

darum, eine politische Konzeption von Öffentlichkeit und Privatsphäre zu entwickeln, nach der die Geltung des Gleichbehandlungsanspruchs keine systemwidrige Intervention, sondern Funktionsvoraussetzung eines modernen Privatrechts ist. Sie ist getragen von einem Grundverständnis, nach dem Privatrecht und seine Grundbegriffe konzeptionell nicht ein für alle Mal feststehen, sondern offen gegenüber einer im demokratischen Prozess erfolgten Ausgestaltung sind. Dahinter steht die Überzeugung, dass das neuzeitliche Projekt, die Freiheit und Gleichheit aller Personen zu gewährleisten, kein abgeschlossenes ist und eine fortlaufende Neudefinition individueller und konkreter Freiheitsräume verlangt.<sup>253</sup> Darin liegt das große Potential des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die damit einhergehenden Rechtfertigungspflichten zwingen die Akteure des Rechtssystems permanent dazu, die zur Zeit geltende Verteilung der Freiheitsräume zu hinterfragen und nach besseren Lösungen zu suchen, um die Grundaufgabe des Rechts in demokratischen Gesellschaften erfüllen zu können: sicherzustellen, dass sich alle Menschen als freie und gleiche Personen begegnen können.

### III. Personale Gleichheit – Annäherungen an eine Neukonzeption

Das formale Paradigma der Gleichbehandlung<sup>254</sup> kann diese Aufgabe nicht leisten. Darin wird Gleichbehandlung ausschließlich freiheitsrechtlich als *formale* Rechtsgleichheit gedacht. Im Ausgangspunkt enthält diese Konzeption zwar auch „den Kern eines weitergehenden Gleichbehandlungsanspruchs, der im Verhältnis der freien und gleichen Rechtsgenossen untereinander Geltung begehrt“.<sup>255</sup> Diese Gleichheit wird im formalen Paradigma jedoch als eine im Recht bereits verwirklichte vorausgesetzt. In der Literatur wird daher im Anschluss an die Debatte über die „Materialisierung“ der Vertragsfreiheit<sup>256</sup> von einer „Materialisierung der Gleichheit“ gesprochen.<sup>257</sup> Die Rückanbindung von Gleichbehandlungspflichten Privater an Konzeptionen materialer Gerechtigkeit liegt sehr nahe.<sup>258</sup> Das liegt nicht zuletzt daran, dass der Begriff der „Materialisierung des Privatrechts“ ein Konzept ist, das unterschiedlichsten Verständnissen und Akzentuierungen zugänglich ist.<sup>259</sup> Ganz allgemein ausgedrückt, erfasst die Materialisie-

253 Siehe dazu den Ansatz von Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 199 ff. („lernendes Sozialmodell“ als Paradigma des Rechts).

254 Dazu Renner, KritV 2010, 161, 162 ff.

255 Renner, KritV 2010, 161, 162.

256 Grundlegend dazu Canaris, AcP 200 (2000), 273 ff.

257 Vgl. Coester, FS Canaris (Bd. I), 2007, 115, 120 ff.; Franck, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 81 ff.; grundlegend bereits vor dem Inkrafttreten des AGG Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 289 ff.; zuletzt Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 105 ff. und Renner, KritV 2010, 161, 164 f.

258 Grundlegend zu diesem Ansatz jetzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 I.

259 Das gilt insbesondere auch für Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 484 ff., 493 ff.

rungsdebatte alle Versuche, materiale Gerechtigkeit durch die Instrumente der Privatrechtsordnung herzustellen. Das gilt insbesondere für die Realisierung von gleichen Freiheitschancen: „Wenn die Freiheit des ‘Haben- und Erwerbenkönnens’ Gerechtigkeitserwartungen erfüllen soll, muß eine Gleichheit des ‘rechtlichen Könnens’ bestehen.“<sup>260</sup> Die mit Gleichbehandlungspflichten einhergehende Verkürzung von Freiheitsinteressen ist nach *Jürgen Habermas* „nur die Kehrseite der Durchsetzung gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten für alle; denn die Privatautonomie im Sinne dieses allgemeinen Freiheitsrechts impliziert ein allgemeines Gleichheitsrecht, eben das Recht auf Gleichbehandlung“.<sup>261</sup> Insoweit lässt sich mein Versuch der Begründung eines Gleichbehandlungsgrundsatzes einerseits als Anwendungsfall eines Materialisierungsdiskurses verstehen. Kennzeichnend für das materiale Paradigma des Gleichbehandlungsrechts ist es, „die realen gesellschaftlichen Verhältnisse und die tatsächlichen Auswirkungen sozialen Handelns in den Blick“ zu nehmen.<sup>262</sup> Darauf werde ich bei der Analyse des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts zurückkommen.<sup>263</sup>

