

kommt, müssen Bindungen an rechtliche Institutionen geschaffen werden, die Erwartungssicherheit erzeugen und Vertrauen ermöglichen. In der als Korrektiv fungierenden gleichbehandlungsrechtlichen Zugangsregel herrscht dagegen die Präsumtion der Gleichbehandlung. Sie sensibilisiert das Recht bei Ungleichbehandlungen, die Folge der Freiheitsausübung sind. Die Rechtfertigung der ungleichen Behandlung kann sich in einer pluralistischen Gesellschaft nur auf allgemeine und reziproke Gründe stützen (Prinzip der gegenseitigen Rechtfertigung).<sup>502</sup> Zur Exemplifizierung dieses Standards lässt sich auf den „Schleier des Nichtwissens“ (Rawls) zurückgreifen.<sup>503</sup>

### III. Freiheitsrechtliche Einwände gegen Gleichbehandlungspflichten Privater

Das AGG hat während des Gesetzgebungsverfahrens eine intensive Debatte angestoßen.<sup>1</sup> Im Kern lassen sich daraus vier freiheitsrechtliche Argumente gegen rechtlich normierte Diskriminierungsverbote destillieren: Diskriminierungsverbote verstießen gegen die Trennung von Recht und Moral (Trennungsargument I) und verwischten die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Trennungsargument II), sie hätten negative Auswirkungen auf Marktprozesse, weil sie zu einer Fehlallokation von Gütern und erheblichen Transaktionskosten führten (Effizienzargument) und sie seien nicht mit der freiheitswahrenden Funktion der Privatautonomie vereinbar (Privatautonomieargument). Gegen diese Einwände muss sich eine juristische Konzeption von Gerechtigkeit als Gleichheit verteidigen, aus der Zugangsrechte der einzelnen Akteure folgen. Ganz besonders gilt das, wenn sie zur Grundlage einer rechtlichen Zugangsregel wird, die dem Einzelnen einen *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung einräumt (Prinzip der personalen Gleichheit).

#### 1. Privatautonomieargument

##### a) Unfreiheitsvermutung?

Das Konzept der Privatautonomie, wie es sich im 19. Jahrhundert entwickelte, baut auf die Existenz eines Marktes als Institution der Gesellschaft, auf dem sich die beteiligten Akteure als Personen mit grundsätzlich gleichen Rechten begegnen, ihre Güter anbieten und die anderer nachfragen und dabei ausschließlich von ihren Präferenzen geleitet werden.<sup>2</sup> Die Idee der lediglich privatautonom geleiteten Transaktionen auf einem Marktplatz hat sich im Wesentlichen als ein Er-

502 § 8 II 4 c) (2).

503 § 8 II 4 c) (3).

1 Siehe dazu die Nachweise oben § 1 I 3 b) (2).

2 Dazu bereits oben § 2 III.

folgsmodell erwiesen. Dafür lassen sich mit *Dworkin* zwei Begründungsansätze finden:

„[The idea of a market for goods] has been celebrated, first, as a device for both defining and achieving certain communitywide goals variously described as prosperity, efficiency, and overall utility. It has been hailed, second, as a necessary condition of individual liberty, the condition under which free man and women may exercise individual initiative and choice so that their fates lie in their own hands. The market, that is, has been defended both through arguments of policy, which appeal to the overall, communitywide gains it produces, and through arguments of principle „which appeal instead to some supposed right to liberty.“<sup>3</sup>

Die Prämisse, dass jede Person selbst bestimmen kann, wie sie mit anderen Mitgliedern der Gesellschaft rechtsverbindlich agiert, ist genuin freiheitswährend. Mit der Verabschiedung des AGG hörten besorgte Stimmen daher „die Totenglocke des Privatrechts“ läuten.<sup>4</sup> Die Legitimation der Diskriminierungsverbote wurde aus rechtspolitischen, rechtsphilosophischen, ökonomischen und verfassungsrechtlichen Gründen angezweifelt. Man fürchtete, dass zivilrechtliche Diskriminierungsverbote den Grundsatz der Privatautonomie weit zurückdrängen und damit letztlich aushöhlen würden.<sup>5</sup> Die gesamte Debatte kreist um den scheinbar vertrauten Begriff der Privatautonomie und liest sich regelmäßig so, als ob feststünde, was Privatautonomie sei: ein Fixstern des Privatrechtssystems<sup>6</sup> – aber was bedeutet das? Eine wirkliche Verständigung über den genauen Sinngehalt von „Privatautonomie als Rechtsbegriff“<sup>7</sup> ist ausgeblieben.<sup>8</sup> Wir wissen, dass sie ein Anwendungsfall des Prinzips personaler Freiheit<sup>9</sup> ist. Das Bundesverfassungsgericht sieht in ihr ein „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“, das es den Vertragspartnern ermöglicht, ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich zu gestalten.<sup>10</sup> Das lässt vieles offen. In der Not sucht man nach einem „Bannerträger der Privatautonomie“<sup>11</sup> und wird bei *Werner Flume* fündig: „Für den Bereich der Privatautonomie gilt der Satz: stat pro ratione

3 *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 66.

4 *Repgen*, Antidiskriminierung, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 14.

5 *Isensee*, Privatautonomie, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 239, 242.

6 *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 238.

7 Vgl. nur den damit überschriebenen Versuch einer Begriffsklärung von *Busche*, Privatautonomie, 1999, 13ff, der 8 Seiten und 44 Fußnoten beansprucht.

8 *Callies*, Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeinschaftlichen Rechtsprinzips, in: *Jud/Bachner/Bollenberger*, Prinzipien des Privatrechts und der Rechtsvereinheitlichung – Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 2001, 85, 89.

9 Zum Begriff in diesem Zusammenhang vgl. *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 1ff, 235ff, der ihn allerdings zu eng mit einer sozialen Bindung versieht. Der Begriff spielt jetzt eine prominente Rolle in BVerfGE 123, 2009, 267 Rn. 210, 221.

10 BVerfGE 81, 242, 254.

11 *Wagner*, Materialisierung, in: *Blaurock/Hager*, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 14.

voluntas.“<sup>12</sup> „Kantig und fast monumental“<sup>13</sup> sind die von *Flume* formulierten Leitsätze, auf die sich die Kritiker der Gleichbehandlungspflichten<sup>14</sup> stützen:

„*Privatautonomie* nennt man das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen. Die *Privatautonomie* ist Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen. [...] Die Anerkennung des Grundsatzes der *Privatautonomie* bedeutet die Anerkennung der „Selbstherrlichkeit“ des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse.“<sup>15</sup>

Folgt man dem, sind Diskriminierungsverbote im speziellen und Gleichbehandlungspflichten im allgemeinen nicht zu retten. Gleichbehandlung unter Privaten führt unweigerlich zum Ende der *Privatautonomie*.<sup>16</sup> Sie unterstellen eine Vertragspartei „einem Gleichheitsregime ähnlich dem, das schon von Verfassungs wegen für die öffentliche Gewalt gilt“.<sup>17</sup> Aus dieser Gegenüberstellung zum Staat wird dann im Umkehrschluss geradezu das Gegenteil behauptet: Die rechtsgeschäftlichen Entscheidungen privater Akteure dürfen grundsätzlich auf unsachlichen Differenzierungen beruhen und es sei ihnen erlaubt, aufgrund der Merkmale zu diskriminieren, an die anzuknüpfen dem Staat grundsätzlich verboten ist.<sup>18</sup> Getragen wird dieser Gedanke von einer bestimmten Privatrechtskonzeption. Darin werden Gleichbehandlung und *Privatautonomie* als gegenläufige Prinzipien wahrgenommen<sup>19</sup> und der Vorrang vor der Gleichheit eingeräumt.<sup>20</sup> *Richard Epstein* bezeichnet deshalb das Nichtdiskriminierungsrecht als „antithesis of freedom of contract“.<sup>21</sup> Gleichbehandlungspflichten seien die rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmen von diesem Grundsatz. In ihnen wird zwangsläufig eine „Fremdbestimmung von oben“ gesehen, welche die „Selbstbe-

12 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 6.

13 *Dauner-Lieb/Flume*, FS 150 Jahre DJT, 2010, 103, 104.

14 Siehe die *Flume*-Zitate bei *Picker*, JZ 2002, 880, 880; *Säcker*, ZRP 2002, 286, 286; *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 102; *Pfeiffer*, FS *Canaris*, (Bd. I), 2007, 981, 992; *Riesenhuber*, *Privatautonomie* und Diskriminierungsverbote, in: *Riesenhuber/Nishitani*, Wandlungen oder Erosion der *Privatautonomie*, 2007, 20 f.

15 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 1, 6.

16 Vgl. *Dürig*, FS *Nawiasky*, 1956, 157, 158 f; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 250-251; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 21-22; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 33; *Canaris*, FS *Lerche*, 1993, 873, 882-887; *Busche*, *Privatautonomie*, 1999, 85; *Picker*, JZ 2003, 540, 543; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 114-134; *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 104; aA aber *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 358, 385.

17 *Isensee*, *Privatautonomie*, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 241.

18 Siehe dazu beispielhaft aus privatrechtlicher Perspektive *Picker*, JZ 2003, 540, 544; *Riesenhuber*, *Privatautonomie* und Diskriminierungsverbote, in: *Riesenhuber/Nishitani*, Wandlungen oder Erosion der *Privatautonomie*, 2007, 20, 25 f und aus verfassungsrechtlicher Sicht *Dürig*, FS *Nawiasky*, 1956, 157, 158-161; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 332-334; *Wernsmann*, JZ 2005, 224, 231; *Starck* in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 3 Rn. 376.

19 Exemplarisch *Herrmann*, ZFA 1996, 19, 25.

20 Siehe dazu *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 114-134 (allerdings nur soweit ausdrückliche Diskriminierungsverbote fehlen).

21 *Epstein*, *Forbidden Grounds*, 1992, 3.

stimmung von unten“ ersetze.<sup>22</sup> Rechtfertigungsfähig seien sie nur, wenn sich in der Rechtsordnung insgesamt höherrangige Gleichbehandlungspflichten finden lassen, die ausdrücklich *auch* an Privatrechtssubjekte adressiert sind. Darin kommt der klassische Ansatz zum Vorschein, nach dem Freiheit *das* Leitprinzip des BGB ist und Gleichbehandlung nur eine von vielen möglichen, aber legitimationsbedürftigen Begrenzungen.<sup>23</sup> Erklärt man die Privatautonomie maßgeblich vom Standpunkt klassischer Autonomietheorien, können Gleichbehandlungspflichten als Grenzen der Freiheit kaum gerechtfertigt werden.<sup>24</sup> Sie bleiben dann ein vom Staat oktroyierter Fremdkörper im Privatrechtssystem und führen letztlich „zu einer ‘Veröffentlichrechtllichkeit’ des Privatrechts und perspektivisch zu seinem Ende“<sup>25</sup>.

Diese Fundamentalkritik am Gleichbehandlungsrecht unterscheidet vielfach nicht zwischen dem Gleichbehandlungsanspruch als Anspruch auf gleiche Behandlung und dem Gleichbehandlungsanspruch als *prima facie* Anspruch, aus dem zunächst nur ein Recht auf Rechtfertigung folgt. Darin liegt jedoch der Kern der hier vertretenen These. Im Prinzip personaler Gleichheit wird die Privatautonomie methodisch als Rechtfertigungsgrund verankert. In der juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit werden Gleichbehandlungsansprüche zu Zugangsregeln, die eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlung verlangen. Privatautonom getroffene Entscheidungen sind daher im Grundsatz begründungsbedürftig. Dabei geht es nicht darum, ob ich Gründe für die Entscheidung haben muss. Diese Gründe habe ich in der Regel. Die Rechtfertigungsbedürftigkeit der Entscheidung wirft die Frage nach ihrer Freiheit unter drei Aspekten auf. Es geht, erstens, darum, ob der andere eine Legitimationsgrundlage dafür hat, meine Gründe erfahren zu dürfen; zweitens, ob ihm das Recht die Befugnis zuweist, bestimmte Gründe nicht akzeptieren zu müssen und zurückweisen zu dürfen und, drittens, ob und wie meine fehlerbehaftete Entscheidung sanktioniert wird. Punkte 2 und 3 sind unproblematische Einschränkungen der Privatautonomie klassischer Konzeption. Bezuglich des ersten Punktes muss man differenzieren: Kann eine Entscheidung, die ich nur vor Dritten rechtfertigen muss und das auch vermag, noch eine freie Entscheidung sein? Thomas Pfeiffer verneint pointiert:

„Die Verlagerung der Beurteilung, ob eine Differenzierung notwendig ist, auf die Rechtfertigungsebene wirkt somit einmal deshalb freiheitsbeschränkend, weil sie die Begründungslasten umkehrt: Anstelle der sonst geltenden allgemeinen Freiheitsvermutung tritt im Anwendungsbereich der durch die Kriterien des AGG mittelbar und unmittelbar erfassten

22 Reichold, JZ 2004, 384, 387.

23 Zu den Grenzen von Freiheit als Leitprinzip des BGB instruktiv Rückert in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 87 f; ihm folgend im Zusammenhang mit Antidiskriminierungsrecht auch Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 70-76.

24 Siehe dazu näher Trebilcock, Limits of Freedom of Contract, 1993, 192-195; noch weitergehend Gardner, 9 Oxford J. Legal Studies J. L. Stud. 1 (1989).

25 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 8 aE.

Verhaltensweisen eine Unfreiheitsvermutung, die der Handelnde durch Rechtfertigung widerlegen muss.“<sup>26</sup>

Das Prinzip der personalen Gleichheit kann das Argument der Unfreiheitsvermutung teilweise bereits auf der Grundlage der Prämissee negativer Freiheit<sup>27</sup> widerlegen. Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard ist bewusst freiheitsrechtlich konzipiert.<sup>28</sup> An die Rechtfertigung selbstbestimmter Entscheidungen der eigenen Lebensverhältnisse in persönlicher Hinsicht stellt das Modell die niedrigstmöglichen Rechtfertigungsanforderungen, indem es sie auf „Null“ reduziert. In diesen Fällen wird vom ungleich Behandelnden gar keine Rechtfertigung für sein Handeln verlangt. Die Präsumtion der Gleichbehandlung weicht der Freiheitsvermutung. Voraussetzung dafür, dass diese Kollisionsregel eingreift, ist ein Handeln in der Privatsphäre. Damit muss sich das Modell mit dem Trennungsargument II auseinandersetzen. Die Trennung von Staat und Gesellschaft wird in den Konzeptionen zur „Privatrechtsgesellschaft“ regelmäßig mit dem Privatautonomieargument gleichgesetzt.<sup>29</sup> Darin liegt nach meiner Auffassung eine problematische Verengung des Trennungsarguments auf wirtschaftliche Zusammenhänge. Das Trennungsargument gewinnt eigenständige Bedeutung, wenn man den Blick von der rechtlichen Autonomie abwendet und ihn stattdessen auf den notwendigen Schutz der primär persönlichen Selbstbestimmung als ethische Person fokussiert.<sup>30</sup> Vereinfachend ausgedrückt: Autonomie ≠ Autonomie. Die Privatsphäre umschreibt einen Bereich, den das Recht dem einzelnen Mensch in seiner Individualität und zum Schutz dieser Einzigartigkeit zuweist, indem es ihm Kompetenz einräumt, den Zugang dazu zu kontrollieren.<sup>31</sup> Im Vergleich dazu ist das Marktverhältnis<sup>32</sup> eine „Zone verdünnter Freiheit“<sup>33</sup>. Das Individuum wird dort zur Person und damit zum Funktionsträger rechtlicher Zuschreibungen. Die unterschiedliche soziale Funktion, die dem privatautonomen Handeln hier zu kommt, erlaubt es nach meiner Auffassung, die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe zu verschärfen. Aber auch hier bleibt es zunächst bei Rechtfertigungsanforderungen „nahe Null“: Der Hinweis auf die Ausübung privatautonomer Freiheiten genügt.<sup>34</sup> Auch in diesen Fällen kann man nicht ernsthaft von einer Unfreiheitsvermutung sprechen. Zu dieser kommt es erst,

26 Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 994 (Hervorhebung im Original); ähnlich auch Franck, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 84.

27 Dass die Begründungspflicht ein Freiheitshindernis ist, habe ich oben § 7 IV 2 a) herausgearbeitet.

28 Dazu oben § 7 IV 3 a).

29 Beispielaufgabe Herresthal, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 1107, 1108 ff; Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 211 ff.

30 Dazu unten § 8 III 2 c).

31 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 136 ff; dazu unten § 8 III 2 c) (2).

32 Zum Begriff oben § 7 IV 3 f) (2).

33 Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 83.

34 Siehe § 7 IV 3 f) (2).

wenn kontextbezogene Umstände eine strengere Rechtfertigungsprüfung verlangen. Damit wird ein Moment der Unsicherheit in das Recht eingeführt. *Pfeiffer* knüpft daran an und bemängelt die Unwägbarkeiten der Rechtfertigungsprüfung, „weil zwischen Rechtssicherheit und Freiheit ein enger Zusammenhang besteht“<sup>35</sup>. Diese Kritik trifft jedoch zwangsläufig jedes Modell, das über formal-abstrakte Gleichbehandlung hinausgeht und flexible Kollisionsregeln zur Abgrenzung privater Autonomiebereiche vorschlägt. Geht man vom strikt willensbezogenen und formalen Dogma der Privatautonomie aus, haben Gleichbehandlungspflichten jedenfalls dann, wenn sie mindestens substantielle Rechtfertigungspflichten beinhalten, einen schweren Stand. Das wirft seinerseits die Frage auf, ob dieses formale Verständnis der Vertragsfreiheit überzeugt oder ob Gleichbehandlungspflichten Privater nicht Ausdruck eines materialen Privatrechts ist.<sup>36</sup>

### *b) Gleichbehandlungsrecht als Ausdruck der Materialisierung?*

Der – auf *Max Weber* (1864-1920) zurückgehende<sup>37</sup> – Begriff der „Materialisierung“ hat in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine steile Karriere hingelegt: Maßgeblich dafür war die – heute weitgehend widerlegte<sup>38</sup> – Auffassung *Franz Wieackers* zur Privatrechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts.<sup>39</sup> Von ihm stammt die Aussage, das Reichsgericht habe im 20. Jahrhundert „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“.<sup>40</sup> Eine wesentliche Bedeutung in der Rezeptionsgeschichte kommt der Übernahme der *Wieackerschen* Grundlinien von *Ludwig Raiser* in seinem 1958 veröffentlichten Beitrag über „Vertragsfreiheit heute“<sup>41</sup> zu. Der Widerhall davon findet sich in der „Krise des liberalen Vertragsdenkens“<sup>42</sup> der 1970er Jahre und führt schließlich zum ausdrücklichen Zitat in der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.<sup>43</sup> *Jürgen Habermas* exemplifiziert an ihm seine These von der Bedeutung der Rechtsparadigmata<sup>44</sup> und verweist ausdrücklich auf den *Wieackerschen* Bei-

35 *Pfeiffer*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 994.

36 Zum materialen Paradigma im Gleichbehandlungsrecht: *Renner*, KritV 2010, 161, 164.

37 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 503-513.

38 Siehe zu den Nachweisen oben § 2 III 3.

39 Siehe *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 1967, 474 ff, 539 ff; *Wieacker*, Sozialmodell, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9 ff; *Wieacker*, Bürgerliches Recht im Wandel, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 36 ff; *Wieacker*, Pandektenwissenschaft, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 55 ff.

40 *Wieacker*, Sozialmodell, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9, 24.

41 *Raiser*, JZ 1958, 1, 2.

42 *Kramer*, „Krise“ liberalen Vertragsdenkens, 1974, 20 ff.

43 BVerfGE 89, 214, 233.

44 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 468-493.

trag<sup>45</sup> und für *Claus-Wilhem Canaris* dient er 100 Jahre nach Inkrafttreten des BGB „als erhellendes Kriterium für einen Rückblick wie eine Standortbestimmung“.<sup>46</sup> Die Privatrechtsdiskussion scheint schon seit geraumer Zeit im Kern mit der Aufgabe beschäftigt zu sein, wie formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit im Vertragsrecht vereinbart werden können.<sup>47</sup> Gegenstand der Materialisierungsdebatte ist die klassische Frage, ob der (formale) Grundsatz gleicher Rechtsfähigkeit angesichts der unterschiedlichen realen Handlungsspielräume der einzelnen Personen als Verteilungsgrundsatz von Gütern in der Gesellschaft genügt.<sup>48</sup> Formale Vertragsfreiheit ist die jedem Rechtssubjekt eingeräumte Möglichkeit, sich ohne das Bestehen rechtlicher Hindernisse vertraglich binden zu können. Materiale Vertragsfreiheit bezieht sich auf die tatsächliche Entscheidungsfreiheit, die nur gegeben ist, „wenn alle Vertragsbeteiligten real die Freiheit genießen, über die Annahme eines Vertragsangebots frei zu entscheiden und über den Inhalt des Vertragswerks mitzubestimmen“<sup>49</sup>. Damit werden die Beeinträchtigungen in tatsächlicher Hinsicht erfasst, sowohl von außen herangetragene faktische Hindernisse als auch in der Person liegende Gründe, die insgesamt dazu führen, dass der Vertrag nicht Ausdruck realer wirtschaftlicher Selbstbestim-

45 Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 469; nicht gesehen von *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 289, Fn. 47.

46 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276.

47 Aus der reichhaltigen Literatur grundlegend *Canaris*, AcP 200 (2000), 73 ff; daneben Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130 ff; Schmidt-Rimpler, FS Raiser, 1974, 3 ff, der dem frei ausgehandelten Vertrag eine „Richtigkeitsgewähr“ zuschreibt und bei *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Vertragsrecht, 1992, 51 ff dafür Zustimmung erntet; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, 105 ff, der die vom Recht zu beseitigende Imperfekt als vertragsbezogene Schutzbedürftigkeit konzipiert; *Limbach*, JuS 1985, 10 ff, der für die Integration des sozialen Schutzrechts, das an die unterschiedlichen Positionen der Vertragsparteien anknüpft, in das Zivilrecht wirbt; *Reuter*, AcP 189 (1989), 199 ff, der mit Nachdruck für die „formale Freiheitsethik“ wirbt; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, 8 ff, 145 ff, der den Stellenwert der materialen Gerechtigkeit im einzelnen Vertrag sucht und die Kompensationsstrategien tatsächlicher Machtungleichgewichte kritisch würdigt; *Drexel*, Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, 218 ff, 282 ff, der ein marktkonformes Konzept des Verbraucherschutzes vorstellt, das sich zum Ziel setzt, Bedingungen herbeizuführen, unter denen alle Marktteilnehmer ihre eigenen Ziele auch tatsächlich selbstbestimmt verwirklichen können und das zwischen konstitutivem und kompensatorischem Verbraucherschutzrecht unterscheidet; *Lurger*, Vertragliche Solidarität, 1998, 128 ff, die einen kontrollfreien Vertrag an drei Voraussetzungen knüpfen will („vertragliche Gleichheit“, „vertragliches Gleichgewicht“ und „vertragliche Solidarität“); *Busche*, Privatautonomie, 1999, 102 ff, nach dem Vertragsfreiheit ein mehrseitiges Selbstbestimmungsinstrumentarium ist, das an seine immanenzen Grenzen stößt, wenn einzelnen Rechtssubjekten der Zugang zum Vertrag abgeschnitten wird oder wenn seine Interessen vollständig abgeschnitten werden; *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, 171 ff, der nach einem „Vertrags(kontroll)modell“ sucht, das formale Vertragsfreiheit und materielle Vertragsgerechtigkeit ausbalanciert; *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, 2005, 8 ff, die in ihrer eingehenden Untersuchung des Privatrechts zum Ergebnis kommt, dass jenes einem Pramat der materialen Vertragsfreiheit und nicht der materialen Richtigkeitsgewähr folge, und zuletzt *Wagner*, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13 ff, der rationales Entscheiden und rationale Entscheidungsinhalte als Hintergrundmaßstab für vertragliche Transaktionen vorschlägt. Zum Ganzen jetzt auch der Überblick von *Singer*, FS 200 Jahre Humboldt-Universität, 2010, 981, 990 ff.

48 Dazu grundlegend *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 439 f.

49 *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, 218.

mung ist.<sup>50</sup> Der Materialisierungsgedanke transportiert die Einsicht, dass „zu den institutionellen Voraussetzungen für einen Vertragsschluss in beiderseitiger Selbstbestimmung [...] auch die Sicherung annähernder sozialer und wirtschaftlicher Chancengleichheit aller Rechtssubjekte, die am Privatrechtsverkehr teilnehmen“, zählt.<sup>51</sup>

Der Hinweis auf die gleiche Freiheit der anderen ist die klassische Möglichkeit der Begrenzung privatautonomen Verhaltens.<sup>52</sup> Der Versuch, ein Prinzip der Nichtdiskriminierung in das Vertragsrecht zu integrieren,<sup>53</sup> lässt sich als eine Begrenzung der Vertragsfreiheit der einen Partei durch die gleiche Freiheit des Merkmalsträgers konstruieren.<sup>54</sup> Daher werden Gleichbehandlungspflichten regelmäßig als Anwendungsbeispiel der „Materialisierung“ des Privatrechts behandelt.<sup>55</sup> Beispielhaft dafür ist die Arbeit von *Dagmar Schiek*: Während Diskriminierungsschutz im formalen Vertragsparadigma keinen Platz finde, erlaube das soziale Paradigma der „richtig verstandenen Vertragsfreiheit“ einen (vor-) vertraglichen Diskriminierungsschutz im schwachen Sinne – ohne Berücksichtigung der mittelbaren Diskriminierung.<sup>56</sup> Konsequenz dieser „Vermaterialisierung“ des Diskriminierungsschutzes ist es, das Gleichbehandlungsrecht zum Unterfall des Schutzes des schwächeren Vertragspartners wird:<sup>57</sup> Die Gefahr für eine Person, dass nicht nur ein für sie in einigen Teilen ungünstiger, sondern gar kein Vertrag mit ihr abgeschlossen wird, „ist die höchste Stufe an Ungleichheit von Verhandlungsmacht – nämlich gar keine zu haben.“<sup>58</sup>

Diese Verknüpfung von Gleichbehandlungspflichten mit dem Recht zum Schutz des Schwächeren kann mich nicht restlos überzeugen. Die Materialisierungsdebatte wird bezeichnenderweise nicht auf das Gleichheitsgebot gestützt.<sup>59</sup> Dasselbe gilt für den Versuch, Diskriminierungsschutz mit der „sozialpolitischen Infliehnahme von Privatrecht“<sup>60</sup> zu erklären.<sup>61</sup> Gleichbehandlungspflichten bewirken gerade nicht einen „Ausgleich gestörter Vertragsparität“<sup>62</sup>. Angestrebt wird nicht der Schutz vor der Vertragsbindung, sondern Schutz vor der nicht ge-

50 Vgl. *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, 2005, 10 f.

51 Säcker in: MünchKomm-BGB, Einl. Rn. 36.

52 Rückert in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 87.

53 Grundlegend *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 289-358.

54 Explizit *Coester*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 120 ff.

55 Zuletzt etwa *Singer*, FS 200 Jahre Humboldt-Universität, 2010, 981, 1006 ff und jetzt – wenn auch aus anderer Perspektive – *Kainer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2011, § 3 IV und V.

56 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 290 ff, 303 ff.

57 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 110.

58 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 111.

59 *Drexel*, Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, 42.

60 *Eichenhofer*, JuS 1996, 857.

61 So etwa *Eichenhofer*, DVBL 2004, 1078, 1084-1086; *Neuner*, JZ 2003, 57, 58; eher den teilhaberechtlichen Charakter von Gleichbehandlungsgeboten betonend dagegen *Neuner*, Vertragsfreiheit, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 73, 78 f.

62 BVerfGE 89, 214, 233.

rechtfertigten Vertragsverweigerung.<sup>63</sup> Das Argument, zur Vertragsfreiheit gehöre auch die Möglichkeit, Verträge tatsächlich abschließen zu können<sup>64</sup> ist nur partiell tauglich, privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten zu erklären. Damit kann man die Einschränkung der Privatautonomie nur rechtfertigen, wenn die ungleich behandelte Person auf die vertragliche Leistung angewiesen ist und keine zumutbare Ausweichoption besitzt.<sup>65</sup> Das sind die Voraussetzungen, in denen man über einen allgemeinen Kontrahierungszwang nachdenkt.<sup>66</sup> Gleichbehandlungspflichten gehen aber darüber hinaus. Sie stellen Begründungsanforderungen an privates Verhalten und bewirken mit der Einrichtung von Diskriminierungsverboten, dass die Ungleichbehandlung nicht unter Rückgriff auf bestimmte Merkmale einer Person gerechtfertigt werden kann. Gleichbehandlung will nicht in erster Linie die Teilhabe aller an der Distribution von Gütern sichern.<sup>67</sup> „Ziel der Diskriminierungsverbote ist vielmehr der Schutz bestimmter Personen vor Benachteiligung als solcher“.<sup>68</sup> Damit entfernt man sich von den Begriffen „frei und sozial“<sup>69</sup>, die Gegenstand der eigentlichen Materialisierungsdebatte sind. Bei Gleichbehandlungsfragen geht es um das Begriffspaar „frei und gleich“. Beides lässt sich nicht ganz streng trennen. Vor allem wenn Gleichheit sozial impliziert wird und „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ – so der Text in den Richtlinien der Union – betrifft, scheint der Freiheitsbezug im Vordergrund zu stehen.<sup>70</sup> Sieht man das so, sind diese Gleichheitsfragen schlagartig gelöst, sobald gleichwertiger Zugang und Versorgung über einen anderen Anbieter am Markt gewährleistet sind. Sofern also der Wettbewerb funktioniert, bestünde kein Gleichheitsproblem. Dem geltenden Nichtdiskriminierungsrecht fehlt aber dieser Wettbewerbskonnex. Die Diskriminierung eines Marktteilnehmers ist verboten, unabhängig davon, ob am Markt Ausweichmöglichkeiten bestehen.<sup>71</sup> Man sollte das Nichtdiskriminierungsrecht daher nicht als Antwort auf das zweite Freiheitsproblem lesen. Zugleich verfehlt man den Zweck des europäischen Nichtdiskriminierungsrechts, wenn man es als eine „sozialpolitische Inpflichtnahme des Privatrechts“ versteht. *Alexander Somek* hat jüngst darauf aufmerksam gemacht, dass es nicht „the core of a social model“ bilden könne.<sup>72</sup> Konstruiert man Nichtdiskriminierungsrecht, wie hier vorge-

63 *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 387-389; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 342-343; ähnlich schon *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 50 f.

64 Siehe BT-Drs. 16/1780 S. 40.

65 Vgl. *Neuner*, JZ 2003, 57, 62; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 194 f; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3).

66 Dazu statt aller *Busche*, Privatautonomie, 1999, 127-141; eingehend oben § 5 VI 2 b) (5).

67 *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 389; aaA *Eichenhofer*, DVBL 2004, 1078, 1085.

68 *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 390.

