

3. Teil:

Das Prinzip der personalen Gleichheit

§ 7 Versuch einer Neukonzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht

I. Überblick

1. Strukturprinzipien des geltenden Rechts

a) Ungleichbehandlung und Rechtfertigungsstrukturen im geltenden Recht

Die Untersuchung ging von der Hypothese aus, dass das deutsche und europäische Zivilrecht einen Gleichbehandlungsgrundsatz kennen, nach dem ein Privatrechtssubjekt die Ungleichbehandlung einer anderen Person grundsätzlich mit sachlichen Gründen zu rechtfertigen hat (allgemeines Gleichbehandlungsgebot) und bestimmte Gründe eine Ungleichbehandlung grundsätzlich nicht rechtfertigen können (Diskriminierungsverbot).¹ Daraus lässt sich eine einheitliche Grundstruktur des Gleichbehandlungsanspruchs und der Diskriminierungsverbote im Privatrecht konzipieren. Die Analyse allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze² und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts³ kann diese These im Grundsatz bestätigen. Die Untersuchung in den §§ 5 und 6 ergibt im Wesentlichen folgende gemeinsame analytische Struktur von Gleichbehandlungsansprüchen: Mit der Vielzahl allgemeiner Gleichbehandlungsgebote bildet das Recht die in der Umwelt des Rechts bestehende Erwartung der Akteure, gleich behandelt zu werden, systemintern ab.⁴ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht zwingt das Recht ebenfalls dazu, spezifische Ungleichbehandlungen aufgrund bestimmter Merkmale in der Umwelt des Rechts als Problem innerhalb des Rechts wahrzunehmen. Damit versucht das Recht, eine privatrechtliche Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem zu geben.⁵ Der herkömmlichen Vorrangregel („Präponderanz der Freiheit“⁶) ist es nicht gelungen, die schiere Bandbreite allgemeiner Gleichbehandlungspflichten und die Existenz und Reichweite des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts überzeugend zu erklären. Deshalb ist eine neue Konzeption zu

1 Siehe oben § 1 III.

2 Siehe oben § 5 I-VIII.

3 Dazu oben § 6 II-VII.

4 Dazu oben § 5 IX 2 b).

5 Siehe oben § 6 VIII 3.

6 Zur Herkunft des Begriffs oben § 4 I 2 c).

entwickeln, die das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit besser spezifizieren kann.

Als Ausgangspunkt dafür eignet sich die Präsumtion der Gleichheit als prozedurales Verteilungsprinzip:⁷ Gleichbehandlung wird darin zum Grundsatz, Ungleichbehandlung zur rechtfertigungsbedürftigen Maßnahme. Entgegen der traditionellen Auffassung ist also nicht mehr begründungsbedürftig, „wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“⁸ Darauf basieren die beiden gemeinsamen Strukturelemente der allgemeinen Gleichbehandlungsgebote und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts: Ungleichbehandlung und Rechtfertigung.

Die Ungleichbehandlung wird auf Grundlage eines deskriptiven Ansatzes ermittelt:⁹ Werden Personen oder Personengruppen im Vergleich zu anderen Personen oder Personengruppen unterschiedlich behandelt, liegt eine Ungleichbehandlung vor. Ungleichbehandlung ist eine nicht-identische Behandlung mindestens zweier Personen in einer – auch nur hypothetischen¹⁰ – Vergleichssituation. Der deskriptive Ansatz ist notwendig, um jede Ungleichbehandlung tatbestandlich erfassen und deutlich von den Gründen unterscheiden zu können, die für oder gegen eine Gleichbehandlung sprechen.¹¹ Die Gründe für eine Ungleichbehandlung interessieren auf dieser Ebene nicht. Sie werden erst bei der Prüfung der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung relevant. Der Rechtfertigungsprüfung kommt für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die zentrale Rolle zu.¹² Ihre Aufgabe ist es, die Kollision zwischen der Ungleichbehandlung als Instrument von Freiheitsausübung einerseits und der gegenläufigen Erwartung zur Gleichbehandlung¹³ andererseits aufzulösen. Ausgangspunkt dafür ist das vom Recht jedem Akteur gegebene Versprechen *gleicher Freiheit*.¹⁴ Daraus folgt, dass Freiheits- und Gleichbehandlungsinteressen prinzipiell gleichrangig sind. Nach meiner Auffassung gibt es daher keine „Präponderanz der Freiheit“. Die Freiheit zur Ungleichbehandlung setzt sich erst durch, wenn die Ungleichbehandlung ge-

7 Eingehend unten § 8 II.

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

9 Ausführlich zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter § 5 I 4 b), zum verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter § 5 II 4 b) (1) und zu den wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätzen unter § 5 IV 2 b) (2), 3 c) (3) und 4 c) sowie zum speziellen Nichtdiskriminierungsrecht unter § 6 IV 2 a).

10 Siehe dazu § 6 V 2 a) (1) (bb).

11 Vertiefend oben unter § 6 IV 2 a).

12 Ausführlich zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter § 5 I 4 c), zum verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter § 5 II 4 c), zu den kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten siehe § 5 III 2 b) (2) und III 4, zu den wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätzen unter § 5 IV 2 b) (3), 3 c) (4) und 4 d); zum Kontrahierungszwang siehe § 5 VI 2 c), zur Gleichbehandlung bei Gläubiger- und Schuldnermehrheiten § 5 VII 2 c sowie zum speziellen Nichtdiskriminierungsrecht unter § 6 VI.

13 Dazu oben § 5 IX 2 b).

14 Dazu oben § 2 I 4 und III.

nes freien Wettbewerbs vereinbar ist.²⁴ Die vom Missbrauchsverbot (Art. 102 S. 1 AEUV) oder vom Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB) erfasste Weigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens, neue Geschäftsbeziehungen mit einem potentiellen Handelspartner aufzunehmen, kann im Regelfall mit der Vertragsfreiheit des Unternehmens gerechtfertigt werden, sofern nicht besondere „außergewöhnliche“ Umstände vorliegen. Erst wenn diese gegeben sind, steigen die Rechtfertigungsanforderungen erheblich an. Das ist etwa der Fall, wenn die Marktgegenseite vom Angebot des Normadressaten abhängig ist.²⁵

In der zweiten Fallgruppe kollidiert das freiheitsrechtlich fundierte Interesse an einer Ungleichbehandlung mit einem gesteigerten Interesse an Gleichbehandlung. Die Balance verschiebt sich zugunsten der Erwartung gleicher Behandlung. Daher intensiviert das Recht die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe. Die „Kontrolldichte“ steigt an. Für die Rechtfertigung genügt nicht mehr jeder sachliche Grund („Willkürkontrolle“). Bei instrumentalen Ungleichbehandlungen, mit denen ein externes Handlungsziel angestrebt wird,²⁶ wird die Auflösung dieser Kollision im Regelfall dem Rechtsanwender übertragen. Dafür steht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Metaregel zur Verfügung.²⁷ Dieser setzt sich mittlerweile auch in der Rechtfertigungsprüfung des allgemeinen arbeitsrechtlichen²⁸ und des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes²⁹ durch. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nimmt im Regelfall den vom ungleich Behandelnden gesetzten Zweck hin und akzeptiert damit die von ihm verfolgten Ziele. Damit respektiert der Gleichbehandlungsgrundsatz die Eigenrationalität des jeweils einschlägigen Handlungssystems.³⁰ In drei typischen Fallkonstellationen modifiziert er jedoch die Anforderungen an die legitimen Gründe:

- a) Kennzeichnend für die erste Fallgruppe ist die Reduktion der Anzahl möglicher Rechtfertigungsgründe. Ein Beispiel dafür ist die Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen. Das marktbeherrschende Unternehmen kann diese nur mit den in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB abschließend aufgezählten Kriterien sachlich rechtfertigen. Die Reduktion zulässiger Gründe kann auch bis zum Ausschluss aller Rechtfertigungsgründe führen. Dann lässt sich überhaupt kein sachlicher Grund für eine Differenzierung mehr finden. Das sind die Fälle sogenannter „absoluter Gleichbehandlung“. Beispiele dafür sind die besonderen Gleichbehandlungssätze im Verbandsrecht oder im Kapitalmarktrecht: So schließt beispielsweise 186 Abs. 1 S. 1 AktG die

24 Näher § 5 IV 2 b) (3).

25 Siehe § 5 IV 1 und 3 c) (4).

26 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 c).

27 Zu dieser Funktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Privatrecht jüngst *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 330 ff mwN.

28 Siehe § 5 I 4 c).

29 Oben § 5 II 5 c).

30 Zum Begriff und zum damit beschriebenen Problem näher oben § 6 VIII 2.

Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung einzelner Aktionäre bei der Zuteilung von Aktien nach einer Kapitalerhöhung aus. Er reduziert damit 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. Diese kann dort ebenfalls nicht gerechtfertigt werden.³¹

- b) Charakteristisch für die zweite Fallgruppe ist der Ausschluss bestimmter Differenzierungsgründe vom Katalog legitimer Rechtfertigungsgründe. Eine dennoch anhand des Merkmals erfolgte Unterscheidung kann lediglich im Einzelfall gerechtfertigt werden („grundsätzliches Anknüpfungsverbot“). Handelt es sich um eine intrinsische Ungleichbehandlung,³² überwiegt in dieser Fallgruppe in der Regel das Interesse an Gleichbehandlung. Das intrinsische Interesse an einer Ungleichbehandlung kann allerdings in besonderem Maße freiheitsrechtlich geschützt sein. Darauf reagiert das Gleichbehandlungsrecht mit zwei Strategien: (1.) Es beschränkt seinen sachlichen Anwendungsbereich. Ein Beispiel dafür ist die Bereichsausnahme für besondere Nähe- und Vertrauensverhältnisse in § 19 Abs. 5 S. 1 AGG.³³ In der Sache handelt es sich um einen vorgezogenen Rechtfertigungsgrund. (2.) Der Gleichbehandlungsgrundsatz sieht die Rechtfertigungsmöglichkeit ausdrücklich vor. Die Privilegierung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht ist ein Beispiel dafür.³⁴ Bei instrumentalen Diskriminierungen³⁵ kommt es dagegen regelmäßig zu einer vom Verhältnismäßigkeitsprinzip strukturierten Rechtfertigungsprüfung. Beispiele dafür sind die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung (§ 10 AGG und Art. 6 RL 2000/78/EG),³⁶ die zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen (§ 8 AGG)³⁷ und die Rechtfertigung einer zivilrechtlichen Ungleichbehandlung (§ 20 Abs. 1 AGG)³⁸.
- c) Das Gleichbehandlungsgebot kann schließlich auch eine Anknüpfung an ein bestimmtes Merkmal absolut verbieten (striktes Anknüpfungsverbot). Das beste Beispiel dafür ist die Differenzierung nach Rasse und ethnischer Herkunft im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots.³⁹

31 Siehe § 5 III 4 b) (2).

32 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 c).

