

rechtlichen Beiträgen dazu beachtlich hoch.<sup>185</sup> Gleichbehandlungspflichten Privater in ihrer Ausprägung als Diskriminierungsverbot sind in Deutschland zu Beginn des 21. Jahrhunderts zu einem wichtigen Thema des Privatrechts geworden.

#### 4. Nachwirkungen personenrechtlicher Ungleichbehandlungen

Die gleiche Rechtsfähigkeit löste ab 1800 den „status“ als neuen Grundbegriff des Personenrechts ab.<sup>186</sup> Mit dem *status* wurde bis ins späte 18. Jahrhundert die rechtliche Stellung beschrieben, die ein Mensch in einer Gesellschaft aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe innehatte.<sup>187</sup> Der Status eines Menschen bestimmte dessen persönliche Rechtslage<sup>188</sup> und damit seine Fähigkeit, autonom agieren zu können. Ein unterschiedlicher Status führte im Regelfall zur gesellschaftlich akzeptierten Ungleichbehandlung. Mit § 1 BGB kam eine der zentralen Errungenschaften der Privatrechtsentwicklung zu ihrem Abschluss:<sup>189</sup> „[D]ie in der Lebensstellung der Personen hervortretenden Verschiedenheiten sind für das Recht nicht von grundlegender Bedeutung“<sup>190</sup>. Die so begründete personale Rechtsgleichheit hat allerdings ihre Verlustlisten.<sup>191</sup> Die „Abstraktion und Entstofflichung“<sup>192</sup> des Menschen zur gleichen Rechtsperson wurde nicht in allen Teilen des Privatrechts gleich weit getrieben. Am weitesten ging man im Verkehrsrecht des BGB, wo sich der konstruktive Charakter der Rechtsperson am

185 Neben den zahlreichen Kommentierungen zum AGG siehe die Monographien von *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004; *Gaier/Wendland*, AGG, 2006; *Korthaus*, Das neue Antidiskriminierungsrecht, 2006; *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006; *Monen*, Verbot der Diskriminierung, 2008; und die Beiträge von *Husmann*, ZESAR 2005, 107; *Schubert*, NJ 2006, 481; *Armbrüster* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, zur Behandlung von Spezialproblemen vgl. etwa *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 (zum Kontrahierungszwang); *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (haftungsrechtliche Gesichtspunkte); *Hense*, Kirche und Diskriminierungsverbot, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 181 (zum Verhältnis Diskriminierungsrecht-Kirchen); *Metzger*, WuW 2007, 47 (jeweils zum Mietrecht); *Schmidt-Räntsche*, NZM 2007, 6; *Thüsing/Burg*, ZTR 2007, 71 (zur Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände); *Wackerbarth*, ZIP 2007, 453 (zu Vermeidungsstrategien); zu versicherungsrechtlichen Problemen jeweils *Wräse/Baer*, NJW 2004, 1623; *Raasch*, ZESAR 2005, 209 (zur Verbandsbeteiligung); *Armbrüster*, VersR 2006, 1297; *Loosbelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141; *Koch*, VersR 2007, 288; *Thüsing/von Hoff*, VersR 2007, 1; *Windel*, RdA 2007, 1, (zu Beweisfragen) und *Mansel*, FS *Canaris* (Bd. I), 2007, 799 (zum internationalen Anwendungsbereich); *Rebhahn*, ZfA 2006, 347 (zum österreichischen Recht); *Budde*, BB 2007, 731 (zu den Auswirkungen auf Vertriebspartner).

186 *Duve* in: HKK-BGB, §§ 1-14, Rn. 8; grundlegend *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 167-171.

187 Siehe *Mehrhoff*, F., Stichwort „Status“, HRG, Bd. IV, 1990, Sp. 61. Aus der zeitgenössischen Literatur kritisch zum Begriff des *status*: *Feuerbach*, Civilistische Versuche, Bd. I, 1803, 173-190; *Savigny*, System, Bd. II, 1840, 443-515.

188 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 168.

189 Zu den Einzelheiten unten § 2 I und III 1.

190 *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25.

