

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit

Prof. Dr. Burkhard Hess

Prof. Dr. Abbo Junker

Prof. Dr. Dirk Looschelders

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Michael Grünberger

Personale Gleichheit

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht

Nomos Verlagsgesellschaft

Der Südtiroler Michael Grünberger studierte Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Nach dem Referendariat, und unterbrochen von einem Studium an der NYU, wurde er in Köln mit einer Arbeit zum Recht des ausübenden Künstlers promoviert. Im Anschluss daran war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an der Universität zu Köln, davon drei Jahre auf einer DFG-geförderten eigenen Stelle. Nach der Habilitation im SS 2011 vertrat er in Heidelberg und Bayreuth. Er erhielt Rufe nach Bayreuth, Innsbruck und Rostock und ist seit 2012 Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht an der Universität Bayreuth.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnetet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Fördervermerk:

Diese Publikation wurde durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (Projekt GR 3476/1-2) finanziell unterstützt.

© 2013 Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Schrift: Sabon 9,3 auf 11,6 pt. Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-0597-9

For Adrian

Vorwort

Freiheit und Gleichbehandlung stehen in einem Spannungsverhältnis. Seine Auflösung zwingt Gesetzgeber und Rechtsanwender aus methodischen Gründen in die Struktur von Grundsatz und rechtfertigungsbedürftiger Ausnahme. Nach herkömmlicher Auffassung ist Freiheit — und damit auch die Privatautonomie — der Grundsatz; Gleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Ich entwickle hier eine neue Konzeption des Verhältnisses von Gleichbehandlung und Rechtfertigung. Sie erhebt den Anspruch, die Erwartung eines privaten Akteurs, in vergleichbaren Situationen auch gleich behandelt zu werden, situationsgerecht in Einklang zu bringen mit den konkreten Interessen, die der andere private Akteur an der Differenzierung im Einzelfall hat. Diese Aufgabe übernimmt das „Prinzip der personalen Gleichheit“: Danach ist im Ausgangspunkt jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Wichtigster Rechtfertigungsgrund ist die Ausübung von Freiheitsrechten. Damit behaupte ich nicht, dass Freiheit als Wert nachrangig ist. Ich glaube aber, dass man die tatsächlich bestehenden gesellschaftlichen Konflikte nicht zutreffend erfassen und lösen kann, wenn man sie nur auf einer abstrakten Prinzipienebene verankert. Das Buch verknüpft sein eigentliches Thema — die Begründung und Verteidigung des Prinzips der personalen Gleichheit — mit einem historisch-kontextualisierenden, einem klassisch-dogmatischen und einem rechtstheoretischen Ansatz zu einer einheitlichen These: Der hier konzipierte Gleichbehandlungsgrundsatz sensibilisiert das Recht für alle Ungleichbehandlungen, die es in seiner Umwelt gibt. Jeder Private kann eine ihn betreffende Ungleichbehandlung als solche rechtlich thematisieren und eine Rechtfertigung dafür verlangen. Damit eröffnet sich ein permanenter rechtlicher Diskurs über die Überzeugungskraft der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist also ein Instrument zur Selbstirritation des Rechts. Damit realisiert sich die politische Funktion der Gleichheitsidee *auch* im Privatrecht.

Die Arbeit lag im Sommersemester 2011 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift vor. Sie ist aus dem gleichnamigen, von der DFG mit einer „eigenen Stelle“ finanzierten Projekt hervorgegangen. Das Manuskript habe ich im Frühjahr 2011 abgeschlossen. Es war von Sommer 2011 bis Sommer 2013 online zugänglich. Mit dem Erscheinen dieses Buches wird das Manuskript aus dem Netz genommen. Das liegt auch daran, dass ich es in wesentlichen Teilen (insbesondere in §§ 1 IV, 5, 6, 8 II 2 und 9) im Winter 2012/13 für die Drucklegung gründlich überarbeitet, gestrafft und teilweise neu geschrieben habe. Die bis Ende 2012 veröffentlichten Entscheidungen und erschienene Literatur sind eingearbeitet. Auf ein Abkürzungsverzeichnis und ein Sachregister habe ich verzichtet: Bei unbekannten Abkürzungen hilft das In-

ternet weiter und anhand von Stichwörtern kann sich die Leserin oder der Leser das umfangreiche Buch ohnehin nicht erschließen.

Das Vorwort ist üblicherweise auch der Ort für Danksagungen. Ich denke, dass den Menschen, die mich in den Jahren zwischen der ersten Idee und der Veröffentlichung dieses Buches begleitet und in vielfältiger Weise unterstützt haben, ein persönlicher und deshalb privat zu erstattender Dank gebührt. Sie mögen es mir deshalb nachsehen, wenn ich sie hier nicht nenne. Für zwei Personen möchte ich eine Ausnahme machen: Prof. Dr. *Anja Steinbeck* und Prof. Dr. *Heinz-Peter Mansel*. Sie haben das Projekt von seinen Anfängen bis zum Abschluss des Habilitationsverfahrens intensiv begleitet und es auf jeweils ganz unterschiedliche Weise gefördert. Dafür danke ich ihnen von ganzem Herzen.