33 Siehe § 6 IV 1 c) (3).

34 Siehe § 6 VI 2 b).

35 Zum Begriff oben § 6 V 1 c).

36 Oben § 6 VI 2 c).

37 Siehe § 6 VI 2 d).

38 Siehe § 6 VI 3 a).

39 Siehe oben § 6 VI 3 f).

Das gleichheitsrechtliche Interesse an der Verwirklichung materialer Gleichheit auch in den einzelnen Funktionssystemen der Gesellschaft kann mit dem Interesse an formaler Gleichheit kollidieren.⁴⁰ Die daraus resultierende Ungleichbehandlung stellt das Recht vor ein Rechtfertigungsproblem, das auf zwei Ebenen gelöst werden kann: (a) Man sieht darin einen Anwendungsfall des Sachlichkeitsgebots mit dementsprechend niedrigen Rechtfertigungsanforderungen. (b) Es liegt ein Anwendungsfall eines Anknüpfungsverbots vor. Dann muss die formale Ungleichbehandlung anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden. Das U.S.-amerikanische, das europäische und das deutsche Nichtdiskriminierungsrecht haben sich im Ausgangspunkt für die zweite Lösung entschieden.⁴¹ Daher sind positive Maßnahmen ein Teilaspekt der allgemeinen Rechtfertigungsproblematik. Auf ihre besonderen Schwierigkeiten bin ich bereits im Zusammenhang mit der Rechtfertigung einer formalen Diskriminierung eingegangen. Daher konzentriere ich mich im Folgenden auf die beiden Grundelemente des Prinzips der personalen Gleichheit: die Ungleichbehandlung und ihre Rechtfertigungsmöglichkeiten.

b) Rechtsfolgen

(1) Ausgangspunkt

Erhebliche Unterschiede lassen sich im geltenden Recht bezüglich der Rechtsfolgen von Verstößen gegen Gleichbehandlungspflichten feststellen. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht kennt ein umfassend ausgebauten Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsregime.⁴² Das ist Teil der „starken Konzeption“ des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts im europäischen Mehrebenensystem.⁴³ Seine Grundkoordinaten sind maßgeblich sekundärrechtlich geprägt:⁴⁴ Es präferiert präventive Maßnahmen, mit denen strukturelle Diskriminierung als ein Problem reflexiven Rechts angesehen wird, das am Besten durch regulierte Selbstregulierung der Beteiligten zu lösen ist.⁴⁵ Den zweiten Pfeiler bildet die unionsrechtlich vorgesehene Pflicht, für die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu sorgen: Das setzt zum einen voraus, dass gegen ihn verstoßende Rechtsgeschäfte und Maßnahmen nichtig bzw. unwirksam sind.⁴⁶ Zum anderen müssen im spezi-

40 Dazu oben § 6 VI 3 g).

41 Siehe oben § 6 VII 1.

42 Dazu oben § 6 VII.

43 Zum Begriff *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 344 ff; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 315 ff.

44 Einzelheiten unter § 6 VII 1.

45 Dazu eingehend *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 166 ff; siehe oben § 6 VII 4 a.

46 Dazu § 6 VII 1 a.).

ellen Nichtdiskriminierungsrecht geeignete Sanktionen bereitstehen, um eine effektive Durchsetzung zu gewährleisten.⁴⁷ Darunter fallen im geltenden Recht vor allem der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch⁴⁸ sowie die Schadensersatzansprüche für materielle und immaterielle Verletzungen des Gleichbehandlungsanspruchs⁴⁹. Die dritte Säule ist das Viktimisierungsprinzip, das vor negativen Reaktionen im Zusammenhang mit der Aufdeckung und Rechtsdurchsetzung von Diskriminierungen schützt.⁵⁰ Den vierten Pfeiler bilden die besonderen Instrumente zur Rechtsdurchsetzung, vor allem die Beweiserleichterungen⁵¹ und die Möglichkeit zur kollektiven Rechtsverfolgung⁵². Die Rechtsfolgen allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze sind im Vergleich dazu deutlich weniger kohärent ausgestaltet. Sie werden maßgeblich von der jeweiligen Regelungsmaterie beeinflusst. Dabei zeigen sich zunächst deutliche Unterschiede. Diese werden besonders sichtbar, wenn man die verschiedenen Aspekte kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungspflichten⁵³ einerseits mit den Rechtsfolgen von Verstößen gegen die wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote⁵⁴ andererseits vergleicht. Während sich die Rechtsfolgen im Kapitalmarktrecht streng am jeweiligen Regelungskontext orientieren, lassen sich die Rechtsfolgen im Wettbewerbsrecht auf eine einheitliche Anspruchsgrundlage (§ 33 GWB) zurückführen. Zwei Bausteine sind allerdings regelmäßig vorhanden:⁵⁵ (1.) die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Maßnahme und (2.) ein sekundäres subjektives Recht auf Beseitigung des gleichheitswidrigen Zustandes.

(2) Rechtsfolgen der jeweiligen Gleichbehandlungspflichten im Überblick

Beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch hängen die Rechtsfolgen davon ab, welche einseitige Maßnahme des Arbeitgebers betroffen ist.⁵⁶ Benachteiligende einseitige Maßnahmen sind nichtig bzw. unwirksam. Handelt es sich um einen Begünstigungsausschluss, kann der Arbeitnehmer im Regelfall verlangen, nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer behandelt zu werden. Das dient der effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs. Dieser Anspruch ist in der Sache ein Anspruch auf Beseitigung der Ungleichbehandlung. Der Arbeitnehmer hat aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen

47 Siehe § 6 VII 1 b).

48 Siehe oben § 6 VII 2 a).

49 Dazu oben § 6 VII 2 b).

50 Siehe § 6 VII 1 c).

51 Siehe § 6 VII 1 d) (1).

52 Dazu § 6 VII 1 d) (2).

53 Dazu § 5 III 2 b) (3) und § 5 III 3.

54 Zum Folgenden siehe oben § 5 IV 2 c) und § 5 IV 3 c) (5).

55 Zum hier verfolgten Induktionsschluss bei der Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze näher Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 47 ff.

56 Zum Folgenden siehe näher oben § 5 I 2.

Schwierigkeiten des Arbeitgebers, die gleichheitswidrig geleistete Vergünstigung vom Drittbegünstigten zurückzuverlangen, grundsätzlich einen Anspruch auf „Anpassung nach oben“.

Ähnlich sind die Rechtsfolgen der Verletzung des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁵⁷ Die gleichbehandlungswidrige Maßnahme ist unwirksam, die konkrete Ausgestaltung der Unwirksamkeit (Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit) hängt von der Organisationsverfassung der jeweiligen Gesellschaft ab. Bei der Bruchteilsgemeinschaft und der Wohnungseigentümergeinschaft ist ein Beschluss, der den Gleichbehandlungsanspruch verletzt, unwirksam.⁵⁸ Die jeweilige Haftungsverfassung der Gesellschaft wirft schwierige Fragen auf, wie ein gleichbehandlungswidriger Ausschluss des Gesellschafters von Sondervorteilen zu beseitigen ist. Dafür stehen im Wesentlichen zwei unterschiedliche Wege zur Verfügung: Die Ungleichbehandlung kann ent weder beseitigt werden, indem der gleichheitswidrig Begünstigte die gewährten Sondervorteile der Gesellschaft erstattet, oder indem dem benachteiligten Gesellschafter der gleiche Vorteil ebenfalls gewährt wird. Gemeinsam ist beiden Fällen, dass jeweils ein gleichbehandlungskonformer Zustand herbeizuführen ist.⁵⁹

Der Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflichten von Wertpapieremittenten ist ebenfalls mit aktiver Gleichbehandlung zu beseitigen. Den benachteiligten Personen sind dieselben Informationen zugänglich zu machen.⁶⁰ Beim Verstoß gegen das Insiderhandelsverbot sorgt bereits die gesetzliche Regelung dafür, dass die darin liegende Ungleichbehandlung ohne Weiteres beseitigt wird.⁶¹ Gibt der Erwerber ein freiwilliges Angebot zum Erwerb von Wertpapieren iSv § 19 WpÜG ab, und sind mehr Anteilseigner der Zielgesellschaft bereit zu veräußern, als er Anteile erwerben möchte, ist ein Erwerbsangebot, dem ein sachlich nicht gerechtfertigter Aufteilungsmaßstab zugrunde liegt, nichtig. An deren Stelle tritt die vom Gesetz vorgesehene *pro-rata*-Regel und die Wertpapierinhaber haben danach Anspruch auf anteilmäßige Berücksichtigung. Damit wird die Ungleichbehandlung effektiv beseitigt.⁶² Die gleiche Partizipation ist auch Kerngedanke des übernahmerechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Übernahme- und Pflichtangeboten. Ob daraus ein Anspruch des einzelnen übergangenen Aktionärs auf Vertragsabschluss folgt, ist freilich umstritten.⁶³ Das hängt aber von der Prämisse ab, ob der übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 35 WpÜG lediglich ein Prinzip des objektiven Rechts ist oder dem einzelnen Aktio-

57 Siehe § 5 II 2.

58 Siehe oben § 5 II 2 b) (2) (zur Bruchteilsgemeinschaft) und § 5 II 5 d) (zur Wohnungseigentümergeinschaft).

59 Dazu oben § 5 II 2.

60 Oben § 5 III 2 b) (3).

61 Dazu § 5 III 3.

62 Dazu § 5 III 4 b) (1).

63 Dazu § 5 III 4 b) (2).

när auch subjektive Ansprüche verleiht. Teilt man die zweite Auffassung, ist der Anspruch zu bejahen.

