Lenkung versagte.⁴⁵³ Das war – sehr vereinfachend ausgedrückt – immer dann der Fall, wenn sich die Privatrechtsakteure im Einzelfall nicht als im Wesentlichen auch tatsächlich Gleiche gegenüberstanden, sondern aus unterschiedlichen Machtpositionen heraus handeln konnten.⁴⁵⁴ Dieses Ungleichgewicht wurde nicht als ein Gleichheits-, sondern als ein Freiheitsproblem wahrgenommen. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz wurde daher als Antwort auf das zweite Freiheitsproblem konzipiert. Als freiheitsrechtlich begründbare und zugleich notwendige Einschränkung von Privatautonomie konnte er sich innerhalb kürzester Zeit etablieren. Dagegen stellten die in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verankerten Diskriminierungsverbote das Privatrecht vor schwierige Herausforderungen. Man konnte zwar die Zumutung

449 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 352.

450 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 351.

451 Vgl. dazu unten § 4 II 3 b).

452 Die wichtigste Einschränkung ist die Begründung des BAG zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, dazu näher unten § 5 I 3 d).

453 Siehe *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 140.

454 Exemplarisch *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 146 f.

gen einer unmittelbaren Wirkung dieser besonderen Gleichheitssätze im Privatrecht unter Hinweis auf die Präponderanz der Freiheit ablehnen. Als Ausdruck objektiver Ordnung waren sie aber auch im Privatrecht grundsätzlich zu beachten. Um nach zeitgenössischem Verständnis privatrechtlich vermeintlich unproblematische Differenzierungen aufrecht erhalten zu können, war man gezwungen, bei der Anwendung des § 138 BGB vielfach zwischen dem Gewicht der einzelnen Merkmale zu unterscheiden und dadurch Diskriminierungshierarchien zu bilden. Letztlich führte die als Problem wahrgenommene privatrechtliche Wirkung der verfassungsrechtlichen Differenzierungsverbote dazu, „das Wesen der Privatautonomie in aller Schärfe zu betonen“⁴⁵⁵. Flume formulierte daher ganz bewusst zugespitzt:

„Anerkennung der Privatautonomie heißt Anerkennung des Satzes: *stat pro ratione voluntas*.“⁴⁵⁶

Bedarf die privatautonome Gestaltung keiner anderen Rechtfertigung, als dass der Einzelne sie will, sind gleichheitsrechtliche Diskriminierungsverbote damit prinzipiell unvereinbar. Der Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit wurde zur Existenzfrage des Privatrechts: In der Pflicht zur Gleichbehandlung, auch in Form von Diskriminierungsverboten, sah man letztlich eine Negation der Privatautonomie und damit der Freiheit. Das Ende der Freiheit, herbeigeführt durch staatlich vorgeschriebenes egalitäres Verhalten – das konnte auch vom GG nicht gewollt sein.⁴⁵⁷ Man musste daher einerseits das Privatrecht vor den Zumutungen der Gleichbehandlungsgebote schützen und war zugleich gezwungen, das diskriminierende Element in Ungleichbehandlungen aufgrund der vom GG vorgeschriebenen „Wertordnung“ auch privatrechtlich zu sanktionieren. Mit dem Ansatz, Diskriminierungen als Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu ahnden, schien die Lösung gefunden. Die daraus folgenden Beschränkungen der Freiheit waren ihrerseits freiheitsrechtlich legitimierbar. Die Zumutungen des Gleichheitsrechts waren vorerst erfolgreich abgewehrt, ein darauf gegründeter Kontrahierungszwang vermieden. Das zweite Gleichheitsproblem wurde ausschließlich als Freiheitsproblem behandelt. Diskriminierungsverbote blieben danach ein Randphänomen des Rechts, auf die es adäquat reagieren konnte, ohne die klassische Konzeption der Privatautonomie aufgeben zu müssen. Man wiegte sich in Sicherheit. Es sollte sich als eine trügerische Sicherheit herausstellen.

455 Flume, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 141.

456 Flume, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 141.

457 Vgl. Salzwedel, FS Jahrreiss, 1964, 339, 353.

II. Die erste „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten 1976-2000

Das zweite Gleichheitsproblem wurde erst in den 1970er Jahren in Deutschland verstärkt diskutiert. Nachdem man geglaubt hatte, die von Art. 3 GG ausgelösten Irritationen erfolgreich überwunden zu haben, wurden Diskriminierungsverbote erneut zum Thema. Die Anstöße dazu kamen dieses Mal von „außen“ und dagegen richteten sich auch die eingesetzten Strategien zur weitgehenden Beibehaltung des *status quo*. Ich möchte diese These anhand von drei Entwicklungen darstellen: dem beginnenden Einfluss ausländischer Rechtsordnungen beim rechtsvergleichenden Zugang zum Problem, den gestiegenen Anforderungen des Völkerrechts an die Vermeidung von Rassendiskriminierung und schließlich den Konsequenzen der gemeinschaftsrechtlichen Verankerung der Gleichbehandlung der Geschlechter. Die Beispiele sollen nachweisen, dass die freiheitsrechtliche Bekämpfung von Diskriminierungen zwangsläufig zu Konflikten mit den gleichheitsrechtlichen Konzeptionen der Diskriminierungsverbote im ausländischen, inter- und supranationalen Recht führten. Langfristig gesehen setzten sich die gleichheitsrechtlichen Konzeptionen schließlich durch.

1. Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen – U.S.A. und Großbritannien

In der Diskussion über das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverboten lag es bereits in den 1960er Jahren nahe, den Blick auf die Entwicklungen in den U.S.A. zu lenken. Damit wurden im Ergebnis ganz unterschiedliche Zwecke verfolgt. Bei *Salzwedel* dient der rechtsvergleichende Streifzug primär der Illustration der spezifischen Probleme der Privatrechtswirkung von Gleichheitsrechten.⁴⁵⁸ Ganz grundlegende Bedeutung kam der Behandlung des U.S.-Rechts dagegen in der Arbeit „Wirtschaft und Verfassung“⁴⁵⁹ von *Horst Ehmke* zu. Er war einer der ersten, der die Drittwirkungsdebatte⁴⁶⁰ im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit rassistischer Vereinbarungen Privater nach der *Shelley*-Rechtsprechung⁴⁶¹ für das deutsche Publikum erschloss.⁴⁶² *Ehmke* wollte damit zeigen, dass die Zurückhaltung des *Supreme Court* bei der Privatrechtswirkung des 14. Verfassungszusatzes erst den notwendigen politischen Handlungsspielraum für eine gesetzliche Regelung des Problems schuf. Er wies zugleich mit Nachdruck darauf hin, dass dieser Handlungsspielraum erst ermöglicht wurde, nachdem das Gericht seine in der *Lochner*-Ära erfolgte verfassungs-

458 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339 f.

459 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961; siehe dazu die Rezension von *Mestmäcker*, DÖV 1964, 606 ff.

460 Siehe dazu oben § 4 I 2.

461 Dazu oben § 3 IV 2.

462 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 647 ff.