

erfolgen.⁸² Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist daher ein implizites komparatives Recht.⁸³

IV. Rechtfertigung

1. Im Zentrum des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Aufgrund der Präsumption der Gleichbehandlung ist jede Ungleichbehandlung eines privaten Akteurs durch einen anderen Privaten begründungsbedürftig. Der Gleichbehandlungsanspruch darf nicht mit dem Anspruch auf „gleiche Behandlung“ gleichgesetzt werden. Er beinhaltet zunächst nur einen Anspruch auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Erst wenn diese misslingt, folgt daraus ein Anspruch auf gleiche Behandlung. Damit steht die Rechtfertigungsprüfung im Mittelpunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Sie ist die „Cella der Gerechtigkeit“¹. Sie ermöglicht es dem von einer ungleichen Behandlung Betroffenen, den ihn ungleich Behandelnden nach den Gründen für sein Verhalten zu fragen. Der ungleich Behandelnde muss die Gründe dafür benennen. Damit zwingt das Prinzip die Parteien in einen Rechtfertigungsdiskurs. Dieses „Recht auf Rechtfertigung“² hat eine Schlüsselstellung in einer liberalen Privatrechtstheorie, die einerseits den Markt als primäres Verteilungsinstrument gesellschaftlicher Ressourcen institutionalisiert und mit den Instrumenten des Privatrechts erst operabel macht, andererseits aber dessen mehrfache Gleichheitsblindheit³ erkennen und eingrenzen muss.⁴ Die Rechtfertigungsprüfung ist der methodische Ort, an dem die privaten Autonomiebereiche *beider* Privatrechtssubjekte kompatibelisiert und die kollidierenden Rechtspositionen aufgelöst werden: Das sind auf der Seite des ungleich Behandelnden subjektive Präferenzen, die vom Prinzip personaler Freiheit geschützt werden. Auf der Seite des ungleich Behandelten ist es zunächst der aus dem Prinzip personaler Gleichheit folgende *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung. Dieser schützt als Freiheitsrecht zweiter Ordnung mittelbar auch seine Handlungsmöglichkeiten in der Gesellschaft. In diesen Zusammenhang erinnere ich an die Konzeption des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots (§ 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB) als das Freiheitsrecht der von marktmächtigen Unternehmen abhängigen Unternehmen⁵ oder an die die vom

82 *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1471.

83 Vertiefend dazu *Simons*, 65 B.U. L. Rev. 387, 416-427 (1985).

1 *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 44 f.

2 Dazu vertiefend unten § 8 II 4 c).

3 Exemplarisch *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 25: „Ein marktwirtschaftliches System [...] ist gegenüber distributiver Gleichheit blind. Gleichheit ist für das ökonomische System exogen und wird durch dieses gerade nicht erzeugt.“ Siehe dazu bereits oben § 2 III.

4 Ein klassisches Beispiel dieser Auffassung findet sich bei *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 181 ff, 192 ff.

5 Dazu oben § 5 IV 3 b).

speziellen Nichtdiskriminierungsrecht bewirkte Verlagerung gesellschaftlicher Freiheit „vom“ Vertragsschluss zur Freiheit „zum“ Vertragsschluss⁶. Die wechselseitige Vereinbarkeit dieser Freiheits- und Gleichheitspositionen steht nicht ein für allemal fest, sondern muss von der Rechtsordnung in einem auf Dauer gestellten rechtsbegründenden Verfahren immer wieder aufs Neue hergestellt werden.⁷ Diese „Begründungsprozeduren“⁸ ermöglichen es den Privatrechtsakteuren, den jeweils herrschenden *status quo* der Verteilungsmechanismen des Markts aus gleichheitsrechtlicher Sicht in Frage zu stellen. Damit erfüllt die Rechtsordnung das von ihr gegebene Versprechen gleicher Freiheit.

Die Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten durch den Markt wird einem permanenten Rechtfertigungszwang ausgesetzt. Das kann dazu führen, dass eine bisher erfolgreiche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sich als jetzt nicht mehr tragbar herausstellt und der ungleich Behandelnde gezwungen wird, ein besseres Argument zu finden. Besser ist insoweit jedes Argument, dass dem moralischen Gleichheitsanspruch jeder Person⁹ gerecht wird. Ein Beispiel dafür ist die Begründung zur Altersgrenze von Vertragszahnärzten:¹⁰ Behauptet man, die Zahnärztin sei „zu alt“ und daher „ein Gesundheitsrisiko“ für ihre Patienten, schreibt man ihr eine negative Eigenschaft zu, die sie tatsächlich gar nicht hat. Zugleich nimmt man ihr die geschützte Freiheit, sich ihren Patienten gegenüber mit ihren wirklichen Fähigkeiten und dem daraus folgenden Selbstbild darzustellen.¹¹ Sagt man ihr dagegen, dass sie „Platz machen muss“ für eine junge Generation, die auch eine Chance auf Erwerbstätigkeit in einem sozial- und verteilungspolitisch geprägten Gesundheitsmarkt hat, bleibt die Person von solchen Fremdzuschreibungen frei. Hier geht es dann um die ganz andere Fragen aufwerfende Verteilung von Erwerbschancen und um Generationengerechtigkeit in ressourcenbeschränkten Systemen.

Der Rechtfertigungszwang kann im Ergebnis auch dazu führen, dass die Ungleichbehandlung nicht mehr zu begründen ist. Daraus folgt, dass die bisher ungleich behandelte Person rechtlich und tatsächlich die gleiche Freiheit beanspruchen darf, wie die bisher bevorzugte Personengruppe. Das klassische Beispiel dafür ist der aus Art. 3 GG folgende Rechtfertigungszwang, der die rechtliche Ungleichbehandlung von Frauen in der Ehe beendete.¹² In seiner modernen Variante sind es die zweifelhaften Differenzierungen zwischen eingetragenen Lebenspartnerschaften und zur Ehe, die dem Prüfungsmaßstab des Gleichbehandlungs-

6 Dazu Coester, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 124.

7 Gerstenberg, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 152, 160.

8 Gerstenberg, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 152, 162.

9 Dazu näher unten § 8 II 4 b).

10 Dazu oben § 6 III 6.

11 Zur verfassungsrechtlichen Absicherung jetzt grundlegend Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007.

12 Siehe § 2 II 2 c).

grundsatzes nicht mehr standhalten und daher zu beseitigen sind.¹³ Rechtfertigungszwänge unter Privaten legen die Strukturen von Ungleichbehandlungen offen.

Konstruiert man die Rechtfertigungsprüfung als Begründungsprozedur, kommt dem Staat – verkörpert durch das Gericht – eine wichtige Aufgabe zu. Die Rolle der Gerichte besteht darin, das diskursive Begründungsverfahren von Ungleichbehandlungen in der Gesellschaft und die Suche nach dem besseren Argument offenzuhalten gegenüber den privatrechtsimmanenten Tendenzen zur Selbstabschottung gegenüber den Interessen von Minderheiten.¹⁴ Zugleich ist die Rolle des Staats beschränkt: Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsprinzip¹⁵ ist darauf angewiesen, dass ihn die von der Ungleichbehandlung betroffenen Akteure mobilisieren. Sobald sie unter Berufung auf die Gleichheitspräsumtion eine Rechtfertigung verlangen, prüft der Richter, ob die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe und Gegen-Gründe „zureichend“ sind, um die jeweilige Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Die zentrale Aufgabe des Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht dann darin, sicherzustellen, dass die Konfliktentscheidung strukturell anhand eines flexiblen Kontrollmaßstabs ermöglicht wird. Die jeweilige Kontrolldichte einer Ungleichbehandlung bestimmt die Intensität der Rechtfertigungsanforderungen. Die Bandbreite „zureichender Gründe“ reicht dabei von der einfachen Berufung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten über Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebote hin zu grundsätzlichen oder strikten Differenzierungsverboten.¹⁶

2. Rechtfertigungsgrund Freiheitsrechte

a) Freiheit und Gleichheit im Konflikt

Den theoretisch und praktisch wichtigsten Rechtfertigungsgrund des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bilden die subjektiven Freiheitsrechte des ungleich Behandelnden. Diese Begründungsmöglichkeit hat kein Pendant im verfassungsrechtlichen Vorbild: Der Staat ist nur Grundrechtsadressat, nicht Grundrechtsträger.¹⁷ Der Normadressat des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist dagegen Träger von Freiheitsrechten. Bindet man ihn an präsumtive Gleichbehandlungspflichten, kommt es unweigerlich zur Spannung zwischen

¹³ Dazu *Grünberger*, FPR 2010, 203 ff.

¹⁴ Vgl. *Gerstenberg*, Privatrecht, Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialregelung, in: Neumann/Schulz, Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft 74, 2000, 141, 153.

¹⁵ Anders die dem *policy*-Ansatz zuzuordnenden „positiven Maßnahmen“, siehe dazu oben § 6 VII 3 g) (2).

¹⁶ Vgl. oben § 7 II 1.

¹⁷ Dazu BVerfGE 61, 82, 100 – *Sasbach*.

Freiheit und Gleichheit.¹⁸ Beides, und das macht jede Diskussion dieser Dichotomie so schwierig, sind emotional besetzte Begriffe,¹⁹ die unterschiedlichsten Konzeptionen zugänglich sind. Das haben wir für die Gleichheit bereits gesehen,²⁰ daher konzentriere ich mich hier auf den Freiheitsbegriff. Ich gehe dabei von einem personalen Freiheitsverständnis aus, das sich durch eine dreifache Relation von Freiheitsträger, Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis kennzeichnet.²¹ Einflussreich wurde die Formulierung von *Gerald C. MacCallum*:

*„Whenever the freedom of some agent or agents is in question, it is always freedom from some constraint or restriction on, interference with, or barrier to doing, not doing, becoming, or not becoming something. Such freedom is thus always of something (an agent or agents), from something, to do, not do, become, or not become something; it is a triadic relation.“*²²

Alle drei Positionen sind unterschiedlichen Interpretationen zugänglich.²³ Auf dem Boden einer liberalen Grundrechtstheorie²⁴ kommt der negativen Konzeption von Freiheit²⁵ eine zentrale Bedeutung zu. Danach besteht der Freiheitsgegenstand in einer Handlungsalternative:²⁶ „Freedom is the opportunity to act, not the action itself; the possibility of action, not necessarily [the] realisation of it“.²⁷ Das Freiheitshindernis wird von anderen Personen oder Entitäten gesetzt.²⁸ Die knappste Beschreibung dieser Freiheitskonzeption findet sich bei *Rawls*:

*„Set in this background, persons are at liberty to do something when they are free from certain constraints either to do it or not to do it and when their doing it or not doing it is protected from interference by other persons.“*²⁹

Ich habe mich bewusst für diesen Freiheitsbegriff entschieden. Damit postuliere ich keinen unauflösbaren Gegensatz zwischen den beiden Prinzipien Freiheit und

18 Siehe dazu die instruktiven Überblicke bei *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 (passim); *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 547 ff. Aus der überbordenden Literatur der politischen Philosophie beschränke ich mich auf zwei Klassiker: die Freiheit hervorhebend *Berlin*, Two Concepts, in: Hardy, Liberty, 2002, 166 ff und die Gleichheit betonend *Dworkin*, 73 Iowa L. Rev. 1 (1987) (wieder abgedruckt in *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 121 ff).

19 Vgl. zur Freiheit *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 194 f.

20 Dazu oben § 6 II 2 a).

21 Im Anschluss beispielsweise an *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 196 f; *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 177; *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 12.

22 *MacCallum*, 76 The Philosophical Review 312, 314 (1967).

23 Darauf weist *MacCallum*, 76 The Philosophical Review 312 (1967), hin.

24 Zu den Grundrechtstheorien *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 ff.

25 Dazu grundlegend *Berlin*, Two Concepts, in: Hardy, Liberty, 2002, 166, 168 ff. Die Schärfe der Gegenüberstellung zur positiven Freiheit muss vor dem zeitlichen Hintergrund gewürdigt werden und ist so nicht mehr überzeugend; näher dazu *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 11 mwN. Zweifelhaft ist auch, ob sich der Unterscheid tatsächlich auf das Konzept und nicht lediglich auf die Konzeption bezieht, dazu *Forst*, Kontexte, 1994, 192 ff.

26 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 199.

27 *Berlin*, Introduction, in: Hardy, Liberty, 2002, 3, 34.

28 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 200; *Rössler*, Wert des Privaten, 2001, 91 f; *Berlin*, Two Concepts, in: Hardy, Liberty, 2002, 166, 168.

29 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 177.

Gleichheit auf abstrakter Ebene. Wie noch zu zeigen sein wird, müssen auf dieser Ebene beide Grundsätze ohnehin zusammen gedacht werden, damit das Recht sein Versprechen gleicher Freiheit jeder Person auch einlösen kann.³⁰ In der konkreten Bürger-Bürger-Relation muss sich das Recht dagegen entscheiden, wie es diesen Konflikt löst; wo es der negativen Freiheit Vorrang gewährt und wo es die Gleichbehandlung präferiert. Die differenzierte Würdigung des Verhältnisses auf unterschiedlichen Abstraktionsebenen erlaubt es, den konkreten gesellschaftlichen Konflikt herauszuarbeiten und die dort bestehenden Entscheidungsoptionen klar zu formulieren. Damit erfüllt man *Isaiah Berlins* Gebot intellektueller Redlichkeit.³¹ Der Rekurs auf letzte Prinzipien verschleiert dagegen vielfach die vom Recht zu adressierenden Kollisionslagen.³² Wer beispielsweise behauptet, dass derjenige, der diskriminieren will, „keinen funktionsgerechten Gebrauch von der Vertragsfreiheit“ mache, sondern seine Macht missbrauche,³³ verlagert die Diskussion auf eine andere Ebene. Er argumentiert nicht mehr auf dem Boden negativer Freiheit, sondern setzt implizit eine positive Konzeption von Freiheit voraus. Das ist durchaus möglich. Aber es trägt wenig zur Frage bei, wie sich dieses Verständnis zu der negativen Konzeption von Freiheit verhält. Um diese Verwechslung zu vermeiden, gehe ich hier konsequent von einer negativen Freiheit aus. An ihr muss sich die Präsuumtion der Gleichbehandlung bewähren, um überzeugen zu können.³⁴

Das erste Freiheits- und Gleichheitsproblem wurde von der Rechtsordnung elegant gelöst: Die formale Rechtsgleichheit jeder Person wird beiden Werten gleichzeitig gerecht.³⁵ „Negative (rechtliche) Freiheit und rechtliche Gleichheit sind elementare Bestandteile eines demokratischen Verfassungsstaats und bruchlos miteinander vereinbar.“³⁶ Die hier entwickelte Gleichheitspräsuumtion geht aber darüber hinaus. Sie schlägt eine Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem vor, das erst aufgrund der Gleichheitsblindheit des Marktes oder anderer sozialer Teilsysteme entsteht: Danach trifft jeden Privatrechtsakteur die Pflicht, seine Entscheidung zugunsten einer Handlungsoption zu rechtfertigen, wenn es eine Alternative gibt, bei der der andere Akteur gleich behandelt wird. Darin liegt jedenfalls eines, vielleicht sogar zwei Freiheitshindernisse: (1.) Misslingt die Rechtfertigung, muss gleich behandelt werden. Das ist eine externe Beschränkung subjektiver Handlungsoptionen. (2.) Zweifelhaft ist, ob bereits der Recht-

30 Dazu näher *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 293 f; *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 447-56 (2009) und unten § 8 II.

31 *Berlin*, *Two Concepts*, in: *Hardy, Liberty*, 2002, 166, 170 ff; *Berlin*, *Introduction*, in: *Hardy, Liberty*, 2002, 3, 41 ff.

32 Dazu *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166, 173 ff.

33 Beispielshaft zuletzt *Singer*, GS *Zachert*, 2010, 341, 347 f.

34 Dazu eingehend unten § 8 III 1.

35 Dazu oben § 2.

36 *Heun* in: *Merten/Papier*, *Handbuch Grundrechte*, § 34 Rn. 20.

fertigungszwang ein Freiheitshindernis ist: Nach klassischem Verständnis ungebundener Freiheit kann eine Entscheidung, die Dritten gegenüber gerechtfertigt werden muss, schon grundsätzlich keine Ausübung von Freiheit mehr sein.³⁷ Das ist nicht zwingend, weil die Begründungspflicht als solche noch kein Handlungshindernis auferlegt. Eine Rückbesinnung auf die von *Berlin* vorgeschlagene Metapher zur Erläuterung negativer Freiheit führt hier weiter:

*„The extent of a man's negative freedom is, as it were, a function of what doors, and how many, are open to him; upon what prospects they open; and how open they are.“*³⁸

Begründungszwänge als solche verschließen dem privaten Akteur noch keine Türen. Sie haben aber das Potential, ihre Anzahl einzuschränken. Damit verringert sich der Entscheidungsspielraum des privaten Akteurs. An die Stelle seiner „Willkür“ oder (ökonomischen) Rationalität tritt ein Begründungsdiskurs. Dieser setzt bei den Akteuren zwingend die Fähigkeit voraus, eine vernünftige Person (*reasonable person*)³⁹ zu sein. Damit geht eine Zuschreibung moralischer Verhaltenspflichten einher, von denen die wichtigste darin besteht,

*„that we enter as equals the public world of others and stand ready to propose, or to accept, as the case may be, fair terms of cooperation with them.“*⁴⁰

Das ist, vom Standpunkt negativer Freiheit aus gedacht, eine Zumutung. Die Freiheitsausübung einer Person wird von ihrer Bereitschaft abhängig gemacht, sich im öffentlichen Diskurs rechtfertigen zu müssen. Darin liegt die relevante Handlungseinschränkung. Deshalb sind auch Rechtfertigungspflichten Freiheits-einschränkungen.⁴¹

b) Drei Lösungsmodelle

Es gibt insgesamt drei Möglichkeiten, den Konflikt zwischen der negativen Freiheit des Privatrechtssubjekts einerseits und dem Anspruch auf Gleichbehandlung jeder Person andererseits privatrechtstheoretisch zu lösen: (1.) Man geht von der Präponderanz der Freiheit aus. Danach gebieten die Freiheitsrechte im Grundsatz die Nichtgeltung der Gleichheitsrechte. (2.) Man versucht, den Konflikt auf der Tatbestandsebene des Gleichbehandlungsanspruchs zu lösen. In diesem Modell sichert der sachliche Anwendungsbereich oder einzelne Tatbestandsmerkmale den Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit in bestimmten Bereichen. Der Gleichbehandlungsanspruch setzt sich dann nur innerhalb des ihm zugewiesenen Gebiets durch. (3.) Freiheitsrechte und Gleichbehandlungsanspruch werden auf

37 So Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 994.

38 *Berlin*, Introduction, in: Hardy, Liberty, 2002, 3, 40.

39 Grundlegend zu diesem Begriff Rawls, Political Liberalism, 2005, 48 ff.

40 Rawls, Political Liberalism, 2005, 53.

41 Zutreffend Franck, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 84.

der Rechtfertigungsebene miteinander kompatibelisiert. Die Ausübung von Freiheitsrechten kann danach einen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung bilden.

Diese Ansätze sind modelltheoretische Lösungsversuche. Im geltenden Recht – das sei vorweggenommen – ist keines dieser Konzepte in Reinform verwirklicht. Man kann höchstens einzelne Beispiele finden, in denen sich ein Modell im Wesentlichen durchsetzte: Für die Vorrangthese kann man auf die umstrittene Gleichbehandlungspflicht von Finanzintermediären verweisen. Eine Pflicht auf gleiche Zuteilung von Wertpapieren an ihre Kunden wird von vielen unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit prinzipiell abgelehnt.⁴² Der Tatbestandslösung am nächsten kommt der allgemeine Kontrahierungszwang: Dort ist es die mittlerweile mit der „Vertragsmächtigkeit“⁴³ umschriebene Stellung eines Anbieters, die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der dort verankerten Gleichbehandlungspflicht ist.⁴⁴ Die Rechtfertigungslösung ist beim beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG am weitesten gediehen.⁴⁵ Im Regelfall kombiniert das Recht mindestens zwei Ansätze miteinander: Als Beispiel möchte ich den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nennen: Dort wird der Vertragsabschluss- und -beendigungsfreiheit Vorrang eingeräumt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nach traditioneller Auffassung weder auf die Einstellung eines Bewerbers noch auf die Entlassung eines Arbeitnehmers anwendbar.⁴⁶ Die Vertragsinhaltsfreiheit hat Vortritt, indem man den Anwendungsbereich auf kollektive Maßnahmen beschränkt und damit die individuelle Entgeltvereinbarung vom Gleichbehandlungsgrundsatz ausnimmt.⁴⁷ Erst wenn der Arbeitnehmer diese Zugangsbarrieren überwindet, kann er eine gegebene Ungleichbehandlung als solche thematisieren. Dann ist der Arbeitgeber rechtfertigungspflichtig. Beim verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist es üblich, der Vertrags- und Satzungsautonomie Priorität einzuräumen und die Vereinbarung ungleicher Rechte und Pflichten zuzulassen.⁴⁸ Rechtfertigungsbedürftig sind dagegen alle Maßnahmen der Gesellschaftsorgane gegenüber den Gesellschaftern.⁴⁹ Das Muster wiederholt sich beim wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz: Dieser wird tatbestandlich auf marktbeherrschende⁵⁰ oder – weitergehend – auf marktmächtige Unternehmen (§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB)⁵¹ beschränkt. Behandelt ein solches Unternehmen ungleich, muss es im

42 Oben § 5 III 5.

43 Busche, Privatautonomie, 1999, 204 f.

44 § 5 VI 2 b) (2).

45 Vgl. dazu oben § 6 VI 2 a).

46 Siehe § 5 I 4 a) (1) und (2).

47 Oben § 5 I 4 a) (3).

48 § 5 II 4 a) (3).

49 § 5 II 4 a) (1).

50 Dazu § 5 IV 2 b) (1).

51 Oben § 5 IV 3 c) (1).

nächsten Schritt seine Ausübung unternehmerischer Freiheiten sachlich rechtfertigen.⁵² Eine ganz besonders komplizierte Lösung findet sich beim zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot nach § 19 AGG: Dessen Anwendungsbereich ist nur eröffnet, wenn es sich um Schuldverhältnisse über Güter handelt, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.⁵³ Daran schließen sich weitere Modifikationen an, die entweder als Bereichsausnahme fungieren, wie der Schutz von Nähe- und Vertrauensverhältnissen in § 19 Abs. 5 AGG,⁵⁴ oder zusätzliche Tatbestandsmerkmale bilden, wie der problematische Begriff des Massengeschäfts in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG⁵⁵. Erst wenn diese Hindernisse überwunden wurden, kann die benachteiligende Handlung auch rechtlich als Ungleichbehandlung erfasst werden. Das führt im nächsten Schritt zu Rechtfertigungspflichten des Benachteiligten (§ 20 AGG).⁵⁶

Der nur sehr knapp gehaltene Überblick belegt die Vielfalt der Lösungsansätze im geltenden Recht. Die jeweilige dogmatische Verortung ist dabei nicht immer überzeugend und auch nicht zwingend geboten. Geht man, wie hier vorgeschlagen, von der Prämisse eines einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus, werden manche Differenzierungen sehr fragwürdig. Das gilt insbesondere bei einer Gesamtbetrachtung von allgemeinen Gleichbehandlungsansprüchen und speziellem Nichtdiskriminierungsrecht. Das kann man deutlich im Arbeitsrecht sehen: Die Einstellung eines Bewerbers liegt zwar außerhalb des Anwendungsbereichs des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, wird aber vom Diskriminierungsverbot nach § 7 AGG tatbestandlich erfasst. Das ist mit der Prämisse unvereinbar, dass es sich bei beiden Kategorien lediglich um unterschiedliche Ausprägungen eines einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes handelt. Daraus könnte man natürlich auch den Schluss ziehen, dass diese Prämisse falsch gesetzt ist. Dazu ist man allerdings nur gezwungen, wenn es kein Modell gibt, das es ermöglicht, innerhalb eines einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes den Konflikt von Freiheit und Gleichheit *insgesamt jenseits* der Tatbestandsebene zu lösen. Dass der Konflikt bereits im geltenden Recht zum größten Teil nicht auf der Tatbestands-, sondern der Rechtfertigungsebene gelöst wird, belegt das beschäftigungsrechtliche Diskriminierungsverbot besonders nachdrücklich.⁵⁷ Daneben gibt es im allgemeinen Gleichbehandlungsrecht zwei zentrale Fallgruppen, in denen der Vorrang der Vertragsfreiheit weder den Anwendungsbereich begrenzt, noch sich im Tatbestand niederschlägt: der übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und seine verschiedenen speziellen

52 Siehe § 5 IV 2 b) (3) und 3 c) (4).

53 § 6 IV 1 b).

54 § 6 IV 1 c) (3).

55 Dazu § 6 IV 1 c) (1).

56 Dazu § 6 VI 3.

57 Einzelheiten oben § 6 VI 2.

Ausprägungen⁵⁸ und die Gleichbehandlung in der Erfüllung einer beschränkten Gattungsschuld⁵⁹. Ich schlage daher vor, sämtliche Gründe für eine Ungleichbehandlung auf der Rechtfertigungsebene anzusiedeln. Vergleicht man das Rechtfertigungsmodell mit dem Vorrang- oder dem Tatbestandsmodell, erweist es sich als die überlegene rechtstheoretische Konzeption des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit.

(1) Vorrangmodell

Das Vorrangmodell basiert auf der unterstellten *Präponderanz der Freiheit vor der Gleichheit*.⁶⁰ Danach gebieten im Verhältnis der Privatrechtssubjekte untereinander die Freiheitsrechte ganz grundsätzlich die Nichtgeltung der Gleichheitsrechte.⁶¹ Es gilt der „Primat der Vertragsfreiheit“.⁶² Freiheit ist danach der Grundsatz, Ungleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Die Untersuchung in §§ 5 und 6 hat allerdings gezeigt, dass das Privatrecht von Gleichbehandlungsansprüchen durchzogen ist. Es fällt mir danach schwer, sie als „Ausnahmeerscheinung“ aufzufassen. Dafür sind es in Anzahl und Umfang zu viele.⁶³ Ein Modell, das den roten Faden der Gleichbehandlung im *gesamten* Privatrecht als Randerscheinung auffasst, kann sich kaum darauf berufen, eine zutreffende Beschreibung der Wirklichkeit zu enthalten.⁶⁴

Unbestritten ist dabei, dass es Gründe dafür gibt, im Privatrechtsverhältnis nicht gleich zu behandeln. Diese sprechen aber nicht zwingend gegen einen Gleichbehandlungsgrundsatz. Das möchte ich anhand des von J.R. Lucas formulierten, zentralen moralphilosophischen Einwands gegen Gleichbehandlung zeigen:

„Liberty limits Equality at the doing end – the person who is doing the dealing wants to be free to make his own choices, and not required always to treat similar cases similarly. Equality lays down how we are to treat people: but Liberty entitles us to act as we choose, not as some rule lays down. If I have any Liberty then there are some decisions I am allowed to make on my own; I am free in some cases to act arbitrarily. And if that is

58 § 5 III 4.