191 Darauf gehe ich in § 2 II ein.

192 Instruktiv *Caroni*, Privatrecht, 1988, 64-66.

deutlichsten zeigt.<sup>193</sup> Im Familien- und Personenstandsrecht kam es dagegen zum Bruch. Die „physischen Eigenschaften“ einer Person beginnen wieder zu zählen, weil das Recht die Menschen einteilt in männlich oder weiblich, um unterschiedliche Rechtspositionen daran anknüpfen zu können.<sup>194</sup> Nach traditioneller Ansicht greift das Recht dagegen nur eine von ihm vorgefundene Einteilung auf. Selbst wenn man dem folgen möchte, kommt man nicht umhin festzustellen, dass das Recht insoweit eine natürlich vorgefundene Ordnung als sittlich gebotene auch positiv rechtlich bestätigt.<sup>195</sup> Die klare Unterscheidung zwischen Mann und Frau war in einer Rechtsordnung notwendig, die innerhalb von Ehe- und Familienbeziehung die Handlungsfreiheiten unterschiedlich verteilt. Das ist mittlerweile überholt. Gleichwohl verlangt das Personenstandsrecht nach wie vor die eindeutige Identifizierung des neugeborenen Menschen entweder als männlich oder als weiblich. Im Geburtenregister sind das Geschlecht – nur männlich oder weiblich, *tertium non datur*<sup>196</sup> – und der Name des Kindes einzutragen (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 PStG). Bei der Namensgebung sei daher „der natürlichen Ordnung der Geschlechter“<sup>197</sup> Rechnung zu tragen, weil der Vorname das Geschlecht des Namenträgers deutlich machen soll. Knaben müssen nach traditioneller Auffassung mindestens einen eindeutigen männlichen und Mädchen einen weiblichen Vornamen tragen.<sup>198</sup> Dass dieser „Grundsatz der Geschlechtsoffenkundigkeit“ verfassungsrechtlich nicht haltbar ist, habe ich an anderer Stelle ausgeführt.<sup>199</sup> Mein Argument war, nur solche Vornamen auszuschließen, die dem Kind offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die Möglichkeit bieten, sich anhand des Namens mit seinem Geschlecht zu identifizieren.<sup>200</sup> Der Vorschlag war pragmatisch gemeint und das Bundesverfassungsgericht hat ihn wohl auch deshalb aufgegriffen.<sup>201</sup> In der Sache bleibt es auch nach seiner Entscheidung dabei, dass es einen Bezug von Vornamen und Geschlecht, sei es auch nur einen „negativen Geschlechtsbezug“<sup>202</sup>, gibt. Faszinierend ist diese rechtlich zwingend<sup>203</sup> vorgesehene Geschlechtszuschreibung, weil es im Privatrecht kaum mehr Anknüpfungspunkte für die Unterscheidung von Mann und Frau gibt.<sup>204</sup> Die vier

193 Dazu kritisch Knieper, Gesetz und Geschichte, 1996, 55-90; zu einer Gegenkritik siehe Günther, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 123, 124-127.

194 Vgl. Grünberger, StAZ 2007, 357 f.

195 Vgl. Knieper, Gesetz und Geschichte, 1996, 94 f (zur Familie).

196 Vgl. LG München StAZ 2003, 303 ff.

197 BGHZ 73, 239, 240.

198 Dazu Grünberger, AcP 207 (2007), 314, 316-319 mit zahlreichen Beispielen.

199 Grünberger, AcP 207 (2007), 314, 320-335.

200 Grünberger, AcP 207 (2007), 314, 335.

201 BVerfG NJW 2009, 663.

202 Grünberger, AcP 207 (2007), 314, 335-337.

203 § 69 PStG: „Wer auf Grund dieses Gesetzes zu Anzeigen oder zu sonstigen Handlungen verpflichtet ist, kann hierzu von dem Standesamt durch Festsetzung eines Zwangsgeldes angehalten werden.“.

204 Daher stellt Bräcklein, StAZ 2008, 297 ff den Zweck der personenstandsrechtlichen Unterscheidung in Frage. Coester-Waltjen, JZ 2010, 852 ff plädiert dagegen für ihre Beibehaltung.

prominentesten Beispiele für das Fortleben der Differenzierung männlich-weiblich sind § 1591 BGB („Mutter eines Kindes ist die *Frau*, die es geboren hat.“), § 1592 BGB („Vater eines Kindes ist der *Mann*, der ...“), die Definition der Ehe als auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft eines Mannes mit einer Frau<sup>205</sup> und spiegelbildlich dazu § 1 Abs. 1 LPartG, nach dem nur „zwei Personen gleichen Geschlechts“ eine Lebenspartnerschaft eingehen können.