69 Vgl. *Eichenhofer*, JuS 1996, 857 ff zur „sozialpolitischen Inpflichtnahme“ des Privatrechts.

70 Aufgezeigt von *Rückert*, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 16.

71 Dazu § 6 II 2 b) (2).

72 *Somek*, Engineering Equality, 2011, 18 und passim.

schlagen, als Zugangsregel zum Marktmodell,<sup>73</sup> wird deutlich sichtbar, dass es keine Antwort auf sozialpolitische Fragestellungen enthält. Es ist eine Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem.<sup>74</sup>

Die Gegenüberstellung formal/material ist wissenschaftlich reizvoll und zugleich problematisch. Solche Ansätze laufen Gefahr, mit dem Begriff „formal“ komplexe Zusammenhänge vereinfachend zu etikettieren und sie jetzt zu verbessern, indem „irgendetwas Materiales“ hinzugefügt wird.<sup>75</sup> Daher ist man sich auch nicht darüber einig, ob die Dichotomie sinnvoll ist<sup>76</sup> oder ob sie nicht doch auf einer Übertreibung beruht<sup>77</sup>. Der Gefahr kann man entgehen, wenn man die Begriffe „formal“ und „material“ als analytische Werkzeuge verwendet, um die dahinter stehenden unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten privatrechtlicher Probleme zu strukturieren.<sup>78</sup> Dann kann man zwischen dem „Prinzip formal-abstrakter Gleichheit“<sup>79</sup> und einem „materialen“ Prinzip personaler Gleichheit unterscheiden. Der Unterschied wird bei den Diskriminierungsmerkmalen deutlich: Das Prinzip formal-abstrakter Gleichheit erklärt nur die Lebensumstände, Fähigkeiten und Verhaltensweisen für rechtlich relevant, die den Ablauf der Austauschbeziehung unmittelbar tangieren.<sup>80</sup> In jeder übrigen Hinsicht abstrahiert es den Menschen zur Person.<sup>81</sup> Diskriminierungsverbote machen diese Besonderheiten des Individuums, die von der Umwelt des Rechts, beispielsweise im Wirtschaftssystem, wahrgenommen werden, auch im Rechtssystem wieder sichtbar. Das Prinzip formal-abstrakter Gleichheit insistiert im Recht darauf, „ohne Ansehung“ der Person zu entscheiden. Die Umwelt differenziert dagegen „in Ansehung“ der Person. Bliebe es dabei, würde das Recht seine Neutralität gegenüber den anderen Funktionsbereichen der Gesellschaft verletzen. Mit seiner Blindheit sorgte es nämlich dafür, dass die Differenzierung eines anderen Teilsystems rechtlich geschützt wird und damit zum Ausschluss des „Menschen“, genauer: der „Person“ als Stellvertreter des Menschen im Recht<sup>82</sup> oder zum Zwang zur Anpassung führt. Diskriminierungsverbote sorgen also dafür, dass Justizia ihre

73 So auch *Somek*, Engineering Equality, 2011, 189, der darin ein großes Defizit des EU-Nichtdiskriminierungsrechts sieht, vgl. dazu die Antikritik bei *Bell*, 18 ELJ 598 (2012); ähnlich die Einschätzung bei *Boysen* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 122 ff.

74 Siehe oben § 2 III 3.

75 Vgl. *Rückert*, Autonomie des Rechts, 1988, 60.

76 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 278.

77 So *Wagner*, Materialisierung, in: *Blaurock/Hager*, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 19.

78 Das unternimmt beispielsweise *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976) für das U.S.-amerikanische *contract law*.

79 *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, 51 ff (im Kontext des Verbraucherrechts).

80 *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, 54 f.

81 Dazu oben § 2 III 2.

82 Zu dieser „Klarstellung“ siehe *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 170 ff.

Augenbinde<sup>83</sup> abnehmen muss, damit sie den Anforderungen juristischer Gerechtigkeit genügt.<sup>84</sup> Man kann daher das Prinzip der personalen Gleichheit so konzipieren, dass es in *Ergänzung der formalen Privatautonomie* die Funktionsbedingungen selbstbestimmter Entscheidungen am Markt gewährleistet.<sup>85</sup> So verstanden, ist das hier vorgeschlagene Prinzip personaler Gleichheit Bestandteil einer materialen Gleichbehandlungskonzeption.<sup>86</sup> Seine prozedurale Einbettung<sup>87</sup> ist zugleich der Versuch, der Paternalismusgefahr materialer Paradigmen<sup>88</sup> auszuweichen.

### c) Kompetentielle Freiheit

Nach wie vor überwiegt in privatrechtsdogmatischen Diskursen die Vorstellung, „dass das BGB in seiner ursprünglichen Fassung der Privatautonomie einen fast uneingeschränkten Spielraum eröffnete.“<sup>89</sup> Privatrechtshistorisch ist das Bild vielschichtiger, komplizierter. Jedenfalls wurde Privatautonomie – genauer: Vertragsfreiheit – im historischen Kontext des 19. und frühen 20. Jahrhunderts im Wesentlichen nicht als unbeschränkte Freiheit der Person verstanden.<sup>90</sup> Die Geschichte der Privatautonomie ist die ihrer Beschränkung.<sup>91</sup> Die Stichworte lauten daher: „Privatautonomie und ihre Grenzen“<sup>92</sup> oder „Grenzen der Privatautonomie“<sup>93</sup>. Es kann immer nur darum gehen, wie weit die Freiheit reicht, wo ihre Bindungen einsetzen und wer die Grenzen setzt. Das kann man beim auserkorenen Bannerträger der Privatautonomie, *Flume*, nachlesen: „*Soweit* die Selbstbestimmung der Privatautonomie gilt, gibt es keine Fremdbestimmung“ und nur „*soweit* die Anerkennung [durch die Rechtsordnung] reicht“, gilt die privatautonome Gestaltung<sup>94</sup>. Weil der privatautonome Akt als solcher nicht Recht sei,

83 Zur Geschichte dieser Darstellung der Justitia näher *Kissel*, Die Justitia, 1997.

84 Vgl. dazu *Baer*, Justitia ohne Augenbinde? – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft, in: *Koreuber/Mager*, Recht und Geschlecht, 2004, 19, 20 ff zur Grundfrage feministischer Rechtswissenschaft, „ob ein geschlechtss neutrales, also mit verbundenen Augen agierendes Recht oder aber ein geschlechtssensibles, also mit offenen Augen die Geschlechterdifferenzen wahrnehmendes Recht das bessere, und also das gerechtere Recht sei.“.

85 Vgl. *Drexel*, Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, 296 zum vergleichbaren Problem der Vereinbarkeit von Privatautonomie und Verbraucherrecht.

86 Siehe dazu bereits oben § 1 III.

87 Siehe oben § 7 I 2 c.).

88 Dazu *Renner*, KritV 2010, 161, 164 f.

89 *Dauner-Lieb/Flume*, FS 150 Jahre DJT, 2010, 103, 119.

90 Vertiefend zur historischen Perspektive *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, 2001, 275-283; *Rückert* in: HKK-BGB, Vor § 1 Rn. 94-98; *Haferkamp* in: HKK-BGB, § 242 Rn. 21-55; im diskriminierungsrechtlichen Zusammenhang auch *Repken*, Antidiskriminierung, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 45-47; anders noch die lange Zeit prägende Einschätzung von *Wieacker*, Sozialmodell, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9 ff.

91 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 323 f.

92 *Petersen*, Jura 2011, 184.

93 *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1.

94 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 6.

aber „die durch ihn bewirkte Gestaltung Rechtems sein soll [...] bestehen die vielfachen inhaltlichen Bestimmungen und Begrenzungen der Rechtsordnung für das privatautonome Handeln, so daß die Privatautonomie nur in dem festen Gefüge der Rechtsordnung wirken kann“<sup>95</sup>. Damit ist der eigentümliche Zusammenhang von Freiheit und „Rechtsordnungsabhängigkeit“<sup>96</sup> angesprochen, in dem Privatautonomie steht: Privatautonomie ist keine apriorische oder „natürliche“, sondern normativ konstituierte Freiheit.<sup>97</sup> Das kommt in der klassischen Definition der Privatautonomie als „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“<sup>98</sup> nur unzureichend zum Ausdruck. Die einzelne Person kann rechtlich nur dann gestalten, wenn die Rechtsordnung ihr Gestaltungsmittel dafür zur Verfügung stellt. Die Autonomie des Einzelnen bedarf des Rechts, um sich rechtlich verwirklichen zu können. Dieser Zusammenhang kommt besser zum Ausdruck, wenn man Privatautonomie als kompetentielle Freiheit beschreibt:<sup>99</sup> Unter Privatautonomie verstehen wir die Summe der Möglichkeiten, eine rechtliche Situation zu ändern oder nicht zu ändern, indem eine Person rechtliche Kompetenzen<sup>100</sup> in einer bestimmten Weise selbstbestimmt ausübt oder nicht ausübt.<sup>101</sup> Die Rechtsordnung<sup>102</sup> weist dem Rechtssubjekt die Fähigkeit zu, durch sein Verhalten Rechtsfolgen herbeizuführen.<sup>103</sup> Sie erkennt die dadurch hervorgebrachten tatsächlichen Änderungen in der Umwelt als rechtlich verbindlich an.<sup>104</sup> Als Rechtsgeschäft existiert diese Handlung aber nur in den Formen und mit den Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung zur Verfügung

95 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 6.

96 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 308.

97 Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 21 ff; zum verfassungstheoretischen Unterschied beider Kategorien näher Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 81 ff.

98 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 1.

99 Vgl. dazu Enderlein, Rechtspatrialismus und Vertragsrecht, 1996, 71 ff.

100 Zur Begriffsverwendung der Kompetenz, die auf Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 211 f zurückgeht, im Kontext der Vertragsfreiheit und Privatautonomie Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 28 ff; Enderlein, Rechtspatrialismus und Vertragsrecht, 1996, 71 ff; Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, 77; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 307; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 165.

101 Zu den verschiedenen Definitionen der Privatautonomie bereits oben § 1 I 2.

102 Nicht notwendigerweise der Staat, wie Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 21 f behauptet. Auf der Grundlage einer staatszentrierten Definition können privatautonome Phänomene transnationale Phänomene der Rechtsgestaltung, wie beispielsweise die *lex mercatoria* (dazu statt aller: Berger, The creeping codification of the new *lex mercatoria*, 2010, 53 ff) nur unzureichend erfasst werden, vgl. Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 164 ff. Weiterführend zum Problem einerseits Teubner, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), 255 ff; Teubner, ZaÖRV (63) 2003, 15 ff, der für ein „Weltrecht“ und eine „Konstitutionalisierung ohne Staat“ plädiert und, andererseits, Möllers, Globalisierte Jurisprudenz, in: Anderheiden/Huster/Kirste, Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts – ARSP Beiheft 79, 2001, 41, 51 ff, nach dem Globalisierung kein staatenloses oder entstaatlichtes Recht produziert.

103 Grundlegend Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, 151 ff, der allerdings den Begriff der Privatautonomie nicht verwendet, sondern von der Handlungs- und Geschäftsfähigkeit spricht und den Begriff der Kompetenz deutlich iS einer abgeleiteten Ermächtigung zur Rechtsgestaltung versteht.

104 Zur Bedeutung der Anerkennungskomponente Busche, Privatautonomie, 1999, 17 ff; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 311; Weller, Die Vertragstreue, 2009, 167 ff.

stellt.<sup>105</sup> Zudem stellt das Recht sicher, dass die von den Akteuren geäußerten Erwartungen zeitlich gebunden werden und sie sich auch morgen noch auf das verlassen können, was sie heute vereinbart haben.<sup>106</sup> Diese Fähigkeit von Personen, rechtlich zu handeln, muss man sich als Ausübung einer ihr von der Rechtsordnung eingeräumten „Kompetenz“<sup>107</sup> oder ein ihr verliehenes „Bewirkungsrecht“<sup>108</sup> vorstellen. Privatautonomie ist die Sammelbezeichnung für „positive Rechtsgestaltungsfreiheiten“ die als prozedurale Rechte ausgeübt werden können, aber nicht müssen.<sup>109</sup>

### (1) Konstitutive Freiheitsbegründung durch Recht

Privatautonomie verstanden als kompetentielle Freiheit zwingt dazu, deutlich zwischen der Handlung eines Menschen einerseits und ihrer kommunikativen Bedeutung im Rechtssystem andererseits zu unterscheiden. „Die freiwillige Übernahme einer Verpflichtung durch ein selbstverantwortliches Privatrechtssubjekt, mag zwar moralisch uneingeschränkt bindend sein, *rechtlich* bindend ist sie jedoch nur insoweit, wie sie von der Rechtsordnung als gültiger Rechtsakt anerkannt wird.“<sup>110</sup> Der „bloße“ Wille oder die „bloße“ Handlung und ihre rechtliche Bedeutung sind also streng zu unterscheiden. Das Recht rekonstruiert eine in der Umwelt des Rechts getroffene Parteivereinbarung nach.<sup>111</sup> Der Begriff der Privatautonomie erfüllt die Funktion einer strukturellen Kopplung zwischen dem Rechtssystem und seiner Umwelt. Vom Standpunkt des Bewusstseinssystems aus gesehen, beschreibt der Begriff die Möglichkeit, subjektive Präferenzen zu haben und diesen nachkommen zu können. Das ist das, was wir gemeinhin „natürliche Freiheit“ nennen. Das Rechtssystem kann diese Präferenzen nur operationalisieren, wenn sie gleichzeitig in die spezifische Sprache rechtlicher Kommunikation übersetzt werden. Das in der Umwelt des Rechts gegebene Versprechen wird im Rechtssystem als zukunftsbezogener Vertrag übersetzt.<sup>112</sup> Dann kann man mit

105 Weller, Die Vertragstreue, 2009, 172 zur Bindungswirkung von Verträgen.

106 Vgl. zu diesem Aspekt Bäuerle, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, 347 ff.

107 Zur Begriffsverwendung der Kompetenz in der grundrechtlichen Dogmatik, die auf Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 211 f zurückgeht, im Kontext der Vertragsfreiheit und Privatautonomie Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 28 ff; Enderlein, Rechtspatriotismus und Vertragsrecht, 1996, 71 ff; Uerpman, Das öffentliche Interesse, 1999, 77; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 307; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 165.

108 Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 571 ff.

109 Callies, Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, in: Jud/Bachner/Bollenberger, Prinzipien des Privatrechts und der Rechtsvereinheitlichung – Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 2001, 85, 95; zum prozeduralen Charakter von Vertragsfreiheit statt vieler Canaris, iustitia distributiva, 1997, 46 ff; Canaris, AcP 200 (2000), 273, 283 ff.

110 Looschelders/Roth, JZ 1995, 1034, 1038; ähnlich auch Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 22.

111 Ähnlich Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, 276, der allerdings statt von der Umwelt von einer „vorrechtlichen Ebene“ spricht.

112 Zur Zukunftsgebundenheit des Rechts Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 129 ff.

„Privatautonomie“ die Summe der Operationen bezeichnen, die das Rechtssystem zur Verfügung stellt, um die in subjektiven Präferenzen ausgedrückten Verhaltenserwartungen dauerhaft sicherzustellen. So dauerhaft, dass sie beispielsweise auch dann noch „gelten“, wenn das Bewusstseinssystem, das sie geäußert hatte, gestorben ist. Nur das Recht vermag es, dem Willen des Erblassers für eine Zeit Geltung zu verschaffen, in der dieser selbst nicht mehr existiert.<sup>113</sup> Damit das Recht diese Leistung an seine Umwelt erbringen kann, muss es selbst die maßgeblichen Parameter bestimmen, mit denen eine Handlung in seiner Umwelt in eine rechtlich bindende Willenserklärung einer Person im Rechtssystem übersetzt wird. Das Recht stellt die Infrastruktur bereit, die der Umwelt „jenseits des trivialen Handtausches voraussetzungsvolles Handeln ermöglicht“<sup>114</sup>, „Erwartungs- und Planungssicherheit schafft und es erlaubt, Freiheit sozial zu koordinieren“<sup>115</sup>. Der „natürliche Wille“ des Akteurs ist also ein Phänomen der Umwelt. Das Recht konstruiert sich seinen eigenen, autonomen Begriff vom „rechtlichen Willen“ einer Person.

Das damit angesprochene Problem wird mit einer Rekonstruktion der Privatautonomie als dreistellige Freiheitsrelation<sup>116</sup> des Rechts deutlich. Freiheitsträger ist das Rechtssubjekt, die Person. Freiheitsgegenstand ist die Möglichkeit der Person, „wählen zu können, ob und in welcher Weise sie ihre rechtlichen Beziehungen durch rechtsverbindliche private Vertragsvereinbarungen“ regelt.<sup>117</sup> Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des Freiheitshindernisses. Hier wirkt sich der Unterschied zwischen natürlichen und normativ konstituierten Freiheiten aus. Die sogenannten „natürlichen“ Freiheiten sind Vorgänge in der Umwelt des Rechts: ausreisen, Tauben füttern, Reiten im Walde.<sup>118</sup> Der Freiheitsträger kann diese Freiheitsgegenstände ohne weiteres verwirklichen. Anders verhält es sich bei normativ konstituierten Freiheiten wie der Privatautonomie.<sup>119</sup> Weil Privatautonomie eine *rechtliche* Kompetenz des Freiheitsträger ist, ist die Verwirklichung des Freiheitsgegenstandes zwangsläufig auf positivrechtliche Normen angewiesen: Freiheit gibt es nur *durch* das Recht und in den Formen des Rechts. Das Recht konstituiert den Freiheitsgegenstand. Wie kann es dann gleichzeitig ein Freiheitshindernis sein?

Dieser Vorgang wirft zwei grundlegende rechtstheoretische Fragen auf, denen spiegelbildlich zwei verfassungsrechtliche Problemkreise zugeordnet werden können: (1) Liegt ein Freiheitshindernis vor, wenn das Recht gar keine kompetenzer-

113 *Kroppenbergs*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 168, 169.

114 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, 73 f.

115 *Kroppenbergs*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 171 f.

116 Zutreffend *Enderlein*, Rechtspatrialismus und Vertragsrecht, 1996, 74 f. Zum Begriff und der triadischen Relation von Freiheitsrechten oben § 7 IV 2 a).

117 *Enderlein*, Rechtspatrialismus und Vertragsrecht, 1996, 75.

118 Zu den Nachweisen oben § 7 IV 2 b) (1).

119 Zu diesem Charakter der Vertragsfreiheit siehe *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, 21 f.

öffnenden Rechtsnormen enthält? (2) Liegt ein Freiheitshindernis schon dann vor, wenn es die Handlungskompetenzen von Personen beschränkt?<sup>120</sup> Diese Fragen lassen sich auch verfassungsdogmatisch reformulieren: (1') Verpflichtet die Verfassung den Staat dazu, Freiheitsverwirklichung durch Recht grundsätzlich zu ermöglichen? (2') Lässt sich Privatautonomie in den Grundrechten verankern, so dass der Staat mit einer Beschränkung rechtsgeschäftlicher Handlungskompetenz in deren Schutzbereich eingreift?

Dass die Privatautonomie im GG geschützt wird, ist allgemeine Auffassung. Kontrovers diskutiert wird lediglich der spezifische Ort dieses Schutzes: Nach wohl ganz überwiegender Meinung ist er in den speziellen Freiheitsgrundrechten zu verankern und – subsidiär – in Art. 2 Abs. 1 GG, der die Privatautonomie als Innominatgrundrecht schützt.<sup>121</sup> Auf unionsrechtlicher Ebene fehlt eine ausdrückliche Verankerung von Privatautonomie oder Vertragsfreiheit im Primärrecht. Viele wollen sie als grundlegendes und aus dem Primat der im AEUV verankerten Markt- und Wettbewerbsfreiheit bzw. den Grundfreiheiten ableiten.<sup>122</sup> Der Gerichtshof hat die freie Wahl des Geschäftspartners als besonderen Ausdruck der Berufsfreiheit angesehen,<sup>123</sup> die zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts gehört und in Art. 15 Grundrechte-Charta ausdrücklich geschützt ist. Das ist verallgemeinerungsfähig und gilt daher auch für den Zusammenhang der Ausübung anderer Grundrechte.<sup>124</sup> Im übrigen wird das deutsche Modell herangezogen und die Vertragsfreiheit als Teil der nicht ausdrücklich verankerten allgemeinen Handlungsfreiheit angesehen.<sup>125</sup> Diese Parallelen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Begriff „Vertragsfreiheit“ im Unionsrecht schon im Ausgangspunkt durchaus andere Konzeptionen erlaubt, als es dem klassisch-liberalen deutschen Verständnis entspricht.<sup>126</sup> Das wichtigste Beispiel ist die funktionale Konzeption der Vertragsfreiheit als strikt binnenmarktbezogene und den Binnenmarkt ermöglichte Freiheit.<sup>127</sup> Im Unionsrecht fällt es tendenziell auch leichter, den primärrechtlich verankerten und sekundärrechtlich ausgebauten

120 So ausdrücklich *Enderlein*, Rechtspatrialismus und Vertragsrecht, 1996, 76.

121 Siehe statt aller *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 150 Rn. 57 ff mwN zum Streitstand, ob die Privatautonomie ein einheitliches in Art. 2 Abs. 1 GG verankertes Recht ist (*Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 321 ff oder *Kroppenbergs*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 166 ff zum privatautonomen Gehalt der Testierfreiheit) oder ob der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär gegenüber den speziellen Freiheitsrechten ist (*Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, 4-19; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 288-304; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 166).

122 *Canaris*, FS *Lerche*, 1993, 873, 890 mwN; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten, 2003, 178; vgl. auch *Leistner*, Richtiger Vertrag, 2007, 347 f.

123 EuGH, Urt. v. 10.7.1991, Rs. C-90/90, 91/90 – *Jean Neu u.a.* = Slg. 1991, I-3617 Rn. 13; vertiefend die Rechtsprechungsanalyse bei *Basedow*, in: *Bitburger Gespräche*, Jahrbuch 2008/I, 2009, 85, 93 ff.

124 *Wernsmann*, JZ 2005, 224, 232; *Basedow*, in: *Bitburger Gespräche*, Jahrbuch 2008/I, 2009, 85, 90 f.

125 *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 56 f.

126 Vgl. zur Problembeschreibung *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 2012, Rn. 223 ff

127 Dazu eingehend *Herresthal*, Die „Drittirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: *Neuner*, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 193 ff; siehe dazu auch unten § 8 IV 3 a).

Verbraucherschutz als eine, die formale Vertragsfreiheit ergänzende materiale Konzeption der wirtschaftlichen Selbstbestimmung des Verbrauchers zu beschreiben.<sup>128</sup>

Die Fragen (1) und (1') können mit wenigen Worten bejaht werden.<sup>129</sup> Die Rechtsordnung ist so auszustalten, dass den Akteuren grundsätzlich rechtliche Handlungskompetenzen eingeräumt werden, deren Ergebnisse letztlich mit staatlicher Macht auch durchsetzbar sein müssen. Damit gewährleistet das Recht, dass es seiner genuinen Aufgabe nachkommen kann, normative Erwartungen zu stabilisieren. Andererseits rechtfertigt sich erst dadurch das staatliche Gewaltmonopol.<sup>130</sup> Schwierigkeiten bereiten die Antworten auf die Fragen (2) und (2'). Sie zielen auf das Problem der Gesetzesabhängigkeit: Das verfassungsrechtliche Schutzgut der Privatautonomie setzt zwingend eine Konstituierung durch das einfache Recht voraus. Darin liegt das Kernproblem der Privatautonomie als Grundrecht: Wie kann eine rechtlich konstituierte Freiheit den Gesetzgeber binden, der die Freiheit erst konstitutioniert?<sup>131</sup> Dabei sind drei Konstellationen zu unterscheiden:<sup>132</sup> (a) Die Rechtsordnung hat einem Grundrechtsträger bereits eine konkrete Rechtsposition zugeordnet. Dann kann man die rechtliche Einwirkung auf diesen Bestand unproblematisch als Freiheitshindernis und grundrechtsdogmatisch als Anwendungsfall des Abwehrrechts<sup>133</sup> auffassen. Das gilt beispielsweise wenn die öffentliche Gewalt bereits abgeschlossene Verträge nachträglich einer Änderung unterzieht.<sup>134</sup> (b) Eine bestehende normative Ordnung eines Freiheitsgegenstandes wird als ungenügend empfunden oder es besteht ein Bedürfnis neuer Freiheitsgegenstände. Hier liegt kein abwehrrechtlich zu behebender Grundrechtseingriff vor,<sup>135</sup> sondern ein Anwendungsfall grundrechtlicher Schutzpflichten. Ein Beispiel dafür ist der Schutz der Interpreteneistung in §§ 73 ff UrhG.<sup>136</sup> (c) Problematisch ist der dritte Fall: Können den Grundrechten Maßstäbe für die Ausgestaltung des normgeprägten Lebensbereichs entnommen werden? Ist eine partielle Neugestaltung privatrechtlicher Sachverhalte ein Freiheitshindernis und daher Gegenstand eines grundrechtlichen Abwehrrechts? Die Fragestellung hat erhebliche Brisanz sowohl für die gesetzliche Einführung punktueller Diskriminierungsverbote als auch für die hier vorgeschlagene Konzeption

128 Dazu *Drexel*, Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998; vgl. auch *Grundmann*, JZ 2005, 860, 864 f; *Leistner*, Richtiger Vertrag, 2007, 348 ff.

129 Vgl. *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, 173.

130 Siehe *Callies*, JZ 2006, 321, 326.

131 Vgl. *Sieckmann* in: *Friauf/Höfling*, GG, Art. 14 Rn. 5 zur vergleichbaren Problematik beim Eigentumsrecht.

132 Zum Folgenden *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 133 ff.

133 *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 135 f.

134 BVerfGE 95, 267, 303 f mwN.

135 Anders aber *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 139 ff.

136 Dazu *Grünberger*, 24 Cardozo Arts & Ent. L.J. 617, 662-671 (2006).

eines *prima facie* Gleichbehandlungsanspruches mit anschließenden Rechtfertigungspflichten.

## (2) Die Wiederkehr der „natürlichen Freiheit“

Im Grundsatz gibt es zwei Antworten auf diese Fragestellung, eine logische und eine paradoxe. Innerhalb des Rechtssystems müsste man die Frage (2') logisch zwingend verneinen. *Martin Gellermann* hat das vom Standpunkt einer grundrechtlichen Ausgestaltungstheorie normativ konstituierter Freiheitsrechte so formuliert:

*„Ist ‘Vertrag’ nur das, was mit Blick auf die Rechtsordnung mit dem Ziel vereinbart wird, von ihr als verbindlich anerkannt zu werden, kann auch die grundrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit nur die Freiheit zum Abschluss jener Rechtsgeschäfte meinen, die vom einfachen Recht als rechtlich bindend anerkannt werden. Die Individuen mögen Vereinbarungen welchen Inhalts auch immer treffen, grundrechtlichen Schutz erfahren sie nur, so weit die Rechtsordnung ihre Übereinkünfte als möglich vorsieht.“<sup>137</sup>*

Daraus folgt, dass man Diskriminierungsverbote nicht mit dem Argument bekämpfen kann, sie verletzten die Privatautonomie. Diese Privatautonomie wird nämlich vom einfachen Recht definiert als die Differenz von Willkürfreiheit minus Diskriminierungsverbot. Das ist für die meisten kontraintuitiv<sup>138</sup> und verfassungsrechtlich nicht einleuchtend. Sie entscheiden sich deshalb für eine paradoxe Lösung: Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis sind *zugleich* rechtlich determiniert. Das Recht gibt Freiheit und nimmt sie zugleich. Die Paradoxie fällt nicht sofort auf, weil man bezüglich Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis die Frage (2) und die Frage (2') trennt: Die freiheitssichernde Wirkung des Rechts wird auf verfassungsrechtlicher Ebene angesiedelt, während die freiheitsentziehende Wirkung im einfachen Recht lokalisiert wird. Ein Beispiel dafür ist die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des BGB über die Geschäftsfähigkeit von Personen: Die „natürliche Willensäußerung“ eines Geschäftsunfähigen ist im Recht folgenlos, weil sie nicht an die dort geltenden Regeln zur Geschäftsfähigkeit anknüpfen kann, § 105 BGB. Vom Standpunkt des einfachen Rechts aus betrachtet, liegt damit keine rechtliche Operation vor. Daselbe würde gelten, wenn es die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erst mit Erreichen des 25. Lebensjahres festlegte.<sup>139</sup> Anders dagegen, wenn man die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie so interpretiert, dass sie ein verfassungsrechtliches Abwehrrecht gegen diese „Nichtanerkennung“ des natürlichen Wil-

137 *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, 141.

138 Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 192: „Die Zweifel darin sind zunächst eher intuitiver Art.“

139 *Canaris*, JZ 1987, 993, 995.

lens enthält.<sup>140</sup> Dann sind beide Entscheidungen des einfachen Gesetzgebers verfassungswidrig. Gerade das von *Canaris* gewählte Beispiel des Geschäftsunfähigen weist auf die Schwierigkeiten dieses Ansatzes hin. Das Bundesverfassungsgericht geht nämlich davon aus, dass der einfache Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage hat, welche Personengruppen die erforderliche Selbstbestimmungsfähigkeit besitzen, um eine selbstbestimmte und selbstverantwortete Erklärung mit rechtlichen Wirkungen abgeben zu können.<sup>141</sup> Erst die einfachrechtliche Ausgestaltung verschafft den notwendig abstrakten Grundprinzipien des Schuld- oder Erbrechts konkrete Gestalt.<sup>142</sup> Wer dann die vom einfachen Recht aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt, kann rechtlich nicht handeln. In einer strikten Konzeption der Testierfreiheit als rechtlich konstituierte Freiheit wäre die im einfachen Recht als testierunfähig behandelte Person auch nicht in ihrem subjektiven Grundrecht als Abwehrrecht verletzt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Konsequenz – im Unterschied zu Kindern und Jugendlichen – für den schreibunfähigen stummen Menschen freilich nicht gezogen: „Der Gesetzgeber darf das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip zwar konkretisieren, nicht aber unverhältnismäßig beschränken.“<sup>143</sup> Diese These geht von der Prämisse aus, dass man das einfache Recht am Maßstab des Verfassungsrechts überprüfen kann. Das zwingt dazu, zwischen der einfachrechtlichen Ausgestaltung der Privatautonomie einerseits und dem verfassungsrechtlichen Begriff andererseits zu unterscheiden. In Anlehnung an den Naßauskiesungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts<sup>144</sup> kann man diese Prämisse so beschreiben: Der Begriff der von der Verfassung gewährleisteten Privatautonomie muss aus der Verfassung selbst gewonnen werden. Aus Normen des einfachen Rechts, die im Range unter der Verfassung stehen, kann weder der Begriff der Privatautonomie im verfassungsrechtlichen Sinn abgeleitet, noch kann aus der privatrechtlichen Rechtsstellung der Umfang der Gewährleistung der konkreten Privatautonomie bestimmt werden. So operierte das Gericht auch im Fall der Testierunfähigkeit schreibunfähiger Stummer. Es definierte den verfassungsrechtlichen Begriff der Testierfreiheit *ohne* Rückgriff auf die einfachrechtliche Testierfreiheit. Dieser Vorgang ist bei normativ konstituierten Freiheitsrechten alles andere als selbstverständlich und gleichzeitig für die effektive Bindung des Gesetzgebers an verfassungsrechtliche Grenzen unabdingbar. Dieses Paradox verschwindet regelmäßig im Stufenbau der Rechtsordnung. Gerade des-

140 *Canaris*, JZ 1987, 993, 996; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 210 ff.