59 § 5 VII 2 c).

60 Dazu bereits oben § 4 I 2 c).

61 Siehe aus verfassungsrechtlicher Sicht: Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175 f; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 337 ff; Heun in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 54; Ruffner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 193; Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 136 ff; Dürig in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Rn. 507; aus privatrechtlicher Sicht statt vieler Bruns, JZ 2007, 385, 393 f; Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 102 ff; Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 992 ff; Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 255 ff; Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 69 ff.

62 Canaris, FS Lerche, 1993, 873, 886 ff.

63 Siehe oben § 5 IX 1 und § 6 VIII 3.

64 Kritisch insoweit auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 1 I.

so, I may in such cases arbitrarily choose one person rather than another, without there being any ground to justify discrimination. I may choose Jane, and take her to wife, while passing over Bess, her equally well-favoured sister. This is what it is to be free. Freedom is inherently unfair. If we place any value on Freedom at all, we must to that extent compromise the principle of Equality. And we must place some value on Freedom, for to be free in some respects is a necessary condition of discovering oneself as a moral and rational agent. And only for such can the question of Equality arise.⁶⁵

Das Beispiel ist geeignet, weil *Lucas* von einer negativen Freiheitskonzeption ausging, die den Konflikt zuspitzt. Danach ist Freiheit auch die Freiheit zur unfairen Behandlung. *Lucas* ist auch beizupflichten, dass wir den Gleichheitsgrundsatz beschränken müssen, wenn uns irgendetwas an dieser Freiheit liegt. Schließlich stimme ich ihm auch zu, dass gerade einem Egalitaristen alles daran gelegen sein sollte, diese Freiheit zu wahren. Das gilt insbesondere für den hier verfolgten Ansatz, wonach die privaten Akteure in einen Begründungsdiskurs eintreten sollen. Dieser Diskurs setzt voraus, dass wir uns selbst und den „Anderen“ als „moralische Person“ ansehen.⁶⁶ Eine Person erfüllt diese Voraussetzung nach *Rawls*, wenn sie zwei moralische Fähigkeiten aufweist: (1.) einen Gerechtigkeitsinn („a sense of right and justice“) und (2.) eine Vorstellung des *für sie* Guten. Der erste Teilaspekt der moralischen Person betrifft ihre moralische Identität als Akteur in einer auf Zusammenarbeit angelegten Gesellschaftsordnung.⁶⁷ Zentrales Charakteristikum dieser „moralischen Person“⁶⁸ ist es, dass sie die Fähigkeit hat, „vernünftig“ (reasonable) zu sein. Der zweite Gesichtspunkt betrifft die ethische Identität einer Person. *Rawls* spricht an einer Stelle davon, dass damit „a person's conception of what is of value in human life“ gemeint sei.⁶⁹ Terminologisch folge ich also einer Unterscheidung von Ethik und Moral, wie sie von *Rawls* und *Habermas*⁷⁰ geprägt wurde: Ethik betrifft die Fragen des „guten Lebens“ und ist in pluralistischen Gesellschaften nur für das jeweilige Individuum gültig, das sich damit identifiziert; zur Moral zählen dagegen die Normen, die universale Gültigkeit in der Gesellschaft beanspruchen.⁷¹ Beide Aspekte, die moralische Person und die ethische Person, zeichnen uns als Personen aus⁷² und für die Herausbildung beider ist die Ausübung von Freiheit elementar.

Das bedeutet aber nicht, dass der Freiheit *grundsätzlich* Vorrang vor Gleichbehandlung zukommt. Bleiben wir bei *Lucas'* Beispiel der Wahl des Ehepartners.

65 *Lucas*, 40 Phil. 296, 307 (1965).

66 Grundlegend dazu und zum Folgenden *Rawls*, *Justice as Fairness*, 2001, 18 ff; *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 299 ff. Eine instruktive Darstellung darüber bietet *Forst*, *Kontexte*, 1994, 42 ff.

67 *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 30 f.

68 *Forst*, *Kontexte*, 1994, 50 ff schlug stattdessen den Begriff „Rechtsperson“ vor. Das ist im juristischen Kontext problematisch, weil er mit dem juristischen Personenbegriff verwechselt werden kann.

69 *Rawls*, *Justice as Fairness*, 2001, 19.

70 *Habermas*, 92 J. Phil. 109, 125-126 (1995).

71 Dazu vertiefend *Forst*, *Recht auf Rechtfertigung*, 2007, 100 ff.

72 *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 31.

Angenommen, der Gleichbehandlungsanspruch erfasst auch höchstpersönliche Entscheidungen, wie die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Wahl des Ehegatten⁷³ oder die von Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG erfasste Wahl des Lebenspartners in einer eingetragenen Lebensgemeinschaft⁷⁴. Eine Pflicht zur gleichen Behandlung potentieller Kandidaten – ob auch Bess interessiert war, wissen wir nicht mit letzter Sicherheit – wäre freiheitsfeindlich. Sie würde das Recht auf Selbstbestimmung unserer Identität zerstören. Der Gleichbehandlungsanspruch kann diesen Freiheitsanspruch aber zweifach berücksichtigen: Die Gleichbehandlung in höchstpersönlichen Angelegenheiten kann entweder tatbestandlich oder auf Rechtfertigungsebene ausgeschlossen werden.

Dieses Beispiel macht auf die Schwachstelle der Vorrangthese aufmerksam. Sie basiert auf der Prämisse, dass Freiheit „als solche“ den primären Wert in einer liberalen Rechtsordnung einnimmt.⁷⁵ Das ist so formuliert unhaltbar. Es gibt kein abstraktes Recht auf Freiheit.⁷⁶ Die Vorstellung von Freiheit im Singular verkennt, dass es sich dabei nur um eine Sammelbezeichnung von einzelnen Freiheiten handeln kann.⁷⁷ Das folgt aus der triadischen Relation negativer Freiheit:⁷⁸ Es kann immer nur um einen konkreten Freiheitsgegenstand, einen bestimmten Freiheitsträger und ein spezifisches Freiheitshindernis gehen. Ich möchte das am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 GG erklären. Seit der *Elfes*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁹ gewährleistet das Grundrecht „die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne“.⁸⁰ Das ist nicht als abstrakte Freiheit zu verstehen. Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit ist zwangsläufig konkret: Es geht um die Freiheit des Wilhelm Elfes (Freiheitsträger) aus Deutschland auszureisen (Freiheitsgegenstand) und daran nicht vom Staat gehindert zu werden, indem dieser seinen Reisepass nicht verlängert (Freiheitshindernis).⁸¹ Oder um die Freiheit einer Taubenliebhaberin (Freiheitsträger) Tauben zu füttern (Freiheitsgegenstand), ohne von einem Taubenfütterungsverbot (Freiheitshindernis) daran eingeschränkt werden.⁸² Oder um die Freiheit eines Freizeitreiters (Freiheitsträger) auch im Walde zu reiten (Freiheitsgegenstand), ohne auf von Dritten festgelegte Reitwege beschränkt zu sein (Freiheitshindernis).⁸³ Das letzte Beispiel ist auch deshalb so wichtig, weil es die damit verbundenen Freiheitskon-

73 Näher von Coelln in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 25 mwN.

74 Dazu Grünberger, JZ 2006, 516, 518.

75 Klassisch: Dürig in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 2 Rn. 2.

76 Dazu vertiefend Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 266 ff.

77 Zum Folgenden näher Macleod, When Freedoms Conflict, in: Dahmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 35 ff.

78 Siehe dazu oben § 7 IV 2 a).

79 BVerfGE 6, 32, 36 ff – *Elfes*.

80 BVerfGE 80, 137, 152 – *Reiten im Walde*.

81 BVerfGE 6, 32 – *Elfes*.

82 BVerfGE 54, 143 – *Taubenfütterung*.

83 BVerfGE 80, 137 – *Reiten im Walde*.

flikte unter Privaten beleuchtet: Das Recht erlaubte es dem Freizeitreiter, auch auf privaten Wegen zu reiten. Das ist vom Standpunkt des Grundstückseigentümers (Freiheitsträger) ein Freiheitshindernis, weil er nicht mehr selbstbestimmt entscheiden kann, wer sein Grundstück zu welchem Zweck betreten darf (Freiheitsgegenstand). An dieser Stelle führt die These vom Vorrang der Freiheit in eine Sackgasse. Sie kann nicht beantworten, welchem Freiheitsgegenstand und welchem Freiheitsträger der Vorrang vor welchen Freiheitshindernissen gebührt: der des Reiters, dort zu reiten wo er möchte oder des Eigentümers, selbst zu bestimmen, ob und wer auf seinen Wegen reitet? Beide Positionen sind vom Standpunkt des abstrakten Freiheitsrechts *prima facie* geschützt, aber welche soll vorgehen? Daher führt die Frage, ob Freiheit als solche wertvoll ist, nicht weiter. Sind negative Freiheitsrechte im Konflikt, zwingt uns die triadische Struktur dazu, spezifische und daher leichter handhabbare Fragen zu stellen: Welchem Freiheitsträger oder welchem Freiheitsgegenstand gebührt Vorrang und auf welches Freiheitshindernis ist zu verzichten?⁸⁴ Es geht also immer darum, ob der konkreten Freiheit des A oder des B oder des C Vorrang gebührt, x, y oder z zu tun oder nicht zu tun.⁸⁵ Solche Freiheitskonflikte sind also keine abstrakten Prinzipienkonflikte, sondern Kollisionen unterschiedlicher Autonomiebereiche.⁸⁶ Der Konflikt zwischen den unterschiedlichen Rationalitäten wird von der Rechtspraxis nicht auf der höchsten Ebene universaler Gerechtigkeit – konkret: der Prinzipienebene von Freiheit und Gleichheit – gelöst, sondern auf der niedrigsten Ebene lokaler Gerechtigkeit – konkret: der Abgrenzung individueller Autonomiesphären. Die unterschiedlichen Diskurse werden nicht als unversöhnliche Kollision von Universalprinzipien rekonstruiert, sondern durch die Brille des konkreten Falls wahrgenommen und auch nur dort gelöst.⁸⁷ Aufgabe des Privatrechts ist es, Kollisionsregeln zu entwickeln, die diese gesellschaftlichen Konflikte zu lösen versuchen. Das klassische Instrument dafür sind Abwägungsmodelle.⁸⁸ Dafür bieten sich zwei Ansätze an: Der Gesetzgeber nimmt die Abwägung unterschiedlicher Freiheits- und Gleichbehandlungsinteressen auf tatbestandlicher Seite vor. Dann handelt es sich um ein Tatbestandsmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Ist die Abwägung dagegen Teil des Rechtfertigungsdiskurses, spreche ich vom

84 Vgl. Macleod, When Freedoms Conflict, in: Dahmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 35, 43.

85 Macleod, When Freedoms Conflict, in: Dahmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 35, 40.

86 Ausführlich dazu Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 287 ff; Fischer-Lescano, KJ 2008, 166, 473 ff.

87 Teubner, Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: Pawlowski/Roellecke, Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats (ARSP Beiheft 65), 1996, 199, 209.

88 Macleod, When Freedoms Conflict, in: Dahmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 35, 43 ff; Maultzsch, JZ 2012, 1040, 1046 (kritisch); zu Alternativendazu siehe Fischer-Lescano, KJ 2008, 166, 475; zur Abwägungsproblematik näher unten § 7 IV 3 e).

Rechtfertigungsmodell. In beiden Konstellationen liegt zwangsläufig auch eine Entscheidung über den Vorrang abstrakter Werte in einem typisierten oder konkreten Konflikt. Unabhängig davon, wer diese Entscheidung trifft – der Gesetzgeber oder das (Verfassungs-) Gericht –, sie ist immer eine genuin politische.

Gegen diese Schlussfolgerungen ließe sich einwenden, dass das Vorrangmodell zwar bei Freiheitskonflikten scheitern mag, nicht aber beim Konflikt von Freiheitsrecht und Gleichbehandlungsanspruch: (1.) Diese Kollision kann ganz grundlegend das Verhältnis der beiden Fundamentalprinzipien von Freiheit und Gleichheit in der Gesellschaft betreffen. (2.) Sie kann sich aber auch nur auf den konkreten Konflikt von negativem Freiheitsrecht und positivem Anspruch auf Gleichbehandlung beziehen. Richtet sich der Einwand gegen das grundsätzliche Verhältnis, muss er scheitern. Es gibt keine akzeptable Konzeption von Freiheitsausübung ohne die grundsätzliche Gleichheit aller Personen. *Dworkin* hat das sehr deutlich formuliert:

„Any genuine contest between liberty and equality – any conflict between liberty and the requirement of the best conception of the abstract egalitarian principle⁸⁹ – is a contest liberty must lose.“⁹⁰

Die Privatautonomie als Zuweisung freiheitsrechtlicher Kompetenzen zur Distribution von Gütern im Markt an den einzelnen Akteur lässt sich nur und ausschließlich damit rechtfertigen, dass allen Akteuren die gleiche Freiheit eingeräumt wird. Das ist die wichtigste Erkenntnis der Privatrechtstheorie seit der Aufklärung.⁹¹ Ohne Rechtsgleichheit aller ist die Freiheit mancher nichts wert.

Daher kann sich der Einwand sinnvollerweise nur gegen die konkrete Forderung einer Gleichbehandlungspräsumtion wenden. Dann bricht die Kritik aber in sich zusammen. Wenn die Vorrangthese bei Freiheitskonflikten scheitert, kann sie bei Gleichbehandlungsforderungen zwangsläufig nicht funktionieren. An Private adressierte Gleichbehandlungsansprüche sichern nämlich deren Freiheitsphäre. Diskriminierungsverbote sind „Freiheitsrechte zweiter Ordnung“⁹², weil sie dem Einzelnen ermöglichen, Träger des Diskriminierungsmerkmals zu sein, ohne dafür in sozialen Kontexten Einschränkungen seiner positiven Freiheit – etwa der Freiheit zum Vertragsschluss – hinnehmen zu müssen. Diese freiheitswahrende Funktion ist nicht auf das Nichtdiskriminierungsrecht beschränkt. Wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsansprüche haben ebenfalls ein freiheitsrechtliches Fundament: Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Var.

89 Damit meint *Dworkin* seine These, dass Gleichheit das Recht beinhaltet, als Gleicher behandelt zu werden („treatment as an equal“ bzw. „right to equal concern and respect“, was sich von einer Gleichbehandlung („equal treatment“) unterscheidet, *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 180, 227, 273; *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 190 ff. Zu dieser – wichtigen – Konkretisierung näher unten § 8 II 4 b (1).

90 *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 130.

91 Dazu oben § 2 I und III.

92 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 385 f.

2 GWB ist das Freiheitsrecht der vom marktmächtigen Unternehmen abhängigen Unternehmen.⁹³ Man kann daher den von Gleichbehandlungspflichten geregelten gesellschaftlichen Konflikt auch als Freiheitskonflikt reformulieren. Die traditionelle Einordnung einer Diskriminierung als Persönlichkeitsverletzung im deutschen Recht steht dafür geradezu paradigmatisch.⁹⁴ Diese Reformulierung empfiehlt sich aus methodischer Sicht zwar nicht, weil sie mit einem erheblichen Funktionsverlust einhergeht: Das strukturelle Element der von Ungleichbehandlungen bewirkten Freiheitseinschränkung wird nur sichtbar, wenn man diese Konflikte als Gleichheitsproblem konzipiert. Das ändert aber nichts an der Grundthese von den Gleichbehandlungsansprüchen als sekundären Freiheitsrechten. Das Freiheitsrecht bestimmt das Freiheitsinteresse, den Freiheitsträger und das Freiheitshindernis. Gleichbehandlungsansprüche ergänzen diese Festlegung, weil sie besagen, wer auch Freiheitsträger ist:

*„Equality is about who enjoys a liberty, while liberty is about what you enjoy – inherently a limited endeavour, since you have to accommodate the liberty of others.“*⁹⁵

Jede Behauptung von Freiheit wirft daher sofort die Fragen auf: Wer hat welche Freiheit? Wieviel Freiheit hat er? Wie wurde diese Freiheit verteilt? Diese Fragen sind auch in strikt freiheitsrechtlichen Konzeptionen zu stellen:

*„Liberty is among the possible fields of application of equality, and equality is among the possible patterns of distribution of liberty.“*⁹⁶

Zum Konflikt kommt es erst, wenn das Gleichbehandlungsrecht des A (Nichtdiskriminierung bei Vertragsabschluss) zum Freiheitshindernis des B (Pflicht zum Vertragsabschluss) wird. Rekonstruiert man diesen Satz mit dem triadischen Freiheitsbegriff, wird der verdeckte Freiheitskonflikt sichtbar: Der Freiheitsgegenstand des B ist die Freiheit vom Vertragsschluss, jedenfalls aber die Möglichkeit zur Kontrahierung nur mit einer von ihm ausgewählten, zum Vertragsschluss grundsätzlich bereiten Person.⁹⁷ Das Gleichbehandlungsrecht ist aus seiner Sicht das Freiheitshindernis. Dieses Freiheitshindernis sichert aber den Freiheitsgegenstand des A: die Freiheit zum Vertragsschluss. Dieser Konflikt lässt sich also nicht mit einem angeblichen Vorrang „der“ Freiheit vor „der“ Gleichbehandlung auflösen. Er verlangt eine Wertentscheidung darüber, ob uns im konkreten Konflikt die negative Freiheit wichtiger ist als die aus der Gleichbehandlung folgende gleiche Freiheitsmöglichkeit (positive Freiheit). Diese Frage ist Gegenstand des Tatbestands- oder des Rechtfertigungsmodells. Das „Gerade“ vom grundsätzlichen Vorrang der Freiheit ist daher irreführend. Ob es einen

93 Oben § 5 IV 3 b) und c) (4).

94 Dazu oben § 4 I 5 und II 3 b.

95 Baer, 59 U. Toronto L.J. 417, 449 (2009).

96 Näher Sen, *Inequality Reexamined*, 1995, 20 ff [Zitat auf S. 20 f].

97 Vgl. zu dieser Einschränkung Kainer, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, 2011, § 3 III 3 a) cc.).

Vorrang gibt oder nicht, stellt sich erst als Ergebnis dieser Wertentscheidung heraus.

(2) Tatbestandsmodell

Das Tatbestandsmodell erlaubt es, den Gleichbehandlungsgrundsatz als prinzipiell gleichwertiges Rechtsprinzip in einer auf Freiheit und Gleichheit ausgerichteten Privatrechtsordnung zu berücksichtigen. Der mit seiner Geltung entstehende Konflikt mit (negativen) Freiheitsrechten wird auf Tatbestandsebene gelöst. Es nimmt also die schiere Existenz zahlreicher Gleichbehandlungspflichten zum Ausgangspunkt einer Feinabstimmung beider konkurrierenden Prinzipien. Das Tatbestandsmodell klassifiziert danach abschließend die Fälle, in denen es zu Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht kommt. Gegenüber dem Rechtfertigungsmodell mit dessen gradueller Konzeption der Konfliktlösung partizipiert es im Ausgangspunkt an den Vorteilen jedes Regelmodells: Allgemeinheit und Verlässlichkeit (Rechtssicherheit), Anwendungseffizienz und Stabilität.⁹⁸

Ein herausragendes Beispiel für diese Konzeption hat *Gregor Bachmann* vorgestellt.⁹⁹ Ausgangspunkt ist die Präsumtion der Gleichbehandlung:

*„Begründungsbedürftig ist nicht mehr, wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“*¹⁰⁰

Das entspricht zwar nicht den traditionellen Auffassungen, die jeweils „um eine positive Begründung der Pflicht zur gleichmäßigen Behandlung ringen“¹⁰¹. Gerade deshalb, weil *Bachmann* die Prämisse, für die ich werbe, teilt, drängt sich sein Modell als Alternative zum hier verfolgten Rechtfertigungsmodell besonders auf. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass trotz Gleichheitspräsumtion

*„zunächst die Gründe [herauszuarbeiten sind], welche dafür streiten, den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht anzuwenden. Ist das gelungen, kann – gleichsam im Subtraktionsverfahren – der Bereich umrissen werden, in dem auch unter Privaten die Pflicht zur gleichen Behandlung prinzipiell anzuerkennen ist.“*¹⁰²

Das *Lucas'sche* Beispiel fiele bei *Bachmann* während des Subtraktionsverfahrens aus dem Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes heraus: „Die ethische Anerkennung des Individuums als Person, der es freisteht auch irrationale oder willkürliche Entscheidungen zu treffen ('Persönlichkeitsargument')“¹⁰³, würde dieses Ergebnis tragen. Das „Persönlichkeitsargument“ und das „Frei-

98 Zu den Vorzügen von Regelmodellen grundlegend *Schauer*, *Playing by the Rules*, 1991, 135 ff; speziell im Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht *Maultzsch*, JZ 2012, 1040, 1049 f.

99 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159 ff.

100 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159.

101 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159.

102 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159.

103 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159.

heitsargument“ – nämlich „die Freiheit des Individuums, das sich für seine Präferenzentscheidungen nicht vor einem Kollektiv soll rechtfertigen müssen“¹⁰⁴ führen dazu, dass „das private Verhalten natürlicher Personen“, also die „Entscheidung diese oder jene Ware hier oder dort zu erwerben oder diesen oder jenen Umgang zu pflegen [...] generell keiner Gleichbehandlungspflicht“ unterlägen.¹⁰⁵ Das ist flott geschrieben, im Ergebnis aber nicht sehr differenziert. Es gibt gute Gründe für die Auffassung, der private Nachfrager sei nicht Adressat des Gleichbehandlungsrechts.¹⁰⁶ Man muss aber zwischen den verschiedenen Handlungskontexten unterscheiden, in denen sich private Akteure bewegen: Sie sind Nachfrager am Markt und zugleich agieren sie in anderen sozialen Teilsystemen. Meine Entscheidung, ein Gut bei einem und gerade nicht beim anderen Anbieter nachzufragen, kann auf vielen Präferenzen beruhen. Die Entscheidung darüber, mit wem ich meine Zeit verbringe, zählt dagegen zum Kernbestandteil der Faktoren, die meine Identität als ethische Person konstituieren. Beide Fälle sind daher unterschiedlichen sozialen Kontexten zuzuordnen. Der „Subtraktionsansatz“ ist zu grobmaschig. Das geltende Nichtdiskriminierungsrecht ist hier differenzierter, weil es den privaten, also nicht unternehmerisch Handelnden an das Benachteiligungsverbot bindet, aber zwischen öffentlichkeitsbezogener und strikt privater Sphäre unterscheidet.¹⁰⁷ Daher ist *Bachmann* zu einem zweiten Schritt gezwungen und muss „die Freiheit anderer, sich ihrer Menschenwürde gemäß zu entfalten“ als Schranke der Vertragsfreiheit akzeptieren.¹⁰⁸ Auf die Subtraktion folgt also wieder eine Addition. Auch das Tatbestandsmodell kann einer „Abstufung“¹⁰⁹ unterschiedlicher Kontrolldichte nicht entgehen. Das macht es als Strukturmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes weniger attraktiv.

Bachmann unterscheidet im Ausgangspunkt zwischen der vertrags- und marktbezogenen Gleichbehandlung.¹¹⁰ In der bereits bestehenden Rechtsbeziehung soll es leichter sein, Gleichbehandlungspflichten zu begründen als in der Marktsituation, wo sich beide als freie Marktpartner gegenüber stünden. Im ersten Fall sei der Adressat grundsätzlich zur Gleichbehandlung verpflichtet. *Bachmann* folgt in diesen Fällen dann dem Rechtfertigungsmodell.¹¹¹ „Außerhalb bestehender Rechtsbeziehungen gibt es grundsätzlich *keine* Pflicht zur Gleichbehandlung.“¹¹² Das kann man nur behaupten, wenn man das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht als Ausnahme ansieht. Mir fällt das schwer. Im übr-

104 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 160.

105 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 160.

106 Dazu näher oben § 6 IV 2 b) (2) bb) zum speziellen Nichtdiskriminierungsrecht.

107 Oben § 6 IV 1 b).

108 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 162.

109 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 174.

110 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 160 ff.; ähnlich jetzt im Zusammenhang mit der Horizontalwirkung von Grundfreiheiten *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 473 ff.

111 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 161.

112 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 162.

gen ist *Bachmann* nur bereit, Gleichbehandlung dort zuzulassen, wo es zum Marktversagen kommt. Im Ergebnis ist das *Bachmann'sche* Modell ausgesprochen komplex:

- „(1) Im Marktverhältnis gilt grundsätzlich keine Gleichbehandlungspflicht, weil der allgemeine Gleichheitssatz aus ethischen wie ökonomischen Gründen dort nicht zum Tragen kommt;
- (2) Eine allgemeine Gleichbehandlungspflicht im Sinne des Verbots willkürlicher oder unverhältnismäßiger Diskriminierung trifft Marktteilnehmer dort, wo die für die Zulässigkeit von Diskriminierungen streitenden Gründe ihrerseits aus ethischen und ökonomischen Gründen nicht durchgreifen; das ist namentlich der Fall beim Vorliegen sog. Marktversagens (Marktbeherrschung, Informationsasymmetrien, externe Effekte, Kollektivhandlungsprobleme etc.), welches im Einzelfall festzustellen ist;
- (3) ohne eine solche Feststellung ist die Gleichbehandlung im Zweifel geboten, wo der Gesetzgeber ein sektorspezifisches Diskriminierungsverbot aufgestellt hat, wie es im Infrastrukturrecht, aber auch im Übernahmerecht (§ 3 WpÜG) der Fall ist;
- (4) Strikte (absolute) Gleichbehandlung ist gefordert, wenn
 - (a) Ungleichbehandlungen die Menschenwürde verletzen oder
 - (b) wenn der Gesetzgeber sie durch Ausprägung eines unbedingten Gleichbehandlungstatbestandes positiv festgeschrieben hat (z.B. § 31 Abs. 4 WpÜG).“¹¹³

Inhaltlich kann ich in vielen Punkten zustimmen. Die methodische Konzeption verwundert mich aber: (1.) Im Grundsatz gilt eine Gleichbehandlungspräsumtion. (2.) Im Marktverhältnis gilt aber eine Ungleichbehandlungspräsumtion. (3.) Abweichend davon gilt im Marktverhältnis doch eine Gleichbehandlungspräsumtion, wenn (a) im Einzelfall ein Marktversagen vorliegt oder es (b) gesetzlich angeordnet ist. (4.) Im Marktverhältnis kommt es sogar zur gleichen Behandlung, wenn (a) die Menschenwürde tangiert ist oder (b) es gesetzlich angeordnet ist. Diese Reformulierung verdeutlicht, dass das Tatbestandsmodell im Kern als ein Regelmodell verstanden wird. Darin liegt eine wichtige Gemeinsamkeit mit dem Vorrangmodell. Kennzeichnend für ein striktes Regelmodell ist die Konfliktlösung im Kollisionsfall.¹¹⁴ Ein Regelkonflikt wird gelöst, indem eine der konkurrierenden Regeln für ungültig erklärt oder eine Ausnahmeregelung in eine der beiden Regeln eingeführt wird.¹¹⁵ Regelmodelle klassifizieren. Das Tatbestandsmodell bestimmt daher abschließend die Fälle, in denen es zu Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht kommt. Im Ausgangspunkt partizipiert es an den Vorteilen jedes Regelmodells: Allgemeinheit und Verlässlichkeit (Rechtssicherheit), Anwendungseffizienz und Stabilität.¹¹⁶ Es läuft allerdings permanent Ge-

¹¹³ *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 174 f [Gliederungspunkte teilweise hinzugefügt].