Andererseits verengt die Rückbindung an die Materialisierungsdebatte den Blickwinkel. Mir geht es darum zu untersuchen, ob der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ nach einer neuen Konzeption<sup>264</sup> des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht verlangt. Das Materialisierungsdenken könnte hier zu vorschnellen – und damit undifferenzierten – Schlussfolgerungen verführen. Die Pflicht des privaten Akteurs, den anderen privaten Akteur gleich zu behandeln, sofern er die ungleiche Behandlung nicht rechtfertigen kann, ist „für eine der Parteien [eine] *tatsächliche* Einschränkungen gegenüber dem *status quo ante*“<sup>265</sup>. Sie wird von diesem Akteur auch als Beschränkung seiner Freiheitsinteressen wahrgenommen. Will eine Konzeption von Gleichbehandlungspflichten überzeugen, muss sie auch diesen Vorgang in der Umwelt des Rechts berücksichtigen. Sie kann ihn nicht ohne weiteres als rechtlich irrelevant ausblenden. Die *Habermas’sche* Feststellung, bei solchen Einschränkungen handle es sich „nicht um normative Einschränkungen des Prinzips rechtlicher Freiheit, sondern um die Abschaffung solcher Privilegien, die mit der von diesem Prinzip geforderten Gleichverteilung subjektiver Freiheiten unvereinbar sind“,<sup>266</sup> kann also allenfalls ein mögliches Ergebnis der Untersuchung sein. Als ihr Ausgangspunkt ist sie nach meinem Verständnis ungeeignet.<sup>267</sup>

260 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 485.

261 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f.

262 *Renner*, KritV 2010, 161, 164.

263 Siehe dazu unten § 6 VIII 1.

264 Plastisch zum Begriff der Konzeption („conception“): *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 134-136.

265 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f.

266 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f.

267 Ich greife den Gedanken später wieder auf, siehe unten § 8 III 1 b).

Ein weiterer Nachteil des Materialisierungsbegriffs ist der spezifische Kontext seiner Verwendung in der jüngeren Privatrechtswissenschaft. Er evoziert beim Leser Parallelen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur gestörten Vertragsparität,<sup>268</sup> die letztlich unzutreffend sind: Diskriminierungsverbote gewähren keinen Schutz vor einer „fremdbestimmten“ Vertragsbindung,<sup>269</sup> sondern begründen die Pflicht, jemanden nicht deshalb von einem Vertragsschluss fernzuhalten, weil in seiner Person näher bestimmte Merkmale vorliegen.<sup>270</sup> Ich halte den Begriff der „personalen Gleichheit“<sup>271</sup> aus drei Gründen für besser geeignet, diese Aufgabe zu übernehmen: (1.) Er vermeidet problematische Assoziationen mit bestimmten Konzeptionen des Materialisierungsbegriffs. (2.) Er stellt richtige Assoziationen zu den notwendigen philosophischen Bezügen<sup>272</sup> her. (3.) Er verdeutlicht sowohl die komplementären Bezüge als auch die Spannung zum Begriff der „personalen Freiheit“.

