

sich mit dem Thema der Gleichbehandlungspflichten Privater auf ein Gebiet begibt, in dem die Verfasstheit der eigenen „ethischen Person“<sup>303</sup> eine ganz erhebliche Rolle spielt. Franz Böhm<sup>304</sup> hat dieses Spannungsfeld – wenn auch in einem anderen Zusammenhang – zutreffend erkannt:

*„Die Entscheidung darüber, was sich zu erforschen lohnt und was nicht, wird bei Wissenschaften, die es mit dem Menschen zu tun haben, sehr oft auf dem Felde der Ethik getroffen, also nicht so sehr von dem Instinkt für die denkerische Ergiebigkeit einer bestimmten Fragestellung. Und es zeigt sich häufig, daß ein stark ausgeprägtes Gefühl für das ethisch und human Wichtige auch zu den wissenschaftlich ergiebigsten Fragen hinleitet. Liebe und Haß sind mächtige Impulse des Erkennens.“*<sup>305</sup>

Gerade weil Gleichbehandlungspflichten Privater Emotionen und tief verankerte ethische Grundauffassungen berühren, gilt Böhms Warnung, dass nur „die Art und Weise, wie [der Forscher] sich beim Forschen verhält, für die wissenschaftliche Solidität seiner Ergebnisse ausschlaggebend [ist].“<sup>306</sup>

## 2. Skizze des Arbeitsprogramms

Die Arbeit ist in den „Grenz- und Spannungsfeldern von Rechtssoziologie, politischer Theorie, Privatrechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik“<sup>307</sup> angesiedelt. Daraus folgt ihr dreiteiliger Aufbau: Der 1. Teil konzipiert Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts. Ausgangspunkt der Arbeit ist die Frage, wie das Recht das Problem löste, die rechtliche Freiheit und Gleichheit aller Menschen sicherzustellen. In § 2 beschreibe ich anhand von drei Entwicklungen, wie sich die Gleichheit neben der Freiheit als Leitbegriff des Privatrechts in Deutschland seit Ende des 18. Jahrhunderts etablierte. Referenzpunkt ist die epochale Vorstellung der gleichen Rechtsfähigkeit aller Menschen (§ 2 I). Die Lösung dieses ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems fand man mit dem Begriff der Rechtsgleichheit, die als formal gleiche rechtliche Freiheit konzipiert wurde. Auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“<sup>308</sup> stand die Frau, im BGB von 1896 vor allem die verheiratete Frau (§ 2 II). Das BGB postulierte Gleichheit zwar im Grundsätzlichen, wich aber mit abnehmender Abstraktionshöhe einer Ungleichheit im Detail. Die Strategien zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung zeigen allerdings die expansive Tendenz des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Der emanzipatorische Ansatz ist ein schlafender Inhalt des Gleichbehandlungsgrund-

303 Zum Begriff Forst, Kontexte, 1994, 388-395.

304 Eingehend zu Böhm und dem von ihm geprägten Begriff der „Privatrechtsgesellschaft“ unten § 4 I 4.

305 Böhm, Forschungs- und Lehrgemeinschaft (1957), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 165 f.

306 Böhm, Forschungs- und Lehrgemeinschaft (1957), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 165.

307 Kübler, FS Raiser, 1974, 697, 698 f (siehe zum Zitat ausführlich unten § 9).

308 Damm, AcP 202 (2002), 841, 853 ff, 856 ff.

satzes. Abschließend thematisiere ich die Paradoxie des Prinzips der formalen Rechtsgleichheit (§ 2 III). Es setzt einen funktionalen Zusammenhang von Rechtsgleichheit und tatsächlichen Ungleichheiten voraus, der den Markt als Steuerungsinstrument erst funktionsfähig macht. Zugleich machte es das Recht blind für die in seiner Umwelt weiterhin vorgenommenen Differenzierungen. Damit kommt man zum bisher vernachlässigten zweiten Gleichheitsproblem: Wie viel Gleichheit braucht man, um wirklich gleich zu sein? Seine Entdeckung und Lösung ist keine Leistung des 20. Jahrhunderts. Es ist ein Kind des 19. Jahrhunderts, kein europäisches zwar, aber ein U.S.-amerikanisches.