Ganz deutlich ausgeprägt sind beide Sanktionselemente des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Wettbewerbsrecht.⁶⁴ Diskriminierende Wettbewerbsbeschränkungen sind nichtig bzw. unwirksam. Das diskriminierte Unternehmen hat einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der diskriminierenden Behandlung, § 33 Abs. 1 S. 1 GWB. Daraus folgt im Regelfall eine „Anpassung nach oben“. Das Ziel der wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlung ist es, die Störung komplett zu beseitigen. Das ist im Regelfall nur über einen Kontrahierungszwang möglich.

Liegen die Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwangs vor, besteht zwischen dem Anbieter und dem Vertragsinteressenten ein gesetzliches Schuldverhältnis, das auf Abschluss eines Vertrages gerichtet ist.⁶⁵ Bei der teilweisen unverschuldeten Unmöglichkeit einer Gattungsschuld konkretisiert der Gleichbehandlungsgrundsatz den jeweils geschuldeten Inhalt des Schuldverhältnisses, weil der Schuldner nur zur anteilmäßigen Lieferung berechtigt und verpflichtet ist.⁶⁶

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht teilt diesen Ausgangspunkt. Die Mitgliedstaaten müssen unionsrechtlich sicherstellen, dass alle mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbaren Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen nichtig sind.⁶⁷ Dem ist das nationale Recht für beide Benachteiligungsverbote nachgekommen, wobei im Einzelnen umstritten ist, ob sich die Nichtigkeit aus § 134 BGB ergibt oder bereits aus den Vorschriften des AGG selbst. Unwirksam sind zwangsläufig nur Rechtsgeschäfte. Die Unwirksamkeit betrifft lediglich das jeweilige Rechtsgeschäft, das gegen das Benachteiligungsverbot verstößt. Die Folgen tatsächlicher Handlungen sind über den Beseitigungsanspruch zu sanktionieren.⁶⁸ Der Normadressat des AGG schuldet jeder Person innerhalb des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des AGG, sie nicht ungleich zu behandeln oder zu belästigen bzw. zu diesen Handlungen anzuweisen. Dieser derart umrissene Anspruch auf Gleichbehandlung ist der vom AGG vorgesehene „Primäranspruch“. Er beruht auf *gesetzlicher* Anordnung.⁶⁹ Daran knüpft das hier vorgeschlagene Verständnis von § 21 Abs. 1 S. 1 AGG als spezialgesetzliche Regelung des quasinegatorischen Beseitigungsanspruchs an. Ziel des Anspruchs ist es, die mit der Benachteiligung iSv § 3 AGG eingetretene Beeinträchtigung des Rechts auf Gleichbehandlung zu beseitigen. Weil die Beeinträchtigung in der un-

64 Dazu exemplarisch zu § 20 Abs. 1 GWB oben § 5 IV 3 c) (5).

65 Siehe § 5 VI 2 a).

66 Dazu § 5 VII 2 c).

67 Zum Folgenden oben § 6 VII 1 a).

68 Dazu oben § 6 VII 2 a).

69 Dazu oben § 6 VII 2 a) und VIII 1 d).

günstigen Behandlung bzw. Belästigung wegen eines verpönten Merkmals liegt, läuft ihre Beseitigung zwangsläufig auf die Beseitigung der Benachteiligungshandlung hinaus. Der Beseitigungsanspruch ist daher nichts anderes als die Fortsetzung des primären Gleichbehandlungsanspruchs aus § 19 AGG: die Ungleichbehandlung soll auch und gerade für die Vergangenheit „aufgehoben“ werden. Der Anspruch auf Beseitigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist also die sekundäre Anordnung der vom AGG in § 19 verlangten (primären) Gleichbehandlung. Der Beseitigungsanspruch gilt auch für das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot, obwohl eine ausdrückliche Regelung fehlt. Diese war nicht notwendig, weil § 21 Abs. 1 AGG seinerseits nur eine Konkretisierung allgemeiner quasinegatorischer Ansprüche ist. Ähnliches gilt für den Unterlassungsanspruch in § 21 Abs. 1 S. 2 AGG. Damit wird sichergestellt, dass der im AGG konkretisierte Anspruch jeder Person auf Gleichbehandlung nicht nur nach vollendeter Verletzung durch Schadensersatzansprüche geschützt wird, sondern schon präventiv die drohende Verletzung abwenden kann.

(3) Gemeinsamkeiten

Aus diesen Gemeinsamkeiten aller Gleichbehandlungsgrundsätze lassen sich für die weitere Untersuchung drei Ergebnisse festhalten: (1.) Der Verstoß gegen den als subjektives Recht konzipierten Gleichbehandlungsgrundsatz führt regelmäßig zur Nichtigkeit der einseitig belastenden Maßnahme. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist also eine externe Schranke der Rechtsmacht privater Rechtssubjekte. Die sich daraus ergebenden Probleme der Reichweite dieser Unwirksamkeit (Teil- oder Vollnichtigkeit) sind nach allgemeinen Regeln und kontextspezifisch zu lösen.⁷⁰ (2.) Der Verstoß gegen das Recht auf gleiche Behandlung löst, wenn eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht möglich ist, einen Anspruch auf Abwehr der drohenden und Beseitigung der eingetretenen Ungleichbehandlung aus. Die in § 21 Abs. 1 AGG dafür gefundene Regelung ist Ausdruck des allgemeinen, für alle Gleichbehandlungsansprüche geltenden Grundsatzes. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch sind konzeptionell gesehen die Fortsetzung des primären Gleichbehandlungsanspruchs. (3.) Alle übrigen Instrumente der Rechtsdurchsetzung (Schadensersatzansprüche, Beweiserleichterungen, kollektive Rechtsverfolgung) sind dagegen Ausdruck eines „starken Nichtdiskriminierungsrechts“ und als solche darauf angewiesen, dass sie ausdrücklich vom Gesetzgeber als subjektives Recht angeordnet werden. Sie sind daher nicht Bestandteil des hier vorgestellten Prinzips der personalen Gleichheit.

70 Statt aller Bork, BGB AT, 2011, Rn. 1209 ff.

2. Normentheoretische Einordnung und Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit

a) Funktionen des Prinzips der personalen Gleichheit

Das „Prinzip personaler Gleichheit“ besteht aus zwei Faktoren: der Ungleichbehandlung und ihrer Rechtfertigung. Beide Begriffe sind verschiedenen Konzeptionen zugänglich. Hier wird dafür geworben, die Präsomption der Gleichbehandlung als beste Rekonstruktion der Ungleichbehandlung und die freiheitsrechtliche Konzeption des Rechtfertigungsmodells als überzeugendste Variante der Rechtfertigungsprüfung zu verstehen.

(1) Funktionsvielfalt

Die Bezeichnung des Prinzips personaler Gleichheit als „Prinzip“ ist unscharf, weil sie zahlreiche Interpretationsmöglichkeiten offen lässt.⁷¹ Spricht man von „Prinzipien“, ist zu klären, ob der Begriff iSd „Prinzipientheorien“ verstanden wird.⁷² Das betrifft die normentheoretische Konkretisierung des Modells. Daneben stellt sich die Frage nach seiner Funktion.⁷³ Prinzipien können sich als „Strukturentscheidungen“⁷⁴ auf eine heuristische Funktion beschränken. Sie strukturieren und systematisieren das Rechtsmaterial und reduzieren damit Komplexität. Nach klassischem Verständnis erleichtern sie damit die Orientierung der Rechtsanwender im System und dienen zugleich der Rechtssicherheit.⁷⁵ Im Ausgangspunkt handelt es sich dabei um eine rein erkenntnisorientierte Funktion. Rechtsprinzipien sind danach Leitgedanken und Rechtfertigungsgründe einer gesetzlichen Regelung, aber nicht die positive Regelung selbst.⁷⁶ In diesem Sinne interpretiert *Jürgen Basedow* das allgemeine Diskriminierungsverbot im Unionsrecht.⁷⁷ Gerade das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot hat jedoch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rs. *Defrenne II*⁷⁸, *Mangold*⁷⁹ und *Kü-*

71 Grundlegend zur Fragestellung bereits Esser, Grundsatz und Norm (1956), 1990, 2 f; aus jüngerer Zeit *Jakab*, Rechtstheorie 2006, 49 ff.

72 Zur „klassischen Variante“ der modernen Prinzipientheorie *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 22 ff und zur Ausprägung als Optimierungsverbot *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 75 ff; *Alexy*, 13 Ratio Juris 294 (2000); zu den Vorbildern siehe auch *Alexy*, 13 Ratio Juris 294 (2000) mwN.

73 Zum Überblick über die einzelnen Möglichkeiten siehe *Jakab*, Rechtstheorie 2006, 49, 60 ff.

74 Zum Begriff *Jakab*, Rechtstheorie 2006, 49, 56.

75 *Jakab*, Rechtstheorie 2006, 49, 60 f.

76 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 1991, 132 ff unter Bezugnahme auf *Larenz*, Richtiges Recht, 1979.

77 *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 244.

78 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455.

79 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981.