Unter „personaler Gleichheit“ verstehe ich ein Modell, mit dem der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ in kohärenter und rational begründbarer Weise auf alle gleichbehandlungsrelevanten Sachverhalte im Privatrecht angewendet werden kann. Im Mittelpunkt steht eine Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die den partiellen Ansatz des AGG mit den existierenden allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätzen verbindet. Ausschlaggebend für diesen Begründungsansatz ist der moralisch begründete und verfassungsrechtlich verankerte Anspruch jeder Person auf gleiche Behandlung (Präsumtion der Gleichheit).<sup>273</sup> Daraus folgt, dass jede Ungleichbehandlung eines Privatrechtssubjekts grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig ist. Ausgangspunkt ist der Gedanke, dass sich der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ im Zivilrecht nicht auf Diskriminierungsverbote beschränkt. Ausgehend von der spezifisch unions- und verfassungsrechtlichen Prägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gibt es auch im Zivilrecht einen systematischen Zusammenhang von allgemeinem Gleichbehandlungsanspruch und speziellen Diskriminierungsverboten. „Grundthese ist dabei, dass das Gleichbehandlungsrecht vom allgemeinen Gleichheitssatz her rekonstruiert werden muss, um eine plausible Gesamtstruktur zu bilden“.<sup>274</sup> Ganz rudimentär stellt auch der DCFR diesen Zusammenhang her, wenn die Diskriminierungsverbote als „most obvious manifestation“ des allgemeinen Gleichbehandlungs-

268 Vgl. dazu BVerfGE 81, 242; BVerfGE 103, 89; BVerfGE 89, 214. Begriffsbildend war Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, 88-108, 273-297.

269 Vgl. BVerfGE 103, 89, 101; BVerfGE 89, 214, 232.

270 Zutreffend Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 384-89; Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299, 339-43; zu den Grenzen des „Materialisierungsparadigmas“ schon Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 307-308 und jetzt Schiek in: Schiek, AGG, Vorbem zu 19 ff Rn. 12.

271 Der Begriff geht zurück auf Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 466, wo ihm allerdings kein besonderer Bedeutungsgehalt zugeschrieben wird.

272 Dazu unten § 8 I und II.

273 Dazu unten § 8 I und II.

274 Mahlmann in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 17.

grundsatzes („treating like alike“) aufgefasst werden.<sup>275</sup> Darauf baut meine Hauptthese auf: Liegt eine Ungleichbehandlung vor, besteht ein *prima facie*-Anspruch auf Gleichbehandlung (Gleichbehandlungspräsumtion). Daraus folgt, dass jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig – und im Ausgangspunkt auch rechtfertigungsfähig – ist. Die Anforderungen an den sachlichen Rechtfertigungsgrund sind bereichsspezifisch und kontextabhängig (Rechtfertigungskontinuum). Der maßgebliche Faktor zur Bestimmung der Rechtfertigungsdichte ist das der Gleichbehandlung gegenläufige Prinzip der personalen Freiheit. Darunter fallen insbesondere die Freiheitsrechte des Diskriminierenden und damit die seine Selbstbestimmung schützende Privatautonomie. Die Ausübung dieser Freiheiten ist prinzipiell ein legitimes Ziel einer Ungleichbehandlung. Sie kann grundsätzlich eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Bewirkt die Ungleichbehandlung allerdings eine substantielle Freiheitseinschränkung oder knüpft sie an ein verbotenes Merkmal an, kann das Prinzip personaler Freiheit innerhalb der durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung diese Diskriminierung nur rechtfertigen, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig) ist.<sup>276</sup>

Gleichbehandlungspflichten Privater führen unweigerlich zum Konflikt mit den Freiheitsrechten des Gleichbehandlungsverpflichteten. Seine Auflösung zwingt den Rechtsanwender methodisch in eine binäre Struktur von Grundsatz und rechtfertigungsbedürftiger Ausnahme. In den herkömmlichen Konzeptionen des Privatrechts wird dieser Konflikt freiheitsrechtlich gelöst. Freiheit – damit auch Privatautonomie – sei der Grundsatz, Gleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. *Gregor Bachmann* hat eine Alternative dazu entwickelt und einen methodischen Perspektivenwechsel vorgeschlagen:

„Begründungsbedürftig ist nicht mehr, wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“<sup>277</sup>