Bayreuth/Köln/New York, August 2013

Michael Grünberger

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit	29
1. Teil: Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts	
§ 2 Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800	71
§ 3 Entstehung, Scheitern und Wiederkehr des modernen Nichtdiskriminierungsrechts	116
§ 4 Gleichbehandlungspflichten Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945	222
2. Teil: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme	
§ 5 Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze	315
§ 6 Spezielles Nichtdiskriminierungsrecht	527
3. Teil: Das Prinzip der personalen Gleichheit	
§ 7 Versuch einer Neukonzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht	749
§ 8 Gleichbehandlungspflichten Privater in der Gesellschaft	870
§ 9 Personale Gleichheit: Eine rhapsodische Zusammenfassung	1039
Literaturverzeichnis	1055

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit	29
I.	Der Vorrang der personalen Freiheit im klassischen Privatrechtsverständnis	29
1.	Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Steuerungsinstrument hoheitlicher Beziehungen	29
2.	Privatautonomie als Steuerungsinstrument privatrechtlicher Beziehungen	32
3.	Gleichbehandlungspflichten im deutschen und europäischen Privatrecht	36
a)	Allgemeine Gleichbehandlungspflichten	36
b)	Diskriminierungsverbote im Privatrecht	39
	(1) Der Einfluss des Unionsrechts	40
	(2) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	46
4.	Nachwirkungen personenrechtlicher Ungleichbehandlungen	49
II.	Paradigmenwechsel	52
III.	Personale Gleichheit – Annäherungen an eine Neukonzeption	57
IV.	Gang der Untersuchung	61
1.	Vorbemerkung	61
2.	Skizze des Arbeitsprogramms	64

1. Teil:

Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts

§ 2	Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800	71
I.	Gleiche Rechtsfähigkeit jeder Person	71
1.	Gleichheit an „ursprünglichen“ Rechten im jüngeren Naturrecht	71
2.	Die Neukonzeption der bürgerlichen Gesellschaft	73
3.	Gleichheit im Privatrecht – Orientierungsversuche	74
a)	Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht	74

b) Systeme der Freiheit: formelle Gleichheit vs. „gänzlicher Gleichheit“	76
c) Systeme der Gleichheit: Jakob Friedrich Fries (1773-1843) ...	79
4. Allgemeine Rechtsfähigkeit als Konzeption gleicher rechtlicher Freiheit	82
a) Die Rechtsfähigkeit als Grundbegriff des Privatrechts	82
b) Der Vorreiter: Das galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) v. 1798	84
c) Ein Siegeszug im 19. Jahrhundert	86
II. Die Frau auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“	88
1. „Gebrochene Gleichheit“ im Eherecht des BGB	88
a) Ungleichbehandlung der Ehefrau im BGB v. 1896	89
b) Eine zwiespältige Würdigung – Fortschritt und Beschränkung von Freiheiten zugleich	94
2. Brüchige Rechtfertigungsstrategien der Ungleichbehandlung	97
a) Verteidigungsstrategien am Beispiel Gottlieb Plancks	97
b) „...denn die Frau ist auch ein Mensch“	99
c) Die „hinkende“ Gleichheit als Prinzip des einfachen Rechts ..	101
III. Paradoxien der formalen Rechtsgleichheit	106
1. Der Zusammenhang von Rechtsgleichheit und tatsächlichen Ungleichheiten	106
2. „Die Abstraction des Rechts von der Individualität des Menschen“	108
3. Ein zweites Gleichheitsproblem	110
§ 3 Entstehung, Scheitern und Wiederkehr des modernen Nichtdiskriminierungsrechts	116
I. „The negro race had been doomed to slavery“	116
1. Das gebrochene Versprechen der Gleicheit in der Declaration of Independence	116
2. Die Verankerung der Sklaverei in der Verfassung von 1787	117
a) Sklavenhandel	118
b) Fortdauer des Statusverhältnisses beim Aufenthaltswechsel des Staates?	119
(1) Ein ungeklärtes Thema	119
(2) Schutzpflicht zugunsten des Masters eines flüchtigen Sklaven	120
(3) Sonstiger Aufenthaltswechsel von Sklaven und Schwarzen	121
c) Property oder Person?	127