141 BVerfGE 99, 341, 351f. Der Ausschluss schreibunfähiger stummer Menschen von jeder Testamentserrichtung lag jenseits des Beurteilungsspielraums.

142 Vgl. BVerfGE 99, 341, 351 (zum Erbrecht).

143 BVerfGE 99, 341, 352.

144 Vgl. BVerfGE 58, 300, 335 (dort zum Eigentumsbegriff).

halb muss man es sich deutlich vergegenwärtigen:<sup>145</sup> Privatautonomie und Testierfreiheit sind dem einfachen Recht vorgegeben, obwohl sie erst vom einfachen Recht ermöglicht werden. Wie kann man den Gesetzgeber also an ein Grundrecht binden, das dieser überhaupt erst auszustalten hat? Nach welchem Maßstab kann das Verfassungsrecht dem einfachen Recht etwas vorgeben, obwohl die damit zu schützende Freiheit doch erst vom einfachen Recht ermöglicht wird? Der Maßstab kann nicht vom einfachen Recht selbst gesetzt werden. Wenn sich der verfassungsrechtliche Inhalt der Privatautonomie ausschließlich aus den Normen des einfachen Rechts ergäbe, müsste man die Verfassungsmäßigkeit des einfachen Gesetzes an den Normen der einfachen Gesetze messen.<sup>146</sup> Es muss also einen genuin verfassungrechtlichen Begriff der Privatautonomie geben. Wie aber ist dieser zu gewinnen?<sup>147</sup> *Matthias Cornils* hat darauf eine klare Antwort gegeben:

*„Diese Abhängigkeit der Freiheit vom (einfachen) Recht gilt aber darum nicht auch für das Grundrecht der Vertragsfreiheit: Dessen Gewährleistungsinhalt, sein „Schutzbereich“ ist nicht bestimmt durch das, was – je nach Stand der Ausgestaltung der Rechts- und Sozialordnung – schon oder noch in der rechtlichen und faktischen Wirklichkeit an Vertragsfreiheit möglich ist, sondern durch einen verfassungsrechtlichen Begriff, eine Vorstellung, eine „Idee“, ein „Prinzip“ der Vertragsfreiheit. Die Verfassung einer entwickelten Gesellschaft, die die Vertragsfreiheit grundrechtlich garantiert, hat eine im historischen Prozeß der Rechtsentwicklung gewonnene eigenständige Vorstellung davon, was sie garantiert, und erhebt diese Vorstellung zum Inhalt der Norm. [...] Die Gewährleistung des Grundrechts entfaltet auch und gerade dann ihre normative Wirkung, wenn die verfassungsbundene Rechtsordnung dem grundrechtlichen Prinzip der Freiheit nicht entspricht: Die Rechtsordnung ist dann – vorbehaltlich natürlich einer Rechtfertigung aus gegenläufigen Gründen grundrechtswidrig, entweder weil sie das Prinzip einschränkende Normen aufstellt (Eingriff in das Grundrecht) oder weil sie die vom grundrechtlichen Prinzip vorausgesetzten normativen Leistungen nicht oder nur unvollkommen erbringt (grundrechtswidrige Unterlassen).“<sup>148</sup>*

Privatautonomie ist danach also auf verfassungsrechtlicher Ebene ein ideales, der Rechtsordnung vorgegebenes und zwangsläufig vorpositives Modell der Kompetenzzuweisung, an dem sich die positive Regelung messen lassen muss.<sup>149</sup> Das ist gemeint, wenn *Ruffert* von der „zwischen natürlicher Freiheit und Leistung des staatlichen Rechts oszillierenden Privatautonomie“ spricht.<sup>150</sup> Privatautonomie

145 Und zwar nicht nur als Kernproblem der Ausgestaltungsdogmatik, wie *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 497f meint, sondern als Kernproblem jeder verfassungsrechtlichen Überprüfung normgeprägter Rechte.

146 Vgl. *Baur*, NJW 1982, 1734, 1736.

147 So *Baur*, NJW 1982, 1734, 1736 in seiner Kritik an BVerfGE 58, 300, 335.

148 *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 195 [Zitate weggelassen].

149 So *Canaris*, JZ 1987, 993, 995.

150 *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 311.

ist dann „gleichzeitig auf die „vorstaatliche“ Autonomie bezogen *und* rechtsordnungsgeprägt“<sup>151</sup>. Das ist eine problematische Konzeption.

### (3) Rechtsinstitut Privatautonomie?

Wir kennen bereits ein dogmatisches Institut, in dem die, im historischen Prozess der Rechtsentwicklung gewonnene, eigenständige privatrechtliche Begriffskonzeption zugleich zum Inhalt der verfassungsrechtlichen Norm wird: die privatrechtliche Institutsgarantie.<sup>152</sup> Die Idee dazu stammt von einem Zivilrechtler, *Martin Wolff* (1872-1953)<sup>153</sup>. Es ging ihm ganz wesentlich darum, mit einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung das Eigentum gegenüber der als bedrohlich empfundenen Gesetzgebungstätigkeit der Weimarer Republik abzuschirmen.<sup>154</sup> Die Grundbegrifflichkeit von Freiheit als negative Freiheit blieb unangetastet und man schuf einen selbstständigen dogmatischen Anbau zur Verteidigung und Umhegung dieser Freiheit. Dass es mit der klassischen „Begrifflichkeit von Freiheit im strikten Widerspruch stand, wenn in dem als rechtsfrei geschützten Raum plötzlich das geschützt werden sollte, was darin von Begriffs wegen gar nicht vorhanden sein dürfte“, fiel nicht auf, im Gegenteil: Die klassisch abwehrrechtliche Lösung des Problems war damit sichergestellt.<sup>155</sup> Die Institutsgarantie tut so, als ob der Schutz einer rechtlichen Freiheit wie einer natürlichen Freiheit nicht paradox wäre. An diesem Konstruktionsfehler reibt sich die verfassungsrechtliche Dogmatik zu normgeprägten Grundrechten bis heute.<sup>156</sup>

Die entscheidende Prägung erfuhr diese Lehre von *Carl Schmitt* (1888-1985);<sup>157</sup> während der heute übliche Begriff „Einrichtungsgarantie“ von *Friedrich Klein* stammt<sup>158</sup>. Durchgesetzt hat sich dieses Konstrukt erst nach 1945 unter der Geltung des Grundgesetzes.<sup>159</sup> Eine zentrale Rolle für seine Entdeckung spielte das Eigentum, das ebenfalls dem Dilemma ausgeliefert ist, einerseits „natürliche Freiheit“ und andererseits rechtlich konstituiert zu sein. Nach *Schmitt* ist

151 *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 312 f (Hervorhebung hinzugefügt).

152 Zur Verbindungslineie siehe *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, 25 ff. Zur Entwicklung von Einrichtungsgarantien siehe statt aller *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 756 ff; grundlegend jetzt *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, die in der Privatautonomie ironischerweise *keine* Rechtsinstitutsgarantie sieht, vgl. S. 460.

153 *Wolff*, FG Wilhelm Kahl, 1923, 1, 5 ff; zur Bedeutung für die Entwicklung siehe *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 13 ff.

154 Vgl. *Kübler*, FS Raiser, 1974, 697, 712.

155 *Suhr*, EuGRZ 1984, 529, 536.

156 Siehe dazu die Ausführungen unten im Text zum Eigentumsbegriff.

157 *Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: *Schmitt*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 140 ff; *Schmitt*, Verfassungslehre (1928), 2003, 170 ff (dazu *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 21 ff).

158 *Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, 1934 (dazu *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 63 ff).

159 Eingehend *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 69 ff; knapper *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 763 ff und verdichtet *Kloepfer* in: *Merten/Papier*, Handbuch Grundrechte, Rn. 14 ff.

das Eigentum nämlich ein vor- und überstaatliches Recht. Das sind Rechte, „die der Staat nicht nach Maßgabe seiner Gesetze verleiht, sondern als vor ihm gegeben anerkennt und schützt und in welche er nur in einem prinzipiell maßbaren Umfang und nur in einem geregelten Verfahren eingreifen darf.“<sup>160</sup> Diese Grundrechte sind Sphären der Freiheit, aus der sich gegen den Staat gerichtete Abwehrrechte ergeben.<sup>161</sup> Darin liegt die Bedeutung der Grundrechte als fundamentales Verteilungsprinzip.<sup>162</sup> Art. 153 Abs. 1 WRV war allerdings eine Herausforderung für diese Eigentumskonzeption. Nach diesem Grundrecht wird das Eigentum „von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.“<sup>163</sup> Dieser Wortlaut „lässt es zweifelhaft erscheinen, ob eine grundrechtliche Anerkennung oder nur eine institutionelle Garantie gemeint ist.“<sup>164</sup> Beides sei, im Unterschied zur persönlichen Freiheit, möglich:

*„Das Privateigentum dagegen kann zwar ebenfalls als etwas Vorstaatliches, vor jeder sozialen Ordnung bestehendes natürliches Recht, aber auch als bloße gesetzliche Einrichtung betrachtet werden.“<sup>165</sup>*

Die zweite Möglichkeit passte nicht in Schmitts Grundrechtstheorie. Daher musste die Verfassung so interpretiert werden, dass sie ein vorgegebenes Prinzip anerkennt, „weil es keinen bürgerlichen Rechtsstaat ohne Privateigentum geben kann“.<sup>166</sup> Zufriedenstellend war das nicht. Daher unternahm Schmitt etwas später einen neuen Lösungsversuch und unterschied zwischen institutionellen Garantien, unter denen er „die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer öffentlich-rechtlichen Institution als solcher“<sup>167</sup> verstand, und den „privatrechtlichen Institutsgarantien“.<sup>168</sup> Diese wurden verfassungsrechtlich abgesichert:

*„Die Garantie eines Rechtsinstituts richtet sich im Allgemeinen vor allem gegen den Gesetzgeber und schränkt dessen Befugnisse ein; denn eine solche Garantie ist gleichzeitig die Garantie eines inhaltlich bestimmten Normenkomplexes.“<sup>169</sup>*

Im Kern geht es Einrichtungs- bzw. Institutsgarantien also darum, einfachgesetzlich geschaffene oder zu schaffende Regelungskomplexe verfassungsrechtlich zu

160 Schmitt, Verfassungslehre (1928), 2003, 163.

161 Schmitt, Verfassungslehre (1928), 2003, 163.

162 Schmitt, Verfassungslehre (1928), 2003, 158: „Das bedeutet, daß die Freiheitssphäre des einzelnen prinzipiell unbegrenzt, die Befugnisse des Staates prinzipiell begrenzt sind.“

163 Ähnlich auch Art. 154 Abs. 1 WRV: „Das Erbrecht wird nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes gewährleistet.“

164 Schmitt, Verfassungslehre (1928), 2003, 171 f.

165 Schmitt, Verfassungslehre (1928), 2003, 171.

166 Schmitt, Verfassungslehre (1928), 2003, 172.

167 Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 181, 213.

168 Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 140, 143; Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 181, 215 f.

169 Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 140, 164.

garantieren.<sup>170</sup> Mit der Institutsgarantie wird traditionell auch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie erklärt.<sup>171</sup> Sie sei ein vorhandener zivilrechtlicher Normkomplex mit sozial-tatsächlichem Hintergrund; insbesondere die Vertragsfreiheit sei als soziales Institut unverzichtbar.<sup>172</sup> Damit verwechselt man zwei Kategorien: Vertragsfreiheit ist sicherlich ein privatrechtlicher Grundbegriff<sup>173</sup>. Sie ist deshalb aber noch kein der Ehe<sup>174</sup>, dem Eigentum<sup>175</sup> oder dem Erbrecht<sup>176</sup> vergleichbares Rechtsinstitut.<sup>177</sup> Sie kann allenfalls ein bestimmendes Element dieser Institute sein. So ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Testierfreiheit ein bestimmendes Element der Institutsgarantie „Erbrecht“.<sup>178</sup> Dasselbe gilt für die Bereitstellung von Verfügungsmöglichkeiten als Bestandteil des Rechtsinstituts „Eigentum“<sup>179</sup> und die Partnerwahlfreiheit als Bestandteil des Rechtsinstituts „Ehe“<sup>180</sup>. Die „Ehe“ verdeutlicht den Unterschied zwischen Institutsgarantie und bestimmendem Element. Die institutionelle Gewährleistung eines Rechtsinstituts stellt den daran Beteiligten ein „Gehäuse“ zur Verfügung.<sup>181</sup> Die Partnerwahlfreiheit als bestimmendes Element dieses Instituts ist inhaltlich an die damit vorgegebene Struktur gebunden. Weil der verfassungsrechtliche Begriff<sup>182</sup> der „Ehe“ als Institut auf eine rechtlich gesicherte Partnerschaft zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts beschränkt ist, bleibt die auf Begründung einer Ehe gerichtete Erklärung zweier Personen gleichen Geschlechts wirkungslos.<sup>183</sup>

Die Vorstellung der Privatautonomie als verfassungsrechtlich garantiertes Rechtsinstitut birgt „das Risiko der Zementierung vorhandener gesellschaftlicher Realitäten“<sup>184</sup>, die sich im *status quo* einer Rechtsmaterie niedergeschlagen haben<sup>185</sup>. Diese Gefahr realisiert sich, wenn man die These vom grundrechtlichen Normbestandsschutz teilt. Danach fiele der gesamte im einfachen Recht vorhandene

170 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 80; Dreier in: Dreier, GG, Vorb. Rn. 107.

171 Eingehend Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 25 ff; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 304 ff; Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 84 ff.

172 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 305.

173 Dazu Wielisch, FS G. Teubner, 2009, 395, 397 ff.

174 BVerfGE 105, 313, 343 ff.

175 BVerfGE 24, 367, 389; BVerfGE 58, 300, 348; dazu Depenheuer in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 15 Rn. 91 f; kritisch zur Einordnung als Institutsgarantie Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 4 mwN.

176 BVerfGE 112, 332, 349.

177 IE auch Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, 459 f.

178 BVerfGE 112, 332, 348.

179 Vgl. BVerfGE 58, 300, 335; Depenheuer in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 64.

180 von Coelln in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 31.

181 Das gilt seit BVerfGE 121, 175, 200 f und der ersatzlosen Streichung von § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG aF nicht mehr für jeden einfachrechtlichen Ehebegriff, vgl. dazu Bräcklein, StAZ 2008, 297, 303.

182 BVerfGE 105, 313, 345; siehe Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, 452 f; Kloepfer in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 43 Rn. 68 f.

183 Kloepfer, Verfassungsrecht II, 2010, § 48 Rn. 51.

184 Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1533, allerdings nicht gegen die Institutsgarantie gerichtet, sondern gegen institutionelle Grundrechtstheorien (Häberle).

dene Normenbestand in den Schutzbereich des Grundrechts. Werden diese Rechtspositionen geschmäler, liege immer ein nach klassischen abwehrrechtlichen Maßstäben zu rechtfertigender Eingriff vor.<sup>185</sup> Das ist eine aus demokratischer Sicht nicht zu rechtfertigende Privilegierung der Entscheidungen früherer Parlamente. Damit bindet man den aktuellen Gesetzgeber an einfachrechtlich konstruierte statt an verfassungsrechtlich vorgegebene Inhalte.<sup>186</sup> Selbst wenn man davon ausgeht, dass „Privatautonomie“ über eine Rechtsinstitutgarantie geschützt ist, hindert das den Gesetzgeber lediglich daran, das Institut insgesamt oder seine wesentlichen Strukturelemente zu beseitigen. Geschützt wird sie nur in ihrem Kernbereich.<sup>187</sup> Die Institutsgarantie verbietet nur, dass solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung entzogen werden, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, und damit der durch das Grundrecht geschützte Freiheitsbereich aufgehoben oder wesentlich geschmäler wird.<sup>188</sup> Wo dieser Bereich aber beginnt und wo er endet, das bleibt im Dunkeln. Wenig hilfreich ist es, auf das Traditionelle und Überkommene privatautonomer Gestaltungsmacht abzustellen.<sup>189</sup> Das belegt die Entscheidung zur Vereinigungsfreiheit im Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts.<sup>190</sup> Die Vereinigungsfreiheit ist danach ebenfalls ein normativ konstituiertes Grundrecht, weil sie „in mehr oder minder großem Umfang auf Regelungen angewiesen [ist], welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen.“<sup>191</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat eine Bindung „an die überkommenen Rechtsformen und Normenkomplexe des Vereinsrechts und Gesellschaftsrechts“ ausdrücklich abgelehnt: „Aus der Notwendigkeit einer Ausgestaltung kann nicht folgen, daß eine bestimmte bestehende Ausgestaltung Verfassungsrang erhielte.“<sup>192</sup> Es gab stattdessen Leitlinien für die Ausgestaltung vor, die sich ganz wesentlich an der sozialen Funktion des Zusammenschlusses orientierten.<sup>193</sup>

Die Konzeption der Privatautonomie als verfassungsrechtliche Rechtsinstitutsgarantie ist zu verabschieden. Sie beruht auf einer Kategorienverwechslung zwi-

185 So aber *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 127 ff; *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, 170 ff.

186 Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 198; anders gelagert ist die Kritik bei *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 190 f, 311 f.

187 *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 306; tendenziell strenger dagegen *Isensee* in: *Isensee/Kirchhoff*, *HbStR*, § 150 Rn. 87.

188 BVerfGE 24, 367, 389 (zum Eigentum).

189 So der Vorschlag von *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 315.

190 BVerfGE 50, 290.

191 BVerfGE 50, 290, 354.

192 BVerfGE 50, 290, 355.

193 BVerfGE 50, 290, 355.

schen Grundbegriff und Rechtsinstitut und zwischen Rechtsinstitut und seinen Strukturelementen. Sie kann das „dogmatische Zentralproblem grundrechtlicher Institutsgarantien“: „das Spannungsverhältnis zwischen verfassungsrechtlicher Dispositionsbeschränkung des Gesetzgebers einerseits und legislatorischer Gestaltungsfreiheit andererseits“<sup>194</sup> mit der Kernbereichslehre dogmatisch nicht adäquat lösen.

#### (4) Privatautonomie im multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis

Die moderne Grundrechtsdogmatik verortet die Privatautonomie daher im Dreieck zwischen Institutsgarantie bzw. kompetentieller Gewährleistungsdimension der Grundrechte,<sup>195</sup> Abwehrrecht<sup>196</sup> und Schutzpflichten.<sup>197</sup> Bei den Schutzpflichten kann man zwischen rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Schutzpflichten differenzieren: Erstere schützen vor Beeinträchtigungen, die von privaten Akteuren ausgehen, während unter der zweiten Kategorie die (staatlichen) Maßnahmen fallen, mit denen die tatsächlichen Voraussetzungen für die Freiheitsausübung geschaffen werden.<sup>198</sup> Die Auswirkungen dieser Konstruktion zeigt die Bürgschaftentscheidung:<sup>199</sup> Das Urteil, mit dem der Anspruch der Bank gegen die Bürgin abgewiesen wird, ist ein Eingriff in die Vertragsfreiheit der Gläubigerbank, der aufgrund der dem Staat der Bürgin gegenüber geschuldeten Pflicht geprägt ist, deren Selbstbestimmungsrecht zu schützen.<sup>200</sup> Diese Konstruktion wird vom Zivilrecht bereitwillig rezipiert;<sup>201</sup> vielleicht etwas zu schnell.

##### aa) Abwehrrechtliche Konstruktion

Die abwehrrechtliche Konstruktion ist gezwungen, einen Maßstab zu entwickeln, der es ermöglicht, die normativ konstituierten Freiheiten einer verfassungsrechtlichen Prüfung zugänglich zu machen. Da das normativ konstituierte Freirecht als Prüfungsgegenstand ausscheidet, muss man sich die Privatautonomie

194 Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 32.

195 Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 5.

196 Lediglich abwehrrechtlich konstruiert beispielsweise Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 344 ff.

197 Grundlegend Canaris, AcP 184 (1984), 201, 232 ff; Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 28 ff; vertiefend zum Ganzen Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 304 ff; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 199 ff; grundlegende Kritik vom Standpunkt eines grundrechtsautonomen Privatrechts: Diederichsen, Jura 1997, 57 ff; Diederichsen, AcP 198 (1998), 171 ff.

198 Siehe Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, 422; Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 97 ff, 100 ff.

199 BVerfGE 89, 214.

200 Vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, 30 ff; ähnlich Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 52 ff; eingehend Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 335 ff.

201 Statt vieler Weller, Die Vertragstreue, 2009, 174 ff; kritisch aber Wagner, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 70 f.

„irgendwie“ abstrakt denken. Für das Abwehrrecht muss aus dem einfachen Recht „ein allgemeiner abstrakter Freiheitsgegenstand extrapoliert werden, gegenüber dem die konkreten Ausgestaltungen als Eingriff thematisiert werden können“<sup>202</sup>. Die Vertragsfreiheit wird damit im Ergebnis zu einer „natürlichen Freiheit“.<sup>203</sup> Das geht nicht ohne Rekurs auf grundrechtstheoretische Vorverständnisse.<sup>204</sup> Das meistens unausgesprochene Modell dafür ist die *Schmitt'sche* Konzeption der Eigentumsfreiheit.<sup>205</sup> Das Eigentum findet danach in § 903 BGB seine charakteristische Prägung.<sup>206</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat zwar klar gestellt, dass die von § 903 BGB umschriebene Rechtsstellung des einzelnen Eigentümers nicht inhaltsgleich mit dem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff ist.<sup>207</sup> Es hat aber gerade anhand des Eigentums den außerrechtlichen Schutzgrund der Eigentumsfreiheit entwickelt:

*„Das Eigentum ist ein elementares Grundrecht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht. Ihm kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen.“<sup>208</sup>*

Das Gericht bindet das normgeprägte „Eigentum“ in den Zusammenhang der Autonomiegrundrechte ein und stellt es als thematisch herausgehobene, in Struktur und Schutzwirkung aber gleichartige Gewährleistung neben die anderen grundrechtlichen Gewährleistungen von Handlungsfreiheit und Personenentfaltung.<sup>209</sup> Der personale Charakter der Eigentumsgewährleistung wird dadurch zum maßgeblichen Prüfstein gesetzlicher Gestaltungskompetenz.<sup>210</sup> Am Ende steht eine verblüffend einfache Gleichung: „Eigentum ist Freiheit.“<sup>211</sup> Konsequenz davon ist, dass der Begriff des von der Verfassung gewährleisteten Eigentums aus der Verfassung selbst gewonnen werden muss.<sup>212</sup> Es gibt also losgelöst vom einfach-rechtlichen Eigentum einen verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff „an sich“.<sup>213</sup> Weil es aber einen apriorischen, natürlichen oder übergesetzlichen

202 Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 137.

203 Vgl. die Konzeption von Enderlein, Rechtspatrialismus und Vertragsrecht, 1996, 83 ff; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 311 f; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, 485; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 201 ff.

204 Eingeräumt von Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 201.

205 Vgl. dazu sehr kritisch Subr, EuGRZ 1984, 529, 532.

206 So jetzt Depenheuer in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 33.

207 BVerfGE 58, 300, 335 f.

208 BVerfGE 24, 367, 389.

209 Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 264; Sieckmann in: Friauf/Höfling, GG, Art. 14 Rn. 16.

210 Allg. Ansicht, vgl. Wieland in: Dreier, GG, Art. 14 Rn. 30; Depenheuer in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 12 ff; Papier in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 1.

211 Leisner in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 173 Rn. 2.

212 BVerfGE 58, 300, 335.

213 Depenheuer in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 34.

Rechtsbegriff von Eigentum nicht geben kann,<sup>214</sup> muss man sich anderweitig behelfen. Hier bot sich § 903 BGB als Modell auch für den verfassungsrechtlichen Begriff an: Eigentum ist danach eine umfassende Herrschafts- und Verfügungsbefugnis des Einzelnen.<sup>215</sup> Einfacher gesagt: „natürlich abgegrenztes Eigentum“ sei anzuerkennen.<sup>216</sup> Damit wird Eigentum aber zum vorkonstitutionellen Rechtsbegriff.<sup>217</sup> Das Bundesverfassungsgericht ist soweit freilich nicht gegangen. Der konkrete Bestand an Eigentum zu einem bestimmten Zeitpunkt ermittelt sich aus der Zusammenschau aller in diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften. Ergibt sich hierbei, dass der Eigentümer eine bestimmte Befugnis nicht hat, so gehört diese nicht zu seinem Eigentumsrecht.<sup>218</sup> Der eigentlich autonome verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff wird damit doch wieder in einen Begriff nach Maßgabe des einfachen Rechts zurückverwandelt.<sup>219</sup> Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist dadurch von vornherein durch die Sozialbindung des Art. 14 Abs. 2 GG und die – ihrerseits verfassungsrechtlich beschränkte – Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers definiert.<sup>220</sup> Das Eigentum ist nicht das Recht isolierter Individuen, sondern von Anfang an als gemeinschaftsgebundenes Recht gedacht.<sup>221</sup> Wer das kritisiert und sich auf den Autonomiegedanken beruft, übersieht, dass dieser allenfalls erklärt, dass man mit einer Sache im Verhältnis zu sich nach eigenem Belieben verfahren darf. Daraus lässt sich aber gerade nicht folgern, dass man mit derselben Sache im Verhältnis zu Dritten auch so verfahren und diese insbesondere von der Benutzung ausschließen darf.<sup>222</sup> Auch das Recht an einer Sache ist ein Recht gegenüber Personen.<sup>223</sup> Das Eigentum als subjektives Recht verleiht dem Träger subjektive Rechte über andere.<sup>224</sup>

Im Ausgangspunkt ähnlich wird auch die Privatautonomie auf einen verfassungsrechtlichen Begriff „an sich“ zurückgeführt.<sup>225</sup> Das abwehrrechtliche Modell setzt die Konstruktion eines außer- oder vorrechtlichen Schutzbereichs voraus, dass einen inneren Zusammenhang mit den Zielen oder Schutzgegenständen des

214 Zutreffend *Depenheuer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 31.

215 *Depenheuer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 33; *Leisner* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 173 Rn. 10.

216 *Leisner* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 173 Rn. 14 ff, 19.

217 *Wieland* in: Dreier, GG, Art. 14 Rn. 28.

218 BVerfGE 58, 300, 338; *Wieland* in: Dreier, GG, Art. 14 Rn. 25.

219 *Papier* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 38.

220 *Bryde* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 14 Rn. 12 GG; sehr kritisch dazu *Depenheuer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 35 ff.

221 *Wieland* in: Dreier, GG, Art. 14 Rn. 27.

222 *Bumke*, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 36.

223 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 135, der das subjektive Recht freilich von seiner Pflichtenseite her rekonstruierte.

224 Vgl. *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (1963), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 124, 135.

225 Siehe *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, 78 ff.

normgeprägten Grundrechts hat.<sup>226</sup> Das ist bei der Privatautonomie der Autonomiegedanke. Darauf hat das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlich vorgegebenen Inhalt von Privatautonomie mehrfach zurückgeführt: Privatautonomie sei das „Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen“<sup>227</sup>; „Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die Privatautonomie als ‘Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben’“<sup>228</sup> und es gewährleiste dem Einzelnen „das Recht, Verträge grundsätzlich so abzuschließen, wie er es wünscht“.<sup>229</sup> Den Ausschluss der Testierfähigkeit schreibunfähiger Stummer prüfte es anhand der „für die Testamentserrichtung erforderliche[n] Einsichts- und Handlungsfähigkeit“<sup>230</sup>. Das konnte kein systeminterner rechtlicher Maßstab sein: Das einfache Recht verneinte genau diese Frage. Indem das Gericht darauf hinwies, dass es schreib- und sprechunfähige Personen gebe, die über die für eine Testamentserrichtung erforderliche intellektuelle und physische Selbstbestimmungsfähigkeit verfügten,<sup>231</sup> stellte es für seine freiheitsrechtliche Prüfung auf einen Faktor in der Umwelt des Rechts ab. Damit war die Konzeption einer normativen Freiheit verlassen und das Reich „natürlicher Freiheiten“ betreten. Im Ergebnis wird die Privatautonomie als Spezialform individueller Handlungsfreiheit auf die Konzeption negativer Freiheit zurückgeführt<sup>232</sup> und damit „als ein apriorisches Freiheitsrecht hypostasiert“<sup>233</sup>. Mit der Selbstbestimmung ist gemeint, dass der Einzelne selber wählen kann, Zwecke in bestimmter Weise zu verwirklichen oder nicht zu verwirklichen.<sup>234</sup> Die Privatautonomie ist nach diesem Verständnis elementares Mittel der freien Entfaltung der *Persönlichkeit* und dient dem Schutz der Menschenwürde.<sup>235</sup> Das ist, wenn man es wörtlich nähme, natürlich zu einfach gedacht: „Man kann heute eine Sache versprechen, an die man sich morgen nicht mehr halten möchte – das ist Willkür.“<sup>236</sup> Es wird also als selbstverständlich vorausgesetzt, dass Privatautonomie auch Selbstbindung bedeutet.<sup>237</sup> Dagegen machte bereits Radbruch geltend, dass der Vertragswille der Wille sei, sich zu binden, aber diese Bindung selbst nicht herstellen könne.<sup>238</sup> Konsequent zu Ende gedacht, ist die mit dem Vertrag einhergehende, aber von der Rechtsordnung bewirkte *zukünftige* Bindung eine Begrenzung der Vertrags-

226 Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 20 f.

227 BVerfGE 72, 155, 172.

228 BVerfGE 89, 214, 231.

229 BVerfGE 95, 267, 303 f.

230 BVerfGE 99, 341, 351.

231 BVerfGE 99, 341, 354.

232 Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 201 f.

233 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 17.

234 Enderlein, Rechtspatriernalismus und Vertragsrecht, 1996, 84; kritisch zu diesen apriorischen Begründungsansätzen aus der Menschenwürde Bäuerle, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, 343 ff.

235 Canaris, JZ 1987, 993, 994.

236 Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 22 f.