¹¹⁴ Zum Folgenden grundlegend *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 26 f und *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 77 ff; vgl. auch *Alexy*, 13 Ratio Juris 294295-97 (2000); zur Abgrenzung von Regeln und Prinzipien nach der Prinzipientheorie näher oben § 7 I 2 b).

¹¹⁵ Vgl. *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 65 ff.

¹¹⁶ Vgl. zur den Gründen von Regelmodellen grundlegend *Schauer*, Playing by the Rules, 1991, 135 ff.

fahr, in einen „Alles-oder-nichts-Ansatz“ abzugleiten. Zwar können Regeln jederzeit mit einem Ausnahmetatbestand ergänzt werden.¹¹⁷ Diese Ergänzung erzeugt im Rechtssystem aber Irritationen und Abwehrreaktionen, unabhängig davon, ob der Gesetzgeber neue Gleichbehandlungspflichten einführt oder die Rechtsprechung neue „Ausnahmen“ zur Ungleichbehandlungspräsumtion im Marktrecht entwickelt. Beide Fälle zwingen das Tatbestandsmodell zur Neujustierung seiner Klassifikationen. Dazu ein Beispiel aus dem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot ist nur auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen anwendbar, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG.¹¹⁸ § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG grenzt den Anwendungsbereich für alle Merkmale außer der Rasse und ethnischen Herkunft weiter ein, weil im Wesentlichen nur „Massengeschäfte“ erfasst sind.¹¹⁹ Erfüllt eine Ungleichbehandlung den Tatbestand, kann sie grundsätzlich gerechtfertigt werden (§ 20 Abs. 1 AGG), es sei denn, es handelt sich um eine Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft.¹²⁰ Im *Bachmann'schen* Modell ist dieses Benachteiligungsverbot nur unzureichend berücksichtigt. Lediglich Kategorie (4)(a) ist einschlägig, allerdings beschränkt auf die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft. Kategorie (2) ist nicht einschlägig, weil ein Marktversagen keine Voraussetzung für das Eingreifen des Benachteiligungsverbots ist¹²¹ und die Einordnung als „sektorspezifisches Diskriminierungsverbot“ geht an dem umfassenden Ansatz des AGG vorbei. *Bachmann* müsste sein Modell also um eine neue Kategorie ergänzen.

Das Rechtfertigungsmodell ist dagegen in der Lage, jede Ergänzung um „neue“ Gleichbehandlungspflichten ohne weiteres aufzunehmen. Sein großer Vorteil liegt darin, dass man alle Gegengründe zu einer Gleichbehandlung kontextbezogen diskutieren kann. Das Tatbestandsmodell ist demgegenüber entweder gezwungen, ein Rechtfertigungsmodell nachzuschalten oder eine strukturelle Rechtfertigungsprüfung vorzuziehen. Beispiele für die erste Alternative sind die Kategorien (3) und (4) in *Bachmanns* Modell. Ein Beispiel für die zweite Lösungsstrategie sind die Auslegungsbemühungen zum Begriff des „Massengeschäfts“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG.¹²² Der erste Ansatz reduziert den Rationalitätsgewinn des Tatbestandsmodells, weil es keine abschließenden Aussagen über die Zulässigkeit einer konkreten Ungleichbehandlung treffen kann, wenn diese auf die Rechtfertigungsebene verlagert werden. Damit wird es als theoretisches Modell weniger attraktiv. Deutlich problematischer ist der zweite Ansatz. Das

117 Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 65 ff.

118 Dazu § 6 IV 1 b).

119 § 6 IV 1 c) (1).

120 Dazu § 6 VI 3 f).

121 Dazu oben § 6 IV 1 b).

122 Siehe oben § 6 IV 1 c) (1) cc).

Modell ermöglicht eine implizite Vorwegnahme von Rechtfertigungsgründen auf der Tatbestandsebene – sei es im sachlichen Anwendungsbereich oder bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen. Das führt zu verschleierte Rechtfertigungserwägungen. Auch dafür ist die Diskussion über die Bedeutung des „Massengeschäfts“ ein abschreckendes Beispiel.¹²³ Danach soll bereits kein Massengeschäft vorliegen, je individueller die Ungleichbehandlung erfolgt. Das klingt einleuchtend, führt aber zum paradoxen Ergebnis, dass eine individuelle Ungleichbehandlung keine tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung mehr sein kann. Es mag in solchen Fällen gute Gründe für eine Ungleichbehandlung geben. Es kann aber auch sein, dass sie eine verbotene Diskriminierung ist. Die Lösung über den sachlichen Anwendungsbereich differenziert nicht: Kein Massengeschäft – keine Diskriminierung. Das ist der angesprochene „Alles-oder-Nichts-Ansatz“, der dem Tatbestandsmodell anhaftet. Der sachliche Anwendungsbereich wird instrumentalisiert, um den Vorrang der Vertragsfreiheit auch in den Fällen durchzusetzen, in denen das Interesse an Gleichbehandlung eine kritische Prüfung der Ungleichbehandlung verlangen würde. Das Tatbestandsmodell entpuppt sich als verkappetes Vorrangmodell: „Der Markt [...] verträgt keine Gleichbehandlungspflichten.“¹²⁴

Das Tatbestandsmodell ist also ersichtlich darauf angelegt, den *status quo* beizubehalten. Es ist als solches Ausdruck einer bestimmten politischen Konzeption des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit in den Teilsystemen der Gesellschaft.¹²⁵ Danach ist mit der Sicherung gleicher rechtlicher Freiheit im Begriff der rechtsfähigen Person und mit dem jeder Person zugewiesenen Handlungsinstrument „Privatautonomie“ alles Notwendige geregelt. Ergänzungen sind nur dort angebracht, wo der Markt als Verteilungsinstrument versagt. Die Diskriminierungsverbote des Wettbewerbsrechts stehen beispielhaft dafür. Diese Konzeption wird von Kritikern wie Befürwortern mit dem Label der „Privatrechtsgesellschaft“ versehen.¹²⁶ Das ist nicht ganz unproblematisch, weil sein Urheber, *Franz Böhm*, zu den heute interessierenden Fragestellungen letztlich keine abschließenden Aussagen trifft.¹²⁷ Trotzdem ist es ein wiederkehrendes Phänomen in der deutschen Privatrechtsdebatte, die „Privatrechtsgesellschaft“ gegen Reformten-

123 Siehe oben § 6 IV 1 c) (1) cc).

124 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 162.

125 Zum politischen Charakter gleich unter IV 2 b) (3).

126 So aus kritischer Perspektive *Gerstenberg*, Gesellschaftliche und private Autonomiesphären, in: Seehafer/Köck/Grundmann/Krebs, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1993, 1994, 25, 26; *Gerstenberg*, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 152, 155; affirmativ dagegen *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 76 ff; *Herresthal*, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 1107 ff; *Pickler*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 255 ff.

127 Dazu eingehend oben § 4 I 4.

denzen im Zivilrecht in Stellung zu bringen.¹²⁸ Jede Regulierung privatrechtlicher Rechtsbeziehungen ist darin bereits für sich genommen suspekt, wird als Freiheitseinschränkung wahrgenommen und bekämpft. Der Begriff wird für eine politische Konzeption instrumentalisiert, die sich unpolitisch gibt: Danach wird in der Privatrechtsgesellschaft die Freiheit und Selbstbestimmung dem Privatrecht zugewiesen und das öffentliche Recht ist „Fremdbestimmung und Umverteilung aus Gemeinwohlgründen“.¹²⁹ Die Provinzen von Freiheit und Gleichheit sind sauber aufgeteilt: „Im Subsystem des Privatrechts herrscht das Rechtsprinzip der Freiheit. Im Subsystem des öffentlichen Rechts herrscht dagegen das Rechtsprinzip der Gleichheit.“¹³⁰ Die Ungleichbehandlungspräsumtion mutiert zum Grundsatz mit „vorpositiver Richtigkeit“.¹³¹ Damit schottet man das scheinbar gesellschaftspolitisch neutrale Privatrecht ganz bewusst von der Möglichkeit politischer Intervention ab.¹³² Diese Konzeption muss sich dem gewichtigen Einwand stellen, dass die gesellschaftspolitische Neutralität des Privatrechts ein Mythos¹³³ ist. Die Privatrechtsordnung ist keine den realen Interessenlagen gegenüber neutrale, sondern eine werthafte Ordnung.¹³⁴ Wer auf die Neutralität und eine vermeintlich „naturrechtliche“ Interventionsresistenz des Privatrechts pocht, vertritt deshalb eine verschleierte gesellschaftspolitische Theorie.¹³⁵ Der Rekurs auf die – vor allem historisch zu erklärende¹³⁶ – Dichotomie zwischen den Rechtsgebieten birgt die Gefahr, die Offenheit des Privatrechts für den demokratischen

128 Zu dieser Instrumentalisierung bereits *Damm*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 85, 138.

129 *Herresthal*, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 1107, 1112; vgl. auch *Bydliński*, AcP 194 (1994), 319, 340 ff.

130 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 152.

131 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 153.

132 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 34 behauptet dagegen, dass eine „aktive Rolle des Staates und insbesondere der Richter“ durchaus möglich bleibt, diese müsse sich aber der offensichtlich unüberwindbaren Grenzen der Steuerung der Gesellschaft bewusst sein. Darin liegt, wie *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Paternalismuskritik, 1999, 36 ff gezeigt hat, eine immanente Negation rechtlicher Steuerungsfähigkeit. Dass man systemtheoretisch auch anders argumentieren und bestehende Gesellschaftsstrukturen einer Kritik unterziehen kann, zeigt dagegen die „Kritische Systemtheorie“, dazu *Fischer-Lescano*, FS G. Teubner, 2009, 49 ff.

133 So *Caruso*, 3 ELJ 3 (1997); vgl. auch *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen., 1996, 54-59; *Schiek* in: Schiek, AGG, Vorbem zu §§ 19 ff AGG Rn. 13; vgl. auch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 9-12 zur Debatte um unpolitisches oder politisches Privatrecht.

134 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 17.

135 *Damm*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 139; vgl. auch *Kramer*, „Krise“ liberalen Vertragsdenkens, 1974, 35-37.

136 Dazu bereits oben § 2 I 2. Aus der Literatur siehe *Bullinger*, Öffentliches Recht, 1968, 13 ff; *Grimm*, Politische Funktion der Trennung, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 84 ff; *Caroni*, Privatrecht, 1988, 101-125; *Schröder*, FS Gernhuber, 1993, 962 ff; *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 41 ff.

tischen Prozess¹³⁷ und die Bedeutung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte gerade auch für das Privatrecht¹³⁸ zu vernachlässigen. Weil dem Privatrecht eine politische Rolle zukommen kann,¹³⁹ muss man sich der Tatsache bewusst sein, dass beide Positionen – Intervention oder Nicht-Intervention bei Ungleichbehandlungen in privatrechtlich organisierten Beziehungen – politischer Natur sind. In beiden Fällen geht es um eine Entscheidung, wieviel Markt und wieviel Vertragsfreiheit man haben will.¹⁴⁰ Auf dieser Erkenntnis beruht ironischerweise der größte Erfolg der „Privatrechtsgesellschaft“. *Böhm* und *Mestmäcker* mussten die heute über jeden Zweifel erhabenen wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten damals noch gegen den Vorwurf der Freiheitsfeindlichkeit verteidigen.¹⁴¹ Die Pointe der ordoliberalen Rechtstheorie liegt darin, dass rechtsstaatliche Prinzipien nicht nur im Verhältnis zum Staat, sondern auch im Verhältnis der privaten Akteure zueinander zur Geltung kommen!¹⁴² Wettbewerbsbeschränkungen von Marktakteuren waren – und sind – eine der wichtigsten Ursachen von Marktversagen. Sie sind aber nicht zwangsläufig die einzigen. Die Entwicklung kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsätze belegt, dass das Recht auch auf andere Gründe von Marktversagen (Informationsasymmetrien, ungleiche *bargaining power* und Vertrauensschutzerwartungen von Anlegern) mit präsumtiven oder absoluten Gleichbehandlungspflichten reagiert.¹⁴³ Es wäre dann die Aufgabe einer modernen Konzeption der „Privatrechtsgesellschaft“, die Gleichbehandlungsgebote in das Konzept zu integrieren, sie als „Freiheitserhaltungsrecht“ ernst zu nehmen und nicht *a limine* abzulehnen.¹⁴⁴ Dafür bietet sich das Rechtfertigungsmodell als beste Konstruktionsmöglichkeit des Konflikts von Gleichheit und Freiheit an. Offen bleibt damit die Frage, ob eine Privatrechtsgesellschaft, die den Markt als einzig relevanten Steuerungsmechanismus der Gesellschaft begreift, überhaupt in der Lage ist, Freiheit *gesellschaftsweit* und nicht nur im Wirtschaftssystem *effektiv* herbeizuführen.¹⁴⁵

137 Vgl. dazu die Kritik bei *Stolleis*, Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 500 ff sowie *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 57.

138 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 16.

139 Vgl. nur den Titel des Beitrags von *Zöllner*, JuS 1988, 329. Zur politischen Funktion des Privatrechts siehe auch *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 164, nachdrücklich auch *Wietbölder*, Rechtswissenschaft, 1968, 179-181 und passim; zur kritischen Einordnung dieses Ansatzes *Laudenklos/Rohls/Wolf*, Resümee, in: Rückert, Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, 1997, 315, 315 ff.

140 Zutreffend *Köndgen*, Selbstbindung, 1981, 134.

141 *Grundmann*, Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 120 f.

142 Zutreffend erkannt von *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 188 f.

143 Dazu oben § 5 III 1.

144 Deutlich gesehen von *Grundmann*, Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 120 f.

145 Eingehende Kritik dazu bei *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 201 ff.

(3) Rechtfertigungsmodell

Im Rechtfertigungsmodell wird der Konflikt zwischen Gleichbehandlung und negativen Freiheiten als Rechtfertigungsproblem rekonstruiert: Die Ausübung von Freiheitsrechten *kann* eine damit verbundene Ungleichbehandlung rechtfertigen. Grundlage dafür ist ein Rechtfertigungscontinuum, das von dem Verweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten einerseits bis hin zum strikten Ausschluss jeder Differenzierungsmöglichkeit reicht.¹⁴⁶ Ausschlaggebend für die Kontrolldichte ist der jeweilige Kontext der eigentlichen Konfliktsituation. Das ermöglicht es, den entscheidenden Gegenstand der aufzulösenden Kollision präzise zu beschreiben: Gestritten wird um ganz konkrete Begrenzungen gesellschaftlicher Autonomiebereiche. Diese Übersetzung abstrakter Prinzipienkollisionen in sich widersprechende Herrschaftsbereiche ist notwendig, um den gesellschaftlichen Konflikt juristisch zutreffend beschreiben zu können.¹⁴⁷

Das Rechtfertigungsmodell ist Ausdruck einer öffentlichkeitsbezogenen Konzeption von Privatrecht. Es beruht auf der Vorstellung, dass Privatrecht, verfassungsrechtlich verankerte Gleichbehandlungsgrundsätze und der Grundsatz, ein gleich freier Akteur in allen Teilsystemen der Gesellschaft zu sein, im Zusammenhang stehen. Das ist ein explizit politisches Verständnis von Privatrecht. Dieses wird als ein System aufgefasst, dessen wesentliche Aufgabe darin liegt, formale und materiale Freiheit und Gleichheit aller Personen in einem ständig reformfähigen und reformnotwendigen Prozess zu sichern. Der Markt als zentraler Begriff des Wettbewerbssystems und das Privatrecht sind als soziale Institutionen Teile der *basic structure* einer Gesellschaft und als solche primärer Regelungsgegenstand von Gerechtigkeits- und Gleichheitsanforderungen.¹⁴⁸ „Die Souveränität des Zivilrechts“¹⁴⁹ – das ist eine demokratietheoretisch unhaltbare These. Beide Institutionen basieren auf der freiwilligen Interaktion der Beteiligten. Diese Ausübung von Freiheit kann man daher in einer „Privatrechtsgesellschaft“ als „das normative Referenzkriterium für Regelordnungen betrachten [...], die das Zusammenleben von ‘gleich freien und gleich berechtigten’ Personen ordnen sollen.“¹⁵⁰ Das setzt zugleich einen Maßstab voraus, der es uns erlaubt, festzustellen, „when agreements are free and the social circumstances under which they are reached are fair.“¹⁵¹ Zugleich müssen wir davon ausgehen, dass die Summe der erfolgten unabhängigen Transaktionen mit der Zeit Gerechtigkeitsprobleme

146 Dazu gleich unter § 7 IV 3.

147 Siehe dazu *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166, 173.

148 Dazu grundlegend *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 6 ff; *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 265 ff.

149 *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 209.

150 *Vanberg*, Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 131, 138.

151 *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 266.

aufwirft, auch wenn der Ausgangszustand optimal gewesen wäre.¹⁵² Es bedarf daher einer institutionellen Arbeitsteilung zwischen der Grundstruktur einer Gesellschaftsordnung und den Normen, die das Verhältnis der Privaten untereinander regeln. Nur wenn sichergestellt ist, dass in der Grundstruktur ein Hintergrundsystem der Gerechtigkeit verankert ist, können die einzelnen Personen ihre subjektiven Präferenzen als gleich freie verfolgen.¹⁵³ Diese Arbeitsteilung ist im Regelfall notwendig, weil eine Ausgleichsteuerung im individuellen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ökonomisch und rechtlich nicht sinnvoll möglich ist.¹⁵⁴ Das gilt nicht für die Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs. Da die individuelle Ungleichbehandlung dort ihre Ursache hat, ist es konsequent, dort die Mechanismen zu ihrer Rechtfertigung und – falls nicht rechtfertigungsfähig – zu ihrer Beseitigung zu verankern. Es ist daher im Grundsatz möglich, Gerechtigkeitsprinzipien der Grundstruktur auf die sozialen Beziehungen privater Akteure anzuwenden.¹⁵⁵ Der Kern dieser Gerechtigkeitskonzeption ist eine öffentliche Rechtfertigung mit Gründen, die von allen Akteuren als freien und gleichen autonomen Personen geteilt werden kann.¹⁵⁶ Dieses Verständnis ist eine Herausforderung für das prinzipiell geschlossene Recht. Es bedarf daher einer eingehenden Begründung dafür, warum und wie diese außerrechtlichen Erwägungen zum Inhalt des Rechts werden können. Ich komme dieser Aufgabe unter § 8 II nach, wo ich ein Modell juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit entwickle, das es erlaubt, diese Anforderungen von Gerechtigkeit in das Recht einzuführen.

3. Rechtfertigungskontinuum

a) Eine freiheitsrechtliche Konzeption der Rechtfertigung

Nach der mittlerweile klassischen Formel des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.¹⁵⁷ Damit gilt für die Kontrolldichte eine *einheitliche* Rechtfertigungsskala, in deren Mittelpunkt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht.¹⁵⁸ Selbst wenn man vom Willkürverbot als Grundtatbestand ausgeht,¹⁵⁹ kann man

¹⁵² Rawls, Political Liberalism, 2005, 266 f.

¹⁵³ Rawls, Political Liberalism, 2005, 268 f.

¹⁵⁴ Rawls, Political Liberalism, 2005, 267.

¹⁵⁵ Zurückhaltend noch Rawls, Justice as Fairness, 2001, 11 f; deutlicher aber – mit speziellem Focus auf die Familie Rawls, 64 U. Chi. L. Rev. 765, 787-794 (1997).

¹⁵⁶ Siehe Forst, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 128 ff.

¹⁵⁷ Grundlegend BVerfGE 88, 87, 96.

¹⁵⁸ Kritisch zum Einsatz der Verhältnismäßigkeit aber Heun in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 26 ff.

¹⁵⁹ Bryde/Kleindiek, Jura 1999, 36, 37 f.

die Verhältnismäßigkeitsprüfung als eine im Willkürverbot angelegte Steigerung der Prüfungsintensität konstruieren.¹⁶⁰ Andererseits erlaubt es die Elastizität der gleichheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die dem Willkürmaßstab vorbehaltenen Fallgruppen zu integrieren.¹⁶¹ Verhältnismäßig können nämlich nur Differenzierungen sein, die geeignet sind, dem Differenzierungsziel zu dienen. Das setzt voraus, dass es sich um sachliche, also rational nachvollziehbare Gründe handelt. Willkürliche Differenzierungen können daher niemals geeignet sein.¹⁶² Die Willkürprüfung markiert das untere Ende der Prüfungsskala,¹⁶³ die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG markieren das obere Ende¹⁶⁴. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt sich im Wesentlichen ebenfalls nach diesem Modell rekonstruieren.¹⁶⁵ Zu erinnern ist, dass dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerade im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht eine herausragende Rolle zukommt.¹⁶⁶

Das verfassungsrechtliche Modell darf nicht unmodifiziert auf einen zwischen *Privaten* anwendbaren Gleichbehandlungsgrundsatz übertragen werden. Vom Staat als Grundrechtsadressaten kann man verlangen, dass er *jede* Differenzierung mit sachlichen Gründen rechtfertigt. Adressiert man Gleichbehandlungspflichten an Privatrechtssubjekte, muss man berücksichtigen, dass sie auch Grundrechtsträger sind. Misst man den Privaten an *denselben* Rechtfertigungsmaßstäben, wie sie für den Staat gelten, zerstörte das die freiheitsrechtlich abzusichernde und abgesicherte Privatautonomie. Insoweit hatte *Dürig* Recht.¹⁶⁷ Der durchgängige Fehler der Debatte zur „Drittwirkung“ des Art. 3 Abs. 1 GG besteht aber darin, dass sie von *gleichen* Begründungsanforderungen Privater ausgeht.¹⁶⁸ Wer dennoch für Gleichbehandlungspflichten eintritt, ist dann gezwungen, mit dem Tatbestandsmodell zu arbeiten.¹⁶⁹ Das gilt beispielsweise für *Bachmann*: Obwohl er von einer Gleichbehandlungspräsomption ausgeht, sieht er sich gezwungen, ihren Anwendungsbereich aufgrund konkurrierender freiheitsrechtlicher Wertungen einzuengen.¹⁷⁰ Der Grund dafür ist offensichtlich: Die Geltung und Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Private wird schon

160 Kischel in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 29.

161 Brünig, JZ 2001, 669, 673; in der Sache auch Osterloh in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 33.

162 Michael, JuS 2001, 148, 153.

163 Brünig, JZ 2001, 669, 673.

164 Vgl. Bryde/Kleindiek, Jura 1999, 36, 42 f.

165 Vgl. dazu näher Damm, Menschenwürde, 2006, 351 ff.; Graser in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GRC Rn. 4 ff.; Jarass, Charta der Grundrechte, 2010, Art. 20 Rn. 13 ff.; Hölscheidt in: Meyer, Grundrechte-Charta, Art. 20 Rn. 16a; zurückhaltender dagegen Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, § 17 Rn. 16.

166 Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, § 17 Rn. 50. Siehe dazu eingehend oben § 6 VI 2 c) (2) und 3 a) (1).

167 Dazu oben § 4 I 2 c).

168 Aus der aktuellen Grundrechtsliteratur vgl. nur Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175 f.; Heun in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 54; zum Problem siehe auch unten § 8 IV 2.

169 Exemplarisch Bachmann, ZHR (170) 2006, 159 ff.

170 Siehe oben § 7 IV 2 b) (2).

im Ausgangspunkt als sehr problematisch angesehen. Darin liegt der größte Irrtum der privat- und öffentlich-rechtlichen Gleichbehandlungsdebatte. Nicht die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wirft freiheitsrechtliche Bedenken auf, sondern die unkritische Übertragung der für den Staat geltenden Rechtfertigungsmaßstäbe auf Private. Die Gefahr für das Freiheitsrecht resultiert nicht aus der Gleichbehandlungspräsumtion, sondern aus der Kontrolldichte von Rechtfertigungen. Rechtstheoretisch und verfassungsdogmatisch gibt es keinen zwingenden Grund für die These einheitlicher Prüfungsmaßstäbe im Verhältnis Bürger-Staat und Bürger-Bürger. Im Gegenteil: Die Existenz der Freiheitsrechte spricht dafür, von *unterschiedlichen* Rechtfertigungsanforderungen auszugehen. Weil der Private Träger subjektiver Freiheitsrechte ist, sind der Staat und private Akteure insoweit nicht vergleichbar. Daraus ziehe ich die notwendigen Konsequenzen und modifiziere die für den Staat geltende Rechtfertigungsskala so, dass sie auf private Normadressaten angewendet werden kann:

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben sich je nach Regelungsbereich und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den ungleich Behandelnden, die von dem bloßen Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten über die Darlegung sachlicher Gründe und einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse bis hin zum strikten Differenzierungsverbot reichen.

Am unteren Ende der Skala ist der Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten angesiedelt. Das Rechtfertigungsmodell geht von einer zweifachen Aufgabe des Rechts aus:¹⁷¹ Einerseits haben wir als „Rechtspersonen“¹⁷² einen Anspruch darauf, als freie und gleiche Personen behandelt zu werden. Dieser Anspruch besteht gerade auch gegenüber gesellschaftlichen Organisationseinheiten, wie Vertragsbeziehungen und Vereinigungen. Das ist die Grundlage der Präsumtion der Gleichbehandlung und dem daraus folgenden Recht auf Rechtfertigung.¹⁷³ Andererseits sind wir auch „ethische Personen“¹⁷⁴ und benötigen für die Herausbildung unserer Identität einen notwendigen Freiraum innerhalb dieser Institutionen, um unseren eigenen und unterschiedlichen ethischen Auffassungen nachgehen zu können. Da sich demokratische Gesellschaften durch eine große Anzahl unterschiedlicher philosophischer, ethischer, religiöser und politischer Anschauungen auszeichnen (Pluralismus)¹⁷⁵, und es daher unterschiedliche ethi-

171 Ich folge hier *Rawls*, *Justice as Fairness*, 2001, 166-168; *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 466-474 (im Anschluss an feministische Kritik, vgl. *Okin*, *Justice*, 1989; *McClain*, 65 S. Cal. L. Rev. 1171 (1992); *Lloyd*, 28 Loy. L. A. L. Rev. 1319 (1995) und *Forst*, *Kontexte*, 1994, 349-362.

172 Dazu *Forst*, *Kontexte*, 1994, 35-54; *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 29-35 spricht von der „politischen Konzeption“ der Person.