3. Rassistische Legitimationsstrategien ab 1800	131
a) Die Beschränkung der Sklaverei auf Schwarze	131
b) Die freiheitsrechlichen Beeinträchtigungen freier Schwarzer ..	133
4. Fallstudie: Thomas R.R. Cobbs Inquiry into the Law of Negro Slavery	134
a) Sklaverei als soziale Institution	137
b) Sklaverei als moralische Anstalt zur Verbesserung der Schwarzen	138
II. Exkurs: Sklaverei als Rechtsproblem in Deutschland	141
1. Von der Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren (1780) zum letzten Sklavenprozess in Deutschland (1854)	141
2. Die Sklaverei als Thema im jüngeren Naturrecht	146
III. Aufstieg und Fall des Niederdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert	149
1. Die Wiederentdeckung des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung	149
2. Die Reconstruction Amendments und die Civil Rights Acts von 1866, 1870 und 1871	153
a) „The one pervading purpose: the freedom of the slave race“	153
(1) Amendment XIII	153
(2) Civil Rights Act 1866	154
(3) Amendment XIV	156
(4) Amendment XV	157
(5) Gleiche Freiheit durch Recht	158
b) Strategien zur Perpetuierung der Ungleichheit	160
(1) Gleiche Anwendung rassistischen Rechts	160
(2) Civil Rights v. Social Rights	162
3. Die moderne Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem: der Civil Rights Act von 1875	164
a) Die Inklusion Schwarzer in eine von Weißen dominierte Gesellschaft	164
b) Diskriminierungsverbote und ihre Wurzeln in Gleichbehandlungspflichten des Common Law	167
c) Verfassungsrechtliche Legitimation	172
4. Das Scheitern: Die Civil Rights Cases (1883)	172
a) Begrenzung von Gleichbehandlungspflichten auf state action	172
b) Die Neudeinition von Eigentumsrechten zulasten von Gleichbehandlungspflichten	174
c) „The special favorite of the laws“	176
5. Equal but separate – Plessy v. Ferguson (1896)	179
a) Die Karriere von „equal but separate“ von 1866 bis 1896 ...	179

b) „The Strange Career of Jim Crow“	182
c) Plessy als Bindeglied zwischen den Civil Rights Cases und Lochner (1906)	184
(1) Konsequente Fortführung der Civil Rights Cases in Plessy	184
(2) Schutz privatautonomer und Begrenzung staatlicher Diskriminierungen in Lochner	188
IV. Renaissance der Diskriminierungsverbote	190
1. Brown v. Board of Education (1954)	190
2. Reichweite und Grenzen verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr	191
a) Burton v. Wilmington Parking Authority (1961)	192
b) Bell v. Maryland (1964)	192
c) Shelley v. Kraemer (1948)	194
d) Das Problem der „unwilling party“	196
3. Wiederkehr des Civil Rights Acts von 1866	198
a) Jones v. Alfred H. Mayer Co. (1968) und das zweite Gleichheitsproblem	198
b) Privatrechtliche Auswirkungen: Sullivan v. Little Huntingdon Park, Inc. (1969)	200
c) Von Runyon v. McCrary (1976) zu Patterson v. McLean CreditUnion (1989)	201
d) Verfassungsrechtliche Grenzen	203
4. Wiederkehr und Ausbau der Civil Rights Gesetzgebung	204
a) Der Civil Rights Act of 1964	205
(1) Diskriminierungsverbote bei places of public accomodations (Title II CRA 1964)	205
(2) Kompetenzrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten im Bundesstaat	207
(3) Freiheitsrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten	211
(4) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (Title VII CRA 1964)	214
b) Ein (vorläufiger?) Siegeszug	217
5. Zusammenfassung und Ausblick	218

§ 4 Gleichbehandlungspflichten Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945	222
I. Gleichbehandlungspflichten zwischen 1945 und 1975 – Kontinuitäten und Umbrüche	222
1. Gleichbehandlung als überpositiver Rechtsgrundsatz – Ludwig Raiser (1946/48)	224
2. Drittirkung des Gleichheitsgrundrechts	231
a) Das Lüth-Urteil (1958)	232
b) Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Hans Carl Nipperdey (1950)	235
c) Grundrechte und Zivilrechtsprechung – Günter Dürig (1956)	241
3. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Zivilrecht – Götz Hueck (1958)	247
4. Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft – Franz Böhm 1966	254
5. Freiheitsrechtliche Sanktionierung von Diskriminierungsverboten – Jürgen Salzwedel (1966)	264
6. Zusammenfassung	267
II. Die erste „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten 1976-2000	269
1. Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen – U.S.A. und Großbritannien	269
2. Einfluss des Völkerrechts am Beispiel des ICERD	273
a) Überblick über die völkerrechtliche Entwicklung auf internationaler Ebene	273
b) Ein völkerrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse	277
c) Umfang und Ausmaß staatlicher Handlungspflichten	279
d) Ein geändertes Stimmungsbild – ICERD-Implementation ab 1990	282
e) Der Weg zum AGG	286
3. Einfluss des Gemeinschaftsrechts – Die Richtlinie 76/207/EWG und ihre Umsetzung im deutschen Recht	288
a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts	288
b) Diskriminierungsschutz im deutschen Arbeitsrecht – eine schwierige Geburt	292
c) Verfassungsrechtliche „Adoption“ des § 611a BGB aF	297