237 Zu den Konstruktionsansätzen dazu Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 24 ff.

238 Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), 2003, 137.

freiheit, weil dem Grundrechtsträger in der Zukunft Wahlmöglichkeiten ver спerrt sind.<sup>239</sup> Der Gedanke autonomer Selbstbestimmung als *alleiniger apriorischer Geltungsgrund* der Privatautonomie führt in die Irre. Er fokussiert sich auf das einzelne Individuum und übersieht dabei den sozialen Kontext seiner Freiheitsausübung.<sup>240</sup> Nicht, dass der erste Aspekt zu vernachlässigen sei, im Gegen teil. Selbstbestimmung hat verschiedene rechtlich *abgrenzbare* Aspekte.<sup>241</sup> Privatautonomie sichert die Autonomie des Privaten und sie ermöglicht die Autonomie mehrerer Privater. Der Schutz der Privatsphäre ist ein Aspekt von Privatautonomie.<sup>242</sup> Privatautonomie ist aber nicht identisch mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.<sup>243</sup> Privatautonomie betrifft daneben auch den Einzelnen in seiner sozialen Stellung. Privatautonomie ist hier eine Funktionsvoraussetzung für das Privatrecht als Recht der Gesellschaft. Das Bundesverfassungsgericht betonte diesen Zusammenhang in der Handelsvertreterentscheidung:

*„Berufliche Tätigkeit, für die Art. 12 Abs. 1 GG den erforderlichen Freiraum gewährleistet, dient nicht nur der personalen Entfaltung des arbeitenden Menschen in der Gesellschaft, den meisten Bürgern gewährleistet sie vor allem die Möglichkeit, sich eine wirtschaftliche Grundlage ihrer Existenz zu schaffen. Dazu ist es regelmäßig erforderlich, Bindungen auf Zeit oder auf Dauer einzugehen. Im Rahmen des Zivilrechts geschieht das typischerweise durch Verträge, in denen sich beide Vertragsteile wechselseitig in ihrer beruflichen Handlungsfreiheit beschränken, und zwar im Austausch mit der ausbedungenen Gegenleistung. Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich.“<sup>244</sup>*

Aus der Selbstbestimmung des Einzelnen wird die wechselseitige Freiheitsbeschränkung durch Recht.<sup>245</sup> Der Vertrag ist das maßgebliche rechtliche Instrument „zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns *in Beziehung zu anderen*“.<sup>246</sup> Damit bestimmen *die Vertragspartner selbst*, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.<sup>247</sup> Privatautonomie bekommt dadurch eine interpersonale Prägung. Gera de die Vertragsfreiheit zeigt, dass die Freiheit zur rechtlichen Bindung nur über die Bereitschaft eines anderen möglich ist, sich dieser Bindung auszusetzen. Die wechselseitige Bindung, von der das Bundesverfassungsgericht spricht, ist aber ausschließlich eine Leistung des (einfachen) Rechts. Erst das Recht ermöglicht es

239 Enderlein, Rechtspatrialismus und Vertragsrecht, 1996, 85 ff.

240 Dazu bereits oben § 8 II 3.

241 Kroppenbergs, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 177.

242 Dazu unten § 8 III 3 b).

243 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 303; Kroppenbergs, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 178 ff.

244 BVerfGE 81, 242, 254.

245 Vgl. auch BVerfGE 103, 89, 100: „Wechselseitige Bindung und Freiheitsausübung finden so ihre Konkretisierung.“

246 BVerfGE 114, 1, 34 (Hervorhebung hinzugefügt).

247 BVerfGE 103, 89, 100; BVerfGE 114, 1, 34.

den Beteiligten zu wissen, mit welchen Erwartungen sie sozialen Rückhalt finden und mit welchen nicht.<sup>248</sup> Daraus lässt sich kein gemeinsamer „abstrakter“ Freiheitsgegenstand mehr extrapolieren. Außerhalb des Rechts existiert diese Bindung – als rechtliche – einfach nicht. Weder die Vertragsfreiheit, noch die Testierfreiheit oder die Vereinigungsfreiheit sind Spezialformen individueller (negativer) Handlungsfreiheiten. Ohne rechtliche Regelung gibt es keinen Freiheitsgegenstand. Eine rechtliche Regelung oder Nichtregelung kann daher nicht Freiheitshindernis sein. Die Behauptung des Bundesverfassungsgerichts, der Staat habe die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren,<sup>249</sup> kann daher abwehrrechtlich nicht erklärt werden.

Wer dem abwehrrechtlichen Modell folgt und eine „abstrakte“ Privatautonomie zu finden in der Lage ist, muss diese mit Inhalt füllen. Das ist ein Akt schöpferischer Grundrechtsinterpretation.<sup>250</sup> Im Prinzip ist eine formale und eine materiale Interpretation dieser vorrechtlichen Privatautonomie möglich. Die formale Konzeption geht von einem subjektiven *prima facie* Recht auf Einräumung einer möglichst umfassenden Kompetenz zur rechtlichen Gestaltung nach autonom gesetzten Präferenzen aus.<sup>251</sup> Damit bildet die klassisch liberale Konzeption einer beschränkungsfreien formal-abstrakten Gleichheit das verfassungsrechtliche Modell der Privatautonomie.<sup>252</sup> „Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat.“<sup>253</sup> Die Konsequenz daraus: Einschränkungen der Befugnis oder rechtlichen Möglichkeit, sich rechtsgeschäftlich zu betätigen oder ein Unternehmen nach eigenen Vorstellungen zu führen, sind Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>254</sup> Kontrahierungspflichten sind daher rechtfertigungsbedürftig.<sup>255</sup> Dasselbe gilt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen.<sup>256</sup> Die Begrenzung befristeter Arbeitsverhältnisse bedarf als staatlicher Eingriff in die Privatautonomie einer gesetzlichen Grundlage, die sich ihrerseits als verfassungsgemäß erweisen muss.<sup>257</sup>

248 Lubmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 131 f.

249 BVerfGE 81, 242, 254.

250 Vgl. Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 201 f, der das „Schöpferische“ daran freilich nicht sieht.

251 Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 44.

252 Siehe etwa die Darstellung von Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 44 f; Enderlein, Rechtspatrialismus und Vertragsrecht, 1996, 85; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, 484 f; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 202 ff.

253 BVerfGE 103, 89, 100; BVerfGE 114, 1, 34.

254 BVerfG GRUR 2001, 266 f.

255 BVerfG GRUR 2001, 266 f; Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 91.

256 BVerfGE 70, 115, 123.

257 BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 51.

## bb) Schutzpflichtendimension

Ironischerweise ist die apriorische Freiheiten konstruierende Grundrechtsdogmatik von ihren eigenen Prämissen eingeholt worden. Privatautonomie und Vertragsfreiheit finden Grund und Grenze im Gedanken der selbstverantwortlichen Lebensgestaltung der Persönlichkeit.<sup>258</sup> Wenn Privatautonomie also auf dem Prinzip der Selbstbestimmung des Einzelnen (!) beruht, setzt sie voraus, dass die Bedingungen freier Selbstbestimmung auch tatsächlich gegeben sind:<sup>259</sup>

„Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.“<sup>260</sup>

Die Zivilrechtsordnung muss „Korrekturen“<sup>261</sup> zugunsten der materialen Privatautonomie ermöglichen. Den Gesetzgeber und den Rechtsanwender trifft dann eine Schutzpflicht, „für eine rechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der davon betroffenen Vertragsparteien zu sorgen, die ihren Belangen hinreichend Rechnung trägt.“<sup>262</sup> Damit kommt es zu einem Dreiecksverhältnis zwischen beiden am Vertrag beteiligten Akteuren und dem Staat.<sup>263</sup> Christian Callies hat es so beschrieben:

„Es entsteht auf diese Weise ein grundrechtlich determiniertes Dreieck zwischen dem Staat an der Spitze, dem Betroffenen privaten Handelns (auch „Opfer“ genannt), dem ein grundrechtlicher status positivus in Form eines Rechts auf Schutz zukommt, am Ende des einen Schenkels und dem Begünstigten (auch „Störer“ genannt), welchem ein status negativus in Form eines Rechts auf Eingriffsabwehr zusteht, am Ende des anderen Schenkels. Der Boden des Dreiecks, der das Verhältnis zwischen den Privaten, zwischen Betroffenem und Begünstigtem beschreibt, wird von den Grundrechten, denen nach heute ganz herrschender Auffassung keine unmittelbare Drittewirkung zukommt, nur mittelbar, d. h. über die Auslegung der einfachen Gesetze, bestimmt.“<sup>264</sup>

Abwehrrecht und Schutzpflicht beziehen sich auf dasselbe grundrechtliche Schutzgut, verkörpern im „multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis“ aber gegenläufige Dimensionen eines Grundrechts.<sup>265</sup> Das kann man anhand von Gleichbehandlungspflichten und Diskriminierungsverboten verdeutlichen. Nach dem

258 Hesse, Verfassungsrecht & Privatrecht, 1988, 37.

259 BVerfGE 81, 242, 254 f; BVerfGE 103, 89, 100.

260 BVerfGE 81, 242, 255.

261 BVerfGE 89, 214, 231.

262 BVerfGE 114, 1, 35. Vgl. Höfling in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 2 Rn. 48; eingehend zur Schutzpflichtenkomponente der Privatautonomie Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 326 ff.

263 So schon Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 52 ff.

264 Callies, JZ 2006, 321, 326.

265 Callies, JZ 2006, 321, 326.

abwehrrechtlichen Verständnis sind sie Eingriffe in die Privatautonomie der Person, die ungleich behandeln will. Sie sind *prima facie* Verletzungen des subjektiven negativen Freiheitsrechts zur Ungleichbehandlung. Unterstellt man, dass aus Art. 3 GG Schutzpflichten fließen können,<sup>266</sup> hat der ungleich Behandelte ein subjektives öffentliches Recht gegen den Staat, gegen diese Ungleichbehandlung einzuschreiten, weil sie sein verfassungsrechtliches Recht auf Freiheit vor Diskriminierung beim Zugang zum Vertrag verletzt. Bei der Wahrnehmung seiner Schutzaufgabe gerät der Staat aufgrund der grundrechtlichen Abwehrdimension an die Grenzen seiner Möglichkeiten. Er ist in einer „Zwickmühle“, weil er gleichzeitig grundrechtlichen Schutzpflichten und Abwehrrechten genügen muss.<sup>267</sup> Das Problem dieser Konstruktion besteht darin, dass es nach dem rechtstaatlichen Verteilungsprinzip eine Vermutung für die Freiheit und gegen den Eingriff gibt. Der Charakter eines Grundrechts als Abwehrrecht steht fest. Die Schutzpflichtdimension ist dagegen begründungsbedürftig. Abwehrrechte lassen sich als zu optimierende Gebote auffassen. Bei einer Schutzpflicht hat der Gesetzgeber dagegen einen weiten Gestaltungsspielraum.<sup>268</sup> Er ist dabei lediglich an das Untermaßverbot gebunden.<sup>269</sup> Die Spielregeln sind also so ausgestaltet, dass die Präponderanz der Freiheit regelmäßig gewinnen wird.<sup>270</sup> Abgesehen davon teilt die Teilkonstruktion des verfassungsrechtlichen Schutzes der Privatautonomie über Schutzpflichten den Grundfehler der abwehrrechtlichen Komponente: Es gibt kein vorgegebenes Schutzgut. Die Schutzpflicht übernimmt nicht die Aufgabe, das Schutzgut erst zu konstituieren, sie setzt es vielmehr voraus.<sup>271</sup> „Ihr Thema ist nicht der Inhalt des Schutzguts, sondern seine Unversehrtheit.“<sup>272</sup> Dieses Problem löst die kreative Grundrechtsdogmatik, indem sie die Institutsgarantie reaktiviert.<sup>273</sup> Das liegt nahe, weil Rechtsinstitutsgarantien mit dem grundrechtlichen Rechtsdreieck eine Parallele zu den Schutzpflichten aufweisen.<sup>274</sup> Allerdings erfolgt die Berücksichtigung der konträren Grundrechtsinteressen bei der Einrichtungsgarantie auf der Ebene des Schutzbereichs. Der Gesetzgeber ist

266 Für Art. 3 Abs. 2 GG bejaht, BVerfGE 89, 276, 286; BVerfGE 109, 64, 89; für die übrigen Merkmale bejahend *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 f; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 ff; *Uerpman-Wittzack*, ZaöRV 68 (2008), 359, 364 ff; *Sachs* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 182 Rn. 144; strikt dagegen *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 111 Rn. 96.

267 *Callies*, JZ 2006, 321, 326.

268 BVerfGE 89, 276, 285 f; BVerfGE 109, 64, 90 (jeweils zur Berücksichtigung von Diskriminierungsverboten wegen des Geschlechts).

269 *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, 55 (zur Vertragsfreiheit).

270 Siehe dazu *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 111 Rn. 18 ff.

271 *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 111 Rn. 94.

272 *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 111 Rn. 94.

273 Siehe *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 338.

274 *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 424.

dort nicht nur Beschützer (aus Sicht der Schutzpflicht) oder Bedroher (aus Sicht des Abwehrrechts), sondern Ermöglicher des Ausgleichs durch Recht.<sup>275</sup>

### cc) Ausgestaltungsmodell

Überzeugender ist es daher, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ermöglichung und Sicherung von Privatautonomie insgesamt als grundrechtliche Gestaltungsaufgabe zu begreifen.<sup>276</sup> Dieser Ansatz ist nicht darauf angewiesen, vorrechtliche Schutzzhalte der Privatautonomie zu postulieren. Er vermeidet für die Fallgruppe (c)<sup>277</sup> die im Modell Rechtsinstitut-Abwehrrecht erforderliche Abgrenzung, um die unterschiedlich stark ausgeprägte Prüfintensität einer Ausgestaltung im Vergleich zum Eingriff<sup>278</sup> zu bestimmen.<sup>279</sup> Nach *Ruffert* liegt eine Ausgestaltung vor, wenn der Gesetzgeber „auf eine Verbesserung, Sicherung oder gar Erweiterung der Möglichkeiten für privatautonomes Handeln“ ziele.<sup>280</sup> Das ist bei Gleichbehandlungsansprüchen der Fall, wenn man auf die Person des ungleich Behandelten abstellt. Fokussiert man den Blick dagegen auf den ungleich Behandelnden, liegt die Einordnung als Eingriff in das Abwehrrecht näher. Schon dieses einfache Beispiel zeigt, dass die Abgrenzung unter gleichbehandlungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht funktioniert.

Das überrascht nicht. Außerrechtliche Erklärungsansätze wie die „Selbstbestimmung des Einzelnen“ bleiben bedeutungslos, solange die Rechtsordnung sich ihnen gegenüber nicht öffnet.<sup>281</sup> Das tut sie aber erst, indem das Recht dem Einzelnen Handlungskompetenzen zur Verfügung stellt. Ohne diese Rechtsmacht kann der Einzelne keine rechtsverbindliche Handlung vornehmen. Diese Zuweisung erfolgt über das subjektive Recht. Privatautonomie ist vom Standpunkt des subjektiven Rechts her zu begreifen. Es dient nach traditioneller Auffassung der Aufrechterhaltung der Freiheit des Einzelnen in der Gesellschaft.<sup>282</sup> Darin kommt zum Ausdruck, dass „das Privatrecht das Recht der voneinander unabhängigen,

275 Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, 424 f; vgl. auch Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, 241 f.

276 Dazu eingehend Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 21 ff.

277 Dazu oben § 8 III 1 c) (1). Anders ist für die Fälle in Gruppe (a) zu entscheiden, dazu näher Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, 367 ff; Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 46 ff.

278 Siehe dazu Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 104 ff; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 650 ff; Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 83.

279 So Jarass, AÖR (120) 1995, 345, 367 ff; Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, 77 f; gegen die Exklusivität von Ausgestaltung und Eingriff aber Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 666 ff.

280 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 316 f.

281 Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 17 f.

282 Vgl. Coing, Subjektives Recht, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959, 7, 22.

nach ihren eigenen Entschlüssen handelnden Rechtsgenossen“ sei.<sup>283</sup> Diese Beschreibung geht von einer atomistischen Person aus, die nicht einmal für die Kategorie subjektiver Rechte als „Herrschaftsrechte“<sup>284</sup> wie das Eigentum passt.<sup>285</sup> Subjektive Rechte regeln immer das Verhältnis zu Personen: entweder gegenüber allen Personen (absolute Rechte) oder gegenüber bestimmten Personen (relative) Rechte. Sie sind das Vehikel, um einen *außerrechtlichen* Individualwillen („natürliche Freiheit“) in das Rechtssystem einzuführen.<sup>286</sup> Subjektive Rechte sind Zuteilung von Macht: Die „Akte zur Begründung konkreter Rechtsverhältnisse, durch die ein Rechtsinstitut verwirklicht wird, und die wir als aus freiem Willen vollzogene Rechtsgeschäfte qualifizieren, [sind] Handlungen, durch die Macht ausgeübt und rechtlich gesichert wird“.<sup>287</sup> Daher haben sie die Möglichkeit zur Ungerechtigkeit „eingebaut“, weil sie „eine Juridifizierung von Willkür“<sup>288</sup> sind:

*Im Rahmen seiner subjektiven Rechte kann jedermann nach Belieben handeln: seine Motive werden rechtlich nicht kontrolliert; und wenn man dies einschränken will, muß (und kann) man dem Vorhaben die Rechtsform einer Einschränkung der subjektiven Rechte geben.*<sup>289</sup>

Das liegt an ihrem entscheidenden Merkmal: Subjektive Rechte sind nicht-reziprok.<sup>290</sup> Dem Recht der einen Seite korrespondiert nur eine Pflicht der anderen Seite. Dem einzelnen subjektiven Recht steht kein Gegenrecht mit entsprechenden Gegenpflichten gegenüber. Das subjektive Recht wird zum zentralen Inklusionsmechanismus des Einzelnen in die jeweiligen Funktionsbereiche des Rechts: als subjektives Mitgliedschaftsrecht in die Organisationsbildung, über die Vertragsfreiheit als beliebige Wahl von Leistungsverknüpfungen mit anderen<sup>291</sup> und als Eigentumsgrundrecht an dem Kommunikationssystem der Wirtschaft<sup>292</sup>. Diese Entlastung von einer unmittelbaren Pflichtbindung macht die Modernität des subjektiven Rechts aus. Nur dadurch genügt es den komplexen Anforderungen, den Einschluss/Ausschluss von Personen in die verschiedenen Funktionsbereiche der Gesellschaft zu organisieren. Andererseits ist Reziprozität als Ausbalancierung von Rechten und Pflichten für das Bestehen einer Gesellschaft konstitutiv.<sup>293</sup> Das hat Raiser klar diagnostiziert:

283 Coing, Subjektives Recht, in: Coing/Lawson/Grönfors, Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, 1959, 7, 22.

284 Raiser, JZ 1961, 465, 467 ff.

285 Siehe dazu oben § 8 III 1 c) (4) aa).

286 Wiersch, Freiheit und Funktion, 2001, 106.

287 Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (1963), in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 124, 135.

288 Lubmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 291.

289 Lubmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 291.

290 Dazu eingehend Wiersch, Freiheit und Funktion, 2001, 64 ff.

291 Wiersch, Freiheit und Funktion, 2001, 65.

292 Lubmann, Grundrechte als Institution, 1965, 120, 122 f.

293 Wiersch, Freiheit und Funktion, 2001, 69.

„Faßt man [das Privatrecht] nur als ein System subjektiver Rechte des Einzelnen zur Sicherung seiner Freiheitssphäre auf, so leistet man einer individualistischen Isolierung der Rechtsgenossen Vorschub. Ethisch und politisch gleich wichtig wie die Anerkennung solcher Rechtsstellungen ist es, den Einzelnen auch durch das Recht in die ihn umgreifenden, mit anderen verbindenden, als Ordnungsgefüge geregelten Wirkungszusammenhänge einzufügen [...].“<sup>294</sup>

Dieses Ziel kann man entgegen *Raiser* nicht mit einer immanenten Pflichtenbindung des subjektiven Rechts erreichen,<sup>295</sup> will man die damit erreichte Modernität nicht wieder preisgeben.<sup>296</sup> Indem die Rechtsordnung den privaten Akteuren Kompetenzen zur Begründung subjektiver Rechte einräumt, muss sie gleichzeitig dafür sorgen, dass die fehlende Bindung des Rechts durch das Recht wieder hergestellt wird. Es geht also darum, mit rechtlichen Mitteln Reziprozitäten zu rekonstruieren. Das macht es erforderlich, subjektive Rechte zu komplexen Rechtsfiguren zusammenzufassen.<sup>297</sup> Oder, um mit *Raiser* zu sprechen: Ziel ist es „den rechten Gebrauch der Macht zu organisieren, um aus dem bloßen Nebeneinander der Individuen ein fruchtbares Miteinander von Rechtsgenossen zu machen.“<sup>298</sup> Die Aufgabe des Rechts besteht dann darin, mit subjektiven Rechten Förderer und mit Gleichbehandlungsrechten als „Zugangsrechten“<sup>299</sup> Kontrolleur anderer Funktionsbereiche, vor allem des Wirtschaftssystems zu sein.<sup>300</sup> Das Recht muss Autonomien zulassen und sich zugleich die Kontrolle darüber auf prozedurale Weise vorbehalten.<sup>301</sup> Die Kontrolle kommt also nicht von außen, sondern wird vom Recht selbst generiert, indem es sich die Frage nach den Funktionen der Freiheitsrechte stellt.<sup>302</sup> Dafür wird es auch von der juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit sensibilisiert.<sup>303</sup> In der sich daran anschließenden „Recht-Fertigung“<sup>304</sup> geht es darum festzustellen, ob und inwieweit das Recht seine Funktionsvoraussetzungen – Sicherung der gleichen Freiheit und freien Gleichheit – in den Wettbewerb verlagern kann.<sup>305</sup> Damit hat man das notwendige rechtstheoretische Rüstzeug zusammen, um die grundrechtsdogmatische Ausgestaltungslehre der Privatautonomie zu erklären.

294 *Raiser*, JZ 1961, 465, 472.

295 So *Raiser*, JZ 1961, 465, 472.

296 *Wiersch*, Freiheit und Funktion, 2001, 70 f.

297 *Wiersch*, Freiheit und Funktion, 2001, 64.

298 *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (1963), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 124, 135.

299 Siehe oben § 8 II 3 b).

300 Vgl. *Wiersch*, Freiheit und Funktion, 2001, 99.

301 Siehe *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: *Joerges/Teubner*, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13, 18.

302 *Wiersch*, Freiheit und Funktion, 2001, 99 f.

303 Siehe oben II 3.

304 *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: *Joerges/Teubner*, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13, 18.

305 Dazu *Wiersch*, Freiheit und Funktion, 2001, 101 f.

Privatautonomie ist wegen ihres sozialen Bezugs notwendigerweise begrenzt und bedarf der rechtlichen Ausgestaltung.<sup>306</sup> Diese Aufgabe hat das Bundesverfassungsgericht in der Bürgschaftsentscheidung plastisch beschrieben:

*„Privatrechtsordnungen bestehen deshalb aus einem differenzierten System aufeinander abgestimmter Regelungen und Gestaltungsmittel, die sich in die verfassungsmäßige Ordnung einfügen müssen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Privatautonomie zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers stünde und ihre grundrechtliche Gewährleistung infolgedessen leerliefe. Vielmehr ist der Gesetzgeber bei der gebotenen Ausgestaltung an die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden. Er muß der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen.“<sup>307</sup>*

*„Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellt sich dem Gesetzgeber ein Problem praktischer Konkordanz. Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenseitige Ziele verfolgen. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.“<sup>308</sup>*

Die Grenzen des Ausgestaltungsspielraums lassen sich dem GG entnehmen. Dazu gehört vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. An dieser Stelle spielen die mit der Privatautonomie verfolgten Ziele eine erhebliche Rolle. Dazu zählt einmal die Sicherung autonomer Entscheidungen.<sup>309</sup> Darunter kann man dann sowohl formale wie materiale Autonomie verstehen und bereits auf dieser Ebene zum Ausgleich bringen. Die künstliche Aufspaltung in ein Abwehrrecht und eine Schutzpflicht erübrigts sich. Man muss § 123 BGB dann nicht als Erfüllung einer Schutzpflicht auffassen, die das Abwehrrecht des Täuschenden begrenzt,<sup>310</sup> sondern als Sicherung beiderseitiger Autonomie. Daneben hat die Ausgestaltung auf die Privatautonomie als Element einer funktionsfähigen Rechtsordnung insgesamt Rücksicht zu nehmen.<sup>311</sup> Freiheitsgrundrechte sichern nämlich die Teilnehmerrolle des Einzelnen an den Kommunikationssystemen des jeweiligen Funktionsbereichs.<sup>312</sup> Bei der Vertragsfreiheit ist es regelmäßig das Wirtschaftssystem, bei der Testierfreiheit dagegen die Familie. In allen Fällen ist es zentrales Anliegen der Privatautonomie jedem die gleiche Teilnehmerrolle zu sichern.<sup>313</sup> Dafür reicht gleiche Rechtsfähigkeit nicht aus. Das zweite Freiheitsproblem („Materialisierung“) und das zweite Gleichheitsproblem („Gleichbehandlung“) zwingen zu Fortentwicklung von Paradigmen im Recht: In beiden Fällen steht die Rechtsord-

306 BVerfGE 89, 214, 231.

307 BVerfGE 89, 214, 231.

308 BVerfGE 89, 214, 232.

309 Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 59 ff.

310 So aber Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 97.

311 Bumke, Die Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, 69 ff.

312 Vgl. Lubmann, Grundrechte als Institution, 1965, 120, der damit den Eigentumsschutz erklärt.

313 Dazu bereits oben § 2 III.

nung vor der Aufgabe, die vom subjektiven Recht des einen Akteurs ausgehende Gestaltungsmacht durch ein gleichgewichtiges Gegenrecht des anderen Akteurs einzugrenzen. Es geht dabei immer um widerstreitende Privatautonomie mehrerer Akteure. Sowohl die Privatautonomie des Einen als auch die (positive) Freiheit des Anderen sind „*Facetten von Privatautonomie*.“<sup>314</sup>

Dass die Berücksichtigung von Gleichbehandlungsgeboten bei der Ausgestaltung der Privatautonomie zulässig ist, folgt aus der objektiven Dimension entsprechender Gleichheitsrechte:

*„Der Gesetzgeber muß bei der näheren Ausgestaltung des Erbrechts den grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung wahren und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten. Dazu gehören auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und der spezielle Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.“<sup>315</sup>*

Daran gemessen war der Ausschluss der Testierfähigkeit schreibunfähiger Taubstummer gleichheitswidrig. Er verstieß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil das BGB die letztwilligen Verfügungen verheirateter oder verlobter schreibunfähiger Stummer im Rahmen eines Ehe- und Erbvertrags als wirksam ansah und damit alleinstehende Personen ohne sachlichen Grund benachteiligte. Er verstieß auch gegen das besondere Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, weil das Recht die Lebenssituation behinderter Menschen im Vergleich zu derjenigen nicht behinderter Menschen durch gesetzliche Regelungen verschlechterte und ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthielt, welche anderen offen stehen.<sup>316</sup> Vergleicht man die gleichheitsrechtliche Prüfung mit der freiheitsrechtlichen, stellt man fest, das erstere überzeugender ist. Sie kann darauf verzichten, eine apriorische Freiheit zu behaupten. Stattdessen kann sie unmittelbar an die Ausgestaltung der Privatautonomie im einfachen Recht anknüpfen und diese an normativ eindeutig vorgegebenen gleichheitsrechtlichen Maßstäben messen.

Das Ausgestaltungsmodell kann daher Gleichbehandlungsansprüche ernst nehmen. Sie sind bereits in die Grundstruktur des auszugestaltenden Normkomplexes einzubauen. Dieses Verständnis öffnet das Privatrecht für eine stärkere Berücksichtigung von Gleichbehandlungspflichten. Das hat die Debatte um das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht gezeigt,<sup>317</sup> sofern man dieses aufgrund seiner Herkunft aus dem Unionsrecht überhaupt an deutschen Grundrechten überprüfen kann.<sup>318</sup> Diskriminierungsverbote sind nämlich Bestandteil der objektiv-recht-

314 Röthel, AcP 210 (2010), 32, 43 (im Zusammenhang mit dem Schutz des Erben vor der Testiermacht des Erblassers).

315 BVerfGE 99, 341, 352.

316 BVerfGE 99, 341, 355 ff.

317 Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 365 ff; Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299, 336 ff; Neuner, Vertragsfreiheit, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 73, 83 ff; Reichold, ZfA 2006, 257, 264 ff; anders aber Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 76 ff; Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 145.

318 Dazu Schöbener/Stork, ZEuS 2004, 43 ff.

lichen Vorgaben, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung zu beachten hat und die einen Eingriff in das Abwehrrecht rechtfertigen können.<sup>319</sup> Das hat das Bundesverfassungsgericht zum Geschlecht<sup>320</sup> und zur Behinderung<sup>321</sup> entschieden. Diskriminierungsverbote sichern den Zugang zum konkreten Vertrag.<sup>322</sup> Sie gewährleisten damit jeder Person eine gleiche Teilnehmerrolle am Kommunikationssystem der Wirtschaft. Sie sind Bestandteil einer Privatrechtsordnung, die das zweite Gleichbehandlungsproblem als Aufgabe des Privatrechts angenommen hat. Gleichbehandlungspflichten sind kein „*Begräbnis der Vertragsfreiheit*“,<sup>323</sup> sondern Bestandteil ihrer notwendigen Neukonzeption in einer pluralistischen Gesellschaft.

## 2. Gleichbehandlung und die Trennung von Recht und Moral

Lässt sich der Gleichbehandlungsanspruch als moralisches Prinzip begründen, stellt sich ein Problem, das der Gleichheitsphilosoph vernachlässigen kann, das dem Rechtstheoretiker aber erhebliche Schwierigkeiten bereitet: die Metamorphose einer moralischen Gleichbehandlungspflicht zum Gleichbehandlungsanspruch als Rechtsnorm. Einige Kritiker haben gegen das AGG angeführt, Gleichbehandlungspflichten Privater mögen zwar moralische Verhaltensnormen sein, als Rechtsnormen verstießen sie aber gegen die gebotene Trennung von Recht und Moral und seien deshalb freiheitszerstörend.<sup>324</sup> So sieht *Eduard Picker* die Gefahr,

„dass ein striktes und strikt exekutiertes Gleichbehandlungsgebot im Bereich des Privatrechts eine moralverordnende Intervention in den genuinen Bereich der Selbstbestimmung bedeutet, eine Einnischung damit, die den auf Individualfreiheit gegründeten Staat über kurz oder lang zum freiheitsverdrängenden Tugendstaat wandeln könnte.“<sup>325</sup>

Das ist eine schief formulierte Problembeschreibung. Man muss mehrere Aspekte des Trennungsproblems von Recht und Moral unterscheiden.<sup>326</sup> Grundlage der Argumentation ist die Prämisse, dass Recht und Moral zwei verschiedene Erscheinungsformen sozialer Kommunikation sind. Darauf baut die Definition ei-

319 Siehe näher *Uerpmann-Wittack*, ZaöRV 68 (2008), 359, 366 f; *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 137 ff.

320 BVerfGE 89, 276.

321 BVerfGE 99, 341, 356 f.

322 Oben § 8 II 3 b).

323 So aber *Repken*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 14.

324 Siehe *Ladeur*, 3 German L.J. Rn. 3; *Picker*, JZ 2002, 880; *Säcker*, ZRP 2002, 286 ff; *Picker*, JZ 2003, 540, 541; *Säcker*, ZG 2005, 154 ff; *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 164 f; siehe auch *Reichold*, JZ 2004, 384, 391; polemisch dagegen *Adomeit*, NJW 2006, 2169, 2171 (*political correctness* als verbindliche Rechtsregel).

325 *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 217.