Konsequent zu Ende geführt ist darin Gleichheit – und damit Gleichbehandlung – der Grundsatz. Nicht mehr die Gleichbehandlung ist begründungsbedürftig, sondern die Ungleichbehandlung. *Bachmann* ist aber auf halbem Wege stehen geblieben. Er konzipiert den Gleichbehandlungsgrundsatz – insoweit ganz traditionell – von seinem Anwendungsbereich her. Daher seien zunächst die Gründe herauszuarbeiten, die „dafür streiten, im Privatrechtsverhältnis den Gleichbehandlungsgrundsatz *nicht* anzuwenden.“ Danach könne „im Substraktionsverfahren“ der Bereich umrissen werden, „in dem auch unter Privaten die Pflicht zur gleichen Behandlung prinzipiell anzuerkennen“ sei.<sup>278</sup> Damit beschneidet man das hier vorgestellte Potenzial des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Indem

275 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 53.

276 Das ist lediglich eine verknappte Beschreibung. Die These wird in § 7 weiter ausdifferenziert.

277 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 159.

278 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 159. Zur vertieften Auseinandersetzung siehe § 7 IV 2 b) (2).

man bestimmte Bereiche aus seinem Anwendungsbereich ausklammert, immunisiert man sie gegen die Rechtfertigungspflichten. Damit kann man die existierende Verteilung von Freiheitsräumen insoweit nicht mehr kritisch hinterfragen. Der *status quo* bleibt gewahrt. Der Fehler in *Bachmanns* Vorschlag basiert auf einem klassischen Missverständnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht:<sup>279</sup> Der Gleichbehandlungsanspruch darf nicht mit dem Anspruch auf „gleiche Behandlung“ gleichgesetzt werden. Er beinhaltet zunächst nur einen Anspruch auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung und erst wenn diese misslingt einen Anspruch auf gleiche Behandlung.<sup>280</sup> Nach diesem Verständnis steht die Rechtfertigung im Zentrum des Gleichbehandlungsdiskurses. Die von *Bachmann* genannten Gründe, die gegen einen Gleichbehandlungsgrundsatz sprechen würden, insbesondere das Persönlichkeits- und das Freiheitsargument,<sup>281</sup> zwingen nicht zur Definition eines sachlichen Anwendungsbereichs. Sie lassen sich als „Ausnahmegründe“ auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigen. Die Ausübung von Freiheitsrechten und die Achtung der ethischen Person können rechtstheoretisch als die zentralen Rechtfertigungsgründe einer Ungleichbehandlung gedeutet werden.<sup>282</sup> Damit behaupte ich keine inhaltliche Nachrangigkeit der Freiheit, im Gegenteil. Wesentliches Anliegen der Arbeit ist es, die Freiheitsspielräume aller Personen vor dem Hintergrund freiheitsbeschränkender sozialer Strukturen zu vergrößern. Der methodische Perspektivenwechsel hat den Zweck, den Blick auf Freiheitseinschränkungen aufgrund bestehender Ungleichheiten zu schärfen. Er ermöglicht es den Betroffenen, eine Rechtfertigung dafür zu verlangen und erlaubt die Diskussion über die Stichhaltigkeit der vorgebrachten Rechtfertigungsgründe im rechtlichen Diskurs. Gleichbehandlungsrechte schaffen insoweit zusätzliche Freiheitsspielräume, die von anderen als selbstverständlich beansprucht werden. Sie sind daher Freiheitsrechte zweiter Ordnung.<sup>283</sup>

#### IV. Gang der Untersuchung

##### 1. Vorbemerkung

Die Debatte um Gleichbehandlungspflichten Privater wird emotional geführt. Sie rührt an politische Grundbekenntnisse, moralische und ethische Anschauungen über das richtige Zusammenleben in der Gesellschaft, juristische Grundannah-

279 Das geht in der Sache auf *Günter Dürig* zurück, siehe dazu unten § 4 I 2 c).

280 Dazu bereits oben § 1 II.

281 Vgl. *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 159 f.

282 Davon ist die jeweilige rechtsdogmatische Ausgestaltung von „Ausnahmen“ des Anwendungsbereichs zu unterscheiden, dazu beispielsweise unten § 5 I 4 a) und § 6 IV.

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