*küçükdevci*⁸⁰ das Potential, selbst Geltungsgrund des Diskriminierungsverbots zu sein. Das Prinzip hat dann als allgemeiner Rechtsgrundsatz⁸¹ normative Wirkung. Damit sind die beiden Eckpunkte möglicher Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit abgesteckt: die deskriptive Erklärung des Rechts einerseits und die (positive) Setzung von Recht andererseits. Dazwischen besteht ein breiter Raum für praktische juristische Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit.⁸² Man kann es interpretierend oder korrigierend innerhalb der klassischen Ansätze in der Methodenlehre verwenden.⁸³ Prinzipien können Bauelemente eines inneren Systems im klassisch-rechtsdogmatischen Systembegriff des Rechts⁸⁴ sein und dadurch zur inneren Einheit und wertungsmäßigen Kohärenz des Rechts beitragen.⁸⁵ Inhaltlich bescheidener, aber in der praktischen Auswirkung von erheblicher Bedeutung, ist die Funktion von Prinzipien als Argumentationslastregel in juristischen Diskursen.⁸⁶ Schließlich – und hier trifft sich normentheoretische und funktionale Betrachtung – können Prinzipien die außerrechtlichen Vorstellungen, seien sie ökonomischer, politischer oder moralischer Herkunft, in das Recht transportieren. Das gilt im Ergebnis unabhängig davon, ob man von einem positivistischen oder nicht-positivistischen Rechtsbegriff ausgeht.⁸⁷

(2) Deskriptives Modell und Legitimationsgrundlage

Das hier entwickelte Prinzip der personalen Gleichheit ist mehrstufig angelegt. Auf erster Stufe ermöglicht es eine primär erkenntnisorientierte, deskriptive Strukturierung des geltenden Rechts anhand eines methodisch neuen Blickwinkels: Gleichbehandlungsfragen werden darin nicht mehr von Vorrang- oder Tatbestandsmodellen präkludiert, sondern in Rechtfertigungszusammenhänge gestellt.⁸⁸ Dadurch erlaubt das Prinzip personaler Gleichheit einen einheitlichen und differenzierenden Zugang zu Gleichbehandlungsfragen, der Gemeinsamkeiten betont und zur Differenzierung zwingt. Darin ist bereits die zweite Stufe angelegt: Nach meiner Auffassung erlaubt es das Prinzip der personalen Gleichheit,

80 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdevci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

81 Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze jüngst Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 36 ff.

82 Jakab, Rechtstheorie 2006, 49, 61 ff.

83 Zu dieser Funktion von Rechtsprinzipien grundlegend Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 1991, 335 ff.

84 Dazu grundlegend Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983; Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996; siehe auch Riesenhuber, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, 2003, 5 ff; Grundmann, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2010, 217, § 10 (zum „Systemdenken“ im Unionsprivatrecht).

85 Zu dieser Funktion allgemeiner Rechtsgrundsätze jüngst Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 191 ff, 409 ff.

86 Zu Argumentationslastregeln näher Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 242 ff; zum Gleichbehandlungsgrundsatz siehe S. 343 f.

87 Näher dazu unten § 7 I 2 b) und § 8 III 2.

88 Dazu unten § 7 IV.

den deskriptiven Rahmen zu überschreiten. Indem es die weitere Rechtsentwicklung leiten kann, hat es auch ein normatives Potential.⁸⁹ Das liegt an der Funktionsweise von Recht. Mit der deskriptiven Selbstbeschreibung von abgeschlossenen Operationen schafft es zugleich neue Anknüpfungsmöglichkeiten für zukünftige Operationen. Selbstbeschreibung hat eine expansive Tendenz. „Dadurch nämlich, daß wir das Recht beschreiben und dies verbreitet geglaubt wird, verändern wir das Recht.“⁹⁰ Damit es geglaubt wird, muss es die psychologische Hemmung des Rechtsanwenders, privatautonom getroffene Entscheidungen in Zweifel zu ziehen,⁹¹ überwinden. Das gelingt ihm, wenn es zeigen kann, dass Gleichbehandlungspflichten im geltenden Recht privatautonome Entscheidungen ermöglichen und die Selbstbestimmung nicht unzumutbar eingeschränkt wird. In den Abschnitten II bis IV werde ich begründen, warum ich glaube, dass es sich beim Prinzip der personalen Gleichheit um einen überzeugenden heuristischen Ansatz handelt. In dieser Funktion bietet es auch eine Grundlage für das mehrfach angesprochene allgemeine Nichtdiskriminierungsrecht, das zwischen allgemeinen Gleichbehandlungsansprüchen und speziellem Nichtdiskriminierungsrecht steht. Der *Hohenzollernfall*,⁹² das „Recht auf Girokonto“⁹³ oder der Fall „*Udo Voigt*“⁹⁴ sind die drei in dieser Arbeit angesprochenen Beispiele dafür.

Daneben bietet das Prinzip personaler Gleichheit eine rechtsphilosophische Legitimationsbasis des geltenden Rechts. Dafür ist es erforderlich, eine juristische Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit zu konzipieren, die es ermöglicht, egalitaristische Konzepte moderner Gerechtigkeitstheorien im Recht zu rezipieren, ohne gleichzeitig die prinzipielle Geschlossenheit des Rechts aufzugeben. Diesen Versuch unternehme ich in § 8 I-II. Das Prinzip personaler Gleichheit, das sich auf eine juristische Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit stützt, setzt sich den Einwänden der modernen Egalitarismuskritik einerseits und vier zentralen freiheitsrechtlichen Einwänden andererseits aus: dem Privatautonomieargument, den Trennungsargumenten von Recht/Moral und Staat/Gesellschaft und dem Effizienzargument. Diese Argumente versuche ich in § 8 III zu entkräften.

89 Vgl. *Basedow*, FS Hopt, (Bd. I), 2010, 44.

90 *Jakab*, Rechtstheorie 2006, 49, 61.

91 Vgl. dazu *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 472: „Der Unterschied [zwischen unmittelbarer Drittwirkung und Schutzpflichtendogmatik] ist zunächst psychologischer Natur. Die Hemmung des Rechtsanwenders (Richters), privatautonom getroffene Entscheidungen in Zweifel zu ziehen, ist höher, wenn er sich innerhalb eines Regelsystems bewegt, das der Privatautonomie herausragende Bedeutung und ihren Schranken sprachlich und systematisch Ausnahmecharakter zuerkennt.“

92 Dazu oben § 5 VIII 2.

93 Siehe § 5 VI 2 b) (2) und (3).

94 Siehe § 5 VI 2 b) (3).

(3) Normative Funktion

Nach meiner Auffassung kann das Prinzip der personalen Gleichheit aber noch mehr leisten: Es hat das rechtstheoretische Potential, die unions- und grundrechtlich geltenden Gleichbehandlungspflichten privater Akteure mit den ebenfalls abgesicherten Freiheitsrechten des Handelnden zu kompatibilisieren. Es ist damit ein subsidiärer Geltungsgrund von Gleichbehandlungsansprüchen und Rechtfertigungspflichten Privater. Damit stellt sich das Geltungsproblem.⁹⁵ Um die Geltungsbehauptung aufstellen zu können, muss ich nachweisen, dass das Prinzip personaler Gleichheit im Rechtssystem anschlussfähig ist⁹⁶ und sich „in Rückgriffen und Vorgriffen auf Vergangenes und Künftiges manifestiert“⁹⁷. Den „Rückgriff auf das Vergangene“ erlauben die Strukturprinzipien der im Recht anerkannten – und damit geltenden – Gleichbehandlungsgrundsätze.⁹⁸ Die Schwierigkeit liegt im „Vorgriff auf das Künftige“, den das Prinzip zwangsläufig unternimmt. Es ändert nämlich eine Rechtslage, weil es – anknüpfend an bestehende Operationen im Recht – zugleich die Grundlage für neue Operationen schafft.⁹⁹ Damit das gelingt, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: (1.) Das Prinzip personaler Gleichheit ist als Kollisionsregel zur Abgrenzung gesellschaftlicher Autonomiebereiche im Einzelkonflikt und als diskursive Auflösung und Bewältigung der daraus folgenden Rechtfertigungsdiskurse zu entwickeln. Der traditionelle Versuch, das Privatrecht in pluralistischen Gesellschaften „über eine vorgeblich außer Streit stehende Idee der Privatautonomie zu administrieren und aus konkreten Streitigkeiten herauszuhalten“¹⁰⁰, kann nicht mehr überzeugen. Privatautonomie ist – wieder – im Streit.¹⁰¹ Das Privatrecht kann seine breite Aufgabenpalette nur erfüllen, wenn es nicht von *der* Privatautonomie ausgeht, sondern in „Facetten von Privatautonomie“¹⁰² denkt. Privatautonomie kann die *Autonomie* Privater oder Autonomien *Privater* schützen bzw. ermöglichen. Dabei handelt es sich um verschiedene Kontexte, die vom Recht auch verschieden wahrgenommen werden sollten. Das ist bei der Konzeption des Prinzips zu berücksichtigen. (2.) Als normatives Prinzip ist es noch dringender auf eine Legitimationsgrundlage angewiesen als in seiner heuristischen Funktion. Das liegt daran, dass „im Lichte des die gesamte Privatrechtsordnung durchdringenden

95 Dazu *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 98 ff; zur rechtstheoretischen Einbettung siehe auch *Schulte*, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 50 ff.

96 *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 106.

97 *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 107.

98 Dazu oben § 7 I 1.

99 Näher zu diesem Prozess unten § 8 II 1 a).

100 *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, 254.

101 Vgl. dazu differenzierend *Dauner-Lieb*, Vertragsgestaltung zwischen zwingendem Recht und richterlicher Inhaltskontrolle, in: *Schmoeckel/Kanzleiter*, Vertragsschluss – Vertragstreue – Vertragskontrolle. Fünfte Verleihung des Helmut-Schippel-Preises, 2010, 49 ff.

102 *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 43.