173 Dazu im Einzelnen § 8 III 3.

174 *Forst*, *Kontexte*, 1994, 35-54; *Rawls* spricht plastisch von den „nonpolitical attachments and commitments“, *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 31; dazu bereits oben IV 2 b (1).

175 Grundlegend *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 3-4, 36, zum Begriff des „ethischen Pluralismus“ vgl. *Huster*, *Ethische Neutralität*, 2002, 5-10.

sche Konzeptionen des Guten¹⁷⁶ gibt, braucht es einen Bereich, dessen Zugang nur die jeweilige Person nach ihren selbstbestimmten und *nicht rechtfertigungsbedürftigen* Maßstäben kontrolliert.¹⁷⁷ Das Recht muss hier eine Schutzhülle um die ethische Person errichten, die sie vor umzumutbaren Begründungsanforderungen des Rechtfertigungsdiskurses schützt. Der Gesetzgeber kann die Anforderungen an die Rechtfertigungsvoraussetzungen in diesen Fällen sogar auf „Null“ herunterschrauben.¹⁷⁸ Dem geltenden Recht ist diese Differenzierung vertraut. Es formuliert diese dogmatisch zwar nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern als Bereichsausnahme. Ich verweise nur auf das Merkmal der „Öffentlichkeit“ in § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG, das den sachlichen Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots eröffnet und die „besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnisse“ in § 19 Abs. 5 AGG, die klarstellen, dass die eigentliche Privatsphäre den aus dem Benachteiligungsverbot folgenden Rechtfertigungsanforderungen wieder entzieht. Das Rechtfertigungsmodell ist als Strukturmodell des Rechts nicht an die dogmatische Selbstbeschreibung dieser Gründe als Bereichsausnahme gebunden. Entscheidend ist nur, dass es den damit verfolgten Zweck in der Abgrenzung unterschiedlicher Autonomiebereiche zutreffend abbildet. Die Einordnung als Rechtfertigungsgrund mit der geringsten Kontrollichte genügt dieser Anforderung. Daher kann es solche Bereichsausnahmen zum Schutz der ethischen Person als Rechtfertigungsgrund rekonstruieren.

Auf der anderen Seite der Skala stehen Ungleichbehandlungen in der öffentlichen Sphäre, die an verpönte Merkmale anknüpfen. Diese Differenzierungen beeinträchtigen massiv den Anspruch jeder Person, als Gleicher in der Gesellschaft anerkannt zu werden. Der gleiche Status des Einzelnen als Rechtsperson wird damit *prima facie* negiert. Daher kann er von dem Diskriminierenden gute Gründe für die Ungleichbehandlung verlangen. Wer aufgrund verpönter Merkmale differenziert, muss seine Entscheidung daher zunächst gegenüber dem Betroffenen und – falls dieser davon nicht überzeugt werden kann – in einem öffentlichen Verfahren im Einzelnen rechtfertigen. Der Gesetzgeber kann die Rechtfertigungsmöglichkeiten in solchen Fällen auf „Null“ reduzieren.¹⁷⁹ Ein Beispiel dafür ist die Ungleichbehandlung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht.¹⁸⁰ Damit sind die beiden Endpunkte der Rechtfertigungsskala markiert: (a) Das (einfache) Gesetz reduziert die Rechtfertigungsanforderungen zum Schutz der ungleich behandelnden ethischen Person auf

176 Vgl. zur Erläuterung dieser Begriffe Forst, Kontexte, 1994, 52–54.

177 Vgl. zum Begriff der Zugangskontrolle Rössler, Wert des Privaten, 2001, 21 f.; näher zum Ganzen unten § 8 III 3 b).

178 Siehe dazu unten § 7 IV 3 b).

179 Dazu unten § 7 IV 3 c) (3).

180 Siehe oben § 6 VI 3 f).

„Null“. (b) Das (einfache) Gesetz reduziert die Anzahl möglicher Rechtfertigungsgründe zum Schutz der ungleich behandelten Rechtsperson auf „Null“.

Dazwischen liegt ein Rechtfertigungsspektrum, in dem die Begründungsanforderungen kontinuierlich ansteigen. Das Rechtfertigungsmodell reagiert damit auf die unterschiedlichen „Kontexte der Gleichheit“ im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und privatem Handeln einerseits und innerhalb des öffentlichkeitsbezogenen Handelns andererseits. Die Spannung zwischen den negativen Freiheiten und den Gleichheitsansprüchen resultiert aus dem konkreten gesellschaftlichen Konflikt. Daher muss ihre Auflösung auch an die dort maßgeblichen Umstände anknüpfen. Die Untersuchung des geltenden Rechts hat ergeben, dass sich mehrere Kategorien bilden lassen:¹⁸¹ jeder sachliche Grund („Willkürverbot“), Fallgruppen, in denen das Spektrum möglicher Gründe abschließend benannt wird und das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht, bei dem die Zulässigkeit der Anknüpfung an bestimmte Merkmale ausgeschlossen wird und sie daher als Rechtfertigungsgründe ausscheiden. Das Rechtfertigungsmodell versteht diese Kategorien als Beschreibungen typischer Fallgruppen. Sie sind nicht abschließend und schotten sich nicht voneinander ab. Charakteristisch für das Rechtfertigungsmodell ist die Vorstellung, dass der einschlägige Rechtfertigungsmaßstab kontextabhängig zu ermitteln ist. Je gleichheitssensitiver und freiheitsintensiver die konkrete Ungleichbehandlung ist, desto erheblicher werden Prüfungsanforderungen.

Das Wettbewerbsrecht liefert dafür ein überzeugendes Beispiel:¹⁸² Im Anwendungsbereich des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB gilt eine Präsomption der Gleichbehandlung. Innerhalb dieser Struktur ist die Ausübung der Privatautonomie des marktmächtigen Unternehmens auf der Rechtfertigungsebene angesiedelt. Dabei differenzieren die Kontrollmaßstäbe erheblich. Am unteren Ende stehen die Fälle, in denen es ausreicht, dass sich der Normadressat auf seine Vertragsfreiheit beruft, ohne dafür weitere Gründe nennen zu müssen. Das Unternehmen muss die in der Geschäftsverweigerung liegende Ungleichbehandlung nicht mit betrieblichen und unternehmerischen Gesichtspunkten rechtfertigen. Der Hinweis auf die Vertragsbegründungs- oder -beendigungsfreiheit genügt. Die Rechtfertigungsanforderungen steigen, wenn zu der schlichten Vertragsverweigerung besondere Umstände hinzutreten, angesichts derer die Ungleichbehandlung die zu sichernde Freiheit des Wettbewerbs gefährdet. Diese „besonderen Umstände“ führen also dazu, dass die schlichte Berufung auf die Ausübung von Privatautonomie die Ungleichbehandlung nicht mehr rechtfertigen kann. Ein solcher Umstand liegt vor, wenn die Marktgegenseite von dem Angebot des Normadressaten abhängig ist: Mit zunehmender Abhängigkeit steigen die Anforderungen an die Rechtfertigung und daher an die Schutzwürdigkeit der vom Normadressaten verfolgten Belange.

181 Dazu oben § 7 I 1 und unten § 7 IV 3 b)-e).

182 Dazu oben § 5 IV 1, 3 b) und c) (4).

Der Normadressat ist dann gezwungen, seine Entscheidung mit konkreten Gründen zu rechtfertigen, die vom Gericht vollumfänglich auf ihre inhaltliche Überzeugungskraft und auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft werden.

Willkürprüfung und Verhältnismäßigkeitsprüfung können also ineinander übergehen. Dabei ist es letztlich eine rein terminologische Frage, ob man zwischen den Kategorien des sachlichen Grundes – der Willkürprüfung – einerseits und der Verhältnismäßigkeitsprüfung andererseits weiterhin unterscheiden will oder von einer einheitlichen Konstruktion ausgeht. Man kann dann entweder formulieren, die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist im Willkürverbot angelegt, weil jenes stets einen einleuchtenden oder zureichenden Grund voraussetzt. Oder man glaubt, die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist elastisch genug, um die Kontrolldichte für die Fallgruppen des Willkürverbots zu modifizieren. Ich schlage eine davon begrifflich, nicht aber inhaltlich, abweichende Struktur vor. Ausgangspunkt der Rechtfertigungsskala ist der „elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard“.¹⁸³ Danach ist eine Ungleichbehandlung erlaubt, wenn sie in einer rationalen Beziehung zum Differenzierungszweck steht. Dafür müssen zwei Fragen positiv beantwortet werden: (1.) Ist der mit der Differenzierung verfolgte Zweck gleichheitsrechtlich legitim? (2.) Ist die Differenzierung geeignet, den Zweck der vorgenommenen Ungleichbehandlung zu verwirklichen? Das ist der Fall, wenn das Differenzierungskriterium an die Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen anknüpft, die den Grund der Ungleichbehandlung bilden. Dieser Rationalitätsstandard wird kontextabhängig und bereichsspezifisch von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt, die den ungleich Behandelnden im Interesse des ungleich Behandelten mit zwei zusätzlichen Rechtfertigungskriterien belastet: (3.) Ist die vorgenommene Differenzierung auch erforderlich? Das ist der Fall, wenn keine weniger belastende Differenzierung zur Verfügung steht¹⁸⁴ und sie nicht weiter reicht als es der Differenzierungsgrund rechtfertigt. (4.) Ist die Ungleichbehandlung angemessen? Maßgeblich ist, ob der Differenzierungsgrund gewichtig genug ist, die konkrete Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Bei einer primär personenbezogenen Ungleichbehandlung müssen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht zwischen der ungleich behandelten Person oder Personengruppe und der anders behandelten Person bzw. Personengruppe vorhanden sein, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

Die Rechtfertigungsstruktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat die Ausübung von Freiheitsrechten zu berücksichtigten. Das Prinzip personaler Gleichheit muss also auf abstrakter Ebene ein Modell anbieten, das es erlaubt, Freiheit und Gleichheit zusammenzudenken. Das Vorrangmodell geht auf dieser Ebene

183 Zu Begriff und Inhalt *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 309 ff und unten § 7 IV 3 b).

184 Kritisch dazu *Michael*, JuS 2001, 148, 154, dessen Einwände sich aber mit der Frage der Einschätzungsprärogative vermengen.

von einer unversöhnlichen Dichotomie von Freiheit und Gleichheit aus und löst damit gesellschaftliche Konflikte *in dubio pro libertate*. Das überzeugt nicht, weil Freiheitsrechte in einer liberalen Rechtsordnung nicht die einzigen Rechte sind, die zählen.¹⁸⁵ Denselben Ansatz verfolgt im Kern auch das Tatbestandsmodell, weil es Zugangsbarrieren zur Gleichheitspräsumtion errichtet und dem ungleich Behandelten damit das Recht auf Rechtfertigung verweigert. Das Rechtfertigungsmodell geht dagegen auf prinzipieller Ebene von einer Gleichursprünglichkeit beider Grundsätze aus: „Freiheit braucht Gleichheit zu ihrer inhaltlichen Bestimmung und prozeduralen Rechtfertigung. Gleichheit braucht Freiheit um der gleichen Achtung der Autonomie der Individuen willen.“¹⁸⁶ Diese Auflösung der abstrakten Prinzipienkollision spiegelt sich auf der Ebene des konkreten gesellschaftlichen Konflikts wieder: Die negativen Freiheitsrechte des ungleich Behandelnden zwingen zur kontextsensitiven Kontrolldichte. Das wirkt sich bei der Inhaltsbestimmung des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards aus. Dieser orientiert sich maßgeblich an den vom ungleich Behandelnden selbstbestimmt gesetzten Zwecken. In den Fällen, in denen die tatsächliche Verwirklichung *gleicher* Freiheit der beteiligten Privatrechtssubjekte aufgrund der freiheitsbeschränkenden Wirkung der Ungleichbehandlung oder ihrer Anknüpfung an verpönte Merkmale erheblich gefährdet ist, intensiviert sich die Kontrolldichte. Sie sinkt dagegen, wenn der Schutz der Freiheit ohne eine Rücknahme von Rechtfertigungspflichten zur leeren Hülle würde.

b) Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard

Das Sachlichkeitsgebot ist der klassische Rechtfertigungsmaßstab für Ungleichbehandlungen Privater, die keine Diskriminierungen oder erhebliche Einschränkung (wettbewerblicher) Freiheiten sind.¹⁸⁷ Ich werde diese Fallgruppe als „sonstige Ungleichbehandlung“ bezeichnen. Danach muss eine rationale Beziehung bestehen zwischen der sonstigen Ungleichbehandlung als Mittel zur Erreichung eines Regelungszwecks. Eine nicht rationale Beziehung zwischen Regelungsmittel und -zweck ist nicht geeignet, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.¹⁸⁸ *Somek* bezeichnet diesen Zusammenhang zutreffend als den „elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard“.¹⁸⁹ Seine Pointe „besteht darin, die Ungleichbehandlung immer dann zu verbieten, wenn sie die Position des einzigen Zwecks einnimmt“¹⁹⁰. Es muss daher mindestens *einen* Zweck geben, der die Un-

185 *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 448-449 (2009).

186 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 294; dem folgt beispielsweise *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 449-450 (2009); ausführlich zum Problem unten § 8 II 4.

187 Siehe dazu die Zusammenfassung oben § 7 I 1 a).

188 Vgl. *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 152 f.

189 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 310 ff.

190 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 311.

gleichbehandlung tragen kann.¹⁹¹ Dabei ist zwischen instrumentalen und intrinsischen Ungleichbehandlungen zu unterscheiden:¹⁹² Bei der instrumentalen Ungleichbehandlung muss man fragen, ob der gesetzte externe Zweck die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann. Das ermöglicht es, die weitere Prüfung anhand einer Zweck-Mittel-Relation vorzunehmen.¹⁹³ Intrinsische Ungleichbehandlungen zwingen zur Differenzierung: Handelt es sich um eine sonstige Ungleichbehandlung kommt es nur darauf an, ob die Handlungsgründe für die Klassifikation als solche schutzwürdig sind. Möglich ist nur eine „Entsprechungsprüfung“.¹⁹⁴ Der ungleich Behandelnde muss in diesen Fällen nur seinen Gerechtigkeitsmaßstab darlegen und begründen, dass die konkrete Ungleichbehandlung diesem Maßstab entspricht.¹⁹⁵ Handelt es sich dagegen um eine intrinsische Diskriminierung, bietet das verpönte Diskriminierungsmerkmal den Referenzpunkt für eine Zweck-Mittel-Relation. Im Unterschied zur instrumentalen Diskriminierung geht es aber nicht um die Beziehung zwischen der Ungleichbehandlung und einem davon zu unterscheidenden externen Zweck. Ausschlaggebend ist das Verhältnis zwischen der Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal und dem mit ihr verfolgten internen (intrinsischen) Zweck.

In allen drei Fällen beruht der Test auf der normativen Prämisse, dass der Handelnde eine rationale Person ist.¹⁹⁶ Das Modell geht davon aus, dass die Person sich externe oder interne Zwecke setzen kann, die mit der Ungleichbehandlung zu erreichen sind. Die Selektion der Regelungsziele ist Freiheitsausübung und fällt daher in die Kompetenz des handelnden Privatrechtssubjekts. Darin liegt ein gravierender Unterschied zur Bindung des Staates an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Der Staat kann mit einer Differenzierung zumindest im theoretischen Ausgangspunkt systemkonforme (interne) Gerechtigkeitserwä-

191 Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 312 f.

192 Näher oben § 6 IV 1 c).

193 Vgl. Kischel, AöR 124 (1999), 175, 191 f.

194 Grundlegend Huster, Rechte und Ziele, 1993, 165 ff, 225 ff; siehe auch Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 75 ff, 87 ff; ihm folgt Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1512 f. Die Prüfung erfolgt dort aber auf der Ebene der Ungleichbehandlung, während sie hier auf der Rechtfertigungsebene angesiedelt ist, vgl. Kischel, AöR 124 (1999), 175, 191 f; Kischel in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 37 ff.

195 Huster, Rechte und Ziele, 1993, 174.

196 Zum Begriff Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 123 ff; Rawls, Justice as Fairness, 2001, 6 f; Rawls, Political Liberalism, 2005, 48 ff. Daraus wird klar, dass damit nicht nur der *homo oeconomicus* des methodologischen Individualismus (REM-Hypothese) neoklassischen Denkens (dazu Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, 95 ff; Leistner, Richtiger Vertrag, 2007, 26 ff) gemeint ist.

gungen oder externe Nützlichkeitserwägungen verfolgen.¹⁹⁷ Diese Unterscheidung fällt im privatrechtlichen Kontext weg. Mit der Differenzierung verfolgt der private Akteur selbstbestimmte Präferenzen nicht-wirtschaftlicher oder wirtschaftlicher Art oder er berücksichtigt fremde Präferenzen, weil er damit den Status seiner Gruppe sichert¹⁹⁸ oder darin substantielle Vorteile sieht. Seine Entscheidung ist primär die Ausübung selbstbestimmter Freiheit. Daraus folgt, dass das Recht dem privaten Akteur die Kompetenz zuweist, den Differenzierungszweck festzulegen: Er bestimmt bei instrumental Ungleichbehandlungen den externen Zweck und bei intrinsischen Ungleichbehandlungen den internen Zweck. Daraus folgt für die sonstige Ungleichbehandlung, dass aus der Zweckfestlegungskompetenz auch die Kompetenz zur Determinierung des anzuwendenden Gerechtigkeitsmaßstabs folgt. Anhand des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes lässt sich dieser Zusammenhang demonstrieren:¹⁹⁹ Grundsätzlich hat es der Arbeitgeber in der Hand, den Zweck und Umfang einer freiwilligen Leistung selbst zu bestimmen. Dem Arbeitgeber steht es nämlich frei, ob er diese Leistungen gewähren will. Innerhalb des elementaren Rationalitätsstandards kann im Ausgangspunkt jeder selbstgesetzte Grund die Ungleichbehandlung legitimieren. Darin liegt die wichtigste Konsequenz der freiheitsrechtlichen Konzeption des Rechtfertigungsmodells.

c) Gesteigerte Kontrolldichte zum Schutz gleicher Freiheit

Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätstest wird um das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweitert, wenn die Ungleichbehandlung erhebliche Auswirkungen auf die tatsächliche Ausübung gleicher Freiheit des davon Betroffenen hat. Die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe steigen, je stärker die Ungleichbehandlung auf den Freiheitsgebrauch des ungleich Behandelten einwirkt.²⁰⁰ Das Wettbewerbsrecht ist sehr sensibel für diese Zusammenhänge. Ich erinnere an das bereits oben vorgestellte Beispiel der Geschäftsverweigerung und den dabei anzuwendenden strengen Prüfungsmaßstab, wenn das abhängige Unternehmen auf die Leistung des marktmächtigen Unternehmens angewiesen ist.²⁰¹

197 Grundlegend auch hier *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 165 ff; *Huster*, JZ 1994, 541, 543 f; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 85 im Anschluss an die Unterscheidung von *principle* und *policy* bei *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 22 ff. *Huster* zieht daraus auch dogmatische Konsequenzen für den Tatbestand der Ungleichbehandlung, deren Überzeugungskraft im *verfassungsrechtlichen Kontext* umstritten ist, siehe ablehnend *Heun* in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 29; differenzierend dagegen *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 195 ff; zustimmend *Englisch* in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, Art. 3 Rn. 26 ff.

198 Zum Zusammenhang von Diskriminierung und Statussicherung bereits oben § 6 I 2.

199 Näher dazu oben § 5 I 4 c).

200 Zur verfassungsrechtlichen Parallele *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 97 ff.

201 Siehe oben § 7 IV 3 a).

Ein anderes Beispiel für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB. Für marktmächtige Unternehmen ist Gleichbehandlung der Grundsatz und Ungleichbehandlung die Ausnahme.²⁰² Der Rechtfertigungsvorgang besteht aus drei Stufen,²⁰³ die sich als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips rekonstruieren lassen: (1.) Auf erster Stufe werden die legitimen Gründe des Normadressaten ermittelt. Dazu zählen alle unternehmerischen Erwägungen. Allerdings akzeptiert das Recht nicht jede selbstbestimmte Zwecksetzung. Die Interessen des Handelnden, die schon im Ausgangspunkt gegen die Wertungen des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts oder gegen gesetzliche Verbote verstoßen, können keine legitimen Gründe einer Ungleichbehandlung sein.²⁰⁴ Darin liegt also eine der Gleichbehandlungsprüfung vorgegebene Beschränkung der Zweckfestlegungskompetenz des privaten Akteurs. Die freiheitsrechtliche Konzeption des Rechtfertigungsmodells erlaubt es damit, *freiheitsrechtliche* Schranken der Selbstbestimmung unproblematisch in die Prüfung der Zwecklegitimität zu integrieren. (2.) Die vorgenommene Differenzierung des Unternehmens muss geeignet sein, diese Interessen zu fördern. (3.) Die Ungleichbehandlung und die damit verbundene Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit der betroffenen Unternehmen muss erforderlich sein, um das wettbewerbskonforme Ziel zu erreichen. Die Ungleichbehandlung ist insbesondere dann unangemessen, wenn keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten der diskriminierten Unternehmen bestehen. Der jeweilige Wettbewerbskontext verlangt also eine Intensivierung der Kontrolldichte: Treten zu der schlichten Vertragsverweigerung zusätzliche oder besondere wettbewerbsrelevante Umstände hinzu, genügt der Hinweis auf die Vertragsabschlussfreiheit nicht mehr. Stattdessen muss das marktmächtige Unternehmen seine Entscheidung im Einzelnen rational begründen und darlegen, warum es die schutzwürdigen Differenzierungsinteressen nur mit der Ungleichbehandlung erreichen kann. Gemeinsam ist den „besonderen“ Umständen, die zur strengeren Rechtfertigungsprüfung führen, dass es sich um Situationen handelt, in denen die „Entmachtungsfunktion“ des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist. Im Interesse der Chancengleichheit aller Unternehmen unterwirft das Gesetz Diskriminierungen des Normadressaten einer strengeren Prüfung, um damit die gleiche wettbewerbliche Freiheit aller Akteure herzustellen.

Ein anderes Beispiel findet sich beim allgemeinen Kontrahierungszwang und der dort diskutierten Frage, ob und inwieweit der Anspruchsteller auf die ihm ungleich verweigerte Leistung angewiesen sein muss.²⁰⁵ Darin verwirklicht sich die Dialektik der hier vorgestellten freiheitsrechtlichen Rechtfertigungskonzepti-

202 Einzelheiten oben § 5 IV 3 b).

203 Siehe § 5 IV 3 c) (4).

204 § 5 IV 3 c) (4) aa).

205 Siehe § 5 VI 2 b) (5).

on: Sie respektiert einerseits die selbstbestimmte Zwecksetzung des Differenzierungsgrundes und wahrt damit die Eigenrationalität innerhalb der jeweiligen sozialen Kommunikation. Andererseits werden die expansiven Tendenzen dieser Eigenrationalitäten vom Grundversprechen des Rechts auf gleiche Freiheit begrenzt. Dieses Grundversprechen ist dann gefährdet, wenn die Privatautonomie als Steuerungsinstrument zur Abgrenzung gesellschaftlicher Autonomieräume versagt. Ökonomisch gesprochen tritt dieser Fall immer bei einem Marktversagen auf.²⁰⁶

Mit dieser Erwägung lassen sich auch die Fallgruppen erklären, in denen der Katalog einschließender Gründe vom Gesetzgeber reduziert wird. Ein Beispiel dafür ist die Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen. Das marktherrschende Unternehmen kann diese nur mit den in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB abschließend aufgezählten Kriterien sachlich rechtfertigen. Je gravierender das Marktversagen ist, desto strenger werden also die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe. Daher kann die Anzahl zulässiger Differenzierungsgründe auch „auf Null“ gesenkt werden. Dann lässt sich überhaupt kein sachlicher Grund für eine Differenzierung mehr finden. Man spricht dann vom Gebot absoluter Gleichbehandlung. Beispiele dafür sind die besonderen Gleichbehandlungsgrundsätze im Verbandsrecht oder im Kapitalmarktrecht: Eine mögliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung einzelner Aktionäre bei der Zuteilung von Aktien nach einer Kapitalerhöhung schließt § 186 Abs. 1 S. 1 AktG aus. Er reduziert die Anzahl zulässiger Gründe auf „Null“. Genauso lässt sich auch der Grundsatz gleicher Partizipation aller Wertpapierinhaber bei Übernahme- und Pflichtangeboten (§§ 29 ff, 35 ff WpÜG) interpretieren. Beim Vor-, Parallel- und Nacherwerb schließt das Gesetz die Möglichkeit sachlicher Gründe für eine Ungleichbehandlung aus.²⁰⁷

Diese Beispiele zeigen, dass die Einschätzung, ob überhaupt ein relevantes Marktversagen vorliegt und wie gravierend dieses ist, durchaus unterschiedlich ausfallen kann. Gerade im Übernahmerecht wird die Entscheidung des Richtliniengebers und des Gesetzgebers aus ökonomischer Perspektive kontrovers diskutiert.²⁰⁸ Die Entscheidung des Gesetzgebers zur absoluten Gleichbehandlung ist daher Ausdruck einer *policy* und nicht eines *principle*.²⁰⁹ Das Rechtfertigungsmodell respektiert diesen Unterschied. Daher ist beim Vorliegen eines Marktversagens die Anzahl zulässiger Rechtfertigungsgründe nur dann auf Null reduziert, wenn sich diese Aussage dem (einfachen) Recht entnehmen lässt.

206 Zutreffend dazu *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 168 ff.

207 Einzelheiten unter § 5 III 4 b) (2).

208 Dazu oben § 5 III 4 a).

209 Ich verwende die Begriffe hier iSv *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 22 ff, 82 ff.

d) Diskriminierungsmerkmale als Anknüpfungsverbote

Besonders sensibel muss das Rechtfertigungsmodell auf die spezifisch gleichheitsrechtliche Gefährdung reagieren, die von der Anknüpfung an verpönte Merkmale ausgeht. Dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz kommt eine korrigierende Funktion im Verhältnis zum elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard zu.²¹⁰ Die vom Nichtdiskriminierungsprinzip erfassten Gründe sind „ausschließende Gründe“.²¹¹ Eine darauf gestützte (unmittelbare Diskriminierung) oder bestimmte Individuen in besonderer Weise treffende (mittelbare Diskriminierung) Begründung einer Ungleichbehandlung kann sich nicht mehr ausschließlich auf die selbstbestimmte Zwecksetzung berufen.²¹² Die besonderen Diskriminierungsverbote bewirken eine strengere Kontrolldichte. Ich erinnere in diesem Zusammenhang an den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.²¹³ Knüpft der Arbeitgeber an ein verpöntes Merkmal an, führt das nicht dazu, dass ein sachlicher Grund ganz entfällt. Das wäre nur der Fall, wenn es sich um ein absolutes Unterscheidungsverbot handeln würde, das jede Anknüpfung daran auch im Ergebnis verbietet. Die Anknüpfung zwingt aber dazu, den elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ergänzen. Daneben besteht die Möglichkeit, dass das (einfache) Recht den Katalog legitimer sachlicher Gründe, mit denen die Differenzierung im Ausgangspunkt gerechtfertigt werden könnte, beschneidet. Ein Beispiel dafür sind die im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht bestehenden Rechtfertigungseinschränkungen einer Altersdiskriminierung. Diese kann nur mit sozialpolitischen Zwecken oder mit konkreten beruflichen Anforderungen gerechtfertigt werden.²¹⁴ In den übrigen Fällen, in denen das einfache Recht keine qualitativen Anforderungen an den legitimen Grund stellt, ist der vom Arbeitgeber bestimmte Differenzierungszweck maßgeblich. Dieser muss dann seinerseits erforderlich und angemessen sein.

e) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt also in zwei Fallgruppen eine wichtige Aufgabe im Rechtfertigungsmodell zu. Auf die Einzelheiten der Prüfung bin ich im Zusammenhang mit dem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht bereits aus-

210 Ausführlich dazu *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 314 ff (auf Grundlage eines deutlich weiter konzipierten Nichtdiskriminierungsprinzips).