Daher zeichne ich in § 3 die Entstehung und das Scheitern des modernen Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert (§ 3 III) und seine Renaissance in der Mitte des 20. Jahrhunderts (§ 3 IV) nach. In der Entwicklung des U.S.-Rechts lassen sich der emanzipatorische Gehalt des Gleichheitsversprechens, die Unzulänglichkeit der formellen Rechtsgleichheit als Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem und die daraus folgende Notwendigkeit eines „besonderen“ privatrechtlichen Nichtdiskriminierungsschutzes exemplarisch demonstrieren. Damit wird ein Gebiet für die deutsche Privatrechtsdiskussion erschlossen, das selbst in umfangreichen rechtsvergleichenden Analysen zum Verhältnis von Freiheit und Gleichheit – hervorheben möchte ich hier die Untersuchung von *Sven Mirko Damm*<sup>309</sup> – regelmäßig nur gestreift wird. Schildert man die Entwicklung des U.S.-Rechts in seinem historischen Kontext – der Versklavung Schwarzer (§ 3 I) –, ermöglicht man es dem damit nicht im Einzelnen vertrauten deutschen Leser, den Kern des modernen Nichtdiskriminierungsrechts als ein Sicherungsinstrument gleicher Freiheiten vor dem Hintergrund gewachsener sozialer und rechtlich perpetuierter Ungleichheiten zu verstehen.

In § 4 wende ich den Blick zurück nach Deutschland und Europa. Im ersten Abschnitt zeige ich anhand einer historisch-kontextualisierenden Analyse sechs prägender Autoren aus dem Zeitraum zwischen 1945 und 1975, wie sich allgemeine Gleichbehandlungspflichten als Bestandteil des Privatrechts etablieren konnten, während Diskriminierungsverbote dem deutschen Privatrechtsverständnis fremd blieben (§ 4 I). Im Wesentlichen wurde in der Literatur dieser Jahre über die Vorrangfrage im Verhältnis von Freiheit und Gleichheit gestritten, auf inhaltlicher und auf methodischer Ebene. Obwohl sich der Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit erneut durchsetzte, blieb das zweite Gleichheitsproblem virulent. Es näherte sich dem deutschen Recht von „außen“, ausgehend von den ausländischen Regelungsvorbildern (§ 4 II 1), dem Völkerrecht (§ 4 II 2) und – seit 1976 mit immer größerem Drängen – dem Gemeinschaftsrecht (§ 4 II 3). Abschließend wird untersucht, ob sich in Deutschland in der Zeit von 1976 – dem Jahr der Entscheidung *Defrenne II* – bis zum Erlass der speziellen Nichtdiskrimi-

309 Damm, Menschenwürde, 2006.

nierungsrichtlinien im Jahr 2000 ein tragfähiges Nichtdiskriminierungsrecht auf gleichheitsrechtlichem Fundament entwickelt hat (§ 4 II 4).

Im umfangreichen 2. Teil unternehme ich eine Bestandsaufnahme der Gleichbehandlungspflichten Privater. Das ist also der Ort, an dem klassische Rechtsdogmatik betrieben wird. Dabei unterscheide ich zwischen allgemeinen Gleichbehandlungspflichten (§ 5) und dem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht (§ 6). Referenzgebiete allgemeiner Gleichbehandlungspflichten sind das Arbeitsrecht (§ 5 I), das Verbandsrecht (§ 5 II), das Kapitalmarktrecht (§ 5 III) und das Wettbewerbsrecht anhand ausgewählter Fallkonstellationen (§ 5 IV). Daran schließt sich eine kurze Skizze des Inhalts, der verschiedenen Konzeptionen und des Geltungsgrunds des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes an (§ 5 V), bevor sich der Fokus auf allgemein-zivilrechtliche Rechtsverhältnisse verlagert. Diesbezüglich unternehme ich eine gleichbehandlungsrechtliche Rekonstruktion des allgemeinen Kontrahierungszwangs (§ 5 VI) und ich untersuche Gleichbehandlungspflichten privater Akteure innerhalb ausgewählter zivilrechtlicher Personenmehrheiten (§ 5 VII) sowie die umstrittene Frage zur Gleichbehandlung in der Erbfolge (§ 5 VIII). Der Abschnitt endet mit einer zusammenfassenden Analyse und versucht eine Antwort zu geben auf die Frage, auf welchen Bedarf das Recht mit Gleichbehandlungspflichten reagiert (§ 5 IX).