Grundsatzes der Privatautonomie und Vertragsfreiheit der Eingriff durch zwingendes Recht der besonderen Rechtfertigung bedarf“.¹⁰³ Nach ordnungspolitischen Vorstellungen sind staatliche Eingriffe in Vertragsfreiheit und Privatautonomie nur legitimiert, soweit sie zur Kompensation von Marktunvollkommenheiten oder Marktversagen erforderlich sind.¹⁰⁴ Das Prinzip personaler Gleichheit baut dagegen auf eine breiter angelegte Legitimationsgrundlage, die ich als juristische Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit bezeichne (§ 8 II). Gerade weil sie den allgemein akzeptierten ordnungspolitischen Rahmen sprengt, muss sie gegen verfassungsrechtliche Einwände abgesichert werden, sie beschränke die Vertragsfreiheit. (3.) Schließlich ist zu begründen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Diskriminierungsverbote im Unionsrecht und im deutschen Verfassungsrecht die Grundlage für das Prinzip der personalen Gleichheit bilden. Die These lautet, dass das Prinzip der personalen Gleichheit die privatrechtsdogmatische Konkretisierung der unmittelbaren Grundrechtsbindung zweier Grundrechtsadressaten ist.¹⁰⁵ Diese These wird kontrovers aufgefasst werden. Angesichts der fortgeschrittenen Konstitutionalisierung von Gleichbehandlungsgrundsätzen,¹⁰⁶ insbesondere im Unionsrecht und den weitreichenden Gleichbehandlungspflichten im allgemeinen Gleichbehandlungsrecht und im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht, werde ich mich hier kurz fassen. Es genügt mir festzuhalten, dass dieser Prozess Operationen im Recht hervorgebracht hat, an die das Prinzip der personalen Gleichheit anknüpfen kann und insoweit seine „Geltung von morgen“¹⁰⁷ behaupten kann.

b) (K)ein Fall der Prinzipientheorie

Das Wort „Prinzip“ verführt dazu, im Prinzip der personalen Gleichheit ein Optimierungsgebot iSd Prinzipientheorie zu verstehen. Die Prinzipientheorie lässt sich auf *Walter Wilburg* (1906-1991) und *Josef Esser* (1910-1999) zurückverfolgen.¹⁰⁸ Auf internationaler Ebene hat sie erst aufgrund der scharfen Gegenüberstellung von Regeln und Prinzipien bei *Ronald Dworkin* (1931-2013)¹⁰⁹ in seiner Auseinandersetzung mit dem positivistischen Regelbegriff von *H.L.A. Hart*

103 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, 2009, 22, der diese ganz in traditionellen Bahnen verlaufende These (siehe nur *Canaris*, FS Lerche, 1993, 873, 879 f) anhand des Kapitalgesellschaftsrechts exemplifiziert, siehe dazu *Dauner-Lieb*, Rechtswissenschaft 2010, 317 ff; ganz ähnlich jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, (passim).

104 Statt vieler *Basedow*, FS Immenga, 2004, 3 ff; grundlegend *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 ff (dazu oben § 4 I 4).

105 Dazu unten § 8 IV.

106 Vgl. dazu *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 468 f; siehe auch unten § 8 IV 3.

107 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 107.

108 Siehe *Alexy*, 13 Ratio Juris 294 (2000); *Reßing*, ARSP 95 (2009), 28, 30.

109 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 22 ff; siehe dazu *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 118 ff.

(1907-1992)¹¹⁰ Bedeutung erlangt. Sie wurde von *Alexy* re-importiert und zur Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote verfeinert. Nach *Dworkin* gibt es einen klassifikatorischen Unterschied¹¹¹ von Regeln zu Prinzipien: (1.) Regeln seien entweder anwendbar oder sie seien nicht anwendbar („all-or-nothing fashion“). (2.) Prinzipien haben dagegen eine Dimension des Gewichts:

„When principles intersect [...] one who must resolve the conflict, has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement,^[112] and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one.“¹¹³

Dieser Aspekt der Theorie ist vielfach angegriffen worden.¹¹⁴ Die Kritik trennt allerdings nicht immer ausreichend zwischen der normtheoretischen Bedeutung der Unterscheidung und ihrer ganz spezifischen Funktion bei *Dworkin*, der darin ein Mittel für seinen Angriff auf den Positivismusbegriff sieht.¹¹⁵ Hier interessiert nur der erste Punkt. *Dworkins* Regelbegriff muss sich den Einwand gefallen lassen, den positivistischen Regelbegriff zu „verzerren“:¹¹⁶ Der Unterschied zwischen „generally non-conclusive principles“ und „near-conclusive rules“ ist nach *Hart* „a matter of degree“.¹¹⁷ Den Regeln kann jederzeit ein Ausnahmetatbestand in Form eines Prinzips angefügt werden, dessen jeweiliger Inhalt die Normstruktur unberührt lässt.¹¹⁸ *Alexy* hat daher mit guten Gründen auf den Aspekt der Alles-oder-Nichts-Geltung verzichtet. Er hat stattdessen den Abwägungsansatz aufgegriffen und zur These ausgebaut, dass Prinzipien „Optimierungsgebote“ sind.¹¹⁹ Danach sind Prinzipien Normen, die gebieten, etwas relativ zu den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maß zu erfüllen. Sie können in unterschiedlichen Graden erfüllt werden.¹²⁰ Der Prinzipiencharakter impliziere daher den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dieser impliziere jenen.¹²¹ Besteht dieser Zusammenhang tatsächlich, dann ist das Prinzip der personalen

110 *Hart*, The Concept of Law, 1994.

111 *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 123.

112 Anders jetzt aber *Alexy*, 16 Ratio Juris 433, 443-448 (2003), der eine Gewichtsformel vorschlägt.

113 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 26.

114 Vgl. dazu die Darstellung von *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998, 65 ff.

115 Darauf beschränkt sich nämlich die Funktion der Unterscheidung bei *Dworkin*, näher dazu *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 125 f; *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 60 ff.

116 *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 70 f.

117 *Hart*, The Concept of Law, 1994, 259 ff (Zitate auf S. 262 f).

118 Einzelheiten bei *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Krawietz, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979, 59, 68 ff; *Jakab*, Rechtstheorie 2006, 50 f; *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 65 ff; *Reßing*, ARSP 95 (2009), 28, 32.

119 Vgl. *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Krawietz, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979, 59, 79 ff; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 75 ff.

120 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 75 f.

121 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 100 f.

Gleichheit ein Optimierungsgebot, weil es den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz impliziert.¹²²

Die moderne Regel-Prinzipienunterscheidung steht aber vor einem Dilemma: Sie muss Prinzipien als Normen beschreiben, die zwar abstrakt gelten, aber im konkreten Fall zurücktreten können, ohne deswegen unverbindlich zu werden und damit den abstrakten Geltungsanspruch zu verlieren.¹²³ Das zeigt sich am Verständnis von Prinzipien als Optimierungsgebote. Einerseits sind Optimierungsgebote nicht abwägungsfähig, weil sie unbedingt zur Optimierung verpflichten.¹²⁴ Andererseits werden sie aufgrund der gegebenen Inhaltsbeschreibung so weit relativiert, dass eine Kollision mit anderen Optimierungsgeboten gar nicht mehr entstehen kann.¹²⁵ Prinzipien können daher keine Optimierungsgebote sein. Das räumt *Alexy* mittlerweile ein und modifiziert seine Erklärung: Es seien keine Optimierungsgebote, sondern zu optimierende Normen.¹²⁶ Damit lassen sie sich aber nicht mehr von den Regeln unterscheiden, weil es sich bei diesen ebenfalls um zu optimierende Gebote handeln kann.¹²⁷ Gerade dieser Unterschied ist aber konstituierend für die klassische Form der modernen Prinzipientheorie. Das zeigt sich im Kollisionsfall.¹²⁸ Ein Regelkonflikt wird gelöst, indem eine der konkurrierenden Regeln für ungültig erklärt oder eine Ausnahmeregelung in eine der beiden Regeln eingeführt wird. Ein Prinzipienkonflikt wird flexibler gelöst. Die Geltung beider konkurrierenden Prinzipien bleibt unberührt, allerdings geht im konkreten Fall das eine Prinzip dem anderen vor. Überspitzt ausgedrückt, sieht die Prinzipientheorie nur zwei Möglichkeiten juristischer Argumentation vor: das einfache Subsumtionsmodell bei Regeln und das komplexe Abwägungsmodell bei Prinzipien. Der vielschichtigen Wirklichkeit juristischer Kommunikationszusammenhänge wird diese Dichotomie nicht gerecht.¹²⁹ Das gilt insbesondere für Gleichheitsfragestellungen.¹³⁰ Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft wäre danach im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots eine subsumtionsfähige Regel, im beschäftigungsrechtlichen Anwendungsbereich dagegen ein abwägungsfähiges

122 Siehe unten § 7 IV 3 e).

123 Dazu jetzt *Reßing*, ARSP 95 (2009), 28 ff.

124 Dazu *Sieckmann*, Regelmodell und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, 65.

125 *Sieckmann*, Grundrechte als Prinzipien, in: *Sieckmann*, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 17, 19.

126 *Alexy*, 13 *Ratio Juris* 294, 300 (2000).

127 *Sieckmann*, Grundrechte als Prinzipien, in: *Sieckmann*, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 17, 19; *Klement*, JZ 2008, 762 f.

128 Zum Folgenden grundlegend *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 26 f und *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 77 ff; vgl. auch *Alexy*, 13 *Ratio Juris* 294, 295-297 (2000).

129 *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 78.

130 *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: *Sieckmann*, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 74; *Michael*, Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: *Sieckmann*, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 123 ff, geht dagegen von einer Prinzipienstruktur des Gleichheitssatzes aus.