211 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 212 (dessen Interpretation allerdings vor seinem weiten Antidiskriminierungsprinzip zu lesen ist).

212 Zur verfassungsrechtlichen Parallele *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 91 ff.

213 Details oben § 5 I 4 c).

214 Dazu oben § 6 VI 2 c) und d).

föhrlich eingegangen.²¹⁵ Die dort vorgestellte Struktur ist in der Sache auf alle einschlägigen Sachverhalte zu übertragen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist eine Regel zur Auflösung von Normkollisionen.²¹⁶ Seine Geltung auch in privatrechtlichen Beziehungen ist allerdings keine Selbstverständlichkeit. Nach klassischer Auffassung hat er nur eine geringe Bedeutung im Zivilrecht.²¹⁷ Diese These ist in jüngerer Zeit aus privatrechtlicher Perspektive überzeugend widerlegt worden.²¹⁸ Als Meta-Regel kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz normtheoretisch insbesondere zur Auflösung der Interessenkollision eingesetzt werden, die bei der Ausübung negativer Freiheiten und dem Gleichbehandlungsinteresse im Privatrecht entstehen. „Fordern beide Positionen im zu entscheidenden Fall gleichermaßen Geltung, und liegt keine gesetzliche Konfliktlösung vor, so fordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Gewichtung und Abwägung der jeweiligen Interessen im Einzelfall und ordnet dementsprechend für diesen Fall den Vorrang der einen oder der anderen Position an“²¹⁹. Um diese Kollisionsregel kommt man auch dann nicht herum, wenn man die Kollisionslage zutreffend im konkreten gesellschaftlichen Konflikt sieht.²²⁰ Wer sich auf Gleichbehandlungsansprüche stützt und eine Diskriminierung behauptet, beansprucht vom anderen die positive Anerkennung seines Autonomieraums. Das geht über die Forderung nach Toleranz hinaus.²²¹ Mit der geforderten Anerkennung begehrt er gleichzeitig vom anderen, dass dieser seine Freiheiten in einer bestimmten Art – nämlich gleichheitskompatibel – ausübt. Damit kommt es unweigerlich zur Kollision gesellschaftlicher Autonomieräume. Das Prinzip personaler Gleichheit fungiert hier als Kompatibilitätsinstrument. Sein Ziel ist es, die Koordination dieser Autonomiebereiche unter Berücksichtigung der gleichen Freiheit der Akteure und vor dem Hintergrund der Auswirkungen realer Marktprozesse zu ermöglichen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist die Methode, den Konflikt zu strukturieren und die Rechtfertigungsanforderungen anhand des Gewichts der jeweils betroffenen Autonomiebereiche auszugestalten. Es beschränkt die Kompetenz eines privaten Akteurs zur selbstbestimmten Zwecksetzung einer Ungleichbehandlung, weil das Gewicht des davon betroffenen Gleichbehandlungsanspruchs das verlangt.

215 Siehe § 6 VI 2 c) (2), 2 d) (2) und 3 a) (1).

216 Nach Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 100 ff implizieren sich Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Prinzipiencharakter der Norm gegenseitig, was nicht unbestritten ist, vgl. Klement, JZ 2008, 756, 761 f und dazu die Antikritik bei Sieckmann, JZ 2009, 557, 558 f.

217 Merten in: Merten/Papier, *Handbuch Grundrechte*, § 68 Rn. 22 f.

218 Bieder, *Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip*, 2007, 183 ff; Stürmer, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 2010, 326 ff.

219 Stürmer, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 2010, 334 f.

220 So Fischer-Lescano, KJ 2008, 166, 173 ff, der allerdings den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz offenbar bewusst nicht nennt; siehe auch Christensen/Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts*, 2007, 148 ff zu einer Abwägungskritik.

221 Zutreffend Huster, ARSP 2005, 20, 33 ff, der das Nichtdiskriminierungsrecht gleichwohl damit begründen möchte.

Das betrifft zunächst die freiheitsbeschränkende Wirkung der Erforderlichkeitsprüfung. Danach muss der ungleich Behandelnde aus dem Kreis geeigneter Differenzierungsmittel die den Diskriminierten am Wenigsten belastende Maßnahme auswählen. Kritiker monieren, die Erforderlichkeitsprüfung habe die Tendenz, die Privatautonomie in möglichst großem Umfang außer Kraft zu setzen.²²² Das Argument ist letztlich eine Variation des Vorrangmodells:²²³ Die Erforderlichkeitsprüfung optimiere *einseitig* die Interessen des Eingriffsopfers zu Lasten des Eingreifenden.²²⁴ Dessen Belange könnten nur insoweit berücksichtigt werden, als er den Zweck des Handelns bestimmen und damit den Prüfungsmaßstab vorgeben könne.²²⁵ Genau darin liegt aber der Zweck der Erforderlichkeitsprüfung innerhalb des Rechtfertigungsmodells. Sie dient der Machtbegrenzung des subjektiven Freiheitsrechts.²²⁶ Die Erforderlichkeit wird daher nur in den Fällen relevant, in denen das Interesse an Gleichbehandlung besonderen Schutz verlangt: bei der freiheitsrechtlich relevanten Einschränkung gleicher Freiheiten aufgrund eines Marktversagens und bei Diskriminierungen. Man kann darin den Ausdruck einer bedingten substantiellen Vorrangrelation zugunsten der Gleichbehandlung sehen.²²⁷ Gegen eine Ungleichbehandlung kann das Recht diese Positionen nur effektiv schützen, wenn der Eingriff auf die für die selbstbestimmte Zwecksetzung gebotene Intensität beschränkt wird. In der Erforderlichkeitsprüfung schlägt sich die für *diese* Fallgruppen auf abstrakter Ebene angeordnete substantielle Präponderanz der Gleichheit nieder. Sie ist wichtiger Bestandteil des kontextabhängigen Rechtfertigungsmodells.

Jede Prüfung der Verhältnismäßigkeit führt – sofern die Maßnahme nicht schon am elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard oder an der Erforderlichkeit scheitert – zur Abwägung. Die Abwägung hat seit langem eine schlechte Presse.²²⁸ Beispielhaft²²⁹ kritisiert *Rawls* den moralischen Intuitionismus von Abwägungsentscheidungen.

„[F]irst, they consist of a plurality of first principles, which may conflict to give contrary directives in particular types of cases; and second, they include no explicit method, no priority rules, for weighing these principles against one another: we are simply to strike a balance by intuition by what seems to us most nearly right. Or if there are priority rules,

222 Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 50 ff; Stürmer, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 320 f.

223 Zum Vorrangmodell oben § 7 IV 2 b) (1).

224 Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 52.

225 Stürmer, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 320.

226 Vgl. H. Hanau, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 119, der von „iustitia protectiva“ spricht.

227 Nach Arnould, JZ 2000, 276, 278 f setzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine solche Relation sogar voraus.

228 Huster, Rechte und Ziele, 1993, 112.

229 Kritik auch bei Böckenförde, Kritik der Wertbegründung, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 67, 77 ff; Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 310.

*these are thought to be more or less trivial and of no substantial assistance in reaching a judgement.*²³⁰

In juristischer Hinsicht hat sie – wie *Joachim Rückert* schreibt – „eine erstaunliche Karriere gemacht – von der philosophischen, moralischen, ethischen und politischen Entscheidungshilfe zur juristischen Aushilfe, von der Aushilfe zum Allheilmittel, von der Ausnahme zur methodischen Wunderwaffe unserer Rechtspraxis.“²³¹ In der Grundrechtsdogmatik wird die Abwägung als ein Kompetenzproblem im Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassungsgericht wahrgenommen.²³² Ein Kompetenzproblem stellt sich auch in privaten Rechtsbeziehungen: Die Kontrolle und Steuerung der Mittelauswahl durch den Richter greift danach in die Kompetenz zur selbstbestimmten Entscheidung des privaten Akteurs ein.²³³ Das spricht nicht gegen die Abwägungsentscheidung als solche. Auch im Zivilrecht wird permanent abgewogen.²³⁴ Das erlaubt eine Kompatibilisierung von Gleichbehandlungsanspruch und Privatautonomie, indem die Bedeutung der letzteren bei der Wahl des Abwägungsmaßstabes²³⁵ entscheidend berücksichtigt werden kann.²³⁶ Die Bedeutung der konkreten Freiheitsausübung bestimmt also das Gewicht, mit dem die Privatautonomie in die Wagschale geworfen wird.²³⁷ Rechtstheoretisch wird der beim Staat angesiedelten Abwägung eine Anmaßung von Wissen attestiert: Sie beschwöre Ziele und Werte, könne aber nicht erklären, wie in komplexen Entscheidungssituationen das für die Abwägung erforderliche Wissen akkumuliert werde.²³⁸ Dagegen sei ein liberales Rechtsmodell vorzugswürdig, das die Möglichkeit produktiven Entscheidens unter Ungewissheitsbedingungen akzeptiert und deshalb eine Vermutung zugunsten der Beurteilungsfreiheit der Individuen postuliert.²³⁹ Das löst freilich das Problem kontroverser Beurteilungen der gesellschaftlichen Akteure nicht. Daher muss das liberale Modell seinerseits wieder zur Vorrangregel greifen und die Ergebnisse der Eigenrationalität des Zivilrechts gegenüber ihrer gleichheitsrechtlichen Infragestellung verteidigen. Systemtheoretisch beliebt sind „strikte“ bzw. „abstrakt-generelle Inkompatibilitätsnormen“²⁴⁰, die aber selbst nur das Resultat einer vorangegange-

230 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 30.

231 *Rückert*, JZ 2011, 913 f.

232 Statt vieler *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 24 ff; dagegen mit Recht *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 53 ff.

233 Nachdrücklich *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 39 ff.

234 Weiterführend *Stürmer*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 347 ff; zur Entwicklung des Abwägens aus dem Zivilrecht und dem Re-Import ins Zivilrecht weiterführend *Rückert*, JZ 2011, 913, 913 ff.

235 Zum Begriff im privatrechtlichen Kontext *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, 221 ff; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, 80 ff.

236 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 204 f.

237 Kritik zum Bild aber *Rückert*, JZ 2011, 921.

238 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 27 ff.

239 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 32.

240 Beispielhaft *Teubner*, KritV 2000, 388, 396 f und *Fischer-Lescano/Christensen*, Der Staat 44 (2005), 213, 237.

nen Abwägung sein können. Abwägungen sind Regelsetzungen.²⁴¹ Entweder sie erfolgen abstrakt im Gesetz oder konkret im Fall. Das Problem ist also nicht die Abwägung als solche – diese ist in gleichheitsrechtlichen Kontexten unvermeidlich²⁴² – sondern wer sie letztlich trifft: der Gesetzgeber oder der Richter.²⁴³ Darin liegt das Kernproblem von ungeschriebenen Diskriminierungsverboten.²⁴⁴ Entscheidend ist, wie man die Abwägungsprozesse in Begründungs- und Anwendungsdiskursen strukturiert und, vor allem, welche Rolle den beteiligten privaten Akteuren darin zukommt.

Ausgangspunkt ist die Frage: Unter welchen Voraussetzungen darf der private Akteur zur Verfolgung seiner selbstbestimmten Freiheitsinteressen in das *prima facie* Gleichbehandlungsrecht eines anderen privaten Akteures eingreifen? Die sehr abstrakte Antwort darauf lautet: Er darf es, wenn für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.²⁴⁵ Damit ist in privatrechtlichen Anwendungsdiskursen wenig gewonnen. Bei instrumental Diskriminierungen stellt sich die Frage, ob der externe Zweck so bedeutsam ist, dass er die normative Ungleichbehandlung rechtfertigen kann.²⁴⁶ Bei intrinsischen Diskriminierungen muss man dagegen fragen, ob die damit einhergehende Freiheitsausübung die damit verbundene gleichheitswidrige Freiheitsbeschränkung aufzuwiegen vermag. Das wirft schwierige Grenzziehungen auf, wie man anhand der Reichweite zulässiger Diskriminierung von religiösen Organisationen sehen kann.²⁴⁷ Die Formulierung einer allgemeinen Leitlinie ist daher schwierig. Sinnvoll erscheint es mir, an die Funktion des Rechtfertigungsmodells anzuknüpfen: Es sichert den Anspruch des ungleich Behandelten auf Rechtfertigung unter den Bedingungen von Allgemeinheit und Reziprozität. Im Rechtfertigungsdiskurs muss man daher fragen, ob der ungleich Behandelte einer solchen Ungleichbehandlung zustimmen hätte können, bevor er wusste, dass sie ihn trifft.²⁴⁸ Man kann zu ihrer Beantwortung auf den Schleier des Nichtwissens („veil of ignorance“) zurückgreifen, auf den ich im Zusammenhang mit der Frage juristischer Gerechtigkeit noch eingehen werde.²⁴⁹

241 Callies, Prozedurales Recht, 1999, 103.

242 Eingehend dazu Huster, Rechte und Ziele, 1993, 430 ff, 450 ff.

243 Callies, Prozedurales Recht, 1999, 105.

244 Dazu näher unten § 7 IV 4 b).

245 Das ist Teil der ständigen Formel des BVerfG, siehe dazu BVerfGE 88, 87, 97 – *Transsexualität III*.

246 Huster, Rechte und Ziele, 1993, 458.

247 Dazu oben 6 VI 2 b).

248 Ähnlich auch Huster, Rechte und Ziele, 1993, 457.

249 Dazu unten § 8 III 4 c) (3).

f) Verweis auf Freiheitsrechte

Das obere Ende der Prüfungsskala markieren also die Diskriminierungsverbote. Die freiheitsbezogene Konzeption des Rechtfertigungsmodells zwingt dazu, die Skala nach unten auszuweiten: Der private Akteur muss nicht für *jede* Ungleichbehandlung mindestens einen konkreten sachlichen Grund benennen. Es bleibt ihm ein Reservat der „Willkür“. Auf dieser Stufe der Rechtfertigungsskala genügt er den Begründungszwängen, wenn er sich auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten beruft. Das Recht mutet ihm keine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Gleichbehandlungsbegehren des anderen zu. Auf die Frage: „Warum behandelst Du mich ungleich?“ genügt die Antwort: „Weil ich meine Freiheit ausübe.“

(1) Schutz der ethischen Person

Damit lässt sich beispielsweise erklären, warum die Privatsphäre aus dem Anwendungsbereich des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts ausgenommen ist.²⁵⁰ Eine Rechtfertigung selbstbestimmter Entscheidungen der eigenen Lebensverhältnisse in persönlicher Hinsicht tangiert die ethische Person in uns. Daher scheidet innerhalb der Privatsphäre eine gleiche Behandlung im Ergebnis aus.²⁵¹ Wie bereits gesehen, behandelt das Rechtfertigungsmodell Bereichsausnahmen oder tatbestandliche Zugangsbeschränkungen zum Schutz der ethischen Person als ausdrückliche, vom Gesetz vorgesehene Rechtfertigungsgründe der Ungleichbehandlung. Das hat Konsequenzen für den Rechtfertigungsdiskurs. Der in der Rechtfertigungspflicht liegende Eingriff²⁵² in die Privatsphäre ist schon gleichheitsrechtlich kein geeignetes Mittel. Das (einfache) Gesetz reduziert in diesen Fällen die Rechtfertigungsanforderungen zum Schutz der ungleich behandelnden ethischen Person auf „Null“. Im Rechtfertigungsmodell ist es ein unzumutbarer Eingriff in die Privatsphäre, wenn der ungleich Behandelte auf einer Rechtfertigung besteht und dadurch dem ungleich Behandelnden Begründungspflichten auferlegt, die er letztlich in der Öffentlichkeit zu erfüllen hat. Das hat unmittelbare Auswirkungen auf den Rechtfertigungsdiskurs. Man kann von der Person erst dann verlangen, daran mitzuwirken, wenn ihre primäre Verteidigung mit dem Argument der Privatsphäre widerlegt wurde. Daher kommt dem Begriff und der Bestimmung der Privatsphäre eine erhebliche Bedeutung zu. Diese kann ihrerseits nicht außerhalb des Rechtfertigungszusammenhangs erfolgen. Das Vor-

250 Dazu § 6 IV 1 b) und 1 c) (3). Eine verfassungsrechtliche Begründung dafür liefern *Kumm*, 7 German L.J. 341, 362-63 (2006) und *Barak*, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 38 f.

251 Dazu unten § 8 III 3 b).

252 Zum Eingriffscharakter von Rechtfertigungsanforderungen oben § 7 IV 2 a).

rang- und das Tatbestandsmodell haben die Tendenz, die Privatsphäre als einen prinzipiell von Gerechtigkeits- und Gleichbehandlungspflichten freien Raum zu konzipieren, der dem Recht vorgegeben ist. Dem ist mit Rawls zu widersprechen:

„A domain so-called, or a sphere of life, is not, then, something already given apart from political conceptions of justice. A domain is not a kind of space, or place, but rather is simply the result, or upshot, of how the principles of political justice are applied, directly to the basic structure and indirectly to the associations within it. The principles defining the equal basic liberties and opportunities of citizens always hold in and through all so-called domains. The equal rights of women and the basic rights of their children as future citizens are inalienable and protect them wherever they are. Gender distinctions limiting those rights and liberties are excluded. So the spheres of the political and the public, of the nonpublic and the private, fall out from the content and application of the conception of justice and its principles. If the so-called private sphere is alleged to be a space exempt from justice, then there is no such thing.“²⁵³

Was öffentlich und was privat ist, ist damit seinerseits Bestandteil des Rechtfertigungsdiskurses, der freiheitsrechtlich begrenzt wird. Diese Grenze wiederum muss aus gleichheitsrechtlichem Blickwinkel interpretiert werden.²⁵⁴ Kann das Argument „Privatsphäre“ unter Berücksichtigung der Kriterien der Reziprozität und Allgemeinheit widerlegt werden, kommt es zur Anwendung des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards. Im Ergebnis besteht der Anwendungsdiskurs in diesen Fällen aus zwei Stufen: (1.) Fällt die verlangte Gleichbehandlung in die Privatsphäre des ungleich Behandelnden? (a) Wenn diese Frage bejaht wird, sinken die Rechtfertigungsanforderungen auf Null. Der Handelnde kann sich unter Hinweis auf die Privatsphäre rechtfertigen. (b) Wird die Frage verneint, kommt es zur zweiten Stufe. (2.) Der ungleich Behandelnde muss seine Maßnahme im Rechtfertigungsdiskurs unter Anwendung des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards begründen.

(2) Schutz des Marktverhältnisses?

Im Rechtfertigungsmodell bildet der gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard die Regelanforderung zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung. Davon wird zum Schutz der ethischen Person bei Ungleichbehandlungen in ihrer Privatsphäre nach unten abgewichen. Die Privatsphäre ist nicht identisch mit der „Privatrechtsgesellschaft“. Das belegen die Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerbsrecht und im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht, die sich gerade auf private Markttransaktionen beziehen. Allerdings schränken beide Rechtsgebiete den Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein: Im Kartellrecht sind

²⁵³ Rawls, 64 U. Chi. L. Rev. 765, 791 (1997).

²⁵⁴ Dazu näher unten § 8 III 3 b).

nur marktmächtige (§ 20 Abs. 1 GWB)²⁵⁵ oder marktbeherrschende Unternehmen (Art. 102 AEUV, § 19 GWB)²⁵⁶ bzw. Wirtschafts- und Berufsvereinigungen (§ 20 Abs. 6 GWB)²⁵⁷ Normadressaten. Unternehmen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, sind daher nicht an die jeweiligen Diskriminierungsverbote gebunden. Sie müssen ihre Handlungen nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen. Anders löst das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht das Problem: Grundsätzlich ist jeder private, mit Öffentlichkeitsbezug handelnde Akteur Normadressat.²⁵⁸ Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz hindert ihn aber nur daran, den Abschluss eines Vertrages unmittelbar oder mittelbar an die verpönten Merkmale anzuknüpfen. Damit verlangt er keine positive Rechtfertigung mit zulässigen Handlungsgründen („einschließende Gründe“), sondern behandelt bestimmte Merkmale als ausschließende Gründe.²⁵⁹ Das geltende Recht, so könnte ein Schluss aus dieser Feststellung lauten, geht offensichtlich davon aus, dass private Akteure im Grundsatz willkürlich handeln dürfen, ohne an allgemeine Gleichbehandlungsgebote gebunden zu sein. Das bringt das Rechtfertigungsmodell in erhebliche Schwierigkeiten: Die gesetzlich gefundene Problemlösung – keine grundsätzliche Gleichbehandlung – scheint mit dem Prinzip personaler Gleichheit unvereinbar zu sein. Die Theorie wäre damit – unterstellt man die Möglichkeit der Falsifikation juristischer Aussagen²⁶⁰ – widerlegt. Dann würde sich das Tatbestandsmodell als die adäquate Beschreibung von Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht herausstellen: Gleichbehandlung nur dort, wo sie speziell angeordnet ist, im übrigen Marktverkehr dagegen nicht. Diese Wertung beruht auf einem klassischen Umkehrschluss: Weil die Gleichbehandlung Marktmacht voraussetzt oder nur bei Diskriminierungen greift, sei daraus zu schließen, dass im Übrigen Vertragsfreiheit herrsche.²⁶¹ Dieses Argument beruht auf einer Privatrechtskonzeption, die den Vorrang der Vertragsfreiheit vor der Gleichheit als Prämisse setzt. Genau dieser Vorrang wird hier bestritten. Er lässt sich meines Erachtens *als unbedingter* Vorrang weder als Prinzip politischer Philosophie überzeugend begründen,²⁶² noch bietet er die beste Erklärung des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit in den verfassungsrechtlichen Kontexten des Europäischen Mehrebenensystems²⁶³ und er kann schließlich mit den zahlreichen Gleichbehandlungspflichten im *geltenden* Privatrecht nicht vereinbart werden.

255 Siehe oben § 5 IV 3 c) (1).

256 Siehe oben § 5 IV 2 b) (1) und 3 c) (1).

257 Siehe oben § 5 IV 4 b).

258 Eingehend oben § 6 IV 1 b) und 2 b) (2) aa).

259 Dazu oben § 6 I 1. Zur Differenzierung zwischen einschließenden und ausschließenden Gründen *Somerk*, Rechtliches Wissen, 2006, 212 f.

260 So beispielsweise *Canaris*, JZ 1993, 377, 386.

261 Exemplarisch *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 114 ff, 134 ff.

262 Dazu näher unten § 8.

263 Zum Begriff unten § 8 IV 3.

Das gilt auch für *Bachmanns* Vorschlag, zwischen der Gleichbehandlung innerhalb bestehender Rechtsbeziehungen einerseits und im Marktverkehr andererseits zu unterscheiden.²⁶⁴ Er versucht damit, die Gleichbehandlungspflichten innerhalb bestehender Rechtsbeziehungen mit dem „im Rechtsgefühl wurzelnde[n] Gerechtigkeitsempfinden“ und dem ökonomischen Gedanken unvollständiger Verträge zu begründen.²⁶⁵ Daran überrascht, dass *Bachmann* trotz der von ihm geteilten Gleichheitspräsumtion eine Notwendigkeit dafür sieht, Gleichbehandlung unabhängig davon zu begründen. Kombiniert man den sehr allgemeinen Hinweis auf die Gerechtigkeit mit der Konkretisierung der „Reichweite“ unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsgedankens, ist man dort angelangt, wo *Götz Hueck* schon 1958 war.²⁶⁶ Als tragfähig hat sich dieser Ansatz nicht erwiesen.²⁶⁷ Die Spaltung zwischen Marktbeziehung und Rechtsbeziehung errichtet zudem eine künstliche Trennung, bei der es schwer fällt zu erklären, warum der Arbeitgeber weder bei der Vertragsbegründung noch bei kollektiven Maßnahmen während des Arbeitsverhältnisses oder bei der Vertragsbeendigung aufgrund verpönter Merkmale wie der sexuellen Orientierung des Arbeitnehmers differenzieren darf. Mittlerweile folgt diese Pflicht aus der Richtlinie 2000/78/EG und der deutschen Umsetzung dazu, mag diese im Kündigungsschutzrecht auch problematisch sein²⁶⁸. Für die Kündigung galt diese Beschränkung der Marktfreiheit bereits vor dem AGG²⁶⁹ und als personenbedingte Differenzierung gelten für sie ohnehin die strengsten Rechtfertigungsmaßstäbe innerhalb des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.²⁷⁰ Das Bundesarbeitsgericht hat seine Entscheidung zur Unwirksamkeit der Kündigung wegen der Homosexualität mit der Freiheit begründet, die Privatsphäre im Bereich des Geschlechtslebens nach eigener Entscheidung zu gestalten:

*„Die Kündigung entzieht [dem Arbeitnehmer] jedoch bei ungleichen Bedingungen im Verhältnis zu einem heterosexuell orientierten Arbeitnehmer, dem die Beklagte bei erfolgreicher Zusammenarbeit in der Probezeit nicht gekündigt hätte, nur um deswillen die ökonomische Basis und beeinträchtigt damit auch die Möglichkeit der selbst gewählten Lebensführung, weil er homosexuell veranlagt ist.“*²⁷¹

Damit umschreibt das Gericht exemplarisch den freiheitsrechtlichen Gehalt von Gleichbehandlung als „inherently liberal right to be different without suffering as a consequence of that difference“²⁷². Es ist dann freiheitsrechtlich geboten,

264 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 160 ff.

265 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 161.

266 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958.

267 Siehe oben § 4 I 3.

268 Dazu oben § 6 IV.

269 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080; siehe dazu oben § 4 II 4 a).

270 Oben § 5 I 4 c).

271 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080, 1082.