326 Instruktiv zu den damit zusammenhängenden Problemen *Auer*, FS *Canaris*, (Bd. II), 2007, 931 ff.

nes *Rechtsbegriffs* auf, nach dem Recht keine moralischen Elemente einschließt. Diese Trennungsthese ist der gemeinsame Kern positivistischer Theorien.<sup>327</sup> Daher konnte Kelsen behaupten, dass „jeder beliebige Inhalt Recht sein“ könne<sup>328</sup> und Hart verstand unter einem positivistischen Rechtsbegriff „the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so.“<sup>329</sup> Bereits diese Einschränkung verdeutlicht, dass der Begriff „Trennungsthese“ den geschilderten Sachverhalt nicht ganz adäquat trifft. Besser wäre es daher in der Tat von einer „Neutralitätsthese“ zu sprechen.<sup>330</sup> Zentrales Anliegen dieser Neutralitätsthese ist es, die Autonomie des Rechts<sup>331</sup> zu sichern und dadurch seine operative Geschlossenheit<sup>332</sup> herzustellen. Das Konzept von Recht als positiver, von Menschen gesetztes und damit änderbarer (kontingentes) Normenbestand hat sich als Gegenbegriff zum älteren europäischen Naturrecht entwickelt, das im Grundsatz von der natürlichen Rechtsauffassung ausging, nach der Recht nicht kontingent war, sondern aufgrund des Willens einer höheren Ordnung („Gott“) galt.<sup>333</sup> Die Entkoppelung von Recht und Moral hat sich erst um 1800 durchgesetzt<sup>334</sup> und ist im Lauf des 19. Jahrhunderts zum Signum des Rechtspositivismus geworden.<sup>335</sup> „Der Rechtspositivismus befreite die Rechtswissenschaft von den Interventionen durch Theologie und Moralphilosophie.“<sup>336</sup> Er verbannte aber nicht den Einfluss moralischer Erwägungen aus dem Recht. Das Trennungsargument steht als solches einer ausdrücklichen Verrechtlichung möglicherweise umstrittener moralischer Prinzipien im positiven Recht nicht entgegen. Dass moralische Grundsätze in Normen des positiven Rechts inkorporiert werden können und damit aus einer Sollensordnung (der Moral) in eine andere (das Recht) wechseln können, ist rechtstheoretisches Gemeingut.<sup>337</sup> Beispielsweise schrieb Hart, dass

„the existence and the content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs) without reference to

327 Siehe Dreier, NJW 1986, 890; Hoerster, NJW 1986, 2480f; Gardner, 46 Am. J. Juris. 199-202 (2001); Alexy, 2004, 15ff.

328 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, 201.

329 Hart, The Concept of Law, 1994, 185f (Hervorhebung hinzugefügt).

330 So Hoerster, Was ist Recht?, 2006, 71.

331 Schauer, 90 Va. L. Rev 1909, 1943 (2004) „an important part of the positivist program is the concern with the autonomy of the law“.

332 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 38ff; siehe dazu bereits oben § 8 II 1a).

333 Vgl. dazu Vesting, Rechtstheorie 2007, Rn. 169ff und Kervegan, Rechtstheorie 2008, 23, 24ff.

334 Kervegan, Rechtstheorie 2008, 23, 30ff.

335 Vesting, Rechtstheorie 2007, Rn. 174; Kervegan, Rechtstheorie 2008, 23, 35ff.

336 Forgó/Somek, Feministische Rechtstheorie, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, Neue Theorien des Rechts, 2006, 263, 266.

337 Vgl. Hart, 71 Harv. L. Rev. 593, 599 (1958); Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 1990, 160; Hart, The Concept of Law, 1994, 185-186; Coleman, The Practice of Principle, 2001, 103ff; von der Pfordten, Rechtsethik, 2011f, 87; in der Sache auch Raz, Authority of Law, 1979, 37ff mit seiner Authoritätsbegründung von Recht.

*morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law.*“<sup>338</sup>

Soweit also konkret über die Berechtigung der im AGG enthaltenen Benachteiligungsverbote oder der gesetzlich festgelegten (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV, § 53a AktG etc.) bzw. richter- oder gewohnheitsrechtlich anerkannten allgemeinen Gleichbehandlungspflichten gestritten wird, kann es sich gar nicht um *diesen* Aspekt der Trennungsthese handeln. Nach dem positivistischen Begriff sind diese Gebote jeweils Recht.<sup>339</sup> Richterrecht ist nicht weniger positives Recht als Gesetzesrecht, wie *Gardner* treffend formuliert:

*„This is acknowledged in the very idea that judge-made law is judge-made, i.e. is legally valid because some judge or judges at some relevant time and place announced it, practiced it, invoked it, enforced it, endorsed it, accepted it, or otherwise engaged with it.“<sup>340</sup>*

Im Grundsatz führt die operative Geschlossenheit des Rechts dazu, es „gegen die unbeständige Flut und Ebbe moralischer Kommunikationen“ zu differenzieren.<sup>341</sup> Das ist in pluralistischen Gesellschaften notwendig. In diesen gibt es kontroverse ethische Auffassungen über das „Richtige“ und „Gute“, aus denen sich möglicherweise noch ein „overlapping consensus“<sup>342</sup> über die Grundstruktur der Gesellschaft herausdestillieren lässt. Dieser wird aber auf den folgenden Stufen der Gesellschaftsordnung (Verfassungsgebung, Gesetzgebung, Rechtsanwendung)<sup>343</sup> fragil und am Ende brüchig. Damit sich nicht eine Konzeption der Gerechtigkeit gegen die andere qua Rechtsmacht durchsetzt, muss sich das Recht davor im Grundsatz verschließen. Erst diese Geschlossenheit ermöglicht es dem Recht, moralische Prinzipien in seine Normen zu inkorporieren.<sup>344</sup> Recht ist dann positierte Moral.<sup>345</sup> Darin liegt ein enormer Rationalitätsgewinn, den *Raz* überzeugend herausgearbeitet hat:

*„First, the law concretizes general moral considerations, determining, for those to whom it applies, what bearing these considerations have on their lives. It takes away from individuals the right and the burden of deciding in various circumstances how morality bears on the situation—what exactly it requires. [...] Second, in giving moral considerations concrete and public form, the law also makes their relatively uniform and relatively assured enforcement possible, making reliance on them more secure and preventing unfairness in relations between conformers and nonconformers. Third, it makes moral goals*

338 *Hart*, The Concept of Law, 1994, 269 (Hervorhebung hinzugefügt).

339 Unter Zugrundelegung von *Harts* „rule of recognition“ *Hart*, The Concept of Law, 1994, 94 f erfüllen alle Geltungsgründe die begrifflichen Anforderungen dafür, um sich Recht nennen zu dürfen; geht man von einem soziologischen Rechtsbegriff aus wie *Luhmann*, ist die rechtliche Natur dieser Kommunikationen gegeben, weil sie Anschlussoperationen im Rechtssystem finden, vgl. dazu *Vesting*, Rechtstheorie 2007, Rn. 179 f.

340 *Gardner*, 46 Am. J. Juris. 199, 214 (2001).

341 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 79.

342 *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 32 ff; *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 144 ff.

343 Dazu *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 171 ff.

344 *Raz*, 10 Legal Theory 1, 8-9 (2004).

345 *Auer*, FS *Canaris*, (Bd. II), 2007, 931, 953.

*and morally desirable conditions easier to achieve and sometimes it makes possible what would be impossible without it.*<sup>346</sup>

Der dritte von *Raz* erwähnte Punkt ist von besonderem Interesse. Er setzt voraus, dass das verrechtlichte moralische Ziel als solches wünschenswert ist. Darüber wurde in der Debatte zum AGG gestritten. Das dort verwendete Trennungsargument drückt ein inhaltliches Unbehagen mit dem positiven Recht aus. Sein Gegenstand ist die rechtsmoralische oder rechtsethische Legitimation solchen Rechts.<sup>347</sup> Die dazu vertretenen, durchaus kontroversen Einschätzungen<sup>348</sup> beruhen zwangsläufig auf moralischen Gründen.<sup>349</sup> Damit wird über den Stellenwert des Gleichbehandlungsgebots und die Zweckmäßigkeit seiner Verrechtlichung gestritten.<sup>350</sup> Ironischerweise sorgt gerade die Trennungsthese für die notwendige Klarheit, um zu unterscheiden zwischen dem, was Recht ist und dem, was Recht sein soll.<sup>351</sup> Der „kritische Stachel“<sup>352</sup> der Theorie ermöglicht es, das geltende Recht vom moralischen Standpunkt aus zu kritisieren.<sup>353</sup>

Das eigentliche Problem dieser Diskussion wird sichtbar, wenn man den rechtsmoralischen oder rechtsethischen Diskurs über Gleichbehandlungspflichten deutlich von der politischen Frage der Zweckmäßigkeit und den damit tatsächlich verbundenen rechtstheoretischen Aspekten unterscheidet.<sup>354</sup> Das mit dem Trennungsargument angesprochene rechtstheoretische Problem betrifft nicht die Frage, ob es gegen die Trennungsthese verstößt, wenn der Gesetzgeber umstrittene moralische Verhaltenspflichten in Rechtsnormen gießt. Das muss man verneinen. Deutlich schwieriger ist die Antwort auf die davon zu unterscheidende Frage, ob es die Trennungsthese ermöglicht, bei fehlenden ausdrücklichen Transformationsnormen auf eine dem positiven Recht vorgelagerte oder ihm immanente Gerechtigkeits- oder Gleichheitskonzeption zurückzugreifen. Die Fragestellung ist von erheblicher Bedeutung für die Geltung des Prinzips der personalen Gleichheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz.<sup>355</sup> Da sich dieses maßgeblich auf

346 *Raz*, 10 Legal Theory 1, 9 (2004).

347 Zur Fragestellung ob das Recht die Moral seiner Adressaten beeinflussen darf, siehe *von der Pfordten*, Rechtsethik, 2011, 91-99.

348 Vgl. nur einerseits *Baer*, ZRP 2002, 290 ff; *Mahlmann*, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 1045-1050 (2005) und andererseits *Säcker*, ZRP 2002, 286 ff; *Picker*, JZ 2003, 540 ff.

349 Zur moralischen Qualität solcher normativen Aussagen *Raz*, 10 Legal Theory 1, 2-7 (2004).

350 Zutreffend *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 396-398.

351 Vgl. *Hart*, 71 Harv. L. Rev. 593, 620 (1958): „If [...] we speak plainly, we may say that laws may be law but to evil to be obeyed.“ Näher zum Verhältnis von rechtlicher Geltung (Geltung als Recht) und normativer Geltung (Geltung als richtiges Recht) *Raz*, 10 Legal Theory 1, 8 (2004) (... the law is binding only if morally legitimate“).

352 *Dreier*, Rechtstheorie 1983, 419, 436.

353 Siehe *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 69 ff; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 78 f; *Hart*, The Concept of Law, 1994, 205 ff. Der – undifferenziert – an den Positivismus gerichtete Vorwurf der „uneingeschränkten Bejahung eines Rechts- oder Staatswesens“ (*Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1989, 20) entbehrt damit seiner Grundlage, vgl. dazu *Hoerster*, Was ist Recht?, 2006, 68 ff.

354 Siehe *Winkler*, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 1007, 1020 (2005).

355 Vgl. zu einem ähnlichen Geltungsproblem *Metzger*, Extra legem, intra ius, 2009, 74 ff.

eine Gerechtigkeitskonzeption stützt, kommt es für die Geltungsfrage darauf an, ob diese Inbezugnahme moralischer Prinzipien mit der Trennungsthese vereinbar ist. Auf der Grundlage nichtpositivistischer Theorien stellt sich das Problem nicht, weil sie von der Verbindungsthese ausgehen.<sup>356</sup> Recht ist danach aufzufassen „not as separate from but a department of morality“.<sup>357</sup> Sie erlauben daher nicht nur den Rückgriff auf Konzeptionen politischer Philosophie, sondern verlangen ihn sogar, wobei der Vorrang eindeutig auf der praktischen Ebene der Rechtsanwendung liegt.<sup>358</sup> Auf dem Boden der klassischen Trennungsthese fällt es dagegen deutlich schwerer, eine konsistente Antwort auf das Problem der „Penumbra“ von Rechtsnormen<sup>359</sup> und ihrer Unbestimmtheit („open texture“<sup>360</sup>) zu finden.<sup>361</sup> Im Kern haben sich zwei Schulen herausgebildet: (1.) „Soft positivism“<sup>362</sup> oder „inclusive positivism“<sup>363</sup> geht von der These aus, dass der Geltungsgrund des Rechts gewisse für die konkrete Rechtsanwendung notwendige moralische Prinzipien („due process“, „equality“) mit einschließt. Das Recht könnte moralische Prinzipien inkorporieren und trotzdem positives Recht bleiben. Das ist eine elegante Lösung, für die man aber einen hohen Preis zahlt: Die Theorie wird als Theorie über den Rechtsbegriff inhaltsleer. Der Begriff „Recht“ kann nichts mehr darüber sagen, wo die Grenzen des Rechts im Verhältnis zur außerrechtlichen Moral zu ziehen sind.<sup>364</sup> Dworkin hat diesbezüglich Recht: „It does not sound like positivism, it sounds like Hercules and his colleagues at work.“<sup>365</sup> (2.) Diesem Vorwurf entgeht der „hard“ oder „exclusive positivism“.<sup>366</sup> Seine Kernaussage lautet, dass die Existenz und der Inhalt von Recht ausschließlich aufgrund sozialer Normen ist *rule of recognition*<sup>367</sup> festgelegt sei.<sup>368</sup> Joseph Raz, ihr vielleicht prominentester Vertreter, hat das Verhältnis von Recht und (politi-

356 Alexy, 2004, 18.

357 Dworkin, Justice in Robes, 2006, 34.

358 Exemplarisch dafür ist Dworkin, Law's Empire, 1986, mit seinem Konzept von „integrity“, das u.a. verlange, „that the moral principles necessary to justify the substance of its legislature's decisions be recognized in the rest of the law“ (S. 166); grundlegend Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 14 ff.

359 Zum Begriff Hart, 71 Harv. L. Rev. 593, 608 (1958).

360 Hart, The Concept of Law, 1994, 127 ff.

361 Ob die von Hart damit verbundene Differenzierung zwischen dem harten Kern eines rechtlichen Standards und der eine Ausnahmehrscheinung bildenden Frage seines Halbschattens, also der unbestimmten Begriffe im Recht, tragfähig ist, muss angesichts der tatsächlichen Rechtspraxis bezweifelt werden, vgl. dazu die Kritik bei Schauer, 119 Harv. L. Rev. 852, 865-866 (2006) und Dworkin, Law's Empire, 1986, 37 ff.

362 Hart, The Concept of Law, 1994, 250 ff.

363 Coleman, The Practice of Principle, 2001, 103 ff.

364 Schauer, 90 Va. L. Rev 1909, 1946-1948 (2004); Auer, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 931, 941.

365 Dworkin, Justice in Robes, 2006, 189 mit Bezug auf seinen „Superman“-Richter, der das nahtlose Netz rechtlicher und (!) moralischer Handlungsnormen erkennt und dadurch in der Lage ist, die einzige richtige Antwort auf das Rechtsproblem zu finden; vgl. Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 81 ff und vor allem Dworkin, Law's Empire, 1986, 239 ff.

366 Vgl. Gardner, 46 Am. J. Juris. 199, 201-202 (2001).

367 Hart, The Concept of Law, 1994, 94 ff.

368 Raz, Authority of Law, 1979, 46 f.

scher) Moral in diesen Fällen als „umgekehrte“ Inkorporationsthese beschrieben:<sup>369</sup> Unbestimmte Rechtsbegriffe haben nicht die Funktion, moralische Prinzipien in Rechtsnormen zu transferieren. Als moralische Normen kommt ihnen ohnehin ein Universalitätsanspruch zu. Dieser bricht aber an der operativen Geschlossenheit des Rechts. Inkorporationsnormen sorgen dafür, dass dieser Ausschluss begrenzt wird und moralische Normen wieder ins Recht geholt werden: „Exclusion before inclusion“.<sup>370</sup> Dadurch komme ihnen zwar rechtliche Wirkung (*legal effect*) zu, sie seien aber nicht Bestandteil des positiven Rechts.<sup>371</sup>

*Dworkins* Antwort auf diesen Vorschlag<sup>372</sup> verdeutlicht, dass diese Debatte auf zwei Ebenen geführt wird:<sup>373</sup> Auf der abstrakten Ebene streitet man sich über die Frage des Rechtsbegriffs – *Dworkin* spricht von „*taxonomic positivism*“.<sup>374</sup> Dabei geht es um das Problem, ob Recht als solches von Morallnormen konzeptionell zu trennen ist. Das ist offensichtlich nicht der Inhalt, der dem Trennungsargument von den Kritikern des Gleichbehandlungsrechts gegeben wird und auch nicht die Bedeutung des hier untersuchten Einwands gegen das Prinzip personaler Gleichheit. Aufschlussreich ist daher die konkrete Ebene. Dort debattiert man über die konkrete Anwendung von Recht (*theory of adjudication*) – *Dworkin* spricht insoweit von „*doctrinal concept*“.<sup>375</sup> Es geht also um die tatsächliche Durchdringung von Recht und Moral in der konkreten Anwendung des existierenden Rechts.<sup>376</sup> Dass diese Ebenen nicht immer ausreichend getrennt werden, liegt, wie *Marietta Auer* dargelegt hat, an der gesetzten Prämissen, die das Verhältnis von Recht und Moral als zwei unterschiedliche und sich ausschließende Entitäten beschreibt.<sup>377</sup> Dadurch wird verdeckt, dass sich dieses Verhältnis durchaus differenzierter gestalten könnte, beispielsweise als „Immanenz der Moral in der Anwendung des zugleich autonomen Rechts, eine konkrete Art und Weise, in der Recht und Moral verbunden und doch unverbunden sind.“<sup>378</sup> Die hier vorgestellte Konzeption juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit ist ein Versuch, diesen Weg zu beschreiten.<sup>379</sup> Er zeigt, dass ein Anwendungspositivismus des Rechts möglich ist und das Recht zugleich über die „Kontingenzformel Gerechtigkeit“<sup>380</sup> sensibel für seine Umwelt und den dort geltenden Moralforderungen ist. Die Trennungsthese ermöglicht daher eine Berücksichtigung moralischer

369 Raz, 10 Legal Theory 1 (2004).

370 Raz, 10 Legal Theory 1, 8 (2004).

371 Raz, 10 Legal Theory 112 (2004).

372 *Dworkin*, Justice in Robes, 2006, 234 ff.

373 Der unterschiedliche Bezugspunkt wird von *Schauer*, 119 Harv. L. Rev. 852, 874-876 (2006) und *Auer*, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 931, 941 f herausgearbeitet.

374 *Dworkin*, Justice in Robes, 2006, 1 ff, 232 ff.

375 *Dworkin*, Justice in Robes, 2006, 1 ff, 232 ff.

376 *Auer*, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 931, 952.

377 *Auer*, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 931, 947 ff.

378 *Auer*, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 931, 948.

379 Dazu eingehend oben § 8 II 3.

380 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 214.

Gleichbehandlungsforderungen im positiven Recht. Die Trennungsthese ist, wie oben gesehen, auch kein Hindernis, das Prinzip der personalen Gleichheit als den spezifisch juristischen Ausdruck des moralischen Gleichbehandlungsanspruchs anzusehen und es trotz fehlender ausdrücklicher Transformationsnormen als positives Recht iSd Rechtsbegriffs aufzufassen. Dabei handelt es sich nicht um ein primär rechtstheoretisches, sondern um ein Methodenproblem: die Frage nämlich, ob Gleichbehandlungsgrundrechte auch (implizite) Transformationsnormen für moralische Gleichbehandlungsansprüche im Privatrechtsverkehr sind.<sup>381</sup>

### 3. Gleichbehandlung und die Trennung von Staat und Gesellschaft

Die auf dem Trennungsargument basierende Kritik des AGG hat neben dem rechtstheoretischen auch einen gesellschaftspolitischen Aspekt. Die Freiheitssphäre des Diskriminierenden werde verletzt, weil Gleichbehandlungspflichten Privater die „klassische Trennung von Recht und Moral und *damit* von Staat und Gesellschaft“<sup>382</sup> aufheben: „Öffentliche Gerechtigkeitsmaßstäbe würden auch gegenüber Privatleuten zur Geltung gebracht“<sup>383</sup> und „[w]as für den Staat unrecht war, soll künftig auch für den Bürger unrecht sein“<sup>384</sup>. Private sollen nicht mehr wie Private handeln dürfen.<sup>385</sup> Der Staat betreibe „gutgemeinte Volkspädagogik“<sup>386</sup> und instrumentalisiere das Recht, um politische Moral aufzurichten und die Gesellschaft umzuerziehen<sup>387</sup>. Die Diskriminierungsverbote, schrieb Thomas Lobinger, bezeichnen

„in erster Linie die Schaffung einer neuen Sozialmoral, indem sie den Privatrechtsakteuren aufgeben, sich bei ihren Entscheidungen nicht mehr nur vom persönlichen Nutzen, sondern auch und vor allem vom moralisch Guten und politisch Korrekten leiten zu lassen.“<sup>388</sup>

#### a) Kein Tugendterror des Rechts

Diese Kritik trifft an Private adressierte Gleichbehandlungsansprüche an zwei Stellen: einer gut gewappneten und einer empfindlichen. Zunächst zur gut Gesicherten. Diskriminierungsverbote, so der Tenor der Kritik, zwingen dem privaten Akteur eine öffentliche Moral auf und verwirklichen staatliche Tugendvorstellungen in der Privatrechtsgesellschaft.<sup>389</sup> Das ist unzutreffend, wenn die Kritik an

381 Dazu unten § 8 IV.

382 Picker, JZ 2003, 540, 541 (Hervorhebung hinzugefügt).

383 Reichold, JZ 2004, 384, 291.

384 Isensee, Privatautonomie, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 239, 273.

385 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 124.

386 Huster, ARSP 2005, 20, 34.

387 Isensee, Privatautonomie, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 239, 274.

388 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 122.

389 Exemplarisch Säcker, ZRP 2002, 286, 287.

das geltende Nichtdiskriminierungsrecht und die hier vorgeschlagene Konzeption gerichtet sein sollte. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht stellt gerade nicht auf die innere Motivation ab. Entscheidend ist nur das äußere, objektiv feststellbare Verhalten der Normadressaten.<sup>390</sup> Dasselbe gilt für die hier vertretene Konzeption juristischer Gerechtigkeit sowie das Prinzip personaler Gleichheit: Nur die tatsächliche Ungleichbehandlung und die fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit zählen. Die Frage, warum jemand anhand von Präferenzen unterscheidet, ist im Gleichbehandlungsrecht irrelevant. Sie stellt sich nur in moralphilosophischen Diskursen.<sup>391</sup> Diese Differenzierung beruht auf der Unterscheidung von Rechts- und Tugendpflichten bzw. Moralität und Legalität, die in der Sache auf *Kant* zurückgeht.<sup>392</sup> Die Erfüllung von Rechtspflichten ist im Unterschied zum rein inneren Zwang von Tugendpflichten (Moralnomen) äußerlich erzwingbar. Daraus folgt eine moralische und daher keine systeminterne Anforderung an das Recht: Rechtsnormen sollten nur die Regelung äußerer Verhaltens beanspruchen (Grundsatz der Legalität<sup>393</sup>). Die innere Motivation für die Befolgung (Grundsatz der Moralität)<sup>394</sup> ist nicht entscheidend. Das freiheitliche Privatrecht untersucht nicht das Innere des Menschen und seine Motivation für die Rechtsbefolgung, sondern begnügt sich damit, dass seine Handlung mit dem Rechtsgebot übereinstimmt.<sup>395</sup> Gleichbehandlungsgebote verlangen nicht, dass der private Akteur Nichtdiskriminierung als ihn bindende Moralmoral akzeptiert.<sup>396</sup> Die Moralphilosophie kann von Einzelnen verlangen, moralische Fähigkeiten wie beispielsweise den *Rawls'schen* Gerechtigkeitssinn,<sup>397</sup> zu entwickeln. Die Geschlossenheit des Rechts sichert seine Umwelt davor, dass diese moralische Pflicht zur Rechtspflicht mutiert. Darin läge ein Rechtszwang zum moralischen Handeln. Ein Rechtszwang zur Moral zerstörte die Geltungsvoraussetzungen moralischen Begründens: Die zur Moral gezwungene Person könnte aufgrund des Zwangs über diese Frage nicht mehr autonom *unter moralischen Gesichtspunkten* entscheiden. Das Recht entlastet sie vielmehr davon, sich diese Frage als *moralische* Frage

390 Dazu oben § 6 V 2.

391 Siehe oben § 6 V 1 a).

392 *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 214, 219 ff; dazu *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, 1992, 75, 80 ff; *Dreier*, JZ 2004, 745, 746 ff.

393 *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 219: „Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben die Legalität (Gesetzmäßigkeit) ...“.

394 *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 219: „... diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.“

395 *Dreier*, JZ 2004, 745, 747.

396 Anders aber *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 148 ff.

397 Vgl. zu den *moral powers* der Person *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 397 ff; *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 310 ff.

stellen zu müssen. Die Tatsache, dass es ein rechtliches Handlungsgebot oder -verbot gibt, ersetzt moralische Handlungsgründe.<sup>398</sup>

*b) Staat vs. Gesellschaft oder öffentlich vs. privat?*

(1) Privatrechtsgesellschaft?

Gewichtiger ist der zweite Angriffspunkt: Gleichbehandlungsgebote drohten die als kategorial gesetzte Trennung von Staat und Gesellschaft zu verwischen.<sup>399</sup> Mit diesem Argument wird ein klassisches philosophisches Problem angesprochen: Der „Vorrang der Gerechtigkeit“<sup>400</sup> als Recht gleicher Freiheit konfligiert mit der auf individueller Selbstwahl beruhenden privaten Lebensführung.<sup>401</sup> Die „strikte Grenzziehung zwischen Öffentlichem und Privatem“ rettet insoweit das Konzept liberaler Gesellschaftstheorien.<sup>402</sup> Im Recht wird dieses Problem der politischen Philosophie als grundrechtstheoretischer Topos reformuliert.<sup>403</sup> Der liberale Staat schreibt dem Einzelnen nicht vor, was gerecht, tugendsam, vernünftig und gut für ihn ist.<sup>404</sup> Die Kompetenz, darüber zu entscheiden, liegt ausschließlich beim Einzelnen. Darin liegt der freiheitskonstituierende Charakter der Trennung von Staat und Gesellschaft. Das ist der maßgebliche verfassungstheoretische Grund für die These von der Nichtgeltung der Gleichheitsrechte im gesellschaftlichen Verkehr in der Grundrechtsdogmatik<sup>405</sup> seit Dürig.<sup>406</sup> Wie muss man sich diese liberale Konzeption des Verhältnis von Staat und Gesellschaft vorstellen? Dazu *Ernst-Wolfgang Böckenförde*:

*„Staat und Gesellschaft sind also nicht zwei je geschlossene, voneinander isolierte Verbände oder Gemeinwesen, der Staat ist vielmehr die politische Entscheidungseinheit und Herrschaftsorganisation für die Gesellschaft (oder, wenn man will „über“ ihr); er steht in notwendiger und mannigfacher Wechselbeziehung mit dieser, ohne darum aufzuhören, von ihr organisatorisch und funktional verschieden und gesondert zu sein.“<sup>407</sup>*

398 Vgl. dazu Raz, The Morality of Freedom, 1988, 46.

399 Siehe dazu aus zivilrechtlicher Sicht beispielsweise Säcker, ZG 2005, 154, 155; Reichold, ZFA 2006, 257, 267; aus verfassungsrechtlicher Sicht vgl. Ladeur, 3 German L.J. Tz 2 (2002); Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299, 332-334.

400 Siehe Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 28 ff.

401 Eingehend zum Problem Menke, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 226 ff.

402 Menke, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 249.

403 Dazu statt vieler Rupp in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 31 Rn. 1 ff.

404 Säcker, ZRP 2002, 286, 287.

405 Vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175 f; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 337-344; Heun in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 69-71; Di Fabio, DNotZ 2006, 342, 349 f; Heun in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 54; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 193, 606; differenzierender dagegen Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 12 f; Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 230, 293.

406 Siehe dazu oben § 4 I 2 c).

407 Böckenförde, Unterscheidung Staat und Gesellschaft, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 209, 220.

Die wichtigste „praktisch-verfassungsrechtliche Bedeutung der Beibehaltung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft auch im demokratischen Staat liegt nicht allein in der Begrenzung der staatlichen Entscheidungsgewalt als solcher; sie zeigt sich ebenso im Hinblick auf [...] die Abgrenzung des staatlichen vom öffentlichen Bereich.“<sup>408</sup> Daraus folgt die klassische Dichotomie eines staatlichen Bereichs mit staatlichen Aufgaben einerseits und eines gesellschaftlichen Bereichs mit gesellschaftlichen Aufgaben andererseits.<sup>409</sup> Damit ist der Ordnungsrahmen klar gesetzt: dort der grundrechtsverpflichtete Staat und hier die freiheitsberechtigte Gesellschaft.<sup>410</sup> In diesem Zusammenhang wird gerne der Begriff der „Privatrechtsgesellschaft“ verwendet.<sup>411</sup> Dabei handelt es sich um jeweils verschiedene und nicht zwangsläufig miteinander harmonisierende Interpretationen dieses äußerst schillernden, von *Franz Böhm* geprägten Begriffs.<sup>412</sup>

Kern dieser Debatte ist ein Streit darüber, wie die Abgrenzung erfolgt und wer sie bestimmt. Dazu gibt es zwei unterschiedliche Ansätze: Nach dem ersten ist die „Privatrechtsgesellschaft“ dem Staat vorgegeben und ihre Strukturelemente sind verfassungsrechtlich verbürgt.<sup>413</sup> Dem darf die politische Gesetzgebung nicht mehr viel hinzufügen.<sup>414</sup> Das Privatrecht und die von ihr konstituierte Privatrechtsgesellschaft sind also keine Institutionen, die sich „freien staatlich-politischen Willensentschlüssen verdanken und die deshalb in Konsequenz ihrer Ordnungsentscheidung auch die Freiheit des Einzelnen für ihre Ordnungsziele in Dienst nehmen dürfen.“<sup>415</sup> Freiheitsverbürgende Privatrechtsordnungen haben nach diesem Verständnis eine „vor- und außerrechtliche Basis“.<sup>416</sup> Grundlage dafür ist die Individualfreiheit „als das Essential der subjektiven Rechte“<sup>417</sup> und damit letztlich der Wille als maßgeblicher Geltungsgrund privatautonomen

408 Böckenförde, Unterscheidung Staat und Gesellschaft, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 209, 227.

409 Siehe Böckenförde, Unterscheidung Staat und Gesellschaft, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 209, 231.

410 Kirchhof, Verfassungsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 83, 86.

411 Vgl. Herresthal, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 1107, 1125; Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 151-153; Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 255 ff; Riesenhuber, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie, 2007, 20, 57 ff.

412 Siehe dazu oben § 4 I 4, dort auch zu den modernen Konzeptionen der Privatrechtsgesellschaft.

413 Vgl. etwa Mestmäcker, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 177 ff; siehe auch Canaris, FS Lerche, 1993, 873, 878 f, der die Konsequenzen erheblich abmildert, indem er verfassungsrechtliche Schutzpflichten zugunsten privater Akteure und als Ausgleich negativer Freiheitsrechte ausdrücklich begrüßt, vgl. S. 880, sowie Canaris, AcP 200 (2000), 273, 285 ff, 296 ff.