Prinzip. Man kann diesen Schwierigkeiten ausweichen, indem man in Prinzipien nicht nur Gegenstände von Abwägungsprozessen, sondern zugleich auch die Gründe für die Abwägungsentscheidung sieht: „Prinzipien sind demnach Normen, die als Argumente für Abwägungsurteile verwendet werden.“¹³¹ Der Begründungsaufwand dafür ist allerdings hoch.¹³² Vor allem setzt er einen Begründungskreislauf in Gang, weil jeder argumentativ vorgetragene normative Geltungsgrund seinerseits wieder begründet werden muss („Prinzipien als reiteirierte Geltungsgebote“).¹³³ Damit dieser Kreislauf nicht ins Unendliche führt, muss er künstlich unterbrochen werden: Entweder man verlagert die Begründungslast auf den Skeptiker¹³⁴ oder man setzt zu einer inhaltlichen Begründung an, die man dann auf den moralphilosophischen Grundsatz gleicher Behandlung („*treatment as an equal*“) zurückführen muss.¹³⁵

Diese Probleme kann ich hier offen lassen. Selbst wenn man die Möglichkeit einer von Regeln strikt zu trennenden Prinzipienkategorie unterstellt, fällt das vorgestellte „Prinzip“ personaler Gleichheit nicht darunter. Es ist selbst kein Prinzip, sondern eine Methodennorm für die Konfliktlösung von Prinzipien.¹³⁶ Die hier vorgeschlagene Trennung von Methodennorm und Rechtsprinzip ist nicht selbstverständlich. Vielfach wird nämlich eine allgemeine Methode juristischer Argumentation gleichzeitig auch als Rechtsprinzip behandelt.¹³⁷ So wird beispielsweise das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Meta-Grundsatz bezeichnet, „der eine *Regel* darüber enthält wie konfligierende Grundsätze zu behandeln sind“¹³⁸ und dessen „Einordnung als *Prinzip*“ zum Ausdruck bringe, „dass die Verhältnismäßigkeit ‘gilt’.“¹³⁹ Die sprachliche Verschiebung von der *Regel* zum *Prinzip* zeigt bereits, dass man die Dichotomie beider Kategorien hinter sich gelassen hat.¹⁴⁰ Zu Recht: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfüllt keine der Voraussetzungen eines Rechtsprinzips iSd Prinzipientheorie: Er ist kein zu optimie-

131 Sieckmann, Principles as Normative Arguments, in: Dahlmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 197 ff.; Sieckmann, Grundrechte als Prinzipien, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 22 ff.

132 Kritisch zum davon erzielten Ertrag Alexy, 13 Ratio Juris 294, 301-304 (2000), zu polemisch Klement, JZ 2008, 756, 757; sich dagegen verteidigend Sieckmann, JZ 2009, 557, 558.

133 Eingräumt von Sieckmann, Principles as Normative Arguments, in: Dahlmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 197, 204 f.

134 So Sieckmann, Principles as Normative Arguments, in: Dahlmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 197, 205; allgemein dazu Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 243 f.

135 So Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 180 ff.

136 Vgl. ähnlich zur Charakterisierung von Art. 3 Abs. 1 GG Michael, Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 123; „Deutung des allgemeinen Gleichheitssatzes als Methodennorm für die Abwägung von Prinzipien“. In einem Atemzug spricht Michael dann aber von den Gleichheitsrechten als „grundrechtliche Prinzipien“.

137 Esser, Grundsatz und Norm (1956), 1990, 107 ff.

138 Stürmer, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 329.

139 Stürmer, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 330.

140 So in der Tat Stürmer, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 332, wonach die Grenzen fließend seien.

rendes Gebot, sondern gilt grundsätzlich und immer. Er ist auch kein Argument für ein Abwägungsurteil, sondern strukturiert die Argumente, damit es zu einer rationalen Abwägung kommt. Er ist also eine Methode zur Vorbereitung von Wertentscheidungen.¹⁴¹ Man mag den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Rechtsprinzip bezeichnen, wenn man sich bewusst ist, dass er kein Prinzip *ieS*, sondern eine Regel über die Anwendung von konfligierenden Prinzipien ist. Verhältnismäßigkeitsprinzip, -grundsatz oder -regel – das sind auch in normtheoretischer Hinsicht Synonyme. Dasselbe gilt für das hier entwickelte Prinzip personaler Gleichheit. Es ist keine zu optimierende Norm, sondern erhebt einen unbedingten Geltungsanspruch.¹⁴² Es enthält keine autonomen Argumente für die Abwägungsentscheidung, sondern strukturiert die Möglichkeiten einer Rechtfertigung. Es weist aber einen entscheidenden Unterschied zum Verhältnismäßigkeitsprinzip auf. Jenes wird vielfach beschrieben als ein formales Prinzip, das keinen eigenen materialen Inhalt aufweise, sondern diesen nur aufgrund der abzuwägenden Interessen oder Prinzipien gewinne.¹⁴³ Das Prinzip personaler Gleichheit inkorporiert dagegen beide relevanten Normen: Mit der Gleichheitspräsumtion ist der Anspruch auf Gleichbehandlung die Grundlage des ersten Faktors. Dagegen basiert der zweite Faktor, die Rechtfertigungsprüfung, auf einer freiheitsrechtlichen Konzeption.

c) *Prozeduraler oder substantieller Grundsatz?*

Diese Charakterisierung leitet unmittelbar über zum nächsten Kategorisierungsproblem: Handelt es sich bei dem Prinzip der personalen Gleichheit um einen prozeduralen¹⁴⁴ oder um einen substantiellen Grundsatz? Diese einfache Fragestellung hat einen komplexen Hintergrund. Es geht dabei um die Allgemeingültigkeit von Aussagen trotz unterschiedlicher moralischer und ethischer Auffassungen in einer pluralistischen Gesellschaft. Daraus resultiert ein Problem: Wie kann man in einer solchen Gesellschaft behaupten, dass eine (moralische oder rechtliche) Norm gilt? Dafür bieten sich zwei Möglichkeiten an:

Substantielle Theorien führen ihre Geltungsbehauptungen auf ein inhaltliches Gut zurück. Ein Beispiel dafür ist die Konzeption einer liberalen Rechts- und Gesellschaftstheorie bei *Dworkin*,¹⁴⁵ die sich im Ergebnis auf die Konzeption von Gleichheit als Pflicht zur gleichen Achtung und zum gleichen Respekt gegenüber jeder Person stützt:

141 *Röhl/Röhl*, Rechtslehre, 2008, 655.

142 Dazu unten § 8 IV.

143 *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, 77 und, daran anschließend, *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 329.

144 Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden prozeduraler Theorien näher *Callies*, Prozedurales Recht, 1999, 29 ff; *Tschentscher*, Prozedurale Theorien, 2000, 132 ff.

145 Dazu *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 62 ff.

„We may therefore say that justice as fairness rests on the assumption of a natural right of all men and women to equality of concern and respect, a right they possess not by virtue of birth or characteristic or merit or excellence but simply as human beings with the capacity to make plans and give justice.“¹⁴⁶

Das Zitat zeigt die Schwachstellen substantieller Letztbegründungstheorien: Sie sind gezwungen, moralische Inhalte zu postulieren und ihre Geltung axiomatisch zu behaupten. Gerade darüber bestehen in pluralistischen Gesellschaften durchaus unterschiedliche Auffassungen. Kann sich die Behauptung durchsetzen, führt das in letzter Konsequenz zur Marginalisierung derjenigen, die sich nicht damit identifizieren können.

Prozedurale Theorien der Rechtsbegründung¹⁴⁷ und der Rechtsfindung¹⁴⁸ verzichten daher auf eine inhaltliche Stellungnahme und konzentrieren sich auf die Ausgestaltung des Verfahrens, das seinerseits zum „richtigen“ Ergebnis führen wird. Was damit gemeint ist, kann man bei *John Hart Elys* Beschreibung einer prozeduralen Verfassungstheorie lesen:

„The general strategy [of the U.S. Constitution] has therefore not been to root in the document a set of substantive rights entitled to permanent protection. The Constitution has instead proceeded from the quite sensible assumption that an effective majority will not inordinately threaten its own rights, and has sought to assure that such a majority not systematically treat others less well than it treats itself – by structuring decision processes at all levels to try to ensure, first, that everyone’s interests will be actually or virtually represented (usually both) at the point of substantive decision, and, second, that the processes of individual application will not be manipulated so as to reintroduce in practice the sort of discrimination that is impermissible in theory.“¹⁴⁹

Damit lassen sich substantielle Diskriminierungsverbote und die *Footnote 4* in *Carolene Products*¹⁵⁰ als Elemente einer prozeduralen Theorie erklären.¹⁵¹ Eine prozedurale Begründungstheorie in Gestalt einer Argumentationstheorie ist dagegen die Diskurstheorie des Rechts¹⁵², wie sie insbesondere von *Karl-Otto Apel*,¹⁵³ *Jürgen Habermas*¹⁵⁴ und *Robert Alexy*¹⁵⁵ konzipiert wird.¹⁵⁶ Sie orientiert sich in-

146 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 182; vgl. auch *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 181 ff zur egalitaristischen Begründung des Liberalismus.

147 Exemplarisch zur diskursethischen Begründung der Grundrechte *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 151 ff; eine Kritik daran aus klassisch-juristischer Sicht findet sich bei *Hain*, Der Staat 40 (2001), 193 ff; zu einer Kritik aus privatrechtlicher Perspektive vgl. *Enderlein*, Diskursethik und Privatrecht, in: *Bydlinki/Mayer-Maly*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994, 53 ff.

148 Zur prozeduralen Verfassungstheorie exemplarisch *Ely*, Democracy and Distrust, 1980; eine Kritik daran bei *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 57 ff.

149 *Ely*, Democracy and Distrust, 1980, 100 f.

150 *U.S. vs. Caroline Products Co*, 304 U.S. 144 (1938), dazu bereits oben § 3 IV 4 b).

151 *Ely*, Democracy and Distrust, 1980 (passim).

152 Zu dieser Beschreibung *Dreier*, Recht – Staat – Vernunft, 1991, 20, 28.

153 *Apel*, Diskurs und Verantwortung, 1992.

154 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 109 ff.

155 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 219 ff, 259 ff.