272 *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 453 (2009).

diesen gleichheitsrechtlich vermittelten Schutz nicht auf die Vertragsbeendigung zu beschränken, sondern auf die Vertragsanbahnung zu erstrecken. Damit wird der gesamte zeitliche Ablauf einer Privatrechtsbeziehung vom Diskriminierungsverbot erfasst. Das spezifische Nichtdiskriminierungsrecht zeichnet diesen Grundsatz nach. Wo es das nicht tut, gerät es sofort in Konflikt mit dem höherrangigen Recht. Jüngstes Beispiel dafür ist § 6 Abs. 3 AGG, der die Geltung des Beschäftigungsverbots auf den Zugang und den beruflichen Aufstieg zur Tätigkeit als Organmitglied einer Gesellschaft beschränkt. Die Abberufung ist nicht erfasst. Das ist unionsrechtswidrig.²⁷³

Damit ist der gewichtigste Einwand gegen das Rechtfertigungsmodell noch nicht ausgeräumt. Es muss erklären können, warum es Ungleichbehandlungen in Marktbeziehungen *außerhalb* des Nichtdiskriminierungsrechts und jenseits der dafür im Wettbewerbsrecht vorgesehenen Schranken für rechtfertigungsbedürftig ansieht. Anders formuliert: Warum ist der gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard auch auf sonstige Ungleichbehandlungen anwendbar? Liegt es nicht näher, die zum Schutz der ethischen Person geltenden Maßstäbe zu übertragen und eine Reduktion der Begründungsanforderungen auf „Null“ vorzunehmen? Zwingen das Persönlichkeits- und das Freiheitsargument nicht zu dieser Festlegung?

Um diese Fragen zu beantworten, möchte ich zunächst auf die Anforderungen des sachlichen Grundes beim elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard eingehen. Dazu zwei Beispiele zu § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB:²⁷⁴ In der Entscheidung *Kfz-Vertragshändler* ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Hersteller, der von der vertraglich vereinbarten Kündigungsmöglichkeit Gebrauch macht, *keine* näheren Gründe angeben muss, die das Gericht auf ihre Berechtigung und ihr Gewicht, zumal unter betrieblichen und unternehmerischen Gesichtspunkten, zu prüfen hat:²⁷⁵

*„Die Ausübung einer vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigung [...] ist aber, wenn keine besonderen Umstände hinzutreten, kein Mißbrauch von Marktmacht. Sie bedarf daher außer dem Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung grundsätzlich keiner weiteren sachlichen Rechtfertigung.“*²⁷⁶

In der Entscheidung *Standard-Spundfass* findet sich eine Akzentverlagerung. Sie führt eine vierstufige Prüfungsstruktur des sachlichen Grundes ein: (1.) Der vom Immaterialgüterrecht vermittelte freiheitsrechtliche Schutz genügt für sich genommen nicht, um auf die Prüfung des sachlichen Grundes zu verzichten:

273 Siehe EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 65; dazu oben § 6 IV 2 a).

274 Zu den Grundlagen oben § 5 IV 3.

275 BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler*; ähnlich schon BGHZ 107, 273, 279 – *Staatslotterie*.

276 BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler*.

„Der Umstand, dass es der Klägerin als Patentinhaberin grundsätzlich freisteht, ob sie überhaupt Lizenzen am Klagepatent vergibt und gegebenenfalls an wen, entbindet sie nicht von der Beachtung des Diskriminierungsverbots und enthebt demgemäß nicht von der Prüfung der Frage, ob die Lizenzverweigerung gegenüber der Beklagten eines sachlich gerechtfertigten Grundes entbehrt.“²⁷⁷

(2.) Das Freiheitsrecht bildet aber den Ausgangspunkt der Prüfung. Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung besteht *grundsätzlich* ein weiterer Spielraum.²⁷⁸ Die unterschiedliche Behandlung von Interessenten ist nämlich ein wesentliches Element des mit dem Immaterialgüterschutz verfolgten Zwecks.²⁷⁹ „Diese Rechtsposition beansprucht *auch* dann Schutz, wenn der Patentinhaber marktbeherrschend ist.“ (3.) Die unterschiedliche Behandlung ist nicht bereits als *solche* unsachlich:²⁸⁰

„Da das Streben eines Marktteilnehmers nach möglichst günstigen Bedingungen und Preisen ebenso wie das seiner Marktgegenseite grundsätzlich wettbewerbskonform ist, kann allein daraus, dass dieses Streben nicht in jedem Fall zu einem gleichen wirtschaftlichen Ergebnis in Form eines übereinstimmenden Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung führt, noch keine negative Bewertung im Rahmen der Interessenabwägung nach § 20 Abs. 1 GWB gefolgert werden.“²⁸¹

(4.) Die Ungleichbehandlung ist aber problematisch, wenn sie „auf Willkür oder wirtschaftlichem Handeln fremden unternehmerischen Entscheidungen“ beruht.²⁸² Damit stellt sich die Frage, was eine rationale Differenzierung zur willkürlichen Behandlung macht. Der Bundesgerichtshof entscheidet sich für eine kontextbezogene und bereichsspezifische Interpretation:

„Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sind deshalb Art und Ausmaß der unterschiedlichen Behandlung entscheidend. Deren Zulässigkeit richtet sich insbesondere danach, ob die relative Schlechterbehandlung der betroffenen Unternehmen als wettbewerbskonformer, durch das jeweilige Angebot im Einzelfall bestimmter Interessenausgleich erscheint oder auf Willkür oder Überlegungen und Absichten beruht, die wirtschaftlich oder unternehmerisch vernünftigen Handeln fremd sind.“²⁸³

Liest man die Entscheidungen *Kfz-Vertragshändler* und *Standard-Spundfass* zusammen, erschließt sich der flexible Rechtfertigungsmaßstab des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards im Privatrecht: (1.) Die Ungleichbehandlung als solche ist in einer auf Wettbewerb angelegten Rechtsordnung kein sachwidriger Grund. Das ist eigentlich selbstverständlich. Die Ungleichbehandlung verletzt lediglich die Gleichheitspräsumtion und begründet dadurch erst die Rechtfertigungsprüfung. Sie ist damit methodisch „verbraucht“. (2.) Der un-

277 BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

278 BGHZ 160, 67, 76 – *Standard-Spundfass*.

279 BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

280 Vgl. BGHZ 160, 67, 78 – *Standard-Spundfass*.

281 BGHZ 160, 67, 78 – *Standard-Spundfass*.

282 BGHZ 160, 67, 78 – *Standard-Spundfass*.

283 BGHZ 160, 67, 79 – *Standard-Spundfass*.

gleich Behandelnde hat grundsätzlich einen weiten Spielraum. Die Möglichkeit einschließender Gründe ist daher prinzipiell groß. Darin realisiert sich die freiheitsbezogene Konzeption des Rechtfertigungsmodells. (3.) Die Bandbreite reicht vom zulässigen „Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung“ bis zur problematischen „Willkür oder wirtschaftlichem Handeln fremden Entscheidungen“. Die Willkür wird offensichtlich nicht mit der Ausübung privatautonomer Freiheit gleichgesetzt. Sie ist eine davon zu unterscheidende Kategorie. Ob willkürliches Handeln vorliegt, bestimmt sich nach bereichsspezifischen Zusammenhängen. Im Wettbewerbsrecht ist es der Missbrauch von Marktmacht. Fehlt es an suspekten Anhaltspunkten für eine strengere Prüfungsintensität, ermöglicht der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung mit dem Verweis auf die ausgeübte Privatautonomie. Damit senkt er in der Sache die Begründungsanforderungen auf „Null“. Auf die Frage: „Warum behandelst du mich ungleich?“ darf ich antworten: „Weil meine Unterscheidung privatautonom erlaubt ist.“ Die einzelnen Gründe für diese Unterscheidung muss ich nicht zum Gegenstand des Rechtfertigungsdiskurses machen. Das Rechtfertigungsmodell kommt hier zum gleichen Ergebnis wie das Vorrang- oder Tatbestandsmodell. Das wirft die Frage nach seiner Leistungsfähigkeit auf. Man hat nämlich schon zum AGG moniert, warum zunächst alle unbedenklichen Verhaltensweisen im Wirtschaftsverkehr als Ungleichbehandlung „verpönt“ werden, um sie dann im zweiten Schritt als gerechtfertigte Handlung zu exkulpieren.²⁸⁴

Ich sehe in der damit ermöglichten *Flexibilität* den entscheidenden methodischen Vorteil. Verändert sich auch nur ein Parameter des relevanten Kontexts im jeweiligen Funktionssystem der Gesellschaft, erlaubt es das Rechtfertigungsmodell, sofort zu einer intensiveren Prüfung überzugehen. Das Vorrangmodell schließt diese Möglichkeit kategorisch aus und das Tatbestandsmodell sieht sich aufgrund der zahlreichen Bereichsausnahmen daran gehindert, Ungleichbehandlungen als solche zu thematisieren. Hält es an dem Umkehrschluss fest, und besteht daher auf gesetzlich geregelten Gleichbehandlungstatbeständen, kommen diese im Verhältnis zum systemischen Charakter sozialer Ungleichbehandlungen regelmäßig zu spät. Wenn es dagegen über die gesetzlich geregelten Tatbestände hinausgeht, ist das Tatbestandsmodell gezwungen, die Anwendbarkeit von Gleichbehandlungspflichten auf der Grundlage allgemeiner, meist grundrechtlicher Erwägungen zu begründen. Beispielhaft dafür ist die Geltung von Diskriminierungsverboten bei letztwilligen Verfügungen.²⁸⁵ Das Tatbestandsmodell legt den Schwerpunkt immer auf die tatbestandliche Geltung des Gleichbehandlungs-

284 Franck, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 89; ähnlich auch Schwab, DNotZ 2006, 649, 671.

285 Oben § 5 VIII 2.

gebots. Das führt dazu, dass regelmäßig Rechtfertigungsfragen in den Tatbestand transportiert werden. Das bereits mehrfach genannte Tatbestandsmerkmal „Massengeschäft“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist ein abschreckendes Beispiel für die dogmatischen Irrwege, die aus dieser Methode entstehen.²⁸⁶ Im Ergebnis führen das Vorrang- und das Tatbestandsmodell zu einer rechtlichen Tabuisierung der Lebens- und Umweltbedingungen der von den Wirtschaftsprozessen Betroffenen.²⁸⁷ Das Rechtfertigungsmodell erlaubt es dagegen, die Kollision der gegenseitigen Autonomiebereiche der Beteiligten als Frage nach den zureichenden Gründen einer Ungleichbehandlung in den gesellschaftlichen Prozess zurückzuverlagern: Die privaten Akteure sind dazu aufgefordert, die für eine Ungleichbehandlung maßgeblichen Gründe und Gegen-Gründe zu formulieren und zur Diskussion zu stellen. Die Konzentration der Gründe auf der Rechtfertigungsebene dient damit nicht nur der juristischen Ästhetik. Sie sichert vor allem die zentrale Rolle der Akteure im Rechtfertigungsdiskurs. Sie bestimmen mit den von ihnen eingeführten Gründen und Gegen-Gründen die jeweilige Prüfungsintensität. Bei einer sonstigen Ungleichbehandlung genügt der Handelnde seiner Begründungslast, wenn er sich auf die Ausübung privatautonomer Freiheit beruft. Dann muss der ungleich Behandelte darlegen, dass im konkreten Fall die Funktionsvoraussetzungen gleicher Freiheit nicht funktionieren. Lassen die von ihm dafür vorgebrachten Gründe dieses Marktversagen als überwiegend wahrscheinlich erscheinen,²⁸⁸ muss der ungleich Behandelnde seine Maßnahme sachlich begründen.

Die Intensivierung der Rechtfertigungsanforderungen beruht im Rechtfertigungsmodell auf bestimmten, vom ungleich Behandelten aufzustellenden Gegen-Gründen. Wie sind diese „suspekten Gründe“ festzustellen? Zwei Ansatzpunkte dafür haben wir bereits näher betrachtet: die erhebliche Einschränkung gleicher Freiheit und die Anknüpfung an Diskriminierungsverbote. Gemeinsam ist beiden Fällen, dass sie die gleiche personale Freiheit sichern und den Diskriminierten vor unzumutbarer Anpassung schützen. Daher erscheint mir eine Rekonstruktion des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards vom Standpunkt des Nichtdiskriminierungsrechts als die beste Beschreibung seines Inhalts in *privatrechtlichen* Beziehungen. *Somek* hat vorgeschlagen, auch den unmittelbar gegen den Staat gerichteten Gleichheitssatz ausschließlich vom Standpunkt der Nichtdiskriminierung aus zu begreifen.²⁸⁹ Das ist im Verhältnis zum Staat problematisch. Die Reduktion des Gleichheitssatzes auf ein Diskriminierungsverbot verlangt, erstens, eine Entgrenzung möglicher Diskriminierungsgründe, sie bietet, zweitens, keine Antworten auf die Gleichheitsfragen des interventionistischen

286 Siehe oben § 6 IV 1 c) (1).

287 Vgl. zu dieser Forderung *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166, 176.

288 Ich lehne mich hier an die Reformulierung des § 22 AGG an, vgl. oben § 6 VII 2 b.

289 Grundlegend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001; in knapper Form auch in *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 199 ff (= *Somek*, Der Staat 43 (2004), 425 ff).

Rechtsstaats²⁹⁰ und sie ist, drittens, mit der Entscheidungspraxis der Verfassungsgerichte nicht vereinbar²⁹¹. Die These führt aber den Fokus zurück auf den personalen Schutzzweck des Gleichbehandlungsgebots. Diese klingt auch in der Formel des Bundesverfassungsgerichts an, wenn es bei personenbezogenen Differenzierungen von einer strengeren Prüfung ausgeht.²⁹² Damit wird eine alte Unterscheidung zwischen persönlicher und sachlicher Rechtsgleichheit aufgegriffen,²⁹³ die im staatsrechtlichen Kontext schwierig ist: Sobald das Recht sich nicht mehr darauf beschränkt, die Freiheitssphären voneinander abzugrenzen, sondern gestaltend in den gesellschaftlichen Prozess eingreift, lässt sich seine Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot nicht mehr primär anhand personenbezogener Merkmale beurteilen.²⁹⁴ In privatrechtlichen Gleichbehandlungskonflikten geht es dagegen gerade um diese Abgrenzung von Freiheitssphären. Gleichbehandlung ist hier immer personal zu sehen. Das gilt, um einen nahe liegenden Einwand auszuräumen, auch für die ungleiche Behandlung juristischer Personen des Privatrechts im Marktverkehr. Ihre Bildung und Betätigung ist nämlich Ausdruck der freien Entfaltung der sie tragenden und in ihnen agierenden privaten natürlichen Personen.²⁹⁵ Die Gleichbehandlung der juristischen Person ist „ein Schutzschild für diejenigen, die vermittels solcher Organisationen ihre Interessen wahrnehmen“²⁹⁶.

Kern dieser personalen Gleichheit ist es, dass keine Person weniger zählt als eine andere.²⁹⁷ Sie findet ihren allgemeinsten Ausdruck im Grundsatz der Unparteilichkeit.²⁹⁸ Die freiheitsrechtliche Konzeption des Rechtfertigungsmodells kann daran nicht ansetzen. Freiheit ist immer auch die Freiheit zur Wahl und damit zur Parteilichkeit. Diese Befugnis zur Parteilichkeit wird im Rechtfertigungsmodell nur in zwei Fällen eingeschränkt: der übermäßigen Freiheitsbeeinträchtigung und der Diskriminierung.²⁹⁹ Darin sehe ich die Grundlage, um den elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard mit Inhalt zu füllen. Die Ungleichbehandlung ist suspekt, wenn die Funktionsbedingungen gleicher Freiheit nicht gewährleistet sind. Das ist der Fall, wenn eine Ungleichbehandlung „den einzelnen in seinem nicht oder nicht zumutbar veränderlichen ‘So-Sein’ ignoriert oder ihn

290 Zur Kritik vertiefend *Huster*, Der Staat 42 (2003), 145 ff.

291 Dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 151; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 23. Darin liegt selbstverständlich keine Kritik einer Theorie, die sich explizit gegen die Rekonstruktion des Gleichheitsrechts als Sachlichkeitsgebot versteht, *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 107 ff, sondern lediglich eine Feststellung.

292 Vgl. BVerfGE 88, 87, 96 – *Transsexualität III*.

293 Vgl. *Sachs*, JuS 1997, 124, 128.

294 *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 28 f; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 96.

295 Vgl. BVerfGE 72, 192, 196 zur Erklärung der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG; dazu weiterführend *Sachs* in: *Sachs*, GG, Art. 19 Rn. 57 ff.

296 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 404.

297 Dazu unten § 8 II 4 b).

298 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 366 f.

299 Dazu § 7 IV 3 c und d.

deshalb benachteiligt, wenn sie ihn zu einer Anpassung an eine Gruppe zwingt, der er mehr oder weniger zufällig angehört, oder über ihn wegen dieser Gruppenzugehörigkeit rechtliche Nachteile verhängt, und auch dann, wenn sie auf Stereotypen, Vorurteilen und fehlerhaften Eigenschaftszuschreibungen beruht, die den Einzelnen an einer freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern.“³⁰⁰ Kann der ungleich Behandelte diese Voraussetzung überwiegend wahrscheinlich machen, steigen die Rechtfertigungsanforderungen an den Handelnden. Dieser muss seine Maßnahme mit konkreten sachlichen Gründen rechtfertigen. Der Verweis auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten genügt nicht mehr. Dagegen müssen seine Gründe für die Zweckerreichung weder erforderlich noch angemessen sein. Die darin liegende methodische Beschränkung der Freiheitsausübung ist nach der hier vorgelegten Konzeption erst bei der Anknüpfung an Diskriminierungsmerkmale oder gesetzlich umschriebenen Freiheitsbeeinträchtigungen, wie beispielsweise in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB legitimierbar.

g) Zusammenfassung

Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard geht vom Grundsatz aus, dass Ungleichbehandlungen in Marktbeziehungen primär mit dem Hinweis auf die Ausübung gleicher Freiheit gerechtfertigt werden können. Darin liegt eine Reduktion der Rechtfertigungsanforderungen auf „nahezu Null“. Realisiert sich in einer Ungleichbehandlung ein gleichheitsrechtlich festzustellendes Funktionsdefizit gleicher Freiheit, steigen die Rechtfertigungsanforderungen. Der ungleich Behandelnde muss kontextbezogene und bereichsspezifische sachliche Gründe dafür vorbringen. Führt die Ungleichbehandlung zu einer übermäßigen Freiheitsbeeinträchtigung oder knüpft sie an Diskriminierungsverbote an, wird der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt.

4. Bestimmung der Diskriminierungsmerkmale

Ein wesentlicher Faktor zur Bestimmung der Rechtfertigungsanforderungen im Rechtfertigungsmodell ist die Feststellung, ob die Ungleichbehandlung anhand eines bestimmten Grundes erfolgt, der eine (unmittelbare oder mittelbare) Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal ist. Das Spezifische an Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverboten liegt darin, dass der Handelnde eine Unterscheidung, die daran anknüpft, nur mehr eingeschränkt rechtfertigen kann. Das Rechtfertigungsmodell geht davon aus, dass die Anknüpfung an verpönte Merk-

300 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 464; in der Sache grundlegend Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 379 ff.

male in der Regel zu einer gesteigerten Begründungspflicht, in manchen Fällen sogar zum Ausschluss der Rechtfertigungsmöglichkeit führt. Mit der Einordnung eines Merkmals als „verpöntes“ Merkmal kann man im Rechtfertigungsmodell den Anwendungsdiskurs erheblich steuern. Jede dabei vorgenommene Unterscheidung wirft zwangsläufig weitere Probleme auf. Sie reflektiert eine „Hierarchie der Verurteilung“³⁰¹ oder eine „Hierarchie der Gleichheit“³⁰²: Bestimmte Merkmale von Personen verdienen danach einen höheren Schutz als andere. Das hat zum Schlagwort der „Diskriminierung durch Diskriminierungsschutz“³⁰³ geführt. Es gibt zwei Möglichkeiten, diesem Dilemma zu begegnen: Nach der ersten Variante ist die Liste der plausiblen Diskriminierungsverbote endlich.³⁰⁴ Folgt man dem, entstehen eine Reihe von Folgeproblemen: (a) Wie werden die einzelnen schutzwürdigen Merkmale bestimmt? (b) Wer bestimmt sie? Die verfassungstheoretische Brisanz dieser Frage stellt sich insbesondere, wenn Diskriminierungsverbote auf mehreren Ebenen einer Rechtsordnung verankert sind: Sind die Diskriminierungsverbote dann verfassungsrechtlich vorgegeben oder ist der Gesetzgeber bei der Auswahl und Ausgestaltung frei? Gestaltet der Gesetzgeber bestimmte Persönlichkeitsmerkmale nicht als Diskriminierungsmerkmale aus, ist zu untersuchen, ob er damit seinerseits gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz verstoßen hat. Dasselbe Problem stellt sich, wenn die Rechtfertigungsgründe unterschiedlich ausgestaltet werden. Sehen die jeweiligen Regulierungsebenen (Grundrechte-Charta, AEUV, Richtlinien, GG, Gesetz) Diskriminierungsverbote vor, steht damit noch nicht fest, ob es sich um abschließende Regelungen handelt oder ob die Rechtsprechung neue Diskriminierungsmerkmale entwickeln kann. Nach der zweiten Variante erschöpft sich der Schutz gegen Diskriminierung, der vom Gleichheitsrecht ausgeht, nicht in einer endlichen Anzahl von Diskriminierungsgründen. „Er ist vielmehr darauf bezogen, Menschen vor der Verlegenheit zu bewahren, zur Vermeidung von Nachteilen ihr Sosein verleugnen zu müssen. Der Antidiskriminierungsgrundsatz setzt Anpassungszwängen Grenzen.“³⁰⁵

Man sollte die Bedeutung dieser Alternativen für das Rechtfertigungsmodell des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht überschätzen. Das Rechtfertigungsmodell ist keine rigide „Stufentheorie“ nach dem Vorbild des

301 Bejahend *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 37; differenzierter dagegen *Schiek*, 8 ELJ 290 (2002).

302 Kritisch *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145157-160 (2001); *Waddington/Bell*, 38 CMLR 567610 (2001); instruktiv die Zusammenstellung bei *Schiek* in: *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 34-37.

303 *Thüsing*, ZfA 2006, 241, 252-253; ähnlich *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 671 („Diskriminierung durch Auswahl der Merkmale“); vertiefend dazu die klärende Darstellung bei *Damm*, Menschenwürde, 2006, 510 ff.

304 *Huster*, Der Staat 42 (2003), 145, 146; *Huster*, FS Horn, 2006, 1148, 1160.

305 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 203; grundlegend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001.

Apothekenurteils.³⁰⁶ Es ist von Anfang an auf eine umfassende und gleitende Rechtfertigungsprüfung angelegt. Selbst wenn ein Merkmal (noch) nicht als Diskriminierungsmerkmal angelegt ist, erlaubt es der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard, kontextsensitiv vorzugehen. Wer daher für die erste Variante plädiert, hat immer noch genug Spielraum, im Einzelfall eine intensive Diskussion der sachlichen Gründe zu führen. Wer dagegen für den zweiten Ansatz eintritt, kann aufgrund der freiheitsrechtlichen Konzeption des Rechtfertigungsmodells nicht bei jedem personenbezogenen Differenzierungsmerkmal die strengsten Begründungsanforderungen stellen. Darin liegt die adaptive Reduktion zulässiger Diskriminierungsgründe.³⁰⁷ Diese Reduktion halte ich in privatrechtlichen Beziehungen für unvermeidlich.³⁰⁸ Das Privatrecht kann die Eigenrationalitäten der gesellschaftlichen Teilsysteme nicht ignorieren. Um zu vermeiden, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz leer läuft, muss er sich mit einem gewissen „gleichheitsrechtlichen Stoizismus“³⁰⁹ ausrüsten: Jede personenbezogene Ungleichbehandlung ist zwar eine Verletzung des *prima facie* Anspruchs auf Gleichbehandlung und zwingt den ungleich Handelnden im Grundsatz zur Rechtfertigung. Nicht jede personenbezogene Ungleichbehandlung ist deshalb aber eine Diskriminierung, die den Handelnden zu gesteigerten Begründungsanforderungen verpflichtet. Geschützt wird nur vor Ungleichbehandlungen, die eine unzumutbare Anpassungsleistung verlangen. Unzumutbar sind sie jedenfalls, wenn das positive Recht sie ausdrücklich diskriminierungsrechtlich schützt. Dieser Schutz kommt aber regelmäßig zu spät. Das Rechtfertigungsmodell bietet hier einen flexiblen Maßstab um situationsbezogen die jeweils angemessenen Begründungsanforderungen im Rechtfertigungsdiskurs zu entwickeln.

a) *Verfassungsrechtliche Grenzen einfachrechtlicher Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten*

Höherrangiges Recht kann dem einfachen Recht verbieten, ein bestimmtes Merkmal als zulässiges Diskriminierungsmerkmal auszugestalten. Mit dieser Konstellation musste sich beispielsweise der U.S.-*Supreme Court* in *Romer v. Evans* auseinandersetzen.³¹⁰ In einem Referendum ergänzten die Wähler des Bundesstaats Colorado ihre Verfassung und verboten dem Staat und seinen Untergliederun-

306 BVerfGE 7, 377, 400 ff; dazu statt aller *Mann* in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 125 ff, 142 ff.

307 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 6 f.

308 Dazu sagt *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, nichts, weil er dort nur in verfassungsrechtlichen Kontexten argumentiert.

309 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 408 f, der darin eine Unzulänglichkeit des staatsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sieht.

310 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

gen, einen Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einzuführen („Amendment 2“).³¹¹ Die Auswirkungen davon waren weitreichend:³¹²

*„Homosexuals are forbidden the safeguards that others enjoy or may seek without constraint. They can obtain specific protection against discrimination only by enlisting the citizenry of Colorado to amend the State Constitution [...]“*³¹³

Amendment 2 verstieß gegen die bundesverfassungsrechtliche *Equal Protection Clause* im 14. Verfassungszusatz, weil es (a) eine bestimmte Personengruppe davon ausschließt, ihre Interessen im politischen Prozess durchzusetzen,³¹⁴ und (b) weil es der betroffenen Gruppe einen Nachteil auferlegt, „born of animosity toward the class of persons affected“³¹⁵. Amendment 2 behandelte homosexuelle Personen anders, ohne dass dafür ein vernünftiger Grund ersichtlich war. Der einzige Zweck lag darin, „to make them unequal to everyone else. This Colorado cannot do.“³¹⁶ Das ist der Kern des Nichtdiskriminierungsprinzips. Es verbietet dem jeweiligen Normadressaten, Personen aufgrund ihrer (vermeintlichen) Zugehörigkeit zu einer nach bestimmten Merkmalen definierten Gruppe schlechter zu behandeln. Es schützt deren Anspruch darauf, als Gleicher behandelt zu werden. Bemerkenswert an der Entscheidung ist, dass der *Supreme Court* sein Ergebnis auf der Grundlage des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards begründen kann und sich nicht gezwungen sieht, die verfassungsdogmatisch schwierige Frage nach einer *strict scrutiny* auch für Differenzierungen anhand der Homosexualität aufzuwerfen:

*„[I]f a law neither burdens a fundamental right nor targets a suspect class, we will uphold the legislative classification so long as it bears a rational relation to some legitimate end. Amendment 2 fails, indeed defies, even this conventional inquiry. First, the amendment has the peculiar property of imposing a broad and undifferentiated disability on a single named group, an exceptional and, as we shall explain, invalid form of legislation. Second, its sheer breadth is so discontinuous with the reasons offered for it that the amendment seems inexplicable by anything but animus toward the class it affects; it lacks a rational relationship to legitimate state interests.“*³¹⁷

311 Der Text des Amendment 2 lautete: „No Protected Status Based on Homosexual, Lesbian or Bisexual Orientation. Neither the State of Colorado, through any of its branches or departments, nor any of its agencies, political subdivisions, municipalities or school districts, shall enact, adopt or enforce any statute, regulation, ordinance or policy whereby homosexual, lesbian or bisexual orientation, conduct, practices or relationships shall constitute or otherwise be the basis of or entitle any person or class of persons to have or claim any minority status, quota preferences, protected status or claim of discrimination. This Section of the Constitution shall be in all respects self-executing.“ *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 624.