414 Zutreffend Günther, Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 473, 474.

415 Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 269 f.

416 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 104.

417 Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 211.

Rechts<sup>418</sup>. „Insgesamt entsteht auf der Grundlage der Willenstheorie damit das Bild einer „Privatrechtsgesellschaft“, die durch die klare Trennung von öffentlichem und privatem Recht, ein minimales, antipaternalistisches Staatsverständnis sowie den Primat kommutativer Gerechtigkeit im Bereich des Privatrechts gekennzeichnet ist.“<sup>419</sup> Diese Konzeption der Privatrechtsgesellschaft ist ein Modell politischer Philosophie und damit, streng genommen eine moralische Begründung der Verteilung von gesellschaftlicher Macht. Auf den ersten Blick scheint sich *Picker* zu widersprechen: Beim Trennungsargument II geht er offensichtlich von einer nicht-positivistischen Auffassung des Rechts im demokratischen Verfassungsstaat aus, während er beim Trennungsargument I gerade auf der Differenzierung von Recht und Moral besteht. Beides geht aber nicht. Schiebt man das Trennungsargument einmal beiseite und betrachtet man das jeweils damit begründete Ergebnis, kann man bei *Picker* eine konsequente Gesellschaftsphilosophie erkennen. Diese wäre aber auch als solche zu bezeichnen und zu verteidigen. Durchgesetzt hat sie sich übrigens nicht. Die Abgrenzung zwischen Staat und Gesellschaft ist im modernen Verfassungsstaat dem politischen Prozess nicht *a priori* entzogen. Sie ist Gegenstand demokratischer Entscheidungen.<sup>420</sup> Deren Reichweite wird von den Grundrechten begrenzt. Gesellschaftspolitische Grundüberzeugungen können also nur über die jeweilige Verfassungstheorie wieder Eingang ins Rechtssystem finden. Die spezifisch juristische Debatte ist dann darüber zu führen, ob (1.) die ausdrücklich geregelten und gewohnheits- bzw. richterrechtlich anerkannten Gleichbehandlungspflichten mit den Freiheitsgrundrechten vereinbar sind und ob man (2.) einen darüber hinausgehenden generellen Gleichbehandlungsanspruch, wie er ihm Prinzip personaler Gleichheit angelegt ist, verfassungsrechtlich legitimieren kann. Aus abstrakten Aussagen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft lassen sich keine konkreten Lösungen im Gleichbehandlungsrecht ableiten: Notwendig ist eine Kontextualisierung innerhalb der jeweiligen grundrechtsdogmatischen Fragestellung.<sup>421</sup>

## (2) Machtungleichgewicht?

Das Trennungsargument ist auch inhaltlich fragwürdig. Es trifft offensichtlich nicht alle Gleichbehandlungsgebote gleich. Im Wesentlichen ist die Kritik nur an das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot (§ 19 AGG) adressiert. Dagegen wird das Trennungsargument nicht gegen das beschäftigungsrechtliche Diskriminierungsverbot oder für die allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze angeführt.

418 Dazu mit Nachdruck *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung, 1999, 89 ff.

419 *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 595 f.

420 *Böckenförde*, Unterscheidung Staat und Gesellschaft, in: *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 209, 232 f.

421 *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 54 f.

Das erklärt sich aus einer strukturellen Gemeinsamkeit von staatlicher und privater Ungleichbehandlung in diesen Bereichen: das Phänomen der „Macht“. Ganz plastisch hat das *Franz Gamillscheg* formuliert:

„Nur wo der Einzelne insoweit dem Staat vergleichbar ist, d. h. nur wo er eine sogenannte soziale Macht, soziale Gewalt darstellt, ist die Unterwerfung unter die gleichen Beschränkungen, wie der Staat sie sich auferlegt, begründet. Nur dort besteht die abstrakte Macht, grundrechtswidrigen Einfluss auszuüben.“<sup>422</sup>

Das Bundesverfassungsgericht spricht von „Ungleichgewichtslagen“, in denen die freie Selbstbestimmung zur Fremdbestimmung mutiere.<sup>423</sup> Der daraus folgende „Schutzauftrag der Verfassung“<sup>424</sup> ist an den Gesetzgeber und den Rechtsanwender gerichtet und verpflichtet dazu, die Freiheit *durch* Regulierung zu sichern, wie *Böckenförde* klarstellte:

„Der Staat muß also, um Freiheit für alle zur Entstehung zu bringen, über die formale rechtliche Gewährleistung der Freiheit hinaus, auch vorhandene oder entstandene gesellschaftliche Macht, selbst begrenzen, kanalisieren, sie daran hindern, dass sie gegenüber den Un-Mächtigen ihre Überlegenheit ins Spiel bringt und deren rechtliche Freiheit dadurch erstickt.“<sup>425</sup>

Zu den privaten Akteuren mit „sozialer Macht“ zählen nach ordoliberaler Tradition marktmächtige Unternehmen, weil das „Entmachtungsinstrument Wettbewerb“ nicht funktioniert.<sup>426</sup> Daneben ist der Arbeitgeber nach klassischer Auffassung Adressat von Gleichbehandlungsgeboten.<sup>427</sup> Das ist so selbstverständlich nicht. Bereits die Vielfalt der Begründungsvorschläge des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes macht stutzig.<sup>428</sup> Außerhalb des Wettbewerbsrechts, das mit der Marktbeherrschung oder der relativen Marktmacht ein diffiziles Instrumentarium zu ihrer Feststellung vorsieht, ist „Macht“ ein amorphes Kriterium. Dasselbe gilt für den vergleichbaren Begriff<sup>429</sup> des (strukturellen) Ungleichgewichts<sup>430</sup>. Eine gewisse Plausibilität kann man ihnen nur innerhalb einer relativen Beziehung abgewinnen, in der die Rollen der Parteien klar verteilt sind: Arbeitgeber vs. Arbeitnehmer, Bank vs. mittellose Bürgin der Hauptschuld ihres Vaters.<sup>431</sup> Löst man sich von der konkreten vertraglichen Beziehung, wird das Bild unscharf. *Zöllner* wies mit Recht darauf hin, dass die Si-

422 *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 407.

423 BVerfGE 81, 242, 255.

424 BVerfGE 81, 242, 256.

425 *Böckenförde*, Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht, in: *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 264, 266.

426 Siehe oben § 4 I 4.

427 Exemplarisch *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 408 ff; zum chronischen Machtungleichgewicht der Parteien im Arbeitsverhältnis auch *Picker*, ZfA 1986, 199, 251.

428 Dazu oben § 5 I 3.

429 Siehe *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 229 f und *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 15 ff.

430 Siehe BVerfGE 89, 214, 232 ff: „struktureller Unterlegenheit“, „strukturellen Störungen der Vertragsparität“ oder „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“.

431 BVerfGE 89, 214.

tuation im Arbeitsrecht weniger auf „der Übermacht des einzelnen Arbeitgebers im einzelnen Arbeitsverhältnis, sondern auf der Marktsituation, deren Zwängen auch der Arbeitgeber [...] unterliegt“<sup>432</sup> beruht. Diesen Zwängen unterliegt er auch im Anwendungsbereich des spezifischen Nichtdiskriminierungsrechts. Diskriminierungen können rational sein.<sup>433</sup> Das gilt für präferenzbedingte wie für statistische Diskriminierungen.<sup>434</sup> Es kann sich lohnen, zu diskriminieren. Dadurch bestehen wenig Anreize für einzelne Akteure, es nicht zu tun.<sup>435</sup> Das führt auf Märkten zu einem systemischen Geflecht rationaler Diskriminierung, für das (1.) keine individuelle Person verantwortlich gemacht werden kann und (2.) das sich kontinuierlich reproduziert.<sup>436</sup> Diese Eigenrationalität des Wirtschaftssystems bewirkt unzumutbare Anpassungswände.<sup>437</sup> Die juristische Gerechtigkeit verlangt vom Recht, dass es diesem Universalitätsanspruch der Logik des Marktes nicht über seine eigenen Operationen zur Expansion in andere Funktionsbereiche der Gesellschaft verhilft.<sup>438</sup>

Die Dichotomie von Staat und (Privatrechts-) Gesellschaft ist dafür ungeeignet. Sie scheitert an der elementarsten Voraussetzung juristischer Gerechtigkeit: die Fähigkeit zur Wahrnehmung seiner Umwelt. Die Konstituierung einer selbst-referentiellen Privatrechtsgesellschaft macht das Recht blind für die sozialen Auswirkungen seiner Operationen in der Umwelt. Überspitzt ausgedrückt, hindert die Dichotomie Staat/Gesellschaft das Recht daran, das Unrechtpotential in den anderen Funktionsbereichen der Gesellschaft wahrzunehmen. Sie betäubt die Rezeptoren des Rechtssystems<sup>439</sup>. Man kann auch die zahlreichen Ausprägungen allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze nicht einheitlich auf das Machtproblem zurückführen. Man denke nur an die Pflicht zur Gleichbehandlung bei der verringerten Vorratsschuld:<sup>440</sup> Diese Situation lässt sich mit Machtungleichverteilung gar nicht adäquat erfassen. Noch deutlicher zeigt sich das im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht. Darin wird die Trennung von Staat und Gesellschaft aufgehoben und an ihre Stelle tritt die davon zu unterscheidende<sup>441</sup> Abgrenzung zwischen öffentlicher und privater Sphäre. Die Berücksichtigung privater Handlungen ist zwingend notwendig, wenn das Nichtdiskriminierungsrecht bean-

432 Zöllner, AcP 196 (1996), 1, 20.

433 Gardner, 18 Oxford J. Legal Studies 167-168 (1998).

434 Dazu oben § 6 V 1.

435 Zu der Gegenthese, dass Diskriminierungen im Lauf der Zeit vom Markt verdrängt werden, siehe unten § 8 III 4 b).

436 Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 20 ff.

437 Dazu bereits oben § 8 II 3 c).

438 Siehe oben § 8 II 3.

439 Vgl. dazu oben § 8 II 3 a).

440 Oben § 5 VII 2 c).

441 Siehe Rupp in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 31 Rn. 19.

sprucht, eine ansatzweise befriedigende Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem<sup>442</sup> zu geben.

### (3) Privatsphäre

Welcher Bereich allerdings zur öffentlichen Sphäre zu zählen ist und was zur Privatsphäre gehört, ist seinerseits wieder Gegenstand der Diskussion. Die Abgrenzung hat zunächst vom Gesetz zu erfolgen. Sie ist also das Produkt eines politischen Aushandlungsprozesses. Dieser wird seinerseits im wesentlichen von den Grundrechten in ihrer klassischen Form als Abwehrrechte strukturiert und begrenzt. Verfassungstheoretisch konkurrieren hier zwei Konzeptionen um das richtige Verständnis, die nicht zufällig mit den soeben beschriebenen gesellschaftsphilosophischen Positionen übereinstimmen. (1.) Man kann die Privatsphäre als eine dem Recht vorgelagerte Kategorie verstehen, die vom politischen Entscheidungsprozess zu respektieren ist. Das würde es erlauben, mit dem Begriff des „Privaten“ ganze Handlungsfelder dem Gleichbehandlungsrecht zu entziehen.<sup>443</sup> Das wäre die Wiederkehr der Privatrechtsgesellschaft als Privatrechtsgesellschaft. (2.) Dem entgegengesetzt ist das Verständnis nach dem die Entscheidung, was zur öffentlichen und was zur privaten Sphäre zählt, dem politischen Diskurs überlassen ist.<sup>444</sup> Was als öffentlich und was als privat zu gelten hat, unterliegt historischen Veränderungen und ist daher Sache politischer Prozesse und Entscheidungen.<sup>445</sup> Ironisch daran ist, dass beide Auffassungen – auch die vermeintlich unpolitische – politische Konzeptionen des Privatrechts sind. Die Entscheidung, bei einer Ungleichbehandlung nicht zu intervenieren, ist ebenso wenig neutral, wie ihr Gegenteil, die Intervention.<sup>446</sup> Gleichbehandlungspflichten Privater machen die „politische Rolle des Privatrechts“<sup>447</sup> erneut sichtbar.

Nach der ersten Ansicht sind die speziellen Freiheitsrechte und die allgemeine Handlungsfreiheit im deutschen und im europäischen Verfassungsrecht so aufzufassen, dass damit ein inhaltlich feststehender Bereich persönlich-privatautonomen Verhaltens prinzipiell dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen ist. Damit wird ein bestimmter Bereich grundsätzlich aus der Dispositionsfähigkeit des poli-

442 Dazu oben § 2 III 3.

443 *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 371.

444 *Frankenberg*, Drittirkung der Rechtsphilosophie, 1997, 42-44; *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 371-373.

445 *Rössler*, Wert des Privaten, 2001, 25, 43.

446 Klar gesehen von *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 374.

447 Vgl. den Titel des Beitrags von *Zöllner*, JuS 1988, 329 ff. Zur politischen Funktion des Privatrechts siehe auch *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 164. Nachdrücklich auch *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 1968, 179-181 und passim; zur Zeitbedingtheit siehe *Laudenklos/Rohls/Wolf*, Resümee, in: *Rückert*, Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, 1997, 330-331. Ein Gegenmodell dazu findet sich bei *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 1991, 158-162; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung, 1999, 102-104.

tischen Prozesses herausgelöst. Damit besteht aber die Gefahr, dass sich hinter dem damit geschützten Privaten ungleiche Freiheitsräume der privaten Akteure verbergen. Auf diese Gefahr haben feministische Gleichheitskonzeptionen hingewiesen.<sup>448</sup> Sie konten zeigen, dass der Begriff des vom subjektiven Recht geschützten „Privaten“ zwei gegensätzliche Bedeutungen aufweist: eine „quasi-natürliche“ Privatheit des „häuslichen Bereichs“, die eindeutig geschlechtsspezifisch kodiert war, und die mit Privatheit bezeichnete Lebensdimension, die der Gestaltung und Autonomie des Einzelnen zu überlassen ist.<sup>449</sup> Daraus entwickelten sich ungleiche Freiheitsräume für Männer und Frauen.<sup>450</sup> Deren Beseitigung wird aber erschwert, weil die dafür erforderlichen Maßnahmen als Verletzung der Privatsphäre einer konkreten Lebensdimension, zum Beispiel der Familie, aufgefasst werden. Damit trägt der gespaltene Privatheitsbegriff zur Perpetuierung der Ungleichheiten bei: Privatheit fungiert als Schutzschild gegen Anforderungen politischer Gerechtigkeit.<sup>451</sup> Beate Rössler hat nachgewiesen, dass die ungleichen Freiheitsräume von Männern und Frauen „nicht einfach eine Ungleichheit in der Wahrnehmungsmöglichkeit von formal gleichen Rechten“ ist. Sie ergibt sich als gesellschaftliche Ungleichheit aus der unzulänglichen Interpretation der Differenzierung zwischen privat und öffentlich.<sup>452</sup> Die Vorstellung einer „natürlichen Sphäre“ der Privatheit verschleiert daher tradierte Ungleichheiten bei der Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten in der Gesellschaft. Daher muss man auf der normativen Forderung des gleichen staatlichen und gesellschaftlichen Anspruchs aller Personen auf den Schutz privater Räume und privater Lebensdimensionen bestehen, um den Sinn individueller Freiheit zu gewährleisten.<sup>453</sup> Freiheitsgrundrechte sind also gleichheitskonform zu interpretieren. Sie formalisieren und beschränken den Zugriff des Staates in die Privatsphäre und rationalisieren ihn damit.<sup>454</sup> Die verfassungsrechtliche Grenze zwischen öffentlicher Angelegenheit und Privatsache ist dann nicht identisch mit feststehenden, „natürlichen“ Bereichen von Privatheit. Sie ist variabel.<sup>455</sup>

448 Siehe Young, Justice, 1990; Olsen, 10 Const. Comm. 319 (1993); MacKinnon, KritV 1994, 363; Nickel, Gleichheit und Differenz, 1999, 56-58, 60-61, 64-66; Sackofsky in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III Rn. 356; Wräse, Gleichheit, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 78; speziell zum Begriff des Privaten vertiefend Rössler, Wert des Privaten, 2001, 49 ff.

449 Eingehend dazu Rössler, Wert des Privaten, 2001, 41 ff.

450 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 44. Siehe dazu auch oben § 2 II zur Rechtsstellung der Frau in der Ehe.

451 So in der Tendenz auch noch Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 409 ff, dazu die Kritik bei Rössler, Wert des Privaten, 2001, 63 ff; anders aber Rawls, 64 U. Chi. L. Rev. 765, 787-794 (1997).

452 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 47 f.

453 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 54.

454 Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 35 f und mit besonderem Blick auf die Privatrechtswirkung der Grundrechte Kumm, 7 German L.J. 341, 362-364 (2006).

455 Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 372 f.

Um die Bedeutung dieses Strangs der Debatte zu verstehen, muss man sich den mit der Trennung von Staat und Gesellschaft verfolgten Zweck klar vor Augen führen. Es geht darum, dem Bürger einen Bereich der Selbstbestimmung und der eigenen Lebensgestaltung zu erhalten, der ihm als Menschen vorbehalten sein muss, will man seine Persönlichkeit und damit sein Mensch-Sein bewahren.<sup>456</sup> Diese Funktion übernimmt heute der Schutz der Privatheit.<sup>457</sup> Es handelt sich um einen Bereich, der dem einzelnen Menschen und den von ihm selbst bestimmten Transaktionen mit anderen vorbehalten ist. Es wäre also falsch, von einem isolierten Individuum auszugehen, weil der Einzelne erst in der Kommunikation mit anderen erfährt, wer er ist.<sup>458</sup> Die Notwendigkeit einer derart geschützten Sphäre lässt sich – um die oben geführte Debatte zum Freiheitsrecht<sup>459</sup> fortzuführen – rechtsphilosophisch begründen. Demokratische Gesellschaften zeichnen sich durch eine große Anzahl unterschiedlicher moralischer, ethischer, religiöser und politischer Anschauungen aus.<sup>460</sup> Dabei handelt es sich nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis um Konzeptionen des Guten, die auf die Frage der eigenen Identität und dem „für mich“ guten Leben antworten, ohne dass sie einen allgemeinen Geltungsanspruch erheben können.<sup>461</sup> Charakteristikum moderner Gesellschaften ist daher der ethische Pluralismus.<sup>462</sup> Damit der einzelne Mensch seiner Auffassung des richtigen Lebens nachgehen kann, braucht es einen Bereich, dessen Zugang nur die jeweilige Person nach ihren selbstbestimmten und nicht rechtfertigungsbedürftigen Maßstäben kontrolliert.<sup>463</sup> Mit dem Privaten werden dann bestimmte Dimensionen gleicher Freiheit geschützt, die für das autonome Leben als ethische Person<sup>464</sup> grundlegend sind.<sup>465</sup> Davon sind die Ansprüche der Rechtsperson zu unterscheiden, nur solchen Ungleichbehandlungen ausgesetzt zu werden, die reziprok und allgemein gerechtfertigt werden können.<sup>466</sup>

Diesen Konflikt zwischen den ethischen Auffassungen und dem Anspruch auf Gleichbehandlung kann man anhand der im amerikanischen Verfassungsrecht besonders intensiv geführten Debatte über die Auswirkungen des Gleichheitssat-

456 So die treffende Beschreibung von *Rupp* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 31 Rn. 18.

457 Vgl. dazu näher *Horn* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 9 ff.

458 Zutreffend *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 26.

459 Siehe § 8 II 4 c) (1).

460 Grundlegend *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 3-4, 36.

461 Dazu näher *Forst*, Kontexte, 1994, 52-54, 388-395; *Forst*, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 100-126; zur Begrifflichkeit siehe auch *Huster*, Ethische Neutralität, 2002, 6 Fn. 9.

462 Dazu prägnant *Huster*, Ethische Neutralität, 2002, 5-10.

463 Vgl. zum Begriff der Zugangskontrolle *Rössler*, Wert des Privaten, 2001, 23 f; ähnlich auch *Horn* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 4.

464 *Forst*, Kontexte, 1994, 349 ff, 388 ff.

465 Vgl. *Rössler*, Wert des Privaten, 2001, 81; *Horn* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 10.

466 Dazu oben § 8 II 4 c) (2).

zes auf den Ehebegriff exemplifizieren.<sup>467</sup> Die politisch-moralisch geschuldete Pflicht zur Gleichbehandlung trifft auf eine abweichende ethische Konzeption des Einzelnen und ethisch definierter Gruppen. Das wird besonders deutlich in der Entscheidung des *Supreme Court of Iowa*, in der sich das Gericht intensiv mit der religiös motivierten Kritik an einer Ehe bestehend aus gleichgeschlechtlichen Partnern auseinandersetzt.<sup>468</sup> In der Sache geht es um das Problem, dass viele einer ethischen Konzeption folgen, nach der eine Ehe zwingend nur zwischen Mann und Frau geschlossen werden kann. Dem steht „a more complete understanding of equal protection of the law“<sup>469</sup> entgegen, nach dem es eine rechtlich verbindliche, politisch-moralische Pflicht zur Gleichbehandlung homosexueller Beziehungen gibt. Zu finden ist also eine Balance zwischen dem Gleichheitssatz einerseits und den Freiheitsrechten andererseits, die davon abweichende ethische Konzeptionen des Guten oder Richtigen schützen. Das Gericht geht vom Vorrang des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus. Die von vielen geteilte ethische Konzeption wird aber verfassungsrechtlich geschützt, soweit sie für die Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft erforderlich ist. Im übrigen setzt sich das Gleichheitsrecht durch.<sup>470</sup> Mit dieser Interpretation verhindert der Gleichheitsgrundsatz, dass eine bestimmte ethische Konzeption über das Recht in den Funktionsbereich emotionaler Beziehungen eindringen kann. Damit sichert das Recht diesen Autonomiebereich vor expansiven Tendenzen eines anderen Autonomiebereichs und wahrt damit seine Neutralität.

#### (4) Räumliche oder dezisionale Privatheit?

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht zwingt dazu, bei den Interaktionen privater Akteure zwischen der öffentlichen und der privaten Sphäre zu differenzieren.<sup>471</sup> Damit steht fest, dass ein Handeln in privatrechtlicher Form als Abgrenzungsmodus ausscheidet. Darin verwirklicht sich ein grundsätzliches Postulat des Gleichbehandlungsrechts, das auch in die Gesellschaft wirkt. Spricht man im

467 Dazu insbesondere *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003); *Opinion of the Justices to the Senate*, 802 N.E.2d 565 (Mass. 2004); *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008); *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009), die aus der jeweiligen Verfassung eine Öffnung des Ehebegriffs im jeweiligen *state law* für gleichgeschlechtliche Personen ableiten. Anders etwa *Baker v. Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999); *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (N.J. 2006), die lediglich für eine Gleichstellung homosexueller mit heterosexueller Lebensgemeinschaften verlangen, es aber dem Gesetzgeber überlassen, wie er diese Gleichstellung ausgestaltet. Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Gleichbehandlung verneinen dagegen *Hernandez v. Robles*, 855 N.E.2d 1 (N.Y. 2006); *Conaway v. Diane*, 932 A.2d 571 (Md. 2007). Aus föderaler Perspektive *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (2010); *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012) und *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. – (2013).

468 *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009) unter Bezug auf *Schuman*, 96 Geo. L.J. 2104 (2008).

469 *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d at 906.

470 *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d at 904.

471 Dazu § 6 IV 1.

Gleichbehandlungsrecht anstelle der Trennung von Gesellschaft – Staat von Privatsphäre und öffentlicher Sphäre, ersetzt man aber eine Dichotomie mit der anderen. Das Problem liegt aber in der Verortung einzelner Handlungen hier oder dort. Es geht um die Auflösung konkreter Kollisionen von Autonomiebereichen privater Akteure. Das Abgrenzungsproblem wird erschwert, weil nicht immer deutlich genug zwischen zwei Dimensionen von privat und öffentlich unterschieden wird:<sup>472</sup> (1.) das räumliche Modell und (2.) das Entscheidungsmodell. Das räumliche Modell grenzt Privatheit und Öffentlichkeit räumlich ab. Zur Privatsphäre zählt hier ein Rückzugsbereich des Einzelnen, der ihm insbesondere im häuslichen, aber auch im außerhäuslichen Bereich die Möglichkeit des Zu-Sich-Selbst-Kommens und der Entspannung sichert und der das Bedürfnis zu verwirklichen hilft, „in Ruhe gelassen zu werden“.<sup>473</sup> Im Kern geht es um einen Raum, in dem das Individuum die Möglichkeit hat, frei von öffentlicher Beobachtung und damit der von ihr erzwungenen Selbstkontrolle zu sein.<sup>474</sup> Im Einzelnen kann man nach Art eines „Zwiebelmodells“<sup>475</sup> ein abgestuftes Schutzprogramm von Privatheit beschreiben:<sup>476</sup> Auf den absolut geschützten Kernbereich persönlicher (körperlicher) Privatheit<sup>477</sup> folgt eine zweite Schicht klassischer Nähebeziehungen wie Familie und – schon wieder etwas entfernt – Freunde. Daran schließt sich eine dritte Schicht an, in der sich die ethische Person mit Gleichgesinnten umgibt, beispielsweise Religionsgemeinschaften oder Vereine. Schließlich folgt als äußere Schicht die Interaktion mit beliebigen anderen Gesellschaftsmitgliedern und als äußerste das Verhältnis zur staatlichen Gemeinschaft. Das Entscheidungsmodell von Privatheit verläuft quer zu dieser Einteilung. Es bezeichnet in thematischer Hinsicht die Angelegenheiten, die einer öffentlichen Erörterung oder Zurschaustellung entzogen zu werden pflegen.<sup>478</sup> „Privat“ bezieht sich hier auf die Rechtfertigungsfreiheit von Handlungen und Entscheidungen, unabhängig davon ob wir in unserer Privatwohnung sind („My home is my castle“) oder in der Öffentlichkeit.<sup>479</sup> Der Begriff beschreibt hier „eine geschützte Handlungs- und Verantwortungssphäre, die den Individuen Handlungs- und Verantwortungsdimensionen sichert, in denen sie von Entscheidungen und Beeinflussungen einer – staatlichen, gesellschaftlichen – Öffentlichkeit unabhängig agieren können“<sup>480</sup>.

<sup>472</sup> Zum Folgenden BVerfGE 120, 180, 199 und Rössler, Wert des Privaten, 2001, 18f; Horn in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 62 f.

<sup>473</sup> BVerfGE 120, 180, 199 mit Bezugnahme auf Warren/Brandeis, 4 Harv. L. Rev. 193, 195 (1890) („the right to be let alone“).

<sup>474</sup> BVerfGE 101, 361, 383.

<sup>475</sup> Rössler, Wert des Privaten, 2001, 18f.

<sup>476</sup> Vgl. dazu vertiefend aus genuin grundrechtlicher Perspektive Horn in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 72 ff.

<sup>477</sup> Dazu BVerfGE 34, 328, 245; BVerfGE 80, 367, 373 f; BVerfGE 103, 21, 31.

<sup>478</sup> BVerfGE 101, 361, 382; BVerfGE 120, 180, 199.

<sup>479</sup> BVerfGE 101, 361, 383 f.

<sup>480</sup> Rössler, Wert des Privaten, 2001, 18.

Man kann von dezisionaler Privatheit sprechen. Knapp formuliert: „Privat ist, was andere nichts angeht.“<sup>481</sup> So wird „privat“ in der Privatrechtsgesellschaft aufgefasst. Dann kommt es zwangsläufig zum Vorwurf an das Gleichbehandlungsrecht, es zerstöre mit der Rechtfertigungspflicht die Privatheit des Einzelnen. Dabei wird eine wichtige Differenzierung übersehen: In einer liberalen Gesellschaft darf ich von anderen erwarten, dass sie Zurückhaltung, Indifferenz oder Toleranz zeigen, bei Handlungen, die auf diese Personen zwar imponderabile Auswirkungen haben, die sie aber nicht unmittelbar „etwas angehen“.<sup>482</sup> Der soziale Kontext ändert sich aber, sobald meine „private“ Entscheidung unmittelbare Auswirkungen auf eine andere Person hat, indem sie diese ungleich behandelt. Dann geht mein Handeln die andere Person unmittelbar an. Deshalb muss Privatheit auch von diesem Standpunkt aus betrachtet werden: „Privat ist, was andere nichts anzugehen *hat*.“<sup>483</sup> Das ist ein normatives Verständnis von Privatheit. Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht bestimmt sich der Schutzbereich der Privatheit nicht nach dem Konzept der dezisionalen Privatheit. Er muss vom Standpunkt der räumlichen Privatsphäre aus betrachtet werden.<sup>484</sup>

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass sich die Grenzen der geschützten Privatsphäre nicht generell und abstrakt festlegen lassen.<sup>485</sup> Der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen.<sup>486</sup> Die Verständigung über das, was in einer Rechtsordnung als privat und was als öffentlich gilt, ist Gegenstand andauernder Veränderung.<sup>487</sup> Die Zuordnung eines Sachverhalts zu den unterschiedlichen Bereichen privater Lebensgestaltung, hängt daher nicht davon ab, ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht, sondern welcher Art und wie intensiv sie ist. Dies kann befriedigend nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls beantwortet werden.<sup>488</sup> Man kann allerdings versuchen, die einzelnen Erscheinungen zu gruppieren. Dazu bietet sich als großes Muster ein Dreizonenmodell an, das zwischen der Individualzone, der Sozialzone und der zwischen beiden liegenden Relativzone unterscheidet.<sup>489</sup> Die Individualzone ist von Gleichbehandlungspflichten frei zu halten, in der Sozialzone – insbesondere der politischen Sphäre – sind sie prinzipiell unproblematisch, konfliktträchtig ist die Relativzone. Diese Relativzone ist ihrerseits in eine Privat-

481 Horn in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 1.

482 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 151.

483 Horn in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 5 (Hervorhebung hinzugefügt).

484 Vgl. oben § 6 IV 1 b) und 1 c) (3).

485 BVerfGE 120, 180, 199.

486 BVerfGE 80, 367, 374.

487 Horn in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 6.

488 BVerfGE 80, 367, 374; vgl. auch Horn in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 149 Rn. 7: „konkrete Problemkonstellationen der gesellschaftlich-juridischen Wirklichkeit“.