156 Siehe zur differenzierten Darstellung der allgemeinen Diskurstheorie und der Diskurstheorie des Rechts *Volkman*, Jus 1997, 976 ff; *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, 15 ff.

haltlich nicht an substantiellen Aussagen zum (moralisch) Gerechten oder (ethisch) Guten. Die Legitimität des Rechts¹⁵⁷ und die Richtigkeit von gerichtlichen Entscheidungen¹⁵⁸ wird in einem rationalen Verfahren hergestellt: dem herrschaftsfreien Diskurs. Dieser setzt die Existenz einer ganzen Reihe von Regeln voraus. Die Wichtigsten lauten: Jeder darf am Diskurs teilnehmen, jeder kann jede Behauptung in den Diskurs einführen und problematisieren, jeder kann seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern und darf von niemandem daran gehindert werden, diese Rechte wahrzunehmen.¹⁵⁹ Sie sind Funktionsvoraussetzungen für das Diskursprinzip (D):

„Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“¹⁶⁰

Das Recht erhält seinen normativen Charakter also weder allein durch die Form¹⁶¹ noch durch einen vorgegebenen moralischen Inhalt, sondern durch einen legitimationserzeugenden Prozess der Rechtsetzung und von einer Rechtsprechung, die dem Paradigma rationaler Diskurse¹⁶² verpflichtet ist.¹⁶³ Darin liegt die Stärke der Diskurstheorie als dialogisches Modell zur Herstellung von Konsens¹⁶⁴: „Sie geht von der unüberwindlichen Heterogenität der menschlichen Lebensentwürfe aus und akzeptiert sie.“¹⁶⁵ Der postulierte Verzicht auf substantielle Letztbegründungen respektiert die Autonomie der einzelnen Person. Die Diskurstheorie behauptet nicht, es besser zu wissen. Den Menschen „werden keine materialen Normen gepredigt, womöglich mit der bedrängenden Emphase des erhobenen Zeigefingers, sondern nur ein Weg gewiesen, wie man Normen entwickeln könne.“¹⁶⁶ Darin sieht *Habermas* den Vorzug der prozeduralen Diskurstheorie des Rechts:

„It is more modest because it focuses exclusively on the procedural aspects of the public use of reason and derives the system of rights from the idea of its legal institutionaliza-

157 Siehe *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 661.

158 Dabei handelt es sich um einen Aspekt der umstrittenen These vom „Sonderfall“ des juristischen Diskurses, *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 261 ff. Dagegen unterscheiden *Klaus Günther* und *Jürgen Habermas* zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen: *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, 23 ff, 51 ff; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 140, 266 ff. Zu einer Diskussion dieser unterschiedlichen Positionen siehe *Lieber*, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, 2007, 239 ff.

159 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 361 ff.

160 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 138.

161 Allerdings über das Demokratieprinzip in „Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform [...] als eine logische Genese von Rechten“, *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 154 f.

162 Dazu *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 238 ff.

163 *Volkman*, JuS 1997, 976, 980.

164 Zum Unterschied von dialogischen und monologischen Konsensmodellen *Callies*, Prozedurales Recht, 1999, 35 f.

165 *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 499.

166 *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 499 f.

tion. It can leave more questions open because it entrusts more to the process of rational opinion and will formation.“¹⁶⁷

Das Argument ist ganz spezifisch gegen die Theorie der Gerechtigkeit von *Rawls* gerichtet.¹⁶⁸ Diese beruht nämlich auf einer Kombination materialer und prozeduraler Aspekte: Prozedural daran ist die hypothetische Vertragskonstruktion des Urzustandes mit dem Schleier des Nichtwissens als verfahrenssteuerndes Element. Material daran sind die dafür notwendigen Annahmen, dass es sich bei den Agenten und den von ihnen vertretenen Akteuren um freie und gleiche Personen handelt, die mit beiden moralischen Fähigkeiten – einer Konzeption von Gerechtigkeit und einer Konzeption des Guten – ausgestattet sind.¹⁶⁹ Diese Annahmen muss aber auch die Diskurstheorie machen.¹⁷⁰ Der Diskurs setzt die Freiheit und Gleichheit seiner Teilnehmer voraus.¹⁷¹ Die universelle und unparteiliche Haltung des Diskursprinzips ist selbst Ausdruck einer grundlegenden moralischen Haltung.¹⁷² *Rawls* geht darüber hinaus, weil er aus seiner Verfahrensordnung zwei substantielle Prinzipien der Gerechtigkeit ableitet, zwischen denen er auch eine Vorrangrelation herstellt.¹⁷³ Darin ist der Kern moralischer Grundrechte bereits enthalten („*basic liberties*“).¹⁷⁴ Die auf diesem Weg von *Rawls* entwickelte Konzeption gleicher Freiheit ist daher eine substantielle und nicht lediglich formale.¹⁷⁵ Das ist, worauf *Rawls* aufmerksam macht, kein Defizit seiner Theorie, sondern ihr Vorzug: Die Gerechtigkeit eines Verfahrens hängt immer von dem Verfahrensergebnis ab.¹⁷⁶ Daher muss bereits das Verfahren gewählt werden, dessen Ergebnisse „are most likely to lead to a just an effective legal order.“¹⁷⁷ Das Problem ist uns bereits beim problematischen Inhalt des Begriffs der „Chancengleichheit“ begegnet.¹⁷⁸ Dieser Voraussetzung kann auch die Diskurstheorie nicht entkommen:¹⁷⁹ Das prozedurale Rechtsparadigma hat, so *Habermas*, „einen dogmatischen Kern: die Idee der Autonomie, wonach Menschen nur in dem Maße als freie Subjekte handeln, wie sie genau den Gesetzen gehorchen, die sie sich gemäß ihren intersubjektiv gewonnen Einsichten selber geben.“¹⁸⁰ Mit der Anerkennung der Autonomie sind aber die beiden entschei-

167 *Habermas*, 92 J. Phil. 109, 131 (1995).

168 Instruktiv zu diesem „familial dispute“ *Habermas*, 92 J. Phil. 109, 110 (1995) zwischen *Habermas* und *Rawls*: *Forst*, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 127 ff.

169 *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 14 ff; *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 22 ff.

170 Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 138.

171 Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 418.

172 *Gosepath*, Gleichheit in *Habermas*‘ und *Dworkins* Theorien der Gerechtigkeit, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal*, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 98 f.

173 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 52 ff; *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 42 ff.

174 Näher *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 310.

175 Zu diesem Aspekt näher *Cohen*, 69 Chi.-Kent L. Rev. 589 595-597 (1994).

176 *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 421.

177 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 173.

178 Dazu oben § 6 II 2 a) (2).

179 *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 424 ff.

180 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 537.

denden materialen Aussagen bereits getroffen: die Freiheit der Personen und ihre Gleichheit in dieser Freiheit.¹⁸¹ Es ist daher zwingend, dass das Recht „auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten“ das erste der im Diskurs zu generierenden Grundrechte ist.¹⁸² Die Gleichheit ist notwendiges Diskursergebnis.¹⁸³ Woher aber wissen die Bürger, dass sie sich gegenseitig Gleichheit einräumen müssen? *Habermas* hat auch darauf eine Antwort: „Der Theoretiker sagt [es] den Bürgern [...]“!¹⁸⁴ Der Diskurs mutiert dann zum gedachten Zustimmungsverfahren, der sich weniger grundlegend von den klassischen Ansätzen unterscheidet, als es seine Rhetorik vermuten ließe.¹⁸⁵ Daraus hat *Rainer Forst* für seine Diskurstheorie der Gerechtigkeit die notwendigen Konsequenzen gezogen und sie auf ein substantielles (moralisches) Recht, das Recht auf Rechtfertigung, gestützt.¹⁸⁶ Substantielle und prozedurale Aspekte lassen sich daher in Begründungsdiskursen nicht strikt trennen. Die Unterscheidung zwischen „substantieller“ (oder materialer) und „prozeduraler“ (oder formaler) Theorie ist nicht belastbar.¹⁸⁷

Das gilt streng genommen auch für die Anwendungsdiskurse. In diesen geht es darum, die Angemessenheit einer Norm in bestimmten Situationen rational zu begründen.¹⁸⁸ Unabhängig von der hier nicht weiterverfolgten Frage, ob sich die Differenzierung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen überzeugend erklären lässt,¹⁸⁹ möchte ich mich auf das mit diesem Begriff beschriebene Phänomen konzentrieren: Gültige Normen können sich aufgrund unserer Unkenntnis über die Zukunft in jeder Anwendungssituation als unangemessen herausstellen.¹⁹⁰ Daraus folgt – und hier kommt es zu einer nicht zufälligen Überschneidung mit der Prinzipientheorie¹⁹¹ –, dass die gerechtfertigten Normen lediglich *prima facie* Charakter haben.¹⁹² Ob sie im konkreten Fall auch angewendet werden, ergibt sich erst aus einer vollständigen Situationsbeschreibung.¹⁹³ Damit liegt ein Instrument vor, um Normenkollisionen aufzulösen. Das Prinzip personaler Gleichheit lässt sich als ein solcher Anwendungsdiskurs beschreiben. Auf der höchsten Abstraktionsebene geht es um den Konflikt von Freiheitsrechten

181 Siehe *Hain*, Der Staat 40 (2001), 193, 201.

182 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 155.

183 *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, 157.

184 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 160.

185 *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 506.

186 *Forst*, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 14 ff.

187 *Forst*, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 15.

188 *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, 60 ff, 255 ff; *Günther*, Rechtstheorie 1989, 163 ff; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 266 ff.

189 Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Position findet sich bei *Lieber*, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, 2007, 260 ff.

190 *Lieber*, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, 2007, 288.

191 Siehe die Auseinandersetzung mit *Alexy* bei *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, 268 ff.

192 *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, 261 ff.