Daher werde ich am Rande auch die Frage thematisieren, ob ein Zusammenhang besteht zwischen den „Enklaven ungleichen Rechts“ im Personen- und Familienrecht und der Diskriminierung aufgrund derselben Merkmale durch Private. Man würde zu kurz greifen, wenn man Diskriminierungsschutz im Zivilrecht auf den Konflikt zwischen Gleichbehandlungsgrundsatz und Privatautonomie reduzierte. Das Personenrecht gehört nämlich zu den Teilen des Zivilrechts, bei denen eine Begründung aus der Privatautonomie allein versagt.<sup>206</sup> Einerseits betreffen Status<sup>207</sup> und Personenstand<sup>208</sup> die rechtlichen Beziehungen der Personen untereinander, andererseits wird ihr Inhalt von staatlich gesetztem Recht bestimmt und erfasst damit das Verhältnis des Einzelnen zur staatlich verfassten Gemeinschaft. Dann liegt der Gedanke nahe, dass eine Ungleichbehandlung hier eine Diskriminierung dort wahrscheinlicher macht. Anders formuliert ist zu untersuchen, ob die Gesellschaft mit genuin privatrechtlichen Mitteln einen Zustand ehemaliger Rechtsungleichheit perpetuieren kann. *Adrienne Davis* hat zu diesem Thema eine Studie vorgelegt, in der sie erbrechtliche Verfügungen zugunsten ehemals versklavter schwarzer Frauen und ihrer Kinder in den Sklavenstaaten der U.S.A. *ante* und *post bellum* untersucht.<sup>209</sup> Sie kommt darin zum Ergebnis, dass dem Privatrecht eine herausgehobene Bedeutung bei der Aufrechterhaltung sozialer Hierarchien und rassistischer Strukturen zukam. Diese These lässt sich auch aus rechtstheoretischer Sicht untermauern. *Andreas Fisahn* hat darauf aufmerksam gemacht, dass der Diskriminierung das „Prinzip der Ab- und Ausgrenzung, der Gegenüberstellung von einem ‘Wir’ und dem ‘Anderen’“ zu Grunde liegt.<sup>210</sup> Über das Personenstandsrecht und die Institute des Privatrechts wird eine „Wir-Identität“ geschaffen, mit der die strukturellen Voraussetzungen entstehen, um das „Wir“ von den „Anderen“ abzugrenzen.<sup>211</sup> Die These, dass diese konstruierten Abgrenzungen in der Gesellschaft fortwirken, ge-

205 BVerfGE 105, 313 Rz. 79; BayObLG NJW 1993, 1996 f; *Brudermüller* in: Palandt, Einl v § 1297 Rn. 1.

206 *Bydlinski*, Rechtsgrundsätze, 1988, 320.

207 Mit dem Status ist die Rechtsstellung angesprochen, die ein Individuum im Verhältnis zu anderen Personen in der Gesellschaft aufweist, vgl. *Röthel*, StAZ 2006, 34, 41; enger *Windel*, StAZ 2006, 125, 129 (nur familienrechtliche Verhältnisse).

208 Personenstand ist die „sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung einschließlich ihres Namens“, § 1 Abs. 1 S. 1 PStG.

209 *Davies*, 51 Stan. L. Rev. 221 (1999). Zum Kontext vertiefend unten § 3 I und III 2 b).

210 *Fisahn*, Rechtstheorie 2006, 67, 68.

211 Vgl. *Fisahn*, Rechtstheorie 2006, 67, 79.

winnt auf dieser Grundlage an Plausibilität. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshof in der *Rs. Maruko* bestätigt das. Danach liegt eine von der RL 2000/78/EG verbotene unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung vor, wenn der Arbeitgeber einen in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Arbeitnehmer ungünstiger behandelt als einen verheirateten Arbeitnehmer, soweit beide Statusverhältnisse nach nationalem Recht vergleichbar sind.<sup>212</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat im Anschluss daran entschieden, dass beide rechtlich gesicherten Partnerschaften nach Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich gleich zu behandeln sind.<sup>213</sup> Konsequenz daraus ist, dass die Ungleichbehandlung aufgrund des Familienstandes unionsrechtlich eine verbotene Diskriminierung ist, weil es sich im nationalen Recht um vergleichbare Statusverhältnisse handelt.<sup>214</sup> Damit kommt es zu einem weitgehenden Gleichlauf zwischen der grundrechtlich vom Staat geforderten Gleichbehandlung und einer an Private adressierten Gleichbehandlungspflicht. Zugleich wird die Berechtigung privatrechtlicher Benachteiligungsverbote durchaus fragwürdig, wenn der Staat seinerseits trotzdem anhand der Merkmale unterscheidet, an die anzuknüpfen dem Privaten verboten ist. Die nach wie vor bestehenden Unterschiede zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft erscheinen in einem anderen Licht, wenn man berücksichtigt, dass der Privatrechtsteilnehmer nach § 19 Abs. 1 AGG grundsätzlich nicht aufgrund der sexuellen Identität und des Geschlechts differenzieren darf. An Private adressierte Diskriminierungsverbote sind daher auch im Zusammenhang mit einer vergangenen oder noch andauernden unterschiedlichen Behandlung von Personen in Bezug auf Status und Personenstand zu sehen.

## II. Paradigmenwechsel

Gleichbehandlungspflichten Privater bilden mittlerweile einen bedeutenden, vielleicht sogar zentralen Gegenstand des deutschen und europäischen Privatrechts. Die Debatte über die grundsätzliche Berechtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und die Diskussion über Inhalt, Reichweite und Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten ist damit noch nicht abgeschlossen. Im Gegenteil, das spannungsgeladene Verhältnis von Diskriminierungsverboten und Privatautonomie, zwischen Gleichheit einerseits und Freiheit andererseits, wird in der jüngsten Li-

212 EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757.

213 BVerfGE 124, 199.

214 Siehe dazu auch § 6 V 1 c) und 2 a) (2).