4. Gleichheit und differenzierte Gerechtigkeit – Bestandsaufnahme und Ausblick auf die zweite „Expansionsphase“ ab dem Jahr 2000	303
a) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote	304
b) Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht	306
c) Vom status quo am Ende der ersten „Expansionsphase“ zum Beginn der zweiten „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten im Privatrecht	311

2. Teil:

Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme

§ 5 Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze	315
I. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht	316
1. Kategorien von Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht	316
2. Inhalt und Rechtsfolgen	318
3. Geltungsgrund	320
a) Klassische Begründungsansätze	321
b) Gleichbehandlung aufgrund von Selbstbindung	323
c) Gleiche Behandlung als Forderung des Billigkeitsgebots	324
d) Grundrechtswirkung	325
4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung	328
a) Ausnahmen vom Anwendungsbereich	328
(1) Berücksichtigung der Vertragsabschlussfreiheit	328
(2) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsbeendigungsfreiheit?	331
(3) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsinhaltsfreiheit?	332
b) Ungleichbehandlung	335
c) Rechtfertigung	338
5. Exkurs: Gleichbehandlung bestimmter Arbeitnehmergruppen	343
II. Gleichbehandlung im Verbandsrecht	346
1. Kategorien von Gleichbehandlungsgrundsätzen	346
a) Diskriminierungsverbot in den Grundfreiheiten	346
b) Gleichberechtigungsprinzip	347
(1) Abgrenzung zum Gleichbehandlungsgrundsatz	347

(2) Exkurs: Die Unzulänglichkeit des Gleichberechtigungsprinzips am Beispiel der Bruchteilsgemeinschaft	348
c) Gleichbehandlungsgrundsatz	351
2. Inhalt und Rechtsfolgen	351
3. Geltungsgrund	354
a) Unionsrecht	354
b) Nationales Recht	358
4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung	363
a) Anwendungsbereich	363
(1) Persönlicher Anwendungsbereich: Gesellschaft und Gesellschafter?	363
(2) Sachlicher Anwendungsbereich: mitgliedschaftlicher Bereich	366
(3) Zeitlicher Anwendungsbereich: Vertrags- und Satzungsautonomie	368
b) Ungleichbehandlung	372
(1) Gleichbehandlungsmaßstäbe	372
(2) Arten der Ungleichbehandlung	375
c) Sachliche Rechtfertigung	377
5. Exkurs zur Wohnungseigentümergemeinschaft	380
a) Einordnung der Wohnungseigentümergemeinschaft	380
b) Gleichberechtigungsprinzip im Recht der Wohnungseigentümergemeinschaft	381
c) Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes	382
d) Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	383
III. Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht	384
1. Gleichbehandlung als Instrument des Anleger- und Institutionenschutzes	384
2. Gleichbehandlungspflichten von Wertpapieremittenten	386
a) Geltungsgrund	386
b) Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung	387
(1) Anwendungsbereich	387
(2) Sachliche Rechtfertigung	388
(3) Rechtsfolgen	390
c) Exkurs: Gleichbehandlung bei Gesamtemissionen	391
3. Informationelle Gleichbehandlung am Beispiel des Insiderverbots	392

4.	Übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze	396
a)	Der allgemeine übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	396
b)	Besondere übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze	399
	(1) Gleichbehandlungspflichten bei Teilangeboten	400
	(2) Pflichtangebot	402
5.	Gleichbehandlungspflichten von Finanzintermediären	404
6.	Ein allgemeiner kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz?	407
IV.	Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerbsrecht	411
1.	Gleichbehandlungspflichten und Wettbewerb – Ein exemplarisches Spannungsverhältnis	411
2.	Das „Prinzip der Gleichbehandlung“ am Beispiel der Preis- und Konditionenspaltung	416
a)	Geltungsgrund	416
b)	Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung	417
	(1) Eingeschränkter Adressatenkreis: marktbeherrschende Unternehmen	417
	(2) Deskriptive Konzeption der Ungleichbehandlung	419
	(3) Sachliche Rechtfertigung	421
	(4) Wettbewerbsverfälschung	423
c)	Legitimation des Prinzips Gleichbehandlung	423
3.	Das Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB als allgemeines wettbewerbsrechtliches Gleichbehandlungsgebot	424
a)	Verhältnis von Missbrauchs- und „Diskriminierungsverbot“	425
b)	Gleichbehandlung als Grundsatz	426
c)	Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung	429
	(1) Persönlicher Anwendungsbereich	429
	(2) Sachlicher Anwendungsbereich	431
	(3) Tatbestandliche Ungleichbehandlung	433
	(4) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	435
	aa) Grundlagen	435
	bb) Rechtfertigungsgrund: Privatautonomie	437
	(5) Rechtsfolgen	441
4.	Die Aufnahmeverweigerung (§ 20 Abs. 6 GWB) als besonderes Diskriminierungsverbot	443
a)	Grundlagen	443
b)	Persönlicher Anwendungsbereich	446