489 Ich lehne mich insoweit nur an die von *von der Pfordten*, Rechtsethik, 2011, 461 ff verwendeten Terminologie an, ohne das mit den Begriffen konzipierte Modell vom Verhältnis politischer Gerechtigkeit und Ethik auch nur im Ansatz zu übernehmen.

sphäre und eine öffentliche Sphäre zu unterteilen. Die Privatsphäre grenzt an die Individualzone an, die öffentliche Sphäre an die Sozialzone und politische Sphäre. Das Prinzip personaler Gleichheit belegt, dass in vielen Fällen die Zuordnung zur Privatsphäre oder zur öffentlichen Sphäre möglich ist.<sup>490</sup> Schwierig bleibt der praktisch wichtigste Fall dazwischen: die sonstige Ungleichbehandlung in der klassischen Marktbeziehung.<sup>491</sup> Das Prinzip der personalen Gleichheit löst ihn im Grundsatz freiheitsfreundlich. Zur Rechtfertigung genügt der Hinweis darauf, dass man Vertragsfreiheit ausübe. Damit wird zugleich die dezisionale Privatheit gewahrt, weil der andere und die Öffentlichkeit keinen Anspruch auf eine weitergehende Begründung haben. Das kann sich allerdings kontextbezogen jederzeit ändern. Das ist so neu nicht. *Raiser* hat bereits 1971 darauf hingewiesen, dass der Grad der Privatheit oder Öffentlichkeit eines gesellschaftlichen Lebensbereichs zu rechtlich relevanten Unterschieden der Funktion und der Handhabung privatrechtlicher Rechtsinstitute führen muss.<sup>492</sup> Bezeichnend für die mittlerweile stattgefundene politisch motivierte Grenzverschiebung ist, dass man die Grenze heute innerhalb des Bereichs ziehen muss, den *Raiser* damals noch eindeutig zur „privaten Lebenssphäre“ zählte.<sup>493</sup>

#### 4. Effizienzargument

##### a) Präferenzautonomie

Gleichbehandlungsansprüche Privater begründen Rechtfertigungspflichten für Marktakteure. Ist die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen, muss sie unterbleiben. Damit entsteht eine Kollision mit dem Prinzip der Präferenzautonomie. Grundlage dafür ist die deskriptive Feststellung, dass Menschen sich eigene Vorstellungen über ihr Leben machen und selbst darüber entscheiden, wie sie ihre daraus entstehenden Bedürfnisse in der Gesellschaft befriedigen. Daraus leitet der klassische Liberalismus den normativen Grundsatz ab, das Private zu schützen, gerade weil es Bereiche oder Dimensionen abgrenzt, die das einzelne Individuum benötigt, um die in modernen Gesellschaften beanspruchte und rechtlich gesicherte Freiheit leben zu können.<sup>494</sup> Das ist die autonomieermöglichte Bedeutung von Privatheit und Freiheitsrechten in moralphilosophischen Diskursen.<sup>495</sup>

490 Siehe dazu oben § 7 IV 3 f) (1).

491 Dazu oben § 7 IV 3 f) (2).

492 *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 222 f.

493 *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 224 f.

494 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 138.

495 Vgl. die Darstellung des Zusammenhangs von *John Stuart Mill* und dem modernen Konzept der Präferenzautonomie bei *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 329 ff. *Mill* selbst thematisiert die Freiheit des Warenaustausches (*doctrine of Free Trade*) allerdings als eine von der individuellen Freiheit verschiedene, *Mill*, On Liberty, 1859, 170 f; eine Differenzierung die bei *Eidenmüller* nicht vorkommt.

Daneben kommt der Präferenzautonomie eine wichtige soziale Funktion zu. Sie ist normative Voraussetzung dafür, dass der Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“<sup>496</sup> funktioniert. Mit der Zuweisung der Entscheidungskompetenz an den einzelnen Akteur, der aufgrund seiner subjektiven Präferenzen handelt, wird das zentrale Wissensproblem moderner Gesellschaften – unsere individuelle und kollektive Unkenntnis<sup>497</sup> – gelöst. Das setzt voraus, sich von einer Perspektive zu lösen, die auf die individuellen Entscheidungen Einzelner abstellt. Stattdessen sind die kollektiven Effekte dieser Kommunikationen in den Blick zu nehmen.<sup>498</sup> *Adam Smiths „invisible hand“* ist eine Metapher für diesen Vorgang.<sup>499</sup> Eine spontane Marktordnung kann „das Wissen aller Teilnehmer nutzen, und die Ziele denen sie dient, sind die besonderen Ziele aller ihrer Teilnehmer in aller ihrer Vielfältigkeit und Gegensätzlichkeit“<sup>500</sup>. Der von *Friedrich August von Hayek* gesuchte unpersönliche, nicht von Individuen abhängige Mechanismus, „der die individuellen Bemühungen koordiniert“,<sup>501</sup> findet sich in den transindividuellen und Wissen erzeugenden Kommunikationsprozessen des Wirtschaftssystems.<sup>502</sup> Damit es „zur besseren Lösung“ kommen kann, besteht eine normative Vermutung zugunsten der Beurteilungsfreiheit der Akteure.<sup>503</sup> Der Markt hat sich im Wirtschaftssystem als Ort präferenzbedingter Transaktionen historisch auch deshalb durchgesetzt, weil er im Grundsatz effiziente<sup>504</sup> Ergebnisse erzielt. Diese Präferenzen können nach klassischer ökonomischer Theorie jedes Differenzierungsmerkmal beeinhalten.<sup>505</sup> Eingriffe in die Präferenzautonomie bewirken systemintern Effizienzverluste.<sup>506</sup> Gleichbehandlungsgebote führen dazu, dass die Präferenzautonomie der Marktakteure eingeschränkt oder sogar aufgehoben wird: Rechtfertigungspflichten stellen Begründungswänge auf und Rechtfertigungsausschließungsgründe schließen subjektive Präferenzentscheidungen ganz aus. Damit greifen Gleichbehandlungspflichten in einen Marktprozess ein, der ohne Gleichbehandlungsgebot möglicherweise anders abgelaufen wäre. Das legt den Einwand nahe, dass Gleichbehandlungsgebote sich ein Wissen anmaßen,

496 Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (1968), in: Bosch, Rechtsordnung und Handelnsordnung – Aufsätze zur Ordnungökonomik, 2003, 132 ff; kritisch zu den wissenschaftstheoretischen Implikationen dieser Aussage – der Wettbewerb könne nicht vorausgesagt werden – aber Schmidtchen/Kirstein, *Ordo* 54 (2003), 75 ff.

497 Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 2005, 39 ff.

498 Siehe dazu schon oben § 8 II 3.

499 Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 41 mwN.

500 Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (1968), in: Bosch, Rechtsordnung und Handelnsordnung – Aufsätze zur Ordnungökonomik, 2003, 138.

501 Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 2005, 4.

502 Dazu eingehend Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 115 ff.

503 Ladeur, Kritik der Abwägung, 2004, 32.

504 Zum ökonomischen Begriff der Effizienz siehe Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 47-57.

505 Grundlegend Becker, *Economics of Discrimination*, 1971.

506 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 333.

dass systemkonform erst aufgrund des Wettbewerbsprozesses entstehen kann.<sup>507</sup> Sind privatrechtliche Gleichheitsgebote deshalb ohne weiteres ineffizient?

Eine Problemähnigung muss von der vorrangigen normativen Frage ausgehen, ob der Grundsatz der Präferenzautonomie überhaupt ein uneingeschränktes normatives Prinzip ist.<sup>508</sup> Das Problem stellt sich in aller Schärfe bei intrinsischen Diskriminierungen,<sup>509</sup> die auf eigene Präferenzen des Akteurs zurückgehen. Kann es schutzwürdig sein, wenn ein Akteur einen Wohlfahrtsgewinn erzielt, indem er seiner Neigung zur Diskriminierung einer anderen Person nachkommt? Ökonomen nehmen diese Präferenzen – unabhängig welcher Art sie sind – zur Kenntnis und versuchen, sie mit dem Code des Wirtschaftssystems (Geld) auszudrücken. Das macht es möglich, den Kommunikationsinhalt im Wirtschaftssystem von der davon zu trennenden Bedeutung im Rechtssystem<sup>510</sup> zu unterscheiden.<sup>511</sup> Die Lösung in einem System muss nämlich nicht identisch sein mit der Lösung im anderen System. Nimmt man die utilitaristischen Wurzeln des Präferenzgedankens ernst, muss man jede subjektive Präferenz beachten. Daran setzen die Kritiker des Utilitarismus an und insistieren auf dem Vorrang des Rechten:

„*The principles of right, and so of justice, put limits on which satisfactions have value: they impose restrictions on what are reasonable conceptions on one's good.*“<sup>512</sup>

Sie weisen daher die Berücksichtigung diskriminierender externer Präferenzen als gleichheitswidrig zurück.<sup>513</sup> Dagegen protestierte mit Hart ein bekennender Verteidiger des Utilitarismus:<sup>514</sup> Er räumte zwar ein, dass manche Freiheiten von Personen nicht Gegenstand von schutzwürdigen Präferenzerwägungen Dritter sein dürften, kritisierte aber Dworkins gleichheitsrechtlichen Ansatz mit einem uns bereits bekannten non-egalitaristischen Argument:

„*The evil is the denial of liberty or respect; not equal liberty or equal respect: and what is deplorable is the ill-treatment of the victims and not the relational matter of the unfairness of their treatment compared with others. Some liberties, because of the role they play in human life, are too precious to be put at the mercy of numbers even if in favourable circumstances they may win out.*“<sup>515</sup>

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

508 Dazu eingehend und sehr differenzierend Sunstein, 53 U. Chi. L. Rev. 1129 (1986); Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 335 ff.

509 Zum Begriff oben § 6 V 1.

510 Zu den Definitionsschwierigkeiten, die entstehen, wenn man zwischen beiden Kommunikationen nicht trennt siehe exemplarisch Schwab, Employment Discrimination, in: Dau-Schmidt/Harris/Lobel, Labor and Employment Law and Economics, 2009, 296 ff. Er untersucht ökonomische Definitionen vom Standpunkt des Rechts und muss damit scheitern. Beide Begriffe beschreiben unterschiedliche systemische Sachverhalte, die lediglich über strukturelle Kopplungen (gleichzeitig, aber nicht identisch!) miteinander verbunden sind.

511 Insoweit zutreffend Epstein, Forbidden Grounds, 1992, 43.

512 Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 27.

513 Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 234 f; Dworkin, Law's Empire, 1986, 286 ff.

514 Hart, 79 Col. L. Rev. 828, 840-845 (1979).

515 Hart, 79 Col. L. Rev. 828, 845 (1979).

Das Wort „gleich“ spielt entgegen *Hart* keine leere und irreführende Rolle.<sup>516</sup> Sein wichtigstes Beispiel, die Liberalisierung der Strafbarkeit homosexueller Handlungen in England belegt, dass sich Präferenzen nicht allgemein gegen die Freiheit richteten, sexuelle Partnerschaften einzugehen, sondern gegen die Freiheit homosexueller Menschen, solche Beziehungen zu leben.<sup>517</sup> In der Sache zwingt diese Kritik – wie auch immer man sie moralphilosophisch begründet – das Recht zur Reaktion. Der normative Anspruch des Präferenzprinzips expandiert über die strukturellen Kopplungen des Wirtschaftssystems mit dem Rechtssystem von dort in andere Funktionsbereiche der Gesellschaft. Wenn das Recht sich dem ökonomischen System mit der zunächst vorbehaltlosen Berücksichtigung subjektiver Präferenzen öffnet, muss es das in gleicher Weise gegenüber konträren moralischen Gerechtigkeitsargumenten tun.<sup>518</sup> Das ist Konsequenz der hier verlangten Neutralität des Rechts.<sup>519</sup> Tut es das nicht, richtet es zusammen mit dem eindimensionalen Universalitätsanspruch ökonomischer Kommunikation in anderen Teilrationalitäten Schaden an.<sup>520</sup> Das ist für die unmittelbare Diskriminierung aufgrund eigener Präferenzen des Benachteiligenden auch nach dem klassisch-liberalen Prinzip der Schadensverhütung<sup>521</sup> anerkannt: Sie verletzt die diskriminierte Person in ihrem Anspruch, als Gleicher geachtet zu werden und fügt ihr dadurch einen immateriellen Schaden zu.<sup>522</sup> *David A. Strauss* vergleicht diese Form der Diskriminierung daher mit einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung.<sup>523</sup>

*„That is, no one should be made worse off simply to satisfy someone else's racial animus. The satisfaction of the desire not to associate with members of another racial group, at least in the employment context, should not count in the social welfare function.“<sup>524</sup>*

Es ist daher im Grundsatz eine legitime Aufgabe des Rechts, Instrumente zu entwickeln, die dem Expansionsdrang subjektiver Präferenzen Grenzen setzen. Diese lassen sich ihrerseits als Ausdruck der hier vorgestellten juristischen Gerechtig-

516 *Hart*, 79 Col. L. Rev. 828, 845 (1979).

517 Zur Verteidigung gegen diese Egalitarismuskritik oben § 8 II 5.

518 *Teubner*, Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: *Pawlowski/Roellecke*, Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats (ARSP Beiheft 65), 1996, 199, 216.

519 Siehe oben § 8 II 3.

520 *Teubner*, Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: *Pawlowski/Roellecke*, Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats (ARSP Beiheft 65), 1996, 199, 216.

521 *Mill*, *On Liberty*, 1859, 22: „That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others“; vertiefend zu dieser Begründungsmöglichkeit von Diskriminierungsverboten *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 113 f.

522 *Brest*, 90 Harv. L. Rev. 1, 8-12 (1976); differenzierend und eingehend dazu *Gardner*, 9 Oxford J. Legal Studies 1, 5-8 (1989).

523 Zur nicht-vertraglichen Einordnung der Diskriminierungsverbote siehe oben § 6 IV 1 c).

524 *Strauss*, 79 Geo. L.J. 1619, 1625 (1991).

keit als Gleichheit konzipieren.<sup>525</sup> Sie stimmen in Ergebnis und Funktionsweise mit einer kritischen Theorie der ökonomischen Analyse des Rechts überein, nach der die Institutionalisierung verfassungsmäßig garantierter Rechte eine Form der gezielten und legitimen Einflussnahme auf freiheitsbedrohende Präferenzen ist.<sup>526</sup>

Mit der grundsätzlich zu verneinenden Frage, ob das Recht alle subjektiven Präferenzen akzeptieren muss, ist noch nicht Stellung bezogen zum Vorwurf der Ineffizienz. Dieser wird dem Nichtdiskriminierungsrecht häufig gemacht. In der klassischen ökonomischen Literatur geht man beispielsweise davon aus, dass Diskriminierungsverbote aus kurzfristiger Sicht schädlich und aus langfristiger Sicht unnötig sind. Kurzfristig, so argumentieren beispielsweise *Richard Posner* oder *Horst Eidenmüller*, seien sie ineffizient, weil sie hohe Transaktionskosten auslösten, die sowohl auf der Erfüllung der Gebote wie auf Vermeidungsstrategien beruhten, und weil die zu schützenden Gruppen letztlich aus dem Markt gedrängt würden.<sup>527</sup> Langfristig seien sie unnötig, glaubt *Becker*, weil Anbieter, die aufgrund von Vorurteilen diskriminieren, vom Markt verdrängt würden.<sup>528</sup> Zwei Ergebnisse ökonomischer Untersuchungen stehen fest:<sup>529</sup> (1.) Ökonomisch relevante Ungleichbehandlungen können auf Märkten empirisch nachgewiesen werden. (2.) Zu unterscheiden sind präferenzbedingte und statistische Diskriminierungen einerseits und intrinsische und instrumentelle Diskriminierungen andererseits. Wie oben gezeigt, darf die in der Umwelt des Rechts getroffene Unterscheidung von präferenzbedingter und statistischer Ungleichbehandlung nicht mit der rechtlichen Unterscheidung zwischen einer unmittelbaren (§ 3 Abs. 1 AGG) oder einer mittelbaren Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG) gleichgesetzt werden, sondern verläuft quer dazu.<sup>530</sup> Die Ungleichbehandlung kann auf persönlichen Präferenzen beruhen (*animus based* oder *taste-based*).<sup>531</sup> Bei dieser präferenzbedingten Diskriminierung ist ebenfalls zwischen unmittelbaren oder mittelbaren Präferenzen zu differenzieren. Maßgeblich ist, ob es sich um eine eigene Präferenz des Diskriminierenden handelt oder um die Präferenz eines Dritten, dessen Markentscheidung für den Diskriminierenden ökonomisch relevant ist.<sup>532</sup> Ökonomisch völlig anders gelagert sind die Fälle der statistischen Diskriminierung. Die Ungleichbehandlung bestimmter Personen- oder Personengruppen be-

525 Oben § 8 II 3.

526 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 356.

527 *Posner*, Economic Analysis of Law, 2007, 356-358, 720-722; *Eidenmüller*, Privatautonomie im DCFR, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, 73, 86 f; grundlegend dazu die Studie von *Landes*, 76 J. Pol. Econ. 507(1968).

528 Grundlegend *Becker*, Economics of Discrimination, 1971; siehe auch *Posner*, 56 U. Chi. L. Rev. 1311, 1321-1325 (1989).

529 Dazu oben § 6 V 1.

530 Siehe oben § 6 V 1 c).

531 Vgl. dazu grundlegend *Becker*, Economics of Discrimination, 1971; zuletzt etwa *Vandenberge*, 3 ERCL 410, 412-419 (2007).

532 Zum Ganzen siehe *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 95-102.

ruht hier allein darauf, dass an ein gemeinsames Merkmal angeknüpft wird, um anhand statistischer Erfahrungswerte ein generell bestehendes Informationsdefizit auszugleichen.<sup>533</sup>

### b) Vertrauen auf den Marktmechanismus?

Gary Becker hat seine Auffassung am Modell der präferenzbedingten Diskriminierung<sup>534</sup> entwickelt. Ausgangspunkt ist die Annahme, dass sich diskriminierende Präferenzen messen lassen und daher ökonomisch ausgedrückt werden können:

*„If an individual has a „taste for discrimination“ he must act as if he were willing to pay something, either directly or in the form of a reduced income, to be associated with some persons instead of others. When actual discrimination occurs, he must, in fact, either pay or forfeit income for this privilege.“<sup>535</sup>*

Das praktisch wichtigste Beispiel dafür ist der diskriminierende Arbeitgeber. Dieser kann entweder aufgrund eigener Präferenzen handeln oder bei seinen Entscheidungen die Präferenzen Dritter (Mehrheit der Belegschaft, Kunden) berücksichtigen. Seine Präferenz für oder gegen Mitglieder einer bestimmten Gruppe ist, ökonomisch betrachtet, nicht mit sachlichen Gründen zu erklären, wenn die Produktivität der diskriminierten Person höher ist, als die Kosten, die sie verursacht. Angenommen der Lohnfaktor der Person beträgt  $l$ . Berücksichtigt man die Präferenz des Arbeitgebers als nichtmonetäre, psychische Kosten,<sup>536</sup> ist  $l \neq 1$  sondern  $l > 1$ . Dieser 1 überschreitende Betrag wird anhand eines variablen Diskriminierungskoeffizienten  $d$  gemessen. Der Arbeitgeber handelt bei Person N so, als ob  $l = (1+d)$  wäre. Bei Person W, die das Merkmal nicht trägt, wird unterstellt dass  $l$  äquivalent mit 1 ist.<sup>537</sup> Daher ist es für den Arbeitgeber rational, W einzustellen. Alternativ besteht für N die Möglichkeit, bei  $l$  den Faktor 1 zu unterbieten. Der Diskriminierungskoeffizient  $d$  bleibt damit zwar gleich, der Arbeitnehmer muss seine Arbeitskraft aber zu niedrigeren objektiven Kosten anbieten.<sup>538</sup> Ist dagegen der Wert  $l$  bei W höher als  $(1+d)$ , ist es für den Arbeitgeber rational, N einzustellen.<sup>539</sup> Der Diskriminierungskoeffizient  $d$  spielt auch dann eine Rolle, wenn der Arbeitgeber keine eigenen Präferenzen hat, sondern Präferenzen Dritter, sei es

533 Grundlegend Arrow, Models of Job Discrimination, in: Pascal, Racial Discrimination in Economic Life, 1972, 83 ff; Phelps, 62 Am. Econ. Rev. 659 (1972); siehe dazu Engert, 4 German L.J. 685, 689-691 (2003); Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 102-105 und neuerdings aus rechtlicher Sicht grundlegend Britz, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 15 ff.

534 Dazu bereits oben § 6 V 1 a).

535 Becker, Economics of Discrimination, 1971, 14.

536 Strauss, 79 Geo. L.J. 1619, 1632-1633 (1991).

537 Becker, Economics of Discrimination, 1971, 39 f.

538 Strauss, 79 Geo. L.J. 1619, 1622 (1991).

539 Becker, Economics of Discrimination, 1971, 39 f.

der anderen Arbeitnehmer oder der Kunden, berücksichtigt.<sup>540</sup> Im ersten Fall geht er davon aus, dass es zu einem Produktivitätsverlust komme, wenn Mitglieder einer Rasse gezwungen werden mit solchen der anderen Rasse zusammenzuarbeiten.<sup>541</sup> Sind W und N substituierbar, ist  $l$  bei W ( $1+d$ ). Nach *Becker* kommt es in solchen Konstellationen zu einer Marktsegregation, weil der Arbeitgeber nur N einstellt, wenn der Wert  $l$  bei N niedriger als der bei W ist oder umgekehrt.<sup>542</sup> Im zweiten Fall geht der Arbeitgeber davon aus, dass seine Beschäftigung von Angehörigen einer Minderheit gegen die Präferenzen seiner Kunden verstößt und er daher weniger Einkommen erzielt. In beiden Fällen entstehen ihm also Kosten, die er den Gruppenangehörigen zuschreibt, die sie indirekt veranlassen.

„Unter bestimmten Annahmen“<sup>543</sup> kann der Wettbewerb im klassischen Modell dafür sorgen, dass  $d$  für den Arbeitgeber zu teuer wird. Die Begründungen dafür variieren je nach einschlägiger Fallkonstellation (eigene Präferenzen, Mitarbeiterpräferenzen, Kundenpräferenzen).<sup>544</sup> Folgt der Arbeitgeber eigenen Präferenzen, kann er seine Kosten im Regelfall nicht vollständig auf N überwälzen. Daraus folgt langfristig eine geringere Verzinsung des eingesetzten Kapitals,<sup>545</sup> das in Folge davon abwandert.<sup>546</sup> In offenen Märkten gibt es daneben Arbeitgeber, die die Präferenz nicht teilen. Weil der Diskriminierungskoeffizient entfällt, ist bei ihnen der Faktor  $l$  bei beiden Personen  $N$  und  $W$  – *ceteris paribus* – gleich. Der Arbeitgeber mit dem geringsten Diskriminierungsfaktor wäre in der Lage, seine Güter mit den niedrigsten Kosten herzustellen und hätte damit am Wettbewerb einen Vorteil. Für Wettbewerber besteht ein zusätzlicher ökonomischer Anreiz, die von den subjektiven Präferenzen anderer gelassene Marktlücke zu füllen.<sup>547</sup> Daher, so der modelltheoretische Ansatz, werden sie früher oder später bereit sein, höhere Löhne zu zahlen oder günstiger anzubieten.<sup>548</sup> Nach klassischen Annahmen müssten Akteure einer *taste-based discrimination* damit mittel- und langfristig vom Markt verdrängt werden.<sup>549</sup> Eine rechtliche Regulierung über Diskriminierungsverbote kann, folgt man *John J. Donohue*, dennoch effizient sein, weil sie diskriminierende Teilnehmer schneller vom Markt drängen und weil sie im Arbeitssektor zu erhöhter Produktivität und besseren Arbeitsbedin-

540 Zur Differenzierung und ihren Folgen näher *Strauss*, 79 Geo. L.J. 1619, 1632 (1991).

541 Siehe dazu grundlegend *Welch*, 75 J. Pol. Econ. 225 (1967).

542 *Becker*, Economics of Discrimination, 1971, 56 ff.

543 Diese nicht näher begründete Einschränkung macht *Becker*, Economics of Discrimination, 1971, 45.

544 Für eine eingehende Darstellung des klassischen Modells siehe *Strauss*, 79 Geo. L.J. 1619, 1632-1639 (1991).

545 *Becker*, Economics of Discrimination, 1971, 19 ff.

546 *Strauss*, 79 Geo. L.J. 1619, 1633 (1991).

547 *Epstein*, Forbidden Grounds, 1992, 43 f.

548 Vgl. *Becker*, Economics of Discrimination, 1971, 35 ff; *Posner*, 56 U. Chi. L. Rev. 1311, 1321-25 (1989); *Epstein*, Forbidden Grounds, 1992, 43 ff; *Engert*, 4 German L.J. 685, 689 (2003).

549 Vgl. aus dem deutschen Schrifttum *Wagner*, Materialisierung, in: *Blaurock/Hager*, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 57. Eine modelltheoretische Begründung für diese These findet sich bei *Donohue*, 134 U. Pa. L. Rev. 1411, 1415-23 (1986).

gungen führt.<sup>550</sup> Der Zeitfaktor spielt in der Tat eine wichtige Rolle. Wenn man die Lösung dem Markt überlässt, stellt sich nämlich ein gravierendes Gerechtigkeitsproblem: Man vertröstet die heute davon Betroffenen darauf, dass es zukünftigen Generationen besser gehen wird. „Die Möglichkeit, dass wirtschaftliche Anreize derartigen diskriminierenden Anstellungspraktiken auf lange Sicht entgegenwirken werden, hilft dem Einzelnen, der heute Arbeit sucht, wenig.“<sup>551</sup>

Soweit sich eine ökonomische Analyse des Rechts als deskriptive Theorie versteht, ist es möglich, sie einem empirischen Praxistest zu unterziehen. Dieser fällt für das klassische Modell, wonach der Markt Diskriminierung beseitigt, ernüchternd aus. Nach *Richard Epstein* ist die Ursache der Diskriminierung in staatlicher Regulierung während der *Jim Crow-Ära*<sup>552</sup> zu sehen.<sup>553</sup> Das ist historisch betrachtet unhaltbar<sup>554</sup> und kann nicht erklären, warum Jahrzehnte nach Beendigung dieses staatlich gestützten Regimes privater Ungleichbehandlung Diskriminierungen am Markt weiterhin präsent sind. Exemplarisch dafür ist eine Feststellung von *Glenn C. Loury*:

„[M]arkets do not convert personal characteristics into economic outcomes in the same manner for blacks and whites. This result is quite robust. Across different markets, in varied data sets, and with alternative methods of investigation, one consistently finds blacks being adversely treated. In labor markets this adverse treatment involves not only lower wages earned by (or offered to) blackworkers, but also greater difficulty for them in securing employment.“<sup>555</sup>

Der klassische Ansatz verkennt auch, dass der Wettbewerb die Präferenzen nicht vom Markt verdrängt, sie vielmehr bedient, wenn man bereit ist, dafür zu bezahlen.<sup>556</sup> Das lässt sich bei konsequenter Beachtung subjektiver Präferenzen auch mit der klassischen REM-Hypothese<sup>557</sup> vereinbaren: Es ist rational, seinen eigenen Präferenzen zu folgen, auch wenn man dafür einen höheren Preis zahlen muss. Dann ist es rational für Unternehmen, diese Präferenzen zu bedienen.<sup>558</sup>

Geht man davon aus, dass die Beseitigung präferenzbedingter Diskriminierungen am Markt ein ökonomisch sinnvolles Ziel ist, liegt ein Marktversagen vor. Der Wettbewerb eliminiert entgegen der klassischen Modellannahme Diskrimi-

<sup>550</sup> *Donohue*, 56 U. Chi. L. Rev. 1337 (1989); vgl. auch *Donohue*, The Law and Economics of Antidiscrimination Law, NBER Working Paper, <http://www.nber.org/papers/w11631.pdf>, 70-73; *Donohue*, 134 U. Pa. L. Rev. 1411 (1986).

<sup>551</sup> GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 47.

<sup>552</sup> Dazu § 3 III 5.

<sup>553</sup> *Epstein*, Forbidden Grounds, 1992, 91 ff.

<sup>554</sup> Dazu *Rutherford*, 78 Review: Abolition in a Different Voice 1463, 1470 (1992).

<sup>555</sup> *Loury*, 12 J. Econ. Persp. 117, 118 (1998).

<sup>556</sup> Zur Argumentation im Einzelnen *Schwab*, Employment Discrimination, in: Dau-Schmidt/Harris/Lobel, Labor and Employment Law and Economics, 2009, 296, 300 f.

<sup>557</sup> Dazu *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, 95 ff.

<sup>558</sup> *Schwab*, Employment Discrimination, in: Dau-Schmidt/Harris/Lobel, Labor and Employment Law and Economics, 2009, 296, 302.

nierungen nicht oder jedenfalls nicht in absehbarer Zeit. Das legitimiert im Grundsatz eine rechtliche Regulierung. Umstritten ist lediglich, ob dafür Diskriminierungsverbote eingesetzt werden sollen, die unmittelbar an die privaten Markakteure gerichtet sind. Dagegen wird eingewandt, dass Diskriminierungsverbote ineffizient seien: Sie bewirken, dass Unternehmen auf transaktionskostensteigernde Vermeidungsstrategien ausweichen, verursachten hohe Durchsetzungskosten und trügen letztlich dazu bei, die zu schützenden Gruppen aus dem Markt zu drängen.<sup>559</sup> Das Ausweich- und Verdrängungsargument ist im Kern ein Vergeblichkeitsargument: Es beruht auf der Annahme, dass eine Regulierung privater Präferenzen zwangsläufig ineffektiv ist, weil sich diese Präferenzen halten und sich am Markt auf anderem Wege durchsetzen.<sup>560</sup> Das Argument besitzt eine gewisse Überzeugungskraft. In der Entscheidung *Mutterschaftsgeld II* setzte sich das Bundesverfassungsgericht beispielsweise mit den negativen Auswirkungen auf die Einstellung von Frauen auseinander, die aus der Zahlungspflicht des Arbeitgebers bei Mutterschaft folgen.<sup>561</sup> Sowohl aus ökonomischer Perspektive als auch vom Standpunkt einer klassischen Theorie ausgleichender Vertragsgerechtigkeit<sup>562</sup>, muss man mit Ausweichbewegungen rechnen. Das geht allerdings nur, wenn die Struktur des relevanten Marktes ein solches Verhalten ermöglicht.<sup>563</sup> Damit setzen sich Kritiker von Gleichbehandlungspflichten einem Widerspruch aus: Entweder trifft ihre Annahme zu, dass der Wettbewerb langfristig diskriminierendes Verhalten aus dem Markt drängt. Weil der Markt in dieselbe Richtung tendiert, kann sich ein Ausweichverhalten daher langfristig nicht durchsetzen. Das Effizienzargument bricht zusammen.<sup>564</sup> Oder diese These trifft nicht zu. Dann stellt sich die Gerechtigkeitstheoretische Regulierungsfrage bei präferenzbedingten Diskriminierungen in aller Schärfe. Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts ist es daher, Rahmenbedingungen zu errichten, die negative Anreize für Ausweichbewegungen schaffen. Die Entscheidung *Mutterschaftsgeld II* verdeutlicht die dabei zu bewältigenden äußerst komplexen Probleme.<sup>565</sup> Damit stellt sich die Rechtfertigungsproblematik aus einer etwas anderen Perspektive: Zu diskutieren ist nicht mehr das „Ob“ sondern das konkrete „Wie“ einer Regulierung. Das ist der Punkt, an dem eine Folgenbetrachtung anhand des Effizienzkriteriums einen legitimen Platz im Rechtssystem einnehmen kann. Die ganz anders gelagerte Frage, ob das Recht überhaupt ein dafür geeignetes Instrumentarium

559 Posner, Economic Analysis of Law, 2007, 356-358, 720-722; Eidenmüller, Privatautonomie im DCFR, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, 73, 86 f.; grundlegend dazu die Studie von Landes, 76 J. Pol. Econ. 507 (1968).