193 *Günther*, Rechtstheorie 1989, 163, 175.

und Gleichbehandlungsansprüchen. Das setzt voraus, dass die vorgelagerte Frage nach der Geltung der Gleichbehandlungspräsumtion in einem Begründungsdiskurs geklärt oder gerechtigkeits-theoretisch begründet und als geltendes Recht aufgefasst werden kann.¹⁹⁴ Ich werde drei Modelle vorschlagen, mit denen sich die Kollision des *prima facie* Gleichbehandlungsanspruchs (G) mit den Freiheitsrechten (F) lösen lässt.¹⁹⁵ Diese Kollision muss allerdings dort adressiert werden, wo sie geschieht: beim Zusammenprall unterschiedlicher Autonomiebereiche privater Akteure. Die wichtigste Aufgabe des Prinzips personaler Gleichheit sehe ich deshalb darin, die Situationen dieser tatsächlichen Konflikte umfassend zu beschreiben und dadurch zum Gegenstand von Rechtfertigungsansprüchen zu machen.

Darin liegt aber kein inhaltlicher Anschluss an das normative Fundament dieser Theorie. Das liegt schon daran, dass die hier untersuchte Normkollision von anderer Art ist: Es kommt in jedem Anwendungsfall der Norm (G) zur Kollision mit der Gegennorm (F).¹⁹⁶ Die Aufgabe des Prinzips personaler Gleichheit besteht daher nicht darin, eine rationale Begründung für die Anwendung einer Norm auf einen Sachverhalt zu liefern. Es geht ihm vielmehr darum, die Kontexte des konkreten sozialen Konflikts so zu strukturieren, dass die jeweiligen Auswirkungen der Ungleichbehandlung auf die Gleichbehandlungs- und Freiheitsinteressen des ungleich Behandelten sichtbar werden und dadurch von ihm thematisiert werden können. Gleichbehandlung bedeutet Präsumtion der Gleichbehandlung und die daraus folgende Argumentationslast für Ungleichbehandlung. Das ist Ausdruck einer – zu rechtfertigenden¹⁹⁷ – Wertentscheidung zugunsten der kontinuierlichen Diskussion über Gleichheit und Ungleichheit in den Eigenrationalitäten der gesellschaftlichen Teilsysteme. Methodisch wird damit der Kampf um Gleichheit und Anerkennung zurück in die gesellschaftlichen Relationen getragen, wo Ungleichheit und Nichtanerkennung wurzeln. Insoweit ist das Prinzip personaler Gleichheit Ausdruck eines prozeduralen Gleichbehandlungsparadigmas im Recht.¹⁹⁸

Das zwingt dazu, sich von einem rein prozeduralen Konzept der Angemessenheit einer Situationsbeschreibung¹⁹⁹ zu verabschieden. Um diesen Konflikt prozedural lösen zu können, ist ein substantielles Verständnis von Rechten Argumentationsvoraussetzung.²⁰⁰ Die im Prinzip eingebaute Präsumtion der Gleichheit ist

194 Zu diesem Vorgang unten § 8.

195 Dazu unten § 7 IV 2 b.

196 Siehe unten § 7 IV 2 a.

197 Dazu unten § 8 II.

198 Vgl. dazu Renner, KritV 2010, 161, 165 ff.

199 Darin liegt eine zentrale Forderung von Günther, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, 301 f.

200 Dworkin, A Matter of Principle, 1986, 68 gegen Ely, Democracy and Distrust, 1980; zum deutschen Privatrecht siehe Singer, FS 200 Jahre Humboldt-Universität, 2010, 981, 1003 ff.: „Da auch prozedurale Konzeptionen nicht uneingeschränkt 'richtige' Ergebnisse produzieren, bedarf es zwangsläufig einer Kombination von prozeduralen und materialen Elementen bei der Rechtsschöpfung.“ (S. 1004).

die methodologische Konsequenz einer Wertentscheidung, die in der Anerkennung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (G) als Rechtsnorm liegt.²⁰¹ Dasselbe gilt für die freiheitsrechtliche Konzeption des Rechtfertigungsmodells: In der Reduktion der Kontrolldichte auf „Null“ oder auf „nahe Null“ drückt sich die materiale Bedeutung von Freiheit (F) aus.²⁰² Eine eigenständige Letztbegründung der beiden Prinzipien (F) und (G) kann hier dahinstehen.²⁰³ Sie sind wegen ihrer grundrechtlichen Anerkennung im Mehrebenensystem für die Rechtsordnung als substantiell zu beachtende Prinzipien gesetzt. Problematisch ist allerdings der jeweilige persönliche Anwendungsbereich: Dass das Prinzip der rechtlichen Freiheit und die daraus abzuleitende Privatautonomie gerade auch unter privaten Akteuren gilt, ist unumstritten.²⁰⁴ Dagegen wird die Geltung der allgemeinen unions- oder verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze unter Privaten bereits im Ausgangspunkt kontrovers beurteilt. Eine Begründung für deren horizontale Geltung werde ich später liefern.²⁰⁵ Für die Funktionsweise des Prinzips der personalen Gleichheit genügt es zunächst, die Geltung dieser Grundsätze auch gegenüber Privaten zu unterstellen.

Das Prinzip personaler Freiheit hat neben dieser materialen auch eine prozedurale Komponente. Das zeigt der Rückgriff auf den „Schleier des Nichtwissens“ als Rationalisierungsinstrument im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.²⁰⁶ Der dort skizzierte Vorschlag, die rechtfertigungsfähigen Gründe anhand der Kriterien von Reziprozität und Allgemeinheit zu entwickeln, ist ebenfalls ein Versuch, den Diskurs zwischen den Beteiligten und die von ihnen vorzubringenden Gründe als verfahrensrechtliches Instrument auszugestalten. Das hier vorgeschlagene flexible Stufenmodell einer Rechtfertigungsprüfung von Ungleichbehandlungen ist daher ein Verfahren, den Konflikt zwischen den Gleichbehandlungsansprüchen von Personen mit den Freiheitsrechten anderer privater Akteure zu strukturieren. Sein Ziel ist es, die tatsächliche Kollision gesellschaftlicher Autonomieräume sichtbar zu machen. Die gewählte Struktur zwingt die Beteiligten, ihre Ansprüche auf Gleichbehandlung bzw. Rechtfertigungsrechte für Ungleichbehandlungen deutlich zu artikulieren und mit guten Gründen zu behaupten. Insofern ist das Prinzip eine Theorie prozeduraler Rationalität.²⁰⁷ Es ist zugleich ein substantieller Grundsatz, weil es den Rechtfertigungsdiskurs erst aufgrund ei-

201 Dazu unten § 8 II und IV.

202 Siehe unten § 7 IV 3 f).

203 Zum Problem der Letztbegründung von Gerechtigkeitstheorien und dem daraus entstehenden „Münchhausen-Trilemma“ (infiniter Regreß, logischer Zirkel, Verweis auf Dogma) siehe Albert, Traktat über die kritische Vernunft, 1991, 13 ff.

204 Siehe unten § 8 III 1.

205 Dazu unten § 8 IV.

206 Siehe unten § 7 IV 3 e).

207 Zum Begriff und zu den Anforderungen Callies, Prozedurales Recht, 1999, 83 ff, 91 ff (insbesondere S. 92). Der dort verfolgte ambitionierte Ansatz einer prozeduralen Rationalisierung des gesamten Rechts kann hier auf sich beruhen.

nes materialen Grundsatzes (*G*) eröffnet und ihm zugleich aufgrund eines anderen Grundsatzes (*F*) Grenzen setzt. Dadurch eröffnet es Denkmöglichkeiten für eine andere als die von Handelnden getroffene Entscheidung: Die Rechtfertigung wird im prozeduralen Modell zur „Recht-Fertigung“²⁰⁸. Dem hier entwickelten Rechtfertigungsdiskurs geht es also nicht um ein *anderes* Recht, auch nicht um *etwas anderes* als das Recht, sondern es geht ihm um *die andere Möglichkeit im Recht*.²⁰⁹ Die andere Möglichkeit zur Ungleichbehandlung ist die Gleichbehandlung. Das Modell dient also dazu, Gleichbehandlung auch im Privatrecht als valide Option aufzuzeigen und sie durchzusetzen, sofern es keine ausreichenden Gründe für die Ungleichbehandlung gibt.

II. Einheitsmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Das Prinzip der personalen Gleichheit basiert auf der Präsumtion der Gleichbehandlung. Meine These lautet, dass alle in §§ 5 und 6 untersuchten Fälle allgemeiner Gleichbehandlungssätze und besonderer Diskriminierungsverbote dasselbe Fundament haben: Sie sind jeweils rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen. Die jeweilige Ungleichbehandlung von Personen ist der kleinste gemeinsame Nenner. Die Unterschiede wirken sich lediglich, dann aber durchaus gravierend, auf der Rechtfertigungsebene aus. Damit gehe ich von einem systematischen Zusammenhang von allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten und speziellen Nichtdiskriminierungsverboten im einfachen Recht aus (Einheitsmodell). Grundlage dafür ist der begründungslogische Zusammenhang von allgemeinem Gleichheitssatz und besonderen Gleichheitsrechten:¹ Diskriminierungsverbote sind regelmäßig Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes und des in ihm verankerten allgemeinen Gleichbehandlungsgebots. Die ausdrückliche Anerkennung eines Diskriminierungsverbots ist das Ergebnis politischer und moralischer Lernprozesse in einer Gesellschaft, die sich eingesteht, dass in der Umwelt des Rechts bestimmte Menschen und Gruppen von Menschen bisher regelmäßig ohne ausreichende sachliche Gründe benachteiligt werden. Besondere Diskriminierungsverbote kommen aber regelmäßig zu spät: Sie kommen, erstens, zeitlich zu spät: „Sie werden nicht dann statuiert, wenn die jeweilige Diskriminierung an ihrem Höhepunkt ist, sondern erst, wenn sie in einer Rechtsordnung weitgehend überwunden ist und mehrheitlich als unzulässig betrachtet wird.“² Sie kommen, zweitens, „im Verhältnis zum systemischen Cha-

208 Zum Begriff *Wiethölder*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13, 18.

209 Meine „Übersetzung“ von *Wiethölder*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13, 18.

1 Dazu *Huster*, EuR 2010, 325, 326 f.

2 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 462.