312 Siehe den Text bei *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 625.

313 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 631.

314 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 632 ff.

315 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 634.

316 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 635.

317 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 631.

Dieses Ergebnis lässt sich in Rechtsordnungen mit einer ausdrücklichen Verankerung des Diskriminierungsmerkmals im Verfassungstext einfacher begründen. Im Unionsrecht und im deutschen Verfassungsrecht gibt es jeweils Diskriminierungsmerkmalskataloge (Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta, Art. 157 AEUV, Art. 19 Abs. 1 AEUV iVm den jeweiligen Richtlinien und Art. 3 Abs. 3 GG). Das Verhältnis der jeweiligen Diskriminierungsverbote auf den unterschiedlichen Ebenen im Stufenbau der Rechtsordnung zueinander ist noch wenig geklärt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfüllt der Gesetzgeber mit dem einfachrechtlichen Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts eine ihn aus Art. 3 Abs. 2 GG treffende Schutzpflicht.³¹⁸ Nach einer sich im Vordringen befindlichen Meinung lässt sich diese These auf alle Diskriminierungsmerkmale ausdehnen.³¹⁹ Will man das auch auf die sexuelle Orientierung anwenden, muss Art. 3 GG auch einen nicht ausdrücklich gewährleisteten Schutz von Merkmalen wie der sexuellen Orientierung erfassen.³²⁰ Das kann man entweder, wie der *Supreme Court*, mit dem elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard begründen, oder man wählt die vom Bundesverfassungsgericht bevorzugte Methode des Rechtfertigungskontinuums mit deutlich strengerer Prüfungsintensität³²¹. Je intensiver die Verzahnung zwischen verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Diskriminierungsverboten konstruiert wird, desto enger wird der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum bei der Einrichtung und Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten im einfachen Recht. Unterlässt es der Gesetzgeber, ein verfassungsrechtlich geschütztes Merkmal dem Katalog existierender Diskriminierungsmerkmale hinzuzufügen, resultiert daraus nicht nur ein rechtspolitisches³²², sondern auch ein verfassungsrechtliches Problem.

Über einen solchen Fall hatte der kanadische *Supreme Court* in *Vriend v. Alberta* zu entscheiden.³²³ Die Provinz Alberta verabschiedete ein Nichtdiskriminierungsgesetz („IRPA“) mit einer ganzen Reihe von Diskriminierungsgründen.³²⁴ Die sexuelle Ausrichtung war trotz intensiver Bestrebungen nicht aufgenommen

318 BVerfGE 89, 276, 285; BVerfGE 109, 64, 89 f; dazu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 179 ff; siehe auch oben § 4 II 3 c).

319 Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 ff; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 179 ff; *Uerpmann-Witzack*, ZaöRV 68 (2008), 359, 364 ff und *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1697 f, 1765 f mwN; zurückhaltender dagegen *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 360 ff; *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 276; ablehnend *Heun* in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 138; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 340 f.

320 Zum Schutz dieses Merkmals über Art. 3 Abs. 1 GG siehe BVerfGE 124, 199; BVerfGE 126, 400; BVerfG DStR 2013, 1228.

321 Dazu oben § 7 II 1.

322 Darauf weist *Franck*, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 87 hin.

323 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

324 Genannt sind: race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry and place of origin, marital status, source of income and family status, vgl. *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 3 (Cory, J.).

worden.³²⁵ *Dalwin Vriend* konnte daher nicht gegen seine Entlassung aufgrund seiner Homosexualität vorgehen.³²⁶ Der kanadische *Supreme Court* sah darin eine zweifache Ungleichbehandlung:³²⁷ (1.) Der Zweck des Gesetzes bestand darin, „to affirm and give effect to the principle that all persons are equal in dignity and rights.“³²⁸ Dennoch unterschied es zwischen Homosexuellen und anderen benachteiligten Gruppen. Anders als die Angehörigen jener Gruppen, waren Homosexuelle von den besonderen Schutzmechanismen des Nichtdiskriminierungsrechts ausgeschlossen.³²⁹ (2.) Das Gesetz differenzierte daneben unausgesprochen zwischen homosexuellen und heterosexuellen Personen. Auf der formalen Ebene wurden beide Gruppen gleich behandelt, weil auch heterosexuelle Menschen nicht besonders geschützt waren. Das Gericht war sich aber des zweiten Gleichheitsproblems³³⁰ bewusst:

„However, the exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals.“³³¹

Die formale Ungleichbehandlung einer Gruppe im Vergleich zu vielen anderen Gruppen, die in der sozialen Wirklichkeit auch von Diskriminierungen betroffen sind, und die materiale Ungleichbehandlung im Vergleich zu heterosexuellen Personen, transportierte eine wichtige kommunikative Botschaft: Damit, so die Interpretation des *Supreme Court*, sage der Staat, dass allen Menschen gleiche Würde und gleiche Rechte zukommen, ausgenommen Schwule und Lesben.³³² Der bewusste Ausschluss der sexuellen Orientierung von der langen Liste der Diskriminierungsmerkmale suggeriere der Öffentlichkeit, dass eine daran anknüpfende Diskriminierung „not as serious or as deserving of condemnation as other forms of discrimination“³³³ sei. Damit werde den Normadressaten des Diskriminierungsverbots ausdrücklich mitgeteilt, dass es erlaubt und sogar akzeptabel sei, anhand der sexuellen Orientierung zu diskriminieren.³³⁴ Darin enthalten ist nach Auffassung des Gerichts die implizite Stellungnahme des Gesetzgebers, „that gays and lesbians, unlike other individuals, are not worthy of protection“³³⁵. Das ist eine Einschränkung der in Sec. 15 (1) *Charter* enthaltenen Gleichheitsgaran-

325 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 4 (Cory, J.).

326 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 7-8 (Cory, J.).

327 Vgl. *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 81-82 (Cory, J.).

328 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 95 (Cory, J.).

329 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 97-98 (Cory, J.).

330 Dazu oben § 2 III.

331 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 82 (Cory, J.).

332 *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 para. 104 (Cory, J.): „In excluding sexual orientation from the IRPA's protection, the Government has, in effect, stated that "all persons are equal in dignity and rights", except gay men and lesbians.“

333 *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 para. 100 (Cory, J.).

334 *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 para. 101 (Cory, J.).

335 *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 para. 102 (Cory, J.).

tie.³³⁶ Sie ließ sich auch nicht nach Sec. 1 *Charter* unter Anwendung des *Oakes-Tests*³³⁷ rechtfertigen.³³⁸ Daraus folgt allerdings nicht zwingend, dass der Gesetzgeber alle verfassungsrechtlichen Diskriminierungsmerkmale im einfachen Recht widerspiegeln muss. Die Verfassungsmäßigkeit seiner Entscheidung, auf eines oder mehrere Merkmale zu verzichten, müsse jeweils im Einzelfall geprüft werden.³³⁹ Das Problem stellt sich auch ganz aktuell im geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrecht: In § 19 Abs. 1 AGG fehlt im Vergleich zu § 7 Abs. 1 iVm § 1 AGG die Weltanschauung als geschütztes Merkmal. Das verstößt gegen Art. 3 Abs. 3 GG iVm mit der Nichtdiskriminierungsfunktion von Art. 4 GG.³⁴⁰

Das Problem beschränkt sich nicht auf die Festlegung der verpönten Merkmale. Es erstreckt sich auch auf die Ausgestaltung der Rechtfertigungsgründe im einfachen Recht. Darüber hatte der Europäische Gerichtshof in der Rs. *Test-Achats ASBL* zu entscheiden.³⁴¹ Die belgische Cour constitutionnelle legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG vereinbar mit dem unionsrechtlich gewährleisteten Gleichheits- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz sei.³⁴² Der Gerichtshof verneinte. Eine Bestimmung, die es den Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen unbefristet aufrechtzuerhalten, laufe der Verwirklichung des mit der Richtlinie verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und ist mit den Art. 21 und 23 der Grundrechte-Charta unvereinbar.³⁴³ Die Argumentation des Gerichtshofs³⁴⁴ lässt sich in fünf Schritten rekonstruieren: (1.) Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta enthält ein Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts, Art. 23 Abs. 1 Grundrechte-Charta ein Gleichheitsgebot von Männern und Frauen und Art. 157 Abs. 1 AEUV den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in einem spezifischen Bereich. Diese Normen bilden zusammen die ausdrückliche positivrechtliche Verankerung des einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dazu kommt noch der Gleichbehandlungs-

336 Zur Einordnung der sexuellen Orientierung als von Sec. 15(1) *Charter* erfassten *analogous ground* grundlegend *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 5 (LaForest, J.) und *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 170-178 (Cory, J. diss.).

337 Grundlegend *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 para. 69-71 (Dickson, C.J.).

338 Siehe *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 109-128 (Iacobucci, J.).

339 *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 106 (Cory, J.): „Whether an omission is unconstitutional must be assessed in each case, taking into account the nature of the exclusion, the type of legislation, and the context in which it was enacted.“

340 Eingehend dazu oben § 6 III 3 c).

341 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773.

342 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 14; zur Entscheidung bereits oben § 6 VI 3 b).

343 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 32.

344 Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 19.

grundsatz als ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts.³⁴⁵ (2.) Art. 19 Abs. 1 AEUV ist eine Kompetenznorm, die der Union die Befugnis einräumt, sekundärrechtliches Nichtdiskriminierungsrecht zu erlassen.³⁴⁶ Die Frage, ob Art. 19 Abs. 1 AEUV ein materielles Diskriminierungsverbot voraussetzt,³⁴⁷ hat sich aufgrund der mehrfachen Absicherung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Primärrecht erledigt. (3.) Der Rat übt diese Kompetenz im Rahmen seines politischen Ermessens aus. „Bei der schrittweisen Verwirklichung dieser Gleichheit ist es der Unionsgesetzgeber, der [...] den Zeitpunkt seines Tätigwerdens bestimmt, wobei er der Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in der Union Rechnung trägt.“³⁴⁸ (4.) Dabei sind ihm Grenzen gesetzt. Er muss bei seiner Ausgestaltung immer auch die Ziele der Union fördern, wie sie insbesondere niedergelegt sind in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, nach dem die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen bekämpft, sowie Art. 8 AEUV, nach dem die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. (5.) Hat der Rat beschlossen, tätig zu werden, muss er „in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken.“³⁴⁹ Diese aus dem Gleichbehandlungsgebot fließende Pflicht zur Systemgerechtigkeit schließt nicht die Möglichkeit aus, Übergangszeiten oder Ausnahmen begrenzten Umfangs vorzusehen.³⁵⁰ Er ist aber daran gehindert, eine nur temporär zulässige Ausnahme unbefristet aufrechtzuerhalten.³⁵¹

b) Systematisierungsversuche

Geht man von der Endlichkeit des Katalogs möglicher Diskriminierungsgründe aus, muss man zwei Verständnismöglichkeiten unterscheiden: (1.) Es werden nur die Diskriminierungsmerkmale vor Ungleichbehandlungen geschützt, die ausdrücklich im positiven Recht verankert sind. Das dient der Rechtssicherheit, weil feststeht, welche Anknüpfung mit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung einhergeht. (2.) Der geschriebene Katalog der Diskriminierungsmerkmale ist nicht abschließend. Das ist das Modell, das sich auf konventions-, unions- und verfassungsrechtlicher Ebene durchgesetzt hat. Art. 14 EMRK und Art. 1 des 12. ZP zur EMRK sowie Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta beinhalten jeweils das

345 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21 f.

346 Statt vieler *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651 ff.

347 So *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651, 654; *Holoubeck* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 4.

348 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 19.

349 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21.

350 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21.

351 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 31.

Wort „insbesondere“. Es handelt sich daher jeweils um eine nicht abschließende Aufzählung.³⁵² Andere Merkmale können über einen Analogieschluss berücksichtigt werden, wenn sie mit den genannten personenbezogenen Merkmalen vergleichbar sind. Stattdessen kann man auch vom allgemeinen Gleichheitssatz ausgehen und die Rechtfertigungsanforderungen bei personenbezogenen Differenzierungen anschrauben, die sich den im positiven Recht aufgezählten Merkmalen annähern.³⁵³ In diesen Fällen besteht nämlich die Gefahr, dass eine daran anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt.³⁵⁴ In beiden Fällen ist es möglich, nicht ausdrücklich vorgesehene Merkmale diskriminierungsrechtlich zu erfassen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte³⁵⁵ und des Bundesverfassungsgerichts³⁵⁶ zum Schutz vor Ungleichbehandlungen wegen der Homosexualität zeigt die Konvergenz beider Ansätze. Fraglich ist, ob diese Wege auch für den Gleichbehandlungsgrundsatz in privatrechtlichen Beziehungen gangbar sind. Dafür spricht die im Rechtfertigungsmodell angelegte Flexibilität. Dogmatisch ist es auch möglich, aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz neue Diskriminierungsverbote abzuleiten.³⁵⁷ Damit kann man behaupten, „dass der allgemeine Gleichheitsgrundsatz potenziell ein Verbot von Diskriminierungen aus jeder Art von Gründen, die als inakzeptabel gelten könnten“, enthält.³⁵⁸ Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist diesbezüglich nicht ganz eindeutig.³⁵⁹

Geht man davon aus, dass die geschriebenen Merkmale im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht nicht abschließend sind, steht die These eines endlichen Katalogs von Merkmalen vor einer weiteren Herausforderung: Sie muss Kriterien angeben können, um ein verpönte Merkmal von einem nicht verpönten Merk-

352 Siehe *Sachs* in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 21 Rn. 23; *Hölscheidt* in: Meyer, Grundrechte-Charta, Art. 21 Rn. 32 zur Charta; *König/Peters* in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Art. 21 Rn. 21 mwN; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 2012, § 26 Rn. 7 zur EMRK; gegen das Verständnis von Art. 14 EMRK als allgemeiner Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des EGMR *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1457 mwN.

353 Siehe BVerfGE 88, 87, 96; BVerfGE 124, 199, 219 f.; dazu bereits oben § 7 II 1.

354 Grundlegend BVerfGE 88, 87, 96, zuletzt zum Merkmal der sexuellen Orientierung; BVerfGE 124, 199; BVerfGE 126, 400 und BVerfG DStR 2013, 1228.

355 Zuletzt EGMR, Urt. v. 24.6.2010, App. No. 30141/04 – *Schalk & Kopf vs. Österreich* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/> Rn. 87 ff.

356 Grundlegend BVerfGE 124, 199, 219 f.

357 Vgl. GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Tz 44.

358 Vgl. GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Tz 93.

359 Vgl. einerseits EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Tz 74-76; GA Sharpston, Schlussanträge v. 30.11.2006, Rs. C-227/04 P – *Lindorfer v. Rat* = Slg. 2007, I-6767 Tz 54-59; GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Tz 32-65 und andererseits EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Tz 53-57; GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Tz 50-56; siehe zum Ganzen *Colneric*, NZA Beilage 2008, Heft 2, 66, 68 ff.

mal nachvollziehbar unterscheiden zu können. Andernfalls verlieren Diskriminierungsmerkmale ihre Funktion, die Kontrolldichte innerhalb der Rechtfertigungsprüfung zu steuern. Es gibt vier klassische Ansätze zu Lösung dieses Problems.

(1) Askriptive vs. verhaltensbezogene Merkmale?

Man kann zwischen „askriptiven Persönlichkeitsmerkmalen“ einerseits und „verhaltensbezogenen Merkmalen“ andererseits unterscheiden und nur erstere mit Diskriminierungsverboten schützen.³⁶⁰ Schiek versteht unter askriptiven Merkmalen „solche, aufgrund deren ein bestimmter Status anhand äußerlich wahrnehmbarer, und unveränderbarer Kennzeichen zugeschrieben (askribiert) wird (also Geschlecht, Rasse, Behinderung)“³⁶¹. Die sonstigen Merkmale seien auch nicht immer frei gewählt und individuell kaum beeinflussbar, aber nicht äußerlich wahrnehmbar.³⁶² Der Unterschied soll danach im Anschein einer Person liegen, den sie bei einem Dritten weckt. Die Sichtbarkeit eines Unterscheidungsmerkmals steht *pars pro toto* für seine Auffälligkeit in den sozialen Kontexten.³⁶³ Der homosexuelle Mann wird nicht diskriminiert, weil er homosexuell ist, sondern weil er seine „selbst gewählte Lebensweise“³⁶⁴ dadurch sichtbar macht, dass er sich „nach den Normen der homosexuellen Subkultur“³⁶⁵ und nicht der „heterosexuellen Mehrheitskultur“³⁶⁶ kleidet. Weil homosexuelle Menschen theoretisch als heterosexuelle Menschen „erscheinen“ könnten, werden sie als Homosexuelle unsichtbar.³⁶⁷ Die Unterscheidung erinnert an das Phänomen des „*racial passing*“ in den U.S.A.:³⁶⁸ Schwarzen gelang es aufgrund ihrer Persönlichkeitsmerkmale, als Weiße aufzutreten und damit an den für Weiße geltenden Privilegien teilzuhaben.³⁶⁹ Von einer „selbst gewählten“ oder freiwilligen Entscheidung konnte gerade nicht gesprochen werden. Man konnte zwar an für Weiße reservierten Freiheitsräumen partizipieren. Dafür musste man darauf verzichten, sich selbst als Schwarzer zu definieren:

360 Statt vieler Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 24-37; speziell zum Merkmal „sexuelle Ausrichtung“ vgl. Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 96-97; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2008, § 1 Rn. 53.

361 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 37.

362 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 37.

363 Zutreffend hervorgehoben von Damm, Menschenwürde, 2006, 515.

364 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 26.

365 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 34; Schiek in: Schiek, AGG, Vorbem zu 19 ff Rn. 14.

366 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 34.

367 Rush, 13 Harv. Blackletter L.J. 65, 96 (1997), Zur Bedeutung des „Sichtbarkeitskriteriums“ vgl. auch Yoshino, 108 Yale L.J. 485-571 (1998).

368 Vgl. dazu Rush, 13 Harv. Blackletter L.J. 65 (1997); kritisch zu den Analogien „Rasse“ – „sexuelle Orientierung“ aber Mayeri, 110 Yale L.J. 1042 (2001). Yoshino, 111 Yale L.J. 769, 875-924 (2002) differenziert hier mit Recht deutlicher zwischen „*passing*“ und „*covering*“.

369 Vgl. dazu Harris, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1710-1714 (1993).

„The fact of race subordination was coercive and circumscribed the liberty to self-define. Self determination of identity was not a right for all people, but a privilege accorded on the basis of race.“³⁷⁰

Das ist gleichbehandlungsrechtlich unhaltbar, nicht nur bei Schwarzen und Frauen, sondern auch bei homosexuellen Menschen. *Yoshino* hat das Problem dieser schiefen Dichotomie klar herausgearbeitet:

„Such jurisprudence embodies an assimilationist bias. It maintains that groups that can assimilate are less worthy of protection than groups that cannot. It further suggests that the only acceptable defense to a demand for assimilation is the inability to accede to it.“³⁷¹

Die Unmöglichkeit, sich anzupassen, ist lediglich ein scheinbarer Unterschied bei der Gruppen. Fokussiert man nur darauf, übersieht man das zentrale freiheitsrechtliche Problem von Anpassungszwängen für „an sich“ unauffällige Gruppen: aus der Ausweichmöglichkeit wird eine Ausweichpflicht.³⁷² Sie zwingt den Betroffenen, seine Identität zu verbergen.³⁷³ Davor schützt das Nichtdiskriminierungsprinzip. Jeder darf den Kern seiner Identität als Person leben, ohne sozialen Sanktionen ausgesetzt zu werden, weil er anders ist und das auch lebt. Es schützt vor dem sozialen Zwang zur Anpassung.³⁷⁴ Die Dichotomie von askriptiven und verhaltensbezogenen Merkmalen wird dieser Bedeutung nicht gerecht.

(2) Unveränderbare vs. Veränderbare Merkmale?

Nach dem zweiten Ansatz kommt es auf die Dichotomie veränderbares/unveränderbares Merkmal an.³⁷⁵ Als unveränderlich werden regelmäßig (vermeintlich) biologische Merkmale wie die Hautfarbe oder das Geschlecht angesehen, aber auch die nationale Herkunft, während sozial definierte Merkmale wie Religion und Nationalität als veränderbar gelten.³⁷⁶ Darin wird die geringere Schutzbedürftigkeit solcher Merkmalsträger gesehen: Sie können ausweichen, während den Trägern unveränderlicher Merkmale diese Möglichkeit versperrt bleibt.³⁷⁷ Dagegen wendet *Christian Starck* zu Recht ein, dass es gerade der Sinn der Diskriminierungsverbote ist, „auch die veränderbare Merkmale durch rechtliche

370 *Harris*, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1743-1744 (1993).

371 *Yoshino*, 111 Yale L.J. 769, 779 (2002).

372 Dazu näher *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 506 (1998).

373 Grundlegend zum „covering“ *Yoshino*, 111 Yale L.J. 769, 875-924 (2002).

374 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 385 f.

375 Vgl. grundlegend zur Bedeutung der Faktoren „unveränderbar“ und „sichtbar“ *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485-571 (1998).

376 Siehe die Einteilung bei *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 493-496 (1998) in seiner Analyse des U.S.-Rechts.

377 Näher *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 509-519 (1998); ihm folgend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 379 ff; *Damm*, Menschenwürde, 2006, 517 ff.

Neutralisierung zu schützen und keinen Veränderungsdruck zuzulassen³⁷⁸. Der Preis für die damit mittelbar erzwungene Anpassung ist zu hoch,³⁷⁹ wie der *Supreme Court of Connecticut* am Beispiel der sexuellen Orientierung ausführt:

„Because sexual orientation is such an essential component of personhood, even if there is some possibility that a person's sexual preference can be altered, it would be wholly unacceptable for the state to require anyone to do so.“³⁸⁰

Das geltende Nichtdiskriminierungsrecht geht daher beim Schutz der Merkmale Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung mit Recht davon aus, dass es für den Einzelnen unzumutbar ist, darüber zu disponieren.³⁸¹ Dazu kommt, dass die Prämisse dieser Dichotomie fragwürdig ist. Selbst ein scheinbar so eindeutiges und unveränderbares Kriterium wie „Geschlecht“ ist weder eindeutig noch unveränderbar, wie die juristisch relevanten Phänomene von Inter- oder Transsexualität³⁸² zeigen.

(3) Allgemeines vs. besonderes Merkmal?

Ein dritter Ansatzpunkt besteht darin, diejenigen Merkmale, die von jeder repräsentierten Person im Laufe eines Lebens erfüllt werden, grundsätzlich nicht als Diskriminierungsverbot auszugestalten.³⁸³ Der U.S.-amerikanische *Supreme Court* sprach sich beispielsweise gegen höhere Rechtfertigungsanforderungen bei einer Ungleichbehandlung aufgrund des Alters aus:

„But even old age does not define a “discrete and insular” group in need of “extraordinary protection from the majoritarian political process.” Instead, it marks a stage that each of us will reach if we live out our normal span.“³⁸⁴

Im Unionsrecht ist dieser Weg versperrt, weil das Verbot der Altersdiskriminierung einen allgemeinen Rechtsgrundsatz bildet³⁸⁵ und in Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta sowie der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich geschützt wird. Da-

378 Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 383.

379 Yoshino, 108 Yale L.J. 485, 518 (1998) („the evasive power of mutable groups proves only to be the power of self-annihilation“).

380 *Kerrigan v. Comm’r of Pub. Health*, 957 A.2d 407 (2008).

381 Siehe § 6 I 2 und III 4 b).

382 Zur Transsexualität siehe weiterführend Grünberger, JZ 2006, 516 ff; Grünberger, StAZ 2007, 357 ff; Grünberger, Reform des TSG, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität, 2008, 81 ff; Grünberger, JZ 2011, 368 ff.

383 Vgl. *Mass. Bd. of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307313-14 (1976) („But even old age does not define a “discrete and insular” group in need of “extraordinary protection from the majoritarian political process.” Instead, it marks a stage that each of us will reach if we live out our normal span.“) (interne Verweisungen sind weggelassen); Reichold/Hahn, NZA 2005, 1270, 1275.

384 *Mass. Bd. of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307313-14 (1976) (interne Verweisungen sind weggelassen); in der Sache ähnlich Reichold/Hahn, NZA 2005, 1270, 1275; Basedow, ZEuP 2008, 230, 242 f.

385 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

für spricht, dass Ungleichbehandlungen wegen eines bestimmten Alters wegen der damit verbundenen Stereotypen im Ergebnis zu einer Verengung der grundrechtlichen Freiheiten für die Betroffenen führen und gerade deshalb einer sorgfältigen Abwägung bedürfen.³⁸⁶ Altersgrenzen spielen zwar in menschlichen Zivilisationen eine bedeutende Rolle für die soziale und rechtliche Gestaltung der Lebensabläufe.³⁸⁷ Diskriminierungsverbote zwingen jedoch dazu, dass man über die Berechtigung solcher freiheitseinschränkender Grenzziehungen verschärft nachdenken muss. Darin liegt das rationalisierende Potential von Benachteiligungsverboten: Es zwingt zum besseren Argument.³⁸⁸

(4) Kombinationslösung

Die vierte Möglichkeit ist eine Kombination mehrerer Faktoren, die in der Zusammenschau geeignet sein können, die Personen und Personengruppen zu ermitteln, die mit Hilfe von Diskriminierungsverboten besonders zu schützen sind. Paradigmatisch dafür ist die Rechtsprechung zur *Equal Protection Clause* im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht. Der XIV. Verfassungszusatz der U.S. *Constitution* kennt – wie viele Verfassungen der einzelnen Bundesstaaten – kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot. Stattdessen unterscheidet man – vereinfacht ausgedrückt³⁸⁹ – zwischen Prüfungsstufen mit unterschiedlicher Prüfungsinintensität.³⁹⁰ Dem *case law* des *Supreme Court* lassen sich eine Reihe von Kriterien entnehmen, deren Vorliegen regelmäßig zu einem strengen Rechtfertigungsmaßstab (*strict scrutiny*) einer getroffenen Ungleichbehandlung führt.³⁹¹ Diese Kriterien spielen in der bis vor Kurzem noch³⁹² auf der Ebene der Einzelstaaten geführten Debatte über die Frage, ob die Ehe aus gleichheitsrechtlichen Gründen auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen ist, eine herausragende Rolle.³⁹³ Danach ist ein strenger Prüfungsmaßstab geboten, wenn die benachteiligten Personen einer Gruppe angehören, die in der Vergangenheit strukturell benachteiligt worden

386 Nussberger, JZ 2002, 524, 532 (aus verfassungsrechtlicher Perspektive).

387 So die Kritik von Basedow, ZEuP 2008, 230, 242.

388 Zu den Details oben § 6 III 6.

389 Zur Zurückhaltung bei der Anwendung dieser Kategorien mahnt allerdings *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432/451-453 (1985) (Stevens, J., concurring).