§ 6 untersucht die Grundstrukturen des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts. Darunter verstehe ich die Bereiche des Nichtdiskriminierungsrechts, in denen der Gesetzgeber die „richtige“ Auswahl unter den Diskriminierungsmerkmalen trifft und diese spezialgesetzlich regelt. Zum allgemeinen Diskriminierungsrecht zähle ich dagegen die Anwendungsfälle des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes, die sich unmittelbar oder mittelbar aus grundrechtlichen Quellen speisen. Beides sind Erscheinungsformen des Nichtdiskriminierungsprinzips (§ 6 I). Obwohl der Geltungsgrund des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts mittlerweile gesichert ist (§ 6 II 1), besteht nach wie vor Legitimationsbedarf. Daher werde ich die beiden Konzeptionen vorstellen, die um die Deutungshoheit ringen (§ 6 II 2): Nach der egalitaristischen Konzeption ist Nichtdiskriminierungsrecht besonderes Gleichbehandlungsrecht. Dagegen versuchen non-egalitaristische Konzeptionen, das Nichtdiskriminierungsrecht entweder freiheitsrechtlich oder mit autonomen Erwägungen wie dem Prinzip der „sozialen Inklusion“ zu rechtfertigen. Die dogmatische Analyse beginnt mit den im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht vorgesehenen „verpönten“ Merkmalen (§ 6 III). Diskriminierungsverbote begründen Rechtfertigungszwänge und bergen – falls man diesen nicht genügt – ein erhebliches Sanktionspotential. Damit greifen sie nach klassischer Auffassung in die Freiheitsrechte der Normadressaten ein. Eine Möglichkeit zur „praktischen Konkordanz“ liegt in der Bestimmung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des Nichtdiskriminierungsrechts (§ 6 IV). Den Kern des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts bilden die Diskriminierungs- bzw. Be-

nachteiligungsverbote (§ 6 V). Damit reagiert das Recht auf tatsächliche Erscheinungsformen von Ungleichbehandlung in anderen Teilsystemen der Gesellschaft (§ 6 V 1). Mit den existierenden rechtlichen Diskriminierungskategorien verschafft sich das Rechtssystem die Möglichkeit, diese Ungleichbehandlungen systemintern wahrzunehmen (§ 6 V 2). Den Kern des Gleichbehandlungsrechts und den Prüfstein für die Frage des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit bildet die Frage nach der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung (§ 6 VI). Die Analyse wird dabei der Struktur des AGG folgen und zwischen der Rechtfertigung im beschäftigungsrechtlichen Anwendungsbereich (§ 6 VI 2) und der Rechtfertigung im allgemein-zivilrechtlichen Anwendungsbereich (§ 6 VI 3) unterscheiden. Die Analyse des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts schließt mit der Untersuchung von Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung (§ 6 VII). Zusammenfassend unternimmt sie eine positive Würdigung des „Störpotentials“ des Nichtdiskriminierungsrechts im Privatrecht (§ 6 VIII).

Aufbauend auf die dabei erzielten Ergebnisse und die sich daraus ergebenden Strukturprinzipien des geltenden Rechts (§ 7 I) stelle ich im 3. Teil das „*Prinzip der personalen Gleichheit*“ als methodische Neukonzeption des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht vor (§ 7). In Anlehnung an das verfassungsdogmatische Vorbild untersuche ich, ob sich ein systematischer Zusammenhang von allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten und speziellen Nichtdiskriminierungsverboten auch im einfachen Recht ergibt (§ 7 II). Im Anschluss daran wird der Tatbestand der rechtfertigungspflichtigen Ungleichbehandlung iWSt vorgestellt, der aus zwei Elementen besteht: der unterschiedlichen Behandlung (Ungleichbehandlung iEs) und der Vergleichbarkeit (§ 7 III). Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Rechtfertigungsprüfung. Zu überprüfen ist die These, dass Gleichbehandlungsfragen nicht mehr von Vorrang- oder Tatbestandsmodellen präkludiert, sondern in Rechtfertigungszusammenhängen zu behandeln sind (§ 7 IV). Als theoretisch und praktisch wichtigster Rechtfertigungsgrund des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kommen die subjektiven Freiheitsrechte des ungleich Behandelnden in Betracht (§ 7 IV 2 und 3). Im vorgestellten Rechtfertigungsmodell steuert die Einordnung eines Merkmals als „verpöntes“ Merkmal die anzuwendende Kontrolldichte der Rechtfertigungsprüfung. Daher sind im letzten Abschnitt die Möglichkeiten einer Systematisierung und Fortentwicklung von Diskriminierungsverboten zu untersuchen (§ 7 IV 4).