c) Ungleichbehandlung	447
d) Rechtfertigung	448
e) Unbillige Benachteiligung	450
5. Gleichbehandlungspflichten im Lauterkeitsrecht	451
a) Ausgangspunkt	451
b) Gleichbehandlung und Rechtfertigung im Lauterkeitsrecht ...	453
V. Grundsatz der Gleichbehandlung im Insolvenzrecht	456
1. Inhalt und Konzeptionen des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	456
2. Geltungsgrund	460
a) Billigkeits- und Gerechtigkeitsdenken	461
b) Haftungsausgleich unter den Gläubigern	461
c) Rückbindung an Art. 3 Abs. 1 GG	463
(1) Gleichbehandlung als Korrelat zur Grundrechtsbeschränkung	463
(2) Gleichbehandlungspflichten der privaten Akteure im Insolvenzverfahren am Beispiel des Insolvenzplans	465
VI. Kontrahierungszwang	468
1. Grundlagen	468
2. Allgemeiner Kontrahierungszwang	471
a) Inhalt und Rechtsfolgen	471
b) Geltungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen	472
(1) Der leading case – Die Entscheidung Dampfschiffahrtsgesellschaft von 1901	473
(2) Von der Monopolstellung zur Marktmacht	474
(3) Öffentliche Zweckbestimmung?	475
(4) Öffentliches Angebot und Vertragsneigung	476
(5) Allgemeinbedürfnis oder Angewiesenheit?	479
c) Ein gleichbehandlungsrechtlicher Erklärungsansatz	484
d) Anwendungsbereich	487
VII. Gleichbehandlung von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten	490
1. Teil- und Gesamtschuld	490
2. Erfüllung beschränkter Gattungsschulden	492
a) Regelungsproblem	492
b) Gesetzliche Lösungsvarianten	493
(1) Prinzip der Selbstbestimmung	493
(2) Prioritätsprinzip	493
(3) Ausgleichsprinzip	494
(4) Zufallsprinzip	495
(5) Stellungnahme	495
c) Verteilungsgrundsätze bei der beschränkten Gattungsschuld	495

3. Notbedarf des Schenkens bei gleichzeitig Beschenkten	500
a) Gleichbehandlung bei der Rückforderung?	500
b) Grenzen des Leistungsverweigerungsrechts	502
VIII. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der Erbfolge	503
1. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gewillkürten Erbfolge	504
2. Testierfreiheit und Diskriminierungsverbote	506
3. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gesetzlichen Erbfolge	512
4. Durchbrechungen der Dichotomie zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge	514
IX. Zwischenergebnis – Zurück in die Zukunft?	516
1. Heterogenität klassischer Legitimationsstrategien	516
2. Warum Gleichbehandlung?	521
a) Gleichbehandlung durch Selbstbindung?	522
b) Gleichbehandlung aufgrund erwarteten Verhaltens	524
§ 6 Spezielles Nichtdiskriminierungsrecht	527
I. Das Nichtdiskriminierungsprinzip	527
1. Diskriminierungsverbote als unzureichende Gründe von Ungleichbehandlungen	527
2. Diskriminierungsverbote als rechtliche Reaktion auf soziale Statushierarchien	530
3. Spezielles und allgemeines Nichtdiskriminierungsrecht	534
II. Warum Nichtdiskriminierungsrecht?	536
1. Geltungsgrund	536
a) Nationales Recht	537
b) Unionsrecht	538
2. Legitimationsprobleme	541
a) Das egalitaristische Paradigma des Nichtdiskriminierungsrechts	543
(1) Der Leitstern des Nichtdiskriminierungsrechts: Gleichheit	543
(2) Gleichheitskonzeptionen	545
b) Non-egalitaristische Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts	550
(1) Das Scheitern freiheitsrechtlicher Legitimationsversuche	550
(2) Autonome Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts	556

III.	Diskriminierungsmerkmale	559
1.	Rasse und ethnische Herkunft	561
a)	Soziale Konzeption des „Rassebegriffs“	562
b)	Ethnische Herkunft	564
c)	Nationale Herkunft?	567
2.	Geschlecht	569
a)	Dilemma der Differenz	569
b)	Dichotomie oder Vielfalt der Geschlechter? – Intersexualität, Transsexualität und Homosexualität	571
3.	Religion und Weltanschauung	574
a)	Ein freiheits- oder gleichheitsrechtlicher Schutz?	575
b)	Definitionsprobleme	577
c)	Das Problem mit der Weltanschauung	580
4.	Sexuelle Ausrichtung	582
a)	Sexuelle Ausrichtung oder sexuelle Identität?	582
b)	Was wird geschützt: Status oder Verhalten?	583
5.	Behinderung	585
a)	Zwei Konzeptionen von Behinderung	585
b)	Zweistufige Prüfung	587
6.	Alter	589
7.	Mehrfachdiskriminierung	595
IV.	Der Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote – Ein Fall missglückter „praktischer Konkordanz“	600
1.	Sachlicher Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots	601
a)	Überblick über das System der Richtlinien und des AGG	601
b)	Zugang zu Leistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen	603
c)	Modifikationen des sachlichen Anwendungsbereichs in § 19 AGG	605
(1)	Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse	606
aa)	Fälle mit vergleichbaren Bedingungen	606
bb)	Vielzahl von Fällen	607
cc)	Ohne Ansehen der Person	609
(2)	Privatrechtliche Versicherung	614
(3)	Bereichsausnahme im Näheverhältnis	615
2.	Persönlicher Anwendungsbereich	616
a)	Beschäftigungsrechtliches Benachteiligungsverbot	616

b) Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot	619
(1) Aktivlegitimation	619
aa) Diskriminierung in Dreiecksverhältnissen	620
bb) Angenommenes Diskriminierungsmerkmal	623
(2) Passivlegitimation	624
aa) Zurechnungsprobleme	624
bb) Nachfrager als Normadressaten?	626
V. Benachteiligungs-/Diskriminierungstatbestand	631
1. Tatsächliche Diskriminierungskategorien	631
a) Von der präferenzbedingten zur statuserhaltenden Diskriminierung	631
b) Statistische Diskriminierung	635
c) Intrinsische und instrumentale Diskriminierung	641
2. Rechtliche Diskriminierungskategorien	645
a) Unmittelbare Benachteiligung/Diskriminierung	646
(1) Ungleiche Behandlung	647
(2) Vergleichbare Situation	648
(3) Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal	652
b) Mittelbare Benachteiligung/Diskriminierung	656
(1) Überblick über die Konzeption der mittelbaren Diskriminierung	656
(2) Warum mittelbare Diskriminierung?	657
(3) Ungleiche Behandlung	661
(4) Sachliche Rechtfertigung	664
c) Belästigung und sexuelle Belästigung	666
d) Anweisung zur Benachteiligung/Diskriminierung	669
VI. Rechtfertigungsmöglichkeiten von Benachteiligungen/ Diskriminierungen	670
1. Grundlagen	670
2. Rechtfertigungsgründe im beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot	674
a) Überblick über das System der Rechtfertigungsgründe	674
b) Besonderer Freiheitsschutz: Die Privilegierung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften	675
c) Diskursive Legitimation von Ungleichbehandlungen wegen des Alters	678
(1) Legitime Gründe	680
(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung	682
d) Allgemeiner Freiheitsschutz: Ungleichbehandlungen aufgrund beruflicher Anforderungen	685
(1) Grenzen legitimer Gründe	686

(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung	688
(3) Rechtfertigung der Anknüpfung an Präferenzen Dritter?	690
aa) Gleichheitssensitive Berücksichtigung von Drittpräferenzen	691
bb) Drittpräferenzen und Stereotype	693
3. Rechtfertigungsgründe des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots	695
a) Allgemeiner Rechtfertigungsgrund	696
(1) Prüfungsstruktur	696
(2) Rechtfertigung intrinsischer Diskriminierungen	697
(3) Begrenzung der expansiver Tendenzen ökonomischer Eigenrealitätsprinzipien	698
b) Rechtfertigung geschlechtsbedingter Differenzierungen in Versicherungsverträgen	702
c) Rückausnahme bei Schwanger- und Mutterschaft	704
d) Nivellierung der Rechtfertigungsanforderungen bei sonstigen Versicherungsverträgen	705
e) Besonderer Rechtfertigungsgrund bei der Wohnraumvermietung	706
f) (Fast) Keine Rechtfertigung einer „Rassendiskriminierung“ ..	706
g) Positive Maßnahmen	707
(1) Überblick	707
(2) Nichtdiskriminierung zwischen principle und policy ..	708
(3) Dialektik der Gleichbehandlung	710
VII. Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung	713
1. Säulen der Durchsetzung des Nichtdiskriminierungsprinzips im europäischen Mehrebenensystem	713
a) Nichtigkeit diskriminierender Maßnahmen und Beseitigung ihrer ungleichen Auswirkungen	714
b) Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen ..	716
c) Schutz vor Viktimisierung	719
d) Prozessuale Aspekte der Rechtsdurchsetzung	721
(1) Beweislastverteilung	721
(2) Individuelle und kollektive Rechtsverfolgung	724
2. Freiheit und Gleichheit im Konflikt – Abwägungsrelevanz auf Rechtsfolgenebene?	726
a) Beseitigungsanspruch und Kontrahierungzwang	726
b) Entschädigungsanspruch	731

VIII. Zwischenergebnis: Das „Störpotential“ des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts	736
1. Berücksichtigung sozialer Kontexte ungleicher Freiheitsausübung	738
a) Funktion der Diskriminierungsverbote	738
b) Materiale Gleichheit	739
c) Diskriminierungskategorien	740
d) Sanktionen	740
2. Sicherung und Begrenzung der Umweltrationalitäten	740
a) Gleichheit und Wettbewerb	741
b) Festlegung des Anwendungsbereichs – Eine fehlgeschlagene Grenzziehung	741
c) Bedeutung von Rechtfertigungsdiskursen	743
3. Konsequenz: Mehr Gleichheitsdenken im Privatrecht	745