390 Vgl. dazu Brugger, Grundrechte, 1987, 144-215; Sullivan/Gunther, Constitutional Law, 2004, 640-884; Sacksofsky, Gleichberechtigung, 1996, 208-222; Heun, EuGRZ 2002, 319 ff; Damm, Menschenwürde, 2006, 117-126, 166-208; Chemerinsky, Constitutional Law, 2007, 669 ff.

391 Dazu instruktiv die Interpretation des *case law* bei Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health, 957 A.2d 407, 425-28 (Conn. 2008); aus der deutschen Literatur siehe Damm, Menschenwürde, 2006, 172-179.

392 Die Frage ist mittlerweile in der *federal judiciary* angekommen, siehe *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (2010); *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012) und *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. (2013).

393 Abweichend dazu *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921, 995-1003 (N.D. Cal.)(2010), wonach der Ausschluss homosexueller Partnerschaften von der Ehe nicht einmal den Anforderungen des Rationalitätstests genügt.

ist („history of invidious discrimination“), wenn das betreffende Persönlichkeitsmerkmal keinen Bezug dazu aufweist, ob und welchen Beitrag die Person als Mitglied der Gesellschaft zu leisten vermag („the characteristics that distinguish the group's members bear no relation to their ability to perform or contribute to society“); wenn das Merkmal unveränderlich oder jedenfalls nicht in zumutbarer Weise veränderlich ist („the characteristic that defines the members of the class as a discrete group is immutable or otherwise not within their control“) und wenn die politische Gestaltungsmacht der betreffenden Gruppe als solcher gering ist („the political power of the subject class“).³⁹⁴ Dabei wird zu Recht hervorgehoben, dass die beiden erstgenannten Merkmale wesentlich bedeutender sind.³⁹⁵ Wie wir bereits gesehen haben, ist die Unveränderlichkeit des Merkmals als Kriterium problematisch. Deshalb weist der *Supreme Court of California* für seine Jurisdiktion zu Recht darauf hin, dass es sich dabei um keine zwingende Voraussetzung einer *suspect classification* handelt.³⁹⁶ *Strict scrutiny* scheint insgesamt immer dann angebracht zu sein, wenn „the class of persons who exhibit a certain characteristic historically has been subjected to invidious and prejudicial treatment, and whether society now recognizes that the characteristic in question generally bears no relationship to the individual's ability to perform or contribute to society.“³⁹⁷ Dieser Gedanke kommt in der berühmten Fußnote 4 der Entscheidung des *Supreme Court* in *Carolene Products* zum Ausdruck, wo das Gericht von „prejudice against discrete and insular minorities“ spricht.³⁹⁸

Dieses Modell ist ein brauchbarer Ansatzpunkt, um das geltende einfache Nichtdiskriminierungsrecht zu erklären und Kriterien für die Fortentwicklung von Diskriminierungsverboten zu liefern. Allerdings ist es nicht ohne weiteres übertragbar. Zwei Persönlichkeitsmerkmalen, die im geltenden Unionsrecht und im einfachen deutschen Recht verpönte Merkmale sind (Behinderung, Alter), wurde im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht der Status als *suspect classification* gerade verweigert.³⁹⁹ Der Kontrast scheint besonders auffällig, wenn man die Entscheidungen in den Rs. *Mangold* und *Kücükdeveci* des Gerichtshofs berücksichtigt. Danach ist das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ein all-

394 Vgl. *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 421-25 (Conn. 2008); *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862, 889-896 (Iowa 2009).

395 *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 427 (Conn. 2008); siehe auch *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432/472 n. 24 (1985)(Marshall, J., concurring & dissenting in part).

396 *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 442-43 (Cal. 2008).

397 *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 443 (Cal. 2008).

398 *U.S. vs. Caroline Products Co*, 304 U.S. 144, 153 n. 4 (1938); siehe dazu statt aller *Powell*, 82 Colum. L. Rev. 1087 (1982).

399 Siehe *Mass. Bd. of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976) (Alter); *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432, 442-47 (1985) (Behinderung); vgl. auch *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 434-35 (Conn. 2008).

gemeiner Grundsatz des Unionsrechts.⁴⁰⁰ Eine genauere Analyse zeigt aber, dass der Unterschied nicht so gravierend ausfällt, wie man zunächst vermuten würde. Das Alter nimmt im geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrecht eine Sonderstellung ein, wie man den weitreichenden Rechtfertigungsmöglichkeiten einer darauf basierenden Ungleichbehandlung entnehmen kann.⁴⁰¹

Die Frage nach dem abschließenden Charakter von Diskriminierungsverboten hat schließlich auch einen demokratietheoretischen Aspekt: Gehört es zur Aufgabe von Richtern, die Kriterien zu entwickeln, die eine erhöhte Prüfungsintensität verlangen oder „neue“ Diskriminierungsmerkmale zu entwickeln? *Justice Marshall* bejahte:

*„To this task judges are well suited, for the lessons of history and experience are surely the best guide as to when, and with respect to what interests, society is likely to stigmatize individuals as members of an inferior caste or view them as not belonging to the community.“*⁴⁰²

Andere sind skeptischer und halten es nicht für ausgeschlossen, dass solchen Richterkollegien eine demokratietheoretisch fragwürdige aristokratische Rolle zukomme.⁴⁰³ Folgt man *Justice Marshall*, stellen sich die nächsten Fragen: Welches sind die konkreten „inakzeptablen Gründe“, wann handelt es sich um eine „discrete and insular minority“⁴⁰⁴ und welche Merkmale betreffen den Einzelnen „als Person“? Auch dazu hat *Justice Marshall* eine Antwort:

*„The discreteness and insularity warranting a more searching judicial inquiry, must therefore be viewed from a social and cultural perspective as well as a political one.“*⁴⁰⁵

„A political one“: Das ist mit Blick auf die langjährige Erfahrung *Justice Marshall*s als Chief Counsel des NAACP zu lesen, der als solcher auch maßgeblich an der Entscheidung *Brown v. Board of Education*⁴⁰⁶ beteiligt war. Er wusste um das politische Element im Nichtdiskriminierungsrecht. Diskriminierungsverbote reagieren auf gesellschaftliche Statushierarchien.⁴⁰⁷ Das Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts ist es, bestehende gesellschaftliche Strukturen in Frage zu stellen und zu verändern, wenn man sie nicht rechtfertigen kann. Damit es dieses Ziel erreichen kann, muss man die Merkmale herausfiltern, die in den historisch entstandenen gesellschaftlichen Hierarchien als soziale Abgrenzungsmechanismen

400 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

401 Dazu oben § 6 VI 2 c).

402 *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432, 472 n. 24 (1985)(Marshall, J., concurring & dissenting in part).

403 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 477 f; *Nettesheim*, JZ 2008, 1159, 1161.

404 *U.S. vs. Caroline Products Co*, 304 U.S. 144152 n.4 (1938).

405 *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432472 n. 24 (1985)(Marshall, J., concurring & dissenting in part).

406 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); dazu oben § 3 IV 1.

407 Siehe oben § 6 I.

verwendet werden.⁴⁰⁸ Diese Merkmalsselektion ist ihrerseits ein Begründungsdiskurs, an dem die gesellschaftlichen Akteure entscheidenden Anteil haben. Ob sich im Diskurs ein bestimmtes Merkmal als verpöntes Merkmal herausstellen wird, hängt auch von der Mobilisierung der betroffenen Gruppenmitglieder ab. Erst ihre fortbestehende und nachdrückliche Selbstbehauptung macht eine Ungleichbehandlung auch als Diskriminierung sichtbar.⁴⁰⁹ Gleichbehandlungsrecht ist Wandlungsprozessen ausgesetzt:

„Infolgedessen spiegelt auch das Recht diesen Wandel wider, beginnend mit der ausdrücklichen Feststellung, dass bestimmte Formen diskriminierender Behandlung, die bislang nicht wahrgenommen oder (falls doch) toleriert wurden, nicht länger toleriert werden. Derartige Änderungen im Recht sind eine Ausdehnung – ein neuer und weiter gehender Ausdruck – des allgemeinen Gleichheitssatzes.“⁴¹⁰

Diese Evolution des Gleichbehandlungsanspruchs ist paradoxerweise das Ergebnis gesellschaftlicher Mobilisierungsprozesse, die zugleich vom Motor der Gleichheit als politischem Leitbegriff⁴¹¹ abhängen. Entscheidend für den gleichheitsrechtlichen Fortschritt sind also die „grundlegenden moralischen Anschauungen einer [...] Gesellschaft“⁴¹². Damit ist man als Rechtsanwender gezwungen, politische Philosophie zu betreiben.

5. Zusammenfassung

Der Gleichbehandlungsanspruch darf nicht mit dem Anspruch auf „gleiche Behandlung“ gleichgesetzt werden. Die Präsomtion der Gleichbehandlung⁴¹³ bewirkt nicht mehr – aber auch nicht weniger –, als dass jede Ungleichbehandlung eines privaten Akteurs durch einen anderen Privaten begründungsbedürftig wird.⁴¹⁴ Gleichbehandlung ist daher zunächst nur ein Anspruch auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Erst wenn diese misslingt, folgt daraus ein Anspruch auf Beseitigung der ungleichen Behandlung.⁴¹⁵ Damit steht die Rechtfertigungsprüfung im Mittelpunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Sie ist die „Cella der Gerechtigkeit“⁴¹⁶. Sie ermöglicht es dem von einer ungleichen Behandlung Betroffenen, den ihn ungleich Behandelnden nach den Gründen für sein Verhalten zu fragen. Der ungleich Behandelnde muss die Gründe dafür benen-

408 Zur Kriterienselektion als historischen Prozess siehe *Damm*, Menschenwürde, 2006, 531 ff.

409 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 207.

410 GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 46.

411 Zum historischen Kontext eingehend oben § 2 und § 3 I 1 und § 3 III 1.

412 Siehe GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 44.

413 § 7 I 1 a).

414 § 7 III 1.

415 § 7 I 1 b) (2).

416 *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 44 f.

nen. Damit zwingt das Prinzip die Parteien in einen Rechtfertigungsdiskurs. Dieses „Recht auf Rechtfertigung“⁴¹⁷ hat eine Schlüsselstellung in einer liberalen Privatrechtstheorie, die einerseits den Markt als primäres Verteilungsinstrument gesellschaftlicher Ressourcen institutionalisiert und mit den Instrumenten des Privatrechts erst operabel macht, andererseits aber dessen mehrfache Gleichheitsblindheit erkennen und eingrenzen muss. Die Rechtfertigungsprüfung ist der methodische Ort, an dem die privaten Autonomiebereiche *beider* Privatrechtssubjekte kompatibelisiert und die kollidierenden Rechtspositionen aufgelöst werden: Das sind auf der Seite des ungleich Behandelnden subjektive Präferenzen, die vom Prinzip personaler Freiheit geschützt werden. Auf der Seite des ungleich Behandelten ist es zunächst der aus dem Prinzip personaler Gleichheit folgende *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung. Dieser schützt als Freiheitsrecht zweiter Ordnung mittelbar auch seine Handlungsmöglichkeiten in der Gesellschaft. Die wechselseitige Vereinbarkeit dieser Freiheits- und Gleichheitspositionen steht nicht ein für alle Mal fest, sondern muss von der Gesellschaft in einem auf Dauer angelegten rechtsbegründenden Verfahren immer wieder aufs Neue hergestellt werden. Diese Begründungsprozeduren ermöglichen es den Privatrechtsakteuren, den jeweils herrschenden *status quo* der Verteilungsmechanismen des Markts aus gleichheitsrechtlicher Sicht in Frage zu stellen. Rechtfertigungszwänge unter Privaten legen die Strukturen von Ungleichbehandlungen offen.

Den theoretisch und praktisch wichtigsten Rechtfertigungsgrund des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bilden die subjektiven Freiheitsrechte des ungleich Behandelnden.⁴¹⁸ Diese Begründungsmöglichkeit hat kein Pendant im verfassungsrechtlichen Vorbild: Der Staat ist nur Grundrechtsadressat, nicht Grundrechtsträger. Der Normadressat des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist dagegen Träger von Freiheitsrechten. Bindet man ihn an präsumtive Gleichbehandlungspflichten, kommt es unweigerlich zur Spannung zwischen Freiheit und Gleichheit. Das wird mit einem dreigliedrigen Freiheitsbegriff verdeutlicht, der zwischen Freiheitsträger, Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis unterscheidet. Daher ist nicht erst die gleiche Behandlung, sondern bereits der aus der Gleichheitspräsumtion folgende Rechtfertigungszwang ein Freiheitshindernis. Um die Auflösung dieses Konflikts konkurrieren drei Modelle:⁴¹⁹ (1.) Das Vorrangmodell basiert auf der Präponderanz der Freiheit. Das „Gerede“ vom grundsätzlichen Vorrang der Freiheit ist aber irreführend. Welches konkrete Freiheits- oder Gleichbehandlungsinteresse in einem sozialen Konflikt Vorrang hat, kann erst das Ergebnis einer vorzunehmenden Wertentscheidung sein. (2.) Das Tatbestandsmodell stellt „praktische Konkordanz“ über die Einführung des An-

417 Dazu vertiefend unten § 8 II 4 c).

418 § 7 IV 2 a).

419 § 7 IV 2 b).

wendungsbereichs von Gleichbehandlungsgeboten her. Der Gleichbehandlungsanspruch setzt sich dann nur innerhalb des ihm zugewiesenen Bereichs durch. Das führt regelmäßig zu „Alles-oder-nichts-Lösungen“ und verarbeitet die sozialen Veränderungen in der Umwelt des Rechts regelmäßig zu spät. Es ist im Kern darauf angelegt, den *status quo* beizubehalten. (3.) Im Rechtfertigungsmodell wird die abstrakte Prinzipienebene verlassen und die konkret betroffenen Freiheits- und Gleichheitsinteressen werden kontextbezogen miteinander kompatibelisiert. Das Rechtfertigungsmodell ist in der Lage, jede Ergänzung um „neue“ Gleichbehandlungspflichten ohne weiteres aufzunehmen. Sein großer Vorteil liegt darin, dass man alle Gegengründe zu einer Gleichbehandlung kontextbezogen diskutieren kann. Die Ausübung von Freiheitsrechten kann eine damit verbundene Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Grundlage dafür ist ein Rechtfertigungscontinuum, das von dem Verweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten einerseits bis hin zum strikten Ausschluss jeder Differenzierungsmöglichkeit andererseits reicht.⁴²⁰ Ausschlaggebend für die Kontrolldichte ist der jeweilige Kontext der eigentlichen Konfliktsituation. Das ermöglicht es, den entscheidenden Gegenstand der zu lösenden Kollision präzise zu beschreiben: Gestritten wird um ganz konkrete Begrenzungen gesellschaftlicher Autonomiebereiche. Diese Übersetzung abstrakter Prinzipienkollisionen in sich widersprechende Herrschaftsbereiche ist notwendig, um den gesellschaftlichen Konflikt juristisch zutreffend beschreiben zu können. Die Gefahr für das Freiheitsrecht resultiert nicht aus der Gleichbehandlungspräsumtion, sondern aus der Kontrolldichte von Rechtfertigungen. Die Existenz der Freiheitsrechte spricht dafür, von unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen auszugehen. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben sich daher je nach Regelungsbereich und Differenzierungsmerkmal unterschiedliche Grenzen für den ungleich Behandelnden, die von dem bloßen Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten über die Darlegung sachlicher Gründe und eine strenge Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse bis hin zum strikten Differenzierungsverbot reichen.

Am unteren Ende der Skala ist der Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten angesiedelt.⁴²¹ Eine Rechtfertigung selbstbestimmter Entscheidungen der eigenen Lebensverhältnisse in persönlicher Hinsicht tangiert die ethische Person in uns. Daher scheidet innerhalb der diskursiv zu begründenden Privatsphäre eine gleiche Behandlung im Ergebnis aus. Das Recht reduziert in diesen Fällen die Rechtfertigungsanforderungen zum Schutz der ungleich behandelnden ethischen Person auf „Null“. Daran schließt sich als Dreh- und Angelpunkt der Rechtfertigungsskala der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard an.⁴²² Da-

420 § 7 IV 3 a).

421 § 7 IV 3 f).

422 § 7 IV 3 b).

nach ist eine Ungleichbehandlung erlaubt, wenn sie in einer rationalen Beziehung zum Differenzierungszweck steht. Dafür müssen zwei Fragen positiv beantwortet werden: (1.) Ist der mit der Differenzierung verfolgte Zweck gleichheitsrechtlich legitim? (2.) Ist die Differenzierung geeignet, den Zweck der vorgenommenen Ungleichbehandlung zu verwirklichen? Das ist der Fall, wenn das Differenzierungskriterium an die Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen anknüpft, die den Grund der Ungleichbehandlung bilden. Dieser Rationalitätsstandard wird kontextabhängig und bereichsspezifisch von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt, die den ungleich Behandelnden im Interesse des ungleich Behandelten mit zwei zusätzlichen Rechtfertigungskriterien belastet:⁴²³ (3.) Ist die vorgenommene Differenzierung auch erforderlich? Das ist der Fall, wenn keine weniger belastende Differenzierung zur Verfügung steht und sie nicht weiter reicht, als es der Differenzierungsgrund rechtfertigt. (4.) Ist die Ungleichbehandlung angemessen? Maßgeblich ist, ob der Differenzierungsgrund gewichtig genug ist, die konkrete Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Bei einer primär personenbezogenen Ungleichbehandlung müssen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht zwischen der ungleich behandelten Person oder Personengruppe und der anders behandelten Person bzw. Personengruppe vorhanden sein, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätstest wird in zwei Konstellationen um das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweitert: (1.) Die Ungleichbehandlung hat erhebliche Auswirkungen auf die tatsächliche Ausübung der gleichen Freiheit des davon Betroffenen.⁴²⁴ (2.) Die Ungleichbehandlung knüpft an „verpönte“ Merkmale an.⁴²⁵

Charakteristisch für den elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard im Privatrecht ist sein flexibler Rechtfertigungsmaßstab, der sich vor allem bei Ungleichbehandlungen im Marktverhältnis auswirkt:⁴²⁶ Die Ungleichbehandlung als solche ist in einer auf Wettbewerb angelegten Rechtsordnung kein sachwidriger Grund. Das ist selbstverständlich. Die Ungleichbehandlung verletzt lediglich die Gleichheitspräsumtion und begründet dadurch erst die Rechtfertigungsprüfung. Sie ist damit methodisch „verbraucht“. Der ungleich Behandelnde hat grundsätzlich einen weiten Spielraum. Die Möglichkeit einschließender Gründe ist daher prinzipiell groß. Darin realisiert sich die freiheitsbezogene Konzeption des Rechtfertigungsmodells. Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung besteht *grundsätzlich* ein weiter Spielraum. Die Bandbreite reicht vom zulässigen „Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung“ bis zur problematischen „Willkür“ oder „wirtschaftlichem Handeln

423 § 7 IV 3 e).

424 § 7 IV 3 c).

425 § 7 IV 3 d).

426 § 7 IV 3 f) (2).

fremden Entscheidungen“. Die Willkür wird offensichtlich nicht mit der Ausübung privatautonomer Freiheit gleichgesetzt. Sie ist eine davon zu unterscheidende Kategorie. Ob willkürliches Handeln vorliegt, bestimmt sich nach bereichsspezifischen Zusammenhängen. Im Wettbewerbsrecht ist es der Missbrauch von Marktmacht. Fehlt es an suspekten Anhaltspunkten für eine strengere Prüfungsintensität, ermöglicht der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung mit dem Verweis auf die ausgeübte Privatautonomie. Damit senkt er in der Sache die Begründungsanforderungen auf „Null“. Auf die Frage: „Warum behandelst du mich ungleich?“ darf ich antworten: „Weil meine Unterscheidung privatautonom erlaubt ist.“ Die einzelnen Gründe für diese Unterscheidung muss ich nicht zum Gegenstand des Rechtfertigungsdiskurses machen. Das Rechtfertigungsmodell kommt hier zum gleichen Ergebnis wie das Vorrang- oder Tatbestandsmodell. Es ist aber umweltsensitiver. Verändert sich auch nur ein Parameter des relevanten gesellschaftlichen Kontexts, erlaubt es das Rechtfertigungsmodell, sofort zu einer intensiveren Prüfung überzugehen.

Mit der Einordnung eines Merkmals als „verpöntes“ Merkmal kann man im Rechtfertigungsmodell den Anwendungsdiskurs erheblich steuern.⁴²⁷ Jede dabei vorgenommene Unterscheidung wirft zwangsläufig weitere Probleme auf. Sie reflektiert eine „Hierarchie der Verurteilung“ oder eine „Hierarchie der Gleichheit“: Bestimmte Merkmale von Personen verdienen danach einen höheren Schutz als andere. Das hat zum Schlagwort der „Diskriminierung durch Diskriminierungsschutz“⁴²⁸ geführt. Das Rechtfertigungsmodell ist keine rigide „Stufentheorie“. Es ist von Anfang an auf eine umfassende und gleitende Rechtfertigungsprüfung angelegt. Selbst wenn ein Merkmal (noch) nicht als Diskriminierungsmerkmal anerkannt ist, erlaubt es der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard, kontextsensitiv vorzugehen. Aufgrund der freiheitsrechtlichen Konzeption des Rechtfertigungsmodells ist es ausgeschlossen, bei jedem personenbezogenen Differenzierungsmerkmal die strengsten Begründungsanforderungen zu stellen. Darin liegt die adaptive Reduktion zulässiger Diskriminierungsgründe. Diesbezüglich setzt allerdings die Verfassung Grenzen.⁴²⁹ Unterlässt es der Gesetzgeber, ein verfassungsrechtlich geschütztes Merkmal dem Katalog existierender Diskriminierungsmerkmale hinzuzufügen, resultiert daraus nicht nur ein rechtspolitisches, sondern auch ein verfassungsrechtliches Problem. Geht man davon aus, dass die Diskriminierungsmerkmale im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht nicht abschließend sind, muss man Kriterien angeben, um ein verpöntes Merkmal von einem nicht verpönten Merkmal nachvollziehbar unter-

427 § 7 IV 4.

428 *Thüsing*, ZfA 2006, 241, 252 f.; ähnlich *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 671 („Diskriminierung durch Auswahl der Merkmale“).

429 § 7 IV 4 a).

scheiden zu können. Von den vier klassischen Ansätzen⁴³⁰ kann nur eine Kombination mehrerer Faktoren überzeugen, die in der sozialen, politischen, historischen und ökonomischen Zusammenschau geeignet sein kann, die Personen und Personengruppen zu ermitteln, die mit Hilfe von Diskriminierungsverboten besonders zu schützen sind.⁴³¹

430 § 7 IV 4 b).

431 § 7 IV 4 b) (4).

§ 8 Gleichbehandlungspflichten Privater in der Gesellschaft

I. Gerechtigkeit und Gleichheit in Moral, Politik und Recht

Spricht man in moralphilosophischen Diskursen von „Gleichbehandlung“ oder „Gleichheit“, wird man unausweichlich auf die Verbindung zur „Gerechtigkeit“ stoßen.¹ *Stefan Gosepath* schrieb beispielsweise ein ganzes Buch über den begrifflichen und normativen Zusammenhang von Gerechtigkeit und Gleichheit²: „Gleichheit ist der Inbegriff von Gerechtigkeit.“ Auf die Frage: „Why equality?“³ lautet die Antwort: Weil „Gleichheit“ gerecht ist.⁴ „Gleichheit ist die vorrangige normative Idee der Moderne.“⁵ Damit ist – und das muss man gerade in juristischen Diskursen immer wieder betonen – weder „Gleichsein, erst recht nicht Gleichmachen, aber auch nicht Gleichverteilung“ gemeint, sondern „die gleichmäßige Berücksichtigung von allen“.⁶ Die Idee, dass jede Person gleich viel zählt und insoweit als Gleiche zu behandeln ist, ist der gemeinsame Referenzpunkt der egalitaristischen und einiger nicht-egalitarischer⁸ Theorien politischer Moral (erster Gleichheitsbegriff).⁹ *Rawls* verlangt beispielsweise den „Schleier des Nichtwissens“ als prozedurale Voraussetzung des Urzustands, um sicherzustellen, dass die Agenten als freie und gleiche Personen zu einem gerechten Ergebnis kommen können.¹⁰ Auch *Habermas*’ vermeintlich rein prozedurales Diskursprinzip setzt die personale Gleichheit der am Diskurs Teilnehmenden als substantielles Prinzip voraus.¹¹ *Rainer Forst* beleuchtet auf derselben Ebene den Bedeutungskern der Gerechtigkeit von seinem Gegenbegriff her: der Willkür, und sieht den Grundimpuls der Gerechtigkeit daher in dem „Grund-Recht auf Rechtfertigung“, das er als prozedurales Prinzip mit substantiellem Inhalt ausgestaltet.¹² *Dworkin* führt seine liberale Gesellschafts- und Rechtstheorie auf den Grundsatz gleicher Ach-

1 Siehe *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 2005, V 5 et seq. 1130a ff; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000, 34 f; *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 2003, 34-37; zum Gleichheitsbezug prozeduraler Gerechtigkeitstheorien näher *Tschentscher*, Prozedurale Theorien, 2000, 56 ff. Ein knapper Überblick zum Thema bei *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 440 ff.

2 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 9 ff.

3 *Sen*, Inequality Reexamined, 1995, 11.

4 Grundlegende und frühe Kritik daran bei *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000, 35 und *Lucas*, 40 Phil. 296 (1965).

5 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 22, der diese Behauptung allerdings problematisiert (siehe S. 27 ff).

6 Vgl. dazu oben § 4 I 2 c).

7 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 22.

8 Zur modernen Egalitarismuskritik, die dieses Bild in Frage stellt, unten § 8 II 5.

9 *Gosepath*, Gleichheit in *Habermas*’ und *Dworkin*’s Theorien der Gerechtigkeit, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal*, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 94.

10 *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 22 ff.

11 Dazu oben § 7 I 2 c).

12 *Forst*, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 9 f.