Gleichheit und Gleichbehandlung sind zentrale Begriffe in der politischen Philosophie und im Recht. § 8 widmet sich deshalb der Frage, wie man ein prinzipiell geschlossenes Rechtssystem gegenüber den Anforderungen politischer Gerechtigkeit öffnen kann. Man kann dieser Fragestellung auch als Jurist nicht ausweichen. Die Anwendung von Gleichbehandlungsgrundsätzen kann nur auf der Grundlage einer Rechtstheorie konsistent erfolgen, welche die Querbezüge zu moralphilosophischen Diskursen (§ 8 I) nicht ignoriert. Das zwingt dazu, ein

Modell juristischer Gerechtigkeit zu entwickeln (§ 8 II). Ausgangspunkt ist die systemtheoretische Reduktion von Gerechtigkeit und Gleichheit auf die „Konsistenz des Entscheidens“ (§ 8 II 1). Eine Alternative dazu ist der in privatrechtlichen Diskursen beliebte Weg, Gleichbehandlungspflichten unter unmittelbarem Rückgriff auf moralische Gerechtigkeitskonzeptionen und die Dichotomie von austeilender und ausgleichender Gerechtigkeit zu erklären (§ 8 II 2). Stattdessen schlage ich ein Modell juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit vor, das inhaltlich ein Anwendungsfall „kritischer Systemtheorie“ ist (§ 8 II 3). Meine These wird lauten, dass die formal konzipierte Gleichheit das Rechtssystem blind dafür macht, dass die vom Vertragsbegriff ermöglichten strukturellen Kopplungen ganz unterschiedliche Auswirkungen in den jeweiligen Teilsystemen der Gesellschaft haben. Die Aufgabe juristischer Gerechtigkeit besteht darin, das Recht für diese sozialen Zusammenhänge in seiner Umwelt zu sensibilisieren. Ich sehe das Prinzip personaler Gleichheit als eine Konzeption der juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit: Die *prima facie* Gleichbehandlung gibt dem Gleichheitsprinzip „seine spezifische Funktion: die zureichende Begründung *jeglicher* Ungleichbehandlung zu fordern“<sup>310</sup> (§ 8 II 4). Aufgrund der Eigenrationalität des Privatrechts steht dieser Gleichbehandlungsanspruch unter Rechtfertigungsvorbehalt. Auf dieser Ebene müssen die unterschiedlichen „Kontexte“ oder „Sphären“ der Umweltgerechtigkeiten differenziert berücksichtigt werden.

Das hier vorgestellte Modell muss vier plausible freiheitsrechtliche Einwände entkräften (§ 8 III 2-4): Die im Prinzip personaler Gleichheit enthaltenen Diskriminierungsverbote verstießen gegen die Trennung von Recht und Moral (Trennungsargument I), verwischten die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Trennungsargument II) und sie hätten negative Auswirkungen auf Marktprozesse, weil sie zu einer Fehlallokation von Gütern und erheblichen Transaktionskosten führten (Effizienzargument). Der zentrale Einwand gegen das Gleichbehandlungsmodell bildet das Argument der Unvereinbarkeit mit der freiheitswahrenden und verfassungsrechtlich abgesicherten Funktion der Privatautonomie (§ 8 IV 1).

Weil ich behaupte, dass das Prinzip personaler Gleichheit nicht nur heuristischen, sondern auch normativen Charakter hat (§ 7 I 2 a), muss ich mich abschließend der Frage nach seinem Geltungsgrund stellen (§ 8 IV 1). Dabei bieten sich Art. 3 GG bzw. die verschiedenen Ausprägungen des allgemeinen Gleichheitssatzes im Unionsrecht als Anknüpfungspunkt nicht zuletzt deshalb an, weil sie ständig in Verbindung mit den jeweiligen Gleichbehandlungsgrundsätzen genannt werden. Die entscheidende Frage lautet, ob das staatsgerichtete Gleichbehandlungsgebot auch innerhalb privatrechtlicher Beziehungen gelten kann. Diese einfache Frage hat erstaunlich komplizierte Lösungsvorschläge hervorgebracht

310 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 169 (Hervorhebung im Original).

(§ 8 IV 2). Ich werde daher untersuchen, ob der differenzierte und im Vergleich zur deutschen Debatte fruchtbare Umgang mit Gleichbehandlungspflichten Privater im Unionsrecht einen gangbaren methodischen Weg weist, die unmittelbare Grundrechtsgeltung von Gleichbehandlungsgrundsätzen auch im Privatrechtsverkehr praktikabel zu machen (§ 8 IV 3). Daher gilt es zu prüfen, ob das Prinzip personaler Gleichheit ein solches Modell sein kann, mit dem die verschiedenen grundrechtlichen Autonomiebereiche und Gleichbehandlungsansprüche privatrechtlich konkretisiert und kompatibelisiert werden können (§ 8 IV 4). Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung ihrer zentralen Aussagen (§ 9).