3. Teil: Das Prinzip der personalen Gleichheit

§ 7 Versuch einer Neukonzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht	749
I. Überblick	749
1. Strukturprinzipien des geltenden Rechts	749
a) Ungleichbehandlung und Rechtfertigungsstrukturen im geltenden Recht	749
b) Rechtsfolgen	754
(1) Ausgangspunkt	754
(2) Rechtsfolgen der jeweiligen Gleichbehandlungspflichten im Überblick	755
(3) Gemeinsamkeiten	758
2. Normentheoretische Einordnung und Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit	759
a) Funktionen des Prinzips der personalen Gleichheit	759
(1) Funktionsvielfalt	759
(2) Deskriptives Modell und Legitimationsgrundlage	760
(3) Normative Funktion	762
b) (K)ein Fall der Prinzipientheorie	763
c) Prozeduraler oder substantieller Grundsatz?	767
II. Einheitsmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes	774
1. Verfassungs- und unionsrechtliche Vorbilder	775

2.	Übertragbarkeit auf das Privatrecht	780
a)	Eine Parallel zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	780
b)	Kein kategorischer Unterschied zwischen Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten ... (1) Zwei unterschiedliche Phänomene? (2) Ein Fall ausgleichender Gerechtigkeit? (3) Die Gleichheitsblindheit ausgleichender Gerechtigkeit ... (4) Sozialschutznorm oder Gleichbehandlungsrecht? c) Zusammenfassung	781 781 784 785 787 790
III.	Ungleichbehandlung	791
1.	Elemente der Ungleichbehandlung iwS	791
2.	Vergleichbarkeit der Situation	793
3.	Ungleichbehandlungsgebot?	798
4.	Benachteiligung	801
IV.	Rechtfertigung	802
1.	Im Zentrum des Gleichbehandlungsgrundsatzes	802
2.	Rechtfertigungsgrund Freiheitsrechte	804
a)	Freiheit und Gleichheit im Konflikt	804
b)	Drei Lösungsmodelle	807
(1)	Vorrangmodell	810
(2)	Tatbestandsmodell	816
(3)	Rechtfertigungsmodell	823
3.	Rechtfertigungskontinuum	824
a)	Eine freiheitsrechtliche Konzeption der Rechtfertigung	824
b)	Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard ...	830
c)	Gesteigerte Kontrolldichte zum Schutz gleicher Freiheit	832
d)	Diskriminierungsmerkmale als Anknüpfungsverbote	835
e)	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	835
f)	Verweis auf Freiheitsrechte	840
(1)	Schutz der ethischen Person	840
(2)	Schutz des Marktverhältnisses?	841
g)	Zusammenfassung	849
4.	Bestimmung der Diskriminierungsmerkmale	849
a)	Verfassungsrechtliche Grenzen einfachrechtlicher Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten	851
b)	Systematisierungsversuche	856
(1)	Askriptive vs. verhaltensbezogene Merkmale?	858
(2)	Unveränderbare vs. Veränderbare Merkmale?	859
(3)	Allgemeines vs. besonderes Merkmal?	860
(4)	Kombinationslösung	861
5.	Zusammenfassung	864

§ 8 Gleichbehandlungspflichten Privater in der Gesellschaft	870
I. Gerechtigkeit und Gleichheit in Moral, Politik und Recht	870
II. Juristische Gerechtigkeit	874
1. Lösungsmodell I: Formale Gleichheit	874
a) Geschlossenheit und informationelle Offenheit des Rechts ...	874
b) Wiedereintritt der materialen Gerechtigkeit in das Recht	880
2. Lösungsmodell II: Gerechtigkeitsdichotomien	883
a) Gleichbehandlung zwischen ausgleichender und verteilender Gerechtigkeit	883
b) Kritik der Gerechtigkeitsdichotomie	886
3. Lösungsmodell III: Juristische Kontexte der gleichen Gerechtigkeit	892
a) Soziale Adäquanz juristischer Gerechtigkeit	892
b) Gleichheit als Zugangsregel	894
c) Vorrang der Eigenrationalität des Privaten?	899
4. Gerechtigkeit als Gleichheit	902
a) Das Gleichbehandlungsinteresse jeder Person	902
b) Warum Gleichbehandlung?	904
(1) Moralistischer Anspruch auf Behandlung als Gleicher	906
(2) Präsumtion der Gleichbehandlung	910
(3) Freiheit als Währung der Gleichheit	912
c) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	913
(1) Spezifikum der negativen Freiheitsrechte	913
(2) Gleichbehandlung als „Recht auf Rechtfertigung“	918
(3) Schleier des Nichtwissens	919
5. Verteidigung gegen die Egalitarismuskritik	922
6. Zusammenfassung	927
III. Freiheitsrechtliche Einwände gegen Gleichbehandlungspflichten Privater	931
1. Privatautonomieargument	931
a) Unfreiheitsvermutung?	931
b) Gleichbehandlungsrecht als Ausdruck der Materialisierung?	936
c) Kompetentielle Freiheit	941
(1) Konstitutive Freiheitsbegründung durch Recht	943
(2) Die Wiederkehr der „natürlichen Freiheit“	947
(3) Rechtsinstitut Privatautonomie?	950
(4) Privatautonomie im multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis	954
aa) Abwehrrechtliche Konstruktion	954
bb) Schutzpflichtendimension	960

cc) Ausgestaltungsmodell	962
2. Gleichbehandlung und die Trennung von Recht und Moral	967
3. Gleichbehandlung und die Trennung von Staat und Gesellschaft	973
a) Kein Tugendterror des Rechts	973
b) Staat vs. Gesellschaft oder öffentlich vs. privat?	975
(1) Privatrechtsgesellschaft?	975
(2) Machtungleichgewicht?	977
(3) Privatsphäre	980
(4) Räumliche oder dezisionale Privatheit?	983
4. Effizienzargument	986
a) Präferenzautonomie	986
b) Vertrauen auf den Marktmechanismus?	991
c) Rationale Diskriminierung	995
d) Zwischenergebnis	998
5. Zusammenfassung	1000
IV. Gleichbehandlung und Grundrechtsummittelbarkeit im Privatrechtsverkehr	1004
1. Die Suche nach dem Geltungsgrund	1004
2. Das Problem der Horizontalwirkung	1009
a) Nichtanwendungsmodell	1012
b) Eingriffsmodell	1013
c) Indirektes Anwendungsmodell	1014
d) Direktes Anwendungsmodell	1018
3. Horizontalwirkung im Unionsrecht	1022
a) Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote	1022
b) Gleichheitsgrundrechte	1026
c) Konkretisierungsmodell	1031
4. Kompatibilisierung von Autonomiebereichen	1033
§ 9 Personale Gleichheit: Eine rhapsodische Zusammenfassung	1039
Literaturverzeichnis	1055

§ 1 Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit

I. Der Vorrang der personalen Freiheit im klassischen Privatrechtsverständnis

1. *Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Steuerungsinstrument hoheitlicher Beziehungen*

Der moderne Staat basiert auf der Grundannahme, dass sich die einzelnen Menschen im Gemeinwesen als freie und gleiche Personen begegnen.¹ Die Aufgabe, Freiheit und Gleichheit aller Personen zu gewährleisten, übernimmt das Recht. Das Gebot der Gleichbehandlung von Personen ist ein elementarer Bestandteil liberaler und demokratischer Rechtsordnungen² und in den Verfassungen vieler Staaten verankert. Das grundlegende Gebot der Gleichheit aller Menschen ist das charakteristische Merkmal normativer Ordnungen, die Unterscheidungen nicht mehr ohne weiteres akzeptieren, sondern ein Rechtfertigungsgebot dafür errichten.³ Gleichheit ist die Grundidee des modernen Rechts.⁴ Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz solcher Ordnungen lässt sich in zwei Bestandteile zerlegen: den allgemeinen Gleichheitssatz (*principle of equal treatment*) und das Diskriminierungsverbot (*principle of non-discrimination*). Der allgemeine Gleichheitssatz erlaubt die unterschiedliche Behandlung von wesentlich Gleichen nur, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht.⁵ Diskriminierungsverbote bewirken, dass bestimmte persönliche Merkmale wie etwa Rasse und ethnische Herkunft oder das Geschlecht eines Menschen grundsätzlich nicht Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung sein dürfen (*suspect classifications*) und daher als möglicher Rechtfertigungsgrund einer ungleichen Behandlung aus-

1 Grundlegend *Locke*, Two Treatises of Government, 1689, II § 6; *Kant*, Über den Gemeinspruch (1793), Bd. VIII, <http://www.korpora.org/kant/aa08/>, S. 288 ff; aus neuerer Zeit *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 305 f; *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 18-24.

2 *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, Rn. 6 ff mwN.

3 *Huster*, EuR 2010, 325.

4 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 24.

5 Vgl. zum deutschen Verfassungsrecht Art. 3 Abs. 1 GG, dazu statt aller *Osterloh* in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 8-37; siehe Art. 20 Grundrechte-Charta, dazu *Sachs* in: *Tettinger/Stern*, Grundrechte-Charta, Art. 20 Rn. 7-10, 20-23; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, § 24 Rn. 6-20; *Kingreen* in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte, § 18 Rn. 11-16; zum U.S.-amerikanischen Recht: U.S. Const. amend. XIV, § 1, cl. 4; dazu *U.S. R.R. Ret. Bd. v. Fritz*, 449 U.S. 166 (1980); zum kanadischen Recht: s. 15 (1) Charter of Rights, dazu grundlegend *Andrews v. Law Society*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; zum südafrikanischen Recht siehe Sec. 9 Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996.