560 Vgl. Sunstein, 53 U. Chi. L. Rev. 1129, 1132 (1986) („objection from futility“).

561 BVerfGE 109, 64, 90 ff.

562 Siehe Canaris, iustitia distributiva, 1997, 79 ff.

563 Sunstein, 53 U. Chi. L. Rev. 1129, 1136 (1986).

564 Vgl. Trebilcock, Limits of Freedom of Contract, 1993, 204.

565 Eingehend dazu Krause, FS Heide Pfarr, 2010, 392 ff.

bietet oder ob man diese Aufgabe der Gesellschaft überlassen soll,<sup>566</sup> ist dagegen keine rein ökonomische, sondern eine genuin politische.

### c) Rationale Diskriminierung

Schwieriger ist die ökonomische Einschätzung des Verbots statistischer Diskriminierung. Indem der Diskriminierende an ein Stellvertretermerkmal anknüpft, gleicht er ein Informationsdefizit bezüglich des Hauptmerkmals aus. Weil die unmittelbare Anknüpfung an das Hauptkriterium uU prohibitiv hohe Informationskosten generieren würde, ist die Berücksichtigung des damit in einem ausreichenden statistischen Zusammenhang stehenden Stellvertretermerkmals durchaus effizient.<sup>567</sup> Aus Sicht des einzelnen Marktakteurs kann es rational und langfristig profitmaximierend sein, vertragliche Entscheidungen an Stellvertretermerkmalen zu orientieren.<sup>568</sup> Verbietet man sie, führt das unweigerlich zur Steigerung von Informationskosten. Die zu erzielenden Transaktionskosteneinsparungen sind deshalb mit den Kosten einer statistischen Diskriminierung zu vergleichen. Basieren die Modelle auf falschen Stereotypen und gibt es Wettbewerber, die genauere Daten erzielen können, werden die anderen Unternehmen nach den Vorhersagen des klassischen Modells vom Markt verdrängt.<sup>569</sup> Folgt man dem, stellen sich bei statistischer Diskriminierung dieselben Effizienzprobleme wie bei präferenzbedingten Diskriminierungen.<sup>570</sup>

Trifft die Kategorisierung allerdings nur die Mehrzahl der angestrebten Fälle, ist eine fehlerhafte statistische Diskriminierung immer effizient, soweit daraus ein Vorteil im Vergleich zu kostenintensiver individueller Information entsteht. Aus ökonomischer Sicht besteht aber langfristig die Gefahr einer ineffizienten Resourcenallokation.<sup>571</sup> Individuen werden mit einem Merkmal in Verbindung gebracht, auf das sie entweder keinen Einfluss haben oder das zu ändern ihnen unzumutbar ist.<sup>572</sup> Damit beruht das Modell auf problematischen Externalisierungen. Sie können bewirken, dass die Personen nicht in die Verbesserung ihrer individuellen Fähigkeiten investieren: Zwar würde die Investition dazu führen, dass die statistischen Vorhersagen auf sie nicht (mehr) zutreffen,

566 So etwa *Vandenbergh*, 3 ERCL 410, 418-19 (2007).

567 Prominenter Vertreter *Epstein*, *Forbidden Grounds*, 1992, 59 ff; instruktiv zum Problem auch *Treblecock*, *Limits of Freedom of Contract*, 1993, 205 f; *Vandenbergh*, 3 ERCL 410, 419-422 (2007).

568 *Donohue*, *The Law and Economics of Antidiscrimination Law*, NBER Working Paper, <http://www.nber.org/papers/w11631.pdf>, 28; *Posner*, 136 U. Pa. L. Rev. 513, 515-516 (1987); *Wagner*, *Materialisierung*, in: *Blaurock/Hager*, *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, 13, 55 f.

569 Darauf basiert das Argument von *Wagner*, *Materialisierung*, in: *Blaurock/Hager*, *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, 13, 56.

570 *Schwab*, *Employment Discrimination*, in: *Dau-Schmidt/Harris/Lobel*, *Labor and Employment Law and Economics*, 2009, 296, 303 f.

571 Eingehend *Schwab*, 76 Am. Econ. Rev. 228 (1986).

572 Zur Differenzierung oben § 6 I 2.

aufgrund der stereotypen Annahmen über ihre Gruppenzugehörigkeit blieben sie aber weiterhin Opfer statistischer Diskriminierung.<sup>573</sup> Das liegt daran, dass eine statistische Diskriminierung mit Durchschnittswerten arbeitet, während man beim Effizienzargument Grenzwerte verwenden müsste.<sup>574</sup> Wenn eine Versicherung junge Männer als eine Gruppe mit hohem Versicherungsrisiko führt, behandelt sie A und B gleich, obwohl B ein umsichtiger Fahrer ist. Langfristig schafft sie damit keine positiven Anreize für ein gesamtgesellschaftlich wünschenswertes Verhalten. Dazu bedarf es sekundärer Operationen, wie der Einführung eines Schadensfreiheitsrabatts oder einer Prämienrückzahlung.<sup>575</sup> *Vandenbergh* glaubt dagegen, dass der höhere Versicherungsbeitrag negative Anreize für junge Männer setzt, Auto zu fahren.<sup>576</sup> Das ist, vorsichtig ausgedrückt, eine unrealistische Annahme.

Verbietet man die Anknüpfung an das gewählte Kriterium, wird sich die Differenzierung am nächstbesten Stellvertretermerkmal orientieren. Das führt zu einer Steigerung von Transaktionskosten, die zwangsläufig entweder vom Unternehmen oder seinen Kunden zu tragen sind.<sup>577</sup> Das ist auch der Tenor der Reaktion auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Test-Achats ASBL* zur Unzulässigkeit unterschiedlicher Prämien und Leistungen von Männern und Frauen in der privaten Versicherung.<sup>578</sup> In dieser Kostenersparnis liegt nach wie vor ein relevantes Rationalisierungspotential statistischer Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Verbietet das Recht, daran anzuknüpfen, wird die Ermittlung des individuellen Risikos zwangsläufig teurer und – auch das müsste man beim Wertvergleich berücksichtigen – deutlich invasiver, was die Eingriffe in die Privatsphäre angeht.<sup>579</sup> Statt an das Geschlecht muss man beispielsweise in der Krankenversicherung an den persönlichen Lebensstil anknüpfen. Darin liegt aber die Konsequenz gewollter strikter Anknüpfungsverbote: Sie kosten, aber das ist es dem politischen System wert. Nichtdiskriminierung wird hier also als Wert angesehen, der dem Wert „Effizienz“ übergeordnet wird.

Wenn man genau hinschaut, ist diese Beschreibung aber schief: Nicht die Effizienz wird dem Gleichheitsideal „geopfert“, sondern seine Anwendungsprämissen. Statistische Diskriminierung bewirkt eine Perpetuierung des herauszufilternden Merkmals und führt damit zur sich selbst erfüllenden Prophezeiung.<sup>580</sup> Der statis-

573 Dazu *Lundberg/Startz*, 73 Am. Econ. Rev. 340 (1983).

574 *Schwab*, 76 Am. Econ. Rev. 228 (1986); *Schwab*, Employment Discrimination, in: Dau-Schmidt/Harris/Lobel, *Labor and Employment Law and Economics*, 2009, 296, 304.

575 Dazu *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung 2010, 214 ff.

576 *Vandenbergh*, 3 ERCL 410, 424-425 (2007).

577 *Vandenbergh*, 3 ERCL 410, 423-424 (2007).

578 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 (dazu oben § 6 VI 3 b)).

579 *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 111 f; *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung 2010, 218 ff.

580 Siehe *Strauss*, 79 Geo. L.J. 1619, 1626-1630 (1991); *Engert*, 4 German L.J. 685, 694-696 (2003).

tische Zusammenhang wird gefunden, weil explizit danach gesucht wurde. Geschlecht ist im Versicherungswesen ein effizientes Mittel, um Transaktionskosten zu senken, weil man den statistisch sich ergebenden Zusammenhang bereits als Datum gesetzt hat: Eine Frau oder ein Mann bilden unterschiedliche Risiken, weil sie zur Gruppe der Frauen bzw. der Männer gehören, die statistisch unterschiedliche Risiken bilden. Der Statistik liegt also eine ganz besondere geschlechtsbezogene Annahme zugrunde: Männer und Frauen seien unterschiedlich. Stimmt das, wäre es in der Tat ineffizient, wenn Unternehmen diese Zusammenhänge nicht mehr berücksichtigen dürfen. Statistiken liefern aber nur die Daten, nach denen man gezielt sucht. Im Versicherungsbereich ist man es gewohnt, Daten zu suchen, die nach Geschlecht differenzieren. Anders formuliert: Man sieht die Zusammenhänge und zieht Rückschlüsse auf das Geschlecht, weil man die Daten mit dieser Brille liest. Ändert man diese Prämisse, hat das Auswirkungen auf die Effizienzbewertung. Dann dient die Anknüpfung an das Stellvertretermerkmal nur mehr der Gewohnheit und führt gesamtwirtschaftlich gesehen zu tatsächlich falschen Allokationen.<sup>581</sup> Diskriminierungsverbote stellen genau diese Prämisse in Frage. Sie zwingen dazu, von dem traditionellen Gedanken, dass Männer und Frauen doch verschieden seien,<sup>582</sup> Abstand zu nehmen. Das ist bei den unmittelbar präferenzbedingten Ungleichbehandlungen von Männern und Frauen im Wesentlichen gelungen. Dort gilt im Recht jetzt ein strenger Maßstab: Die Unterscheidung muss für die Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sein.<sup>583</sup> Es ist ein Gebot der juristischen Gerechtigkeit als (formaler) Gleichheit,<sup>584</sup> denselben Maßstab bei allen unmittelbaren Differenzierungen anzuwenden. Daher ist beispielsweise die Entscheidung einer Strafvollzugsbehörde, die einem männlichen Gefangenen nicht erlaubte, vom zweckgebundenen Eigen-geld Kosmetikeinkäufe zu tätigen, gleichheitswidrig:

*„Auch wenn es – ungeachtet zunehmenden Absatzes von Pflegeprodukten für Männer auf dem Kosmetikmarkt – zutreffen mag, dass das Interesse an Kosmetik bei Frauen – genauer: in der Gruppe der Frauen – statistisch verbreiteter oder häufiger stark ausgeprägt ist als in der Gruppe der Männer, handelt es sich nicht um ein von Natur aus nur bei Frauen auftretendes Interesse. Den Angehörigen eines Geschlechts kann die Befriedigung eines Interesses nicht mit der Begründung versagt werden, dass es sich um ein typischerweise beim anderen Geschlecht auftretendes Interesse handele. Von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützt ist auch das Recht, unbenachteiligt anders zu sein als andere Mitglieder der Gruppen, denen man nach den in dieser Bestimmung genannten Merkmalen angehört.“<sup>585</sup>*

581 Vgl. zu diesem Gedanken Trebilcock, *Limits of Freedom of Contract*, 1993, 207.

582 Entlarvende Beispiele zum generellen Unterschied der Geschlechter bei Epstein, *Forbidden Grounds*, 1992, 270 ff.

583 Grundlegend BVerfGE 85, 191, 207.

584 Ich nehme damit auf die formale Komponente Bezug, siehe oben § 8 II 1 a).

585 BVerfG NJW 2009, 661 Rn. 27.

Damit beschreibt das Bundesverfassungsgericht den Kern des Generalisierungsunrechts statistischer Diskriminierungen.<sup>586</sup> Das Rechtssystem kann daher gar nicht zwischen präferenzbedingten und statistischen Diskriminierungen differenzieren, weil es sich um eine Unterscheidung in seiner Umwelt handelt. Diese Differenzierung kann systemintern nicht gekoppekt werden. Das Recht selbst unterscheidet zwischen unmittelbarer, mittelbarer und Nicht-Diskriminierung. Was im ökonomischen System statistische Diskriminierung heißt, ist im Recht regelmäßig eine unmittelbare Diskriminierung<sup>587</sup> und daher auch so zu behandeln.

#### d) Zwischenergebnis

Insgesamt bleibt das Bild diffus. Trotz der beeindruckenden Literatur zum Thema<sup>588</sup> ist es nach wie vor ungeklärt, ob Gleichbehandlungspflichten Privater *generell* Effizienzverluste hervorbringen. Das liegt nicht zuletzt daran, dass man darüber keine Aussagen treffen kann, ohne zuvor eine grundlegende Wertentscheidung über den Stellenwert des Effizienzkriteriums getroffen zu haben. Damit wird der normative Charakter des Effizienzkriteriums sichtbar.<sup>589</sup> Eine darauf beruhende Argumentation setzt voraus, dass die normativen Grundentscheidungen, die gerade für eine Orientierung am Effizienzprinzip sprechen, offen gelegt werden. Die Debatte über Effizienz oder Ineffizienz von Benachteiligungsverboten muss daher im Zusammenhang mit den politischen Konzeptionen von Freiheit und Gleichheit<sup>590</sup> sowie der Dichotomie Staat-Gesellschaft<sup>591</sup> geführt werden. Das Effizienzkriterium ist dann ein Aspekt unter mehreren. Daneben können ökonomische Erkenntnisse als ein Hilfsmittel unter mehreren sowohl zur

586 Dazu eingehend *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 2 ff.

587 *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 54 ff.

588 Aus der reichhaltigen Literatur, die sich schwerpunktmäßig mit dem U.S.-Recht befasst, siehe nur *Leonard/Levine*, 59 Indus. & Lab. Rel. Rev. 547 (2006); *Landes*, 76 J. Pol. Econ. 507 (1968); *Lundberg/Startz*, 73 Am. Econ. Rev. 340 (1983); *Donohue*, 134 U. Pa. L. Rev. 1411 (1986); *Lang*, 101 Q. J. Econ. 363 (1986); *Donohue*, 136 U. Pa. L. Rev. 523 (1987); *MacIntosh*, 19 Ottawa L. Rev. 275 (1987); *Posner*, 136 U. Pa. L. Rev. 513 (1987); *Donohue*, 56 U. Chi. L. Rev. 1337 (1989); *Posner*, 56 U. Chi. L. Rev. 1311 (1989); *Ayres*, 104 Harv. L. Rev. 817 (1991); *Clark*, 79 Geo. L.J. 1695 (1991); *Lundberg*, 106 Q. J. Econ. 309 (1991); *Strauss*, 79 Geo. L.J. 1619 (1991); *Block*, 11 J. Bus. Ethics 241 (1992); *Ayres*, 94 Mich. L. Rev. 109 (1995); *Ayres/Siegelman*, 85 Am. Econ. Rev. 304 (1995); *Arrow*, 12 J. Econ. Persp. 91 (1998); *Darity/Mason*, 12 J. Econ. Persp. 63 (1998); *Heckman*, 12 J. Econ. Persp. 101 (1998); *Loury*, 12 J. Econ. Persp. 117 (1998); *Ayres/Vars*, 98 Colum. L. Rev. 1577 (1998); *Dockes*, 18 Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel. 187 (2002); *Collins*, 56 Indus. & Lab. Rel. Rev. 244 (2003); *Ayres*, 55 Stan. L. Rev. 2419 (2003); *Feltovich/Papageorgiou*, 70 South. Econ. J. 837 (2004); *List*, 119 Q. J. Econ. 49 (2004); *Ayres/Vars/Zakariya*, 114 Yale L.J. 1613 (2005); *Vandenbergh*, 3 ERCL 410 (2007); *Eidenmüller*, ERCL (5) 2009, 109, 121-123 (2009); *Schwab*, Employment Discrimination, in: *Dau-Schmidt/Harris/Lobel*, Labor and Employment Law and Economics, 2009, 296 ff.

589 Grundlegend *Kennedy*, 33 Stan. L. Rev. 387 (1981); *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 237 ff, 267 ff; aus deutscher Sicht dazu *Leistner*, Richtiger Vertrag, 2007, 90-98.

590 Dazu oben § 7 IV 3 a) und § 8 II 3 und 4.

591 Dazu oben § 8 III 3 b).

Rechtsgestaltung herangezogen als auch zur situationsbezogenen Analyse der möglichen Auswirkungen bestimmter Eingriffe verwendet werden.<sup>592</sup> Im Übrigen ist Zurückhaltung angebracht. Selbstverständlich kann man anstelle von Gleichbehandlungspflichten dafür plädieren, „die Lebenssituation von Minderheiten durch ein Bündel von [sozialpolitischen] Maßnahmen zu verbessern“<sup>593</sup>, weil „Umverteilung kein sinnvolles rechtspolitisches Ziel im Vertragsrecht ist“<sup>594</sup>. Das ist aber eine in den Effizienzdiskurs getauchte genuin politische Frage darüber, ob der einzelne Privatrechtsakteur als Agent eines vom politischen System gewollten Wandels eingesetzt werden darf. Man muss also genau hinschauen, um zu erkennen, ob mit der Kritik aus Effizienzgesichtspunkten eine Lanze für situationsbezogene Effizienz im Detail gebrochen wird oder ob es ein Argument im Kampf um das richtige Verständnis von intervenierendem Recht und freier Gesellschaft ist.<sup>595</sup> Im Übrigen trifft diese Kritik auf Gleichbehandlungsgrundsätze, so wie sie hier konzipiert werden, nicht zu. Sie verfolgen kein sozialpolitisches Ziel der Umverteilung von gesellschaftlichen Gütern, auch wenn das immer wieder behauptet wird.<sup>596</sup> Das prozedurale Prinzip der personalen Gleichheit setzt bereits eine Stufe früher an, indem es sicherstellt, dass jeder Akteur in den Umverteilungsprozessen als Gleicher behandelt wird. Darin liegt seine Funktion als Zugangsregel oder als Freiheitsrecht zweiter Ordnung. Die Freiheitssicherung ist – auch wenn sie über Gleichbehandlungsansprüche erfolgt – eine legitime Aufgabe des Rechts.<sup>597</sup> „Effizienz ist ein Entscheidungskriterium von zweifelhaftem heuristischem Wert“.<sup>598</sup> Es scheidet als alleiniger Bewertungsmaßstab für die Folgen rechtlicher Regelungen aus.<sup>599</sup> Die ausschließlich wirtschaftsorientierte, am Effizienzgedanken ausgerichtete Sicht des Privatrechts vernachlässigt die anderen Sektoren der Zivilgesellschaft oder – was schwerer wiegt – instrumentalisiert diese in ökonomischer Hinsicht.<sup>600</sup> Das Effizienzargument hat seine Bedeutung im Strauß der ökonomischen, philosophischen und politischen Argumente. Ihm

592 Dazu *Leistner*, Richtiger Vertrag, 2007, 96; vor ihm schon *Drexel*, Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, 162-169; grundlegend dazu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 393-488.

593 *Eidenmüller*, Privatautonomie im DCFR, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, 73, 87.

594 *Eidenmüller*, Privatautonomie im DCFR, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, 73, 85.

595 Vgl. *Fox*, 84 Mich. L. Rev 1714, 1715-1716 (1986) (dort nur mit Bezug auf die Chicago School): „Chicago is fighting a war for private freedom of action. Chicago's critical contention and presumption that firms act efficiently is not a descriptive observation that produces the conclusion that almost everything is legal. It is simply argument supporting the normative claim that people (including firms) should be left free to act and that there is almost never a higher social interest.“

596 Siehe nur *Franck*, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 80.

597 Vgl. zur Einschränkung von Präferenzen aufgrund von Freiheitsrechten *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 489 f.

598 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 489.

599 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 489.

600 *Teubner*, ZfRSoz 1998, 8, 12 f.

kommt aber im Rechtssystem keine Vorrangstellung zu. Das Recht darf sich nicht „dem ökonomischen Theorieimperialismus, um nicht zu sagen –totalitarismus“<sup>601</sup> preisgeben, damit es seine Leistungen für die anderen Funktionsbereiche der Gesellschaft erbringen kann. Eine dieser Leistungen besteht in der grundrechtlich gebotenen Sicherung personaler Gleichheit und dem daraus folgenden Schutz vor unzumutbaren Anpassungzwängen.

## 5. Zusammenfassung

Im Kern lassen sich vier freiheitsrechtliche Argumente gegen rechtlich normierte Gleichbehandlungsgebote destillieren, die sich insbesondere gegen Diskriminierungsverbote richten: ein Verstoß gegen die Trennung von Recht und Moral (Trennungsargument I) und die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Trennungsargument II), ein ökonomisches Effizienzargument und ein Privatautonomieargument.

Der Kern der Kritik bündelt sich im Privatautonomieargument. Eine wirkliche Verständigung über den genauen Sinngehalt von Privatautonomie als Rechtsbegriff ist ausgeblieben. Wir wissen, dass sie ein Anwendungsfall des Prinzips personaler Freiheit ist. Man greift gerne *Flumes* markige Worte auf: *stat pro ratione voluntas*. Nimmt man das ernst, sind Gleichbehandlungspflichten nicht zu retten. Sie führen geradewegs in die Unfreiheitsvermutung.<sup>602</sup> Das wirft seinerseits die Frage auf, ob dieses formale Verständnis der Vertragsfreiheit überzeugt oder ob Gleichbehandlungspflichten nicht Ausdruck eines materialen Privatrechts sind.<sup>603</sup> Obwohl man Gleichbehandlungsgebote als Ausdruck eines materialen Paradigmas auffassen kann, ist das hier vorgestellte Prinzip personaler Gleichheit kein Fall des Ausgleichs gestörter Vertragsparität. Es dient dem Schutz bestimmter Personen vor einer Benachteiligung als solcher. Die Materialisierungsdebatte vernebelt diese Sachzusammenhänge und führt auf falsche Gleise: Nichtdiskriminierung schuldet man sich immer, unabhängig davon, ob es wirtschaftliche Ausweichmöglichkeiten gibt.

Privatautonomie hat neben der privatrechtstheoretischen auch eine verfassungsrechtliche Bedeutung.<sup>604</sup> Privatautonomie ist keine apriorische oder „natürliche“, sondern eine normativ konstituierte Freiheit.<sup>605</sup> Das kommt in der klassischen Definition der Privatautonomie als „Prinzip der Selbstgestaltung der

601 Teubner, Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: Pawłowski/Roelcke, Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats (ARSP Beiheft 65), 1996, 199, 216.

602 § 8 III 1 a).

603 § 8 III 1 b).

604 § 8 III 1 c).

605 § 8 III 1 c) (1).

Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen<sup>606</sup> nur unzureichend zum Ausdruck. Die einzelne Person kann rechtlich nur dann gestalten, wenn die Rechtsordnung ihr Gestaltungsmittel dafür zur Verfügung stellt. Die Autonomie des Einzelnen bedarf des Rechts, um sich rechtlich verwirklichen zu können. Dieser Zusammenhang kommt besser zum Ausdruck, wenn man Privatautonomie als kompetentielle Freiheit beschreibt. Die Rechtsordnung weist dem Rechtssubjekt die Fähigkeit zu, durch sein Verhalten Rechtsfolgen herbeizuführen. Sie erkennt die dadurch hervorgebrachten tatsächlichen Änderungen in der Umwelt als rechtlich verbindlich an. Als Rechtsgeschäft existiert diese Handlung aber nur in den Formen und mit den Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung zur Verfügung stellt. Das Recht ermöglicht daher erst die Freiheitsausübung. Als rechtlich konstituierte Freiheit ist Privatautonomie konzeptionell von den „natürlichen Freiheiten“ (Ausreisen, Taubenfüttern, Reiten im Walde) zu unterscheiden, weil das Recht hier nicht Freiheitshindernis ist, sondern den Freiheitsgegenstand erst schafft. Das wirft schwierige rechtstheoretische und grundrechtsdogmatische Fragen auf, von denen die zwei wichtigsten lauten: Liegt ein Freiheitshindernis schon vor, wenn das Recht Handlungskompetenzen von Personen beschränkt? Lässt sich Privatautonomie in den Grundrechten verankern, so dass der Staat mit einer Beschränkung rechtsgeschäftlicher Handlungskompetenz in deren Schutzbereich eingreift? Das setzt voraus, dass man den Grundrechten Maßstäbe für die Ausgestaltung des normgeprägten Lebensbereichs entnehmen kann. Das ist, streng genommen, paradox.<sup>607</sup> Wenn ein „Vertrag“ nur das sein kann, was mit Blick auf die Rechtsordnung mit dem Ziel vereinbart wird, von ihr als verbindlich anerkannt zu werden, kann das Grundrecht nur die Freiheit meinen, die vom einfachen Recht vorgesehen ist. Dann wäre der Grundrechtsschutz aber völlig in der Hand des einfachen Gesetzgebers. Das ist wiederum aus grundrechtstheoretischer Sicht paradox. Die Auflösung dieser Paradoxien gelingt nur mit dogmatischen Anbauten an die Privatautonomie: entweder man kreiert eine höchst problematische Institutsgarantie<sup>608</sup> oder man löst die Privatautonomie – grundrechtsdogmatisch ganz auf der Höhe der Zeit – in „multipolare Rechtsverhältnisse“ auf, die man abwehrrechtlich und über die Schutzpflichtendogmatik konstruiert.<sup>609</sup> Die abwehrrechtliche Konstruktion ist gezwungen, einen Maßstab zu entwickeln, der es ermöglicht, die normativ konstituierten Freiheiten einer verfassungsrechtlichen Prüfung zugänglich zu machen. Da das normativ konstituierte Freiheitsrecht als Prüfungsgegenstand ausscheidet, muss man sich „die“ Privatautonomie „irgendwie“ abstrakt denken. Dadurch kommt es zur Metamorphose der Vertragsfreiheit: aus der vom Recht konstituierten Freiheit wird ei-

606 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 1.

607 § 8 III 1 c) (2).

608 § 8 III 1 c) (3).

609 § 8 III 1 c) (4).

ne dem Recht vorgegebene „natürliche Freiheit“. Der Versuch, den maßgeblichen apriorischen Geltungsgrund der Privatautonomie in der autonomen Selbstbestimmung des Einzelnen zu sehen, führt zwangsläufig in die Irre. Er fokussiert das einzelne Individuum und übersieht dabei den sozialen Kontext dieser Freiheitsausübung. Dasselbe Dilemma trifft auch den Schutzwichtschenkel des multipolaren Verfassungsdreiecks. Überzeugender ist es daher, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ermöglichung und Sicherung von Privatautonomie insgesamt als grundrechtliche Gestaltungsaufgabe zu begreifen.<sup>610</sup> Dieses Modell ermöglicht es, am privatrechtstheoretischen Grundbegriff des subjektiven Rechts als rechtlich konstituierte Freiheit festzuhalten. Das subjektive Recht wird zum zentralen Inklusionsmechanismus des Einzelnen in die jeweiligen Funktionsbereiche des Rechts, weil es von einer unmittelbaren Pflichtbindung entlastet wurde. Es ist „eine Juridifizierung von Willkür“<sup>611</sup>. Das macht die Modernität des subjektiven Rechts aus. Andererseits ist Reziprozität als Ausbalancierung von Rechten und Pflichten für das Bestehen einer Gesellschaft konstitutiv. Ziel ist es, „den rechten Gebrauch der Macht zu organisieren, um aus dem bloßen Nebeneinander der Individuen ein fruchtbare Miteinander von Rechtsgegnossen zu machen.“<sup>612</sup> Die Aufgabe des Rechts besteht darin, mit subjektiven Rechten ein Förderer und mit Gleichbehandlungsrechten als Zugangsrechten ein Kontrolleur des Expansionsdrangs anderer Funktionsbereiche, vor allem des Wirtschaftssystems, zu sein.

Die gegen Gleichbehandlungsgebote angeführte These der Trennung von Recht und Moral beruht auf einer schiefen Problembeschreibung.<sup>613</sup> Es geht nicht um die Frage, ob es gegen die Trennungsthese verstößt, wenn der Gesetzgeber umstrittene moralische Verhaltenspflichten in Rechtsnormen gießt. Das muss man verneinen. Davon zu unterscheiden ist das Problem, ob es die Trennungsthese ermöglicht, bei fehlenden ausdrücklichen Transformationsnormen auf eine dem positiven Recht vorgelagerte oder ihm immanente Gerechtigkeits- oder Gleichheitskonzeption zurückzugreifen. Die hier vorgestellte Konzeption juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit ist ein Versuch, diesen Weg zu beschreiten. Sie zeigt, dass ein Anwendungspositivismus des Rechts möglich und das Recht zugleich über die „Kontingenzenformel Gerechtigkeit“<sup>614</sup> sensibel für seine Umwelt und die dort geltenden Moralforderungen ist.

Das Trennungsargument II hat einen gesellschaftspolitischen Aspekt.<sup>615</sup> Gleichbehandlungsgebote drohen die als kategorial gesetzte Trennung von Staat

610 § 8 III 1 c) (5).

611 Lubmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 291.

612 Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (1963), in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 124, 135.

613 § 8 III 1 c) (5).

614 Lubmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 214.

615 § 8 III 3.

und Gesellschaft zu verwischen. Nicht überzeugen kann es, wenn man Gesellschaft mit einer bestimmten Konzeption der „Privatrechtsgesellschaft“ *Böhm'scher* Provenienz gleichsetzt.<sup>616</sup> Diese Konzeption der Privatrechtsgesellschaft ist ein Modell politischer Philosophie und damit, streng genommen, eine moralische Begründung der Verteilung von gesellschaftlicher Macht. Die Abgrenzung zwischen Staat und Gesellschaft ist im modernen Verfassungsstaat dem politischen Prozess nicht *a priori* entzogen. Sie ist vielmehr Gegenstand demokratischer Entscheidungen. An die Stelle der Trennung von Staat und Gesellschaft tritt im Gleichbehandlungsrecht die davon zu unterscheidende Abgrenzung zwischen öffentlicher und privater Sphäre.<sup>617</sup> Welcher Bereich allerdings zur öffentlichen Sphäre zu zählen ist und was zur Privatsphäre gehört, ist seinerseits wieder Gegenstand der Diskussion. Die Privatsphäre ist keine dem Recht vorgelagerte Kategorie, die vom politischen Entscheidungsprozess überhaupt nicht tangiert werden darf. Damit besteht aber die Gefahr, dass sich hinter dem damit geschützten Privaten ungleiche Freiheitsräume der privaten Akteure verbergen. Spricht man im Gleichbehandlungsrecht – statt der Trennung von Gesellschaft und Staat – auch von Privatsphäre und öffentlicher Sphäre, so ersetzt man doch nur eine Dichotomie mit der anderen. Das Problem liegt aber in der Verortung einzelner Handlungen hier oder dort. Es geht um die Auflösung konkreter Kollisionen von Autonomiebereichen privater Akteure.<sup>618</sup>

Der letzte Einwand gegen die hier vorgestellte Konzeption ist das Effizienzargument.<sup>619</sup> Gleichbehandlungsgebote führen dazu, dass Marktakteure bei ihren Entscheidungen nicht (mehr) an bestimmte Kriterien anknüpfen dürfen. Damit wird in einen Marktprozess eingegriffen, der ohne Gleichbehandlungsgebot möglicherweise anders abgelaufen wäre. In der klassischen ökonomischen Literatur geht man davon aus, dass Diskriminierungsverbote aus kurzfristiger Sicht schädlich und aus langfristiger Sicht unnötig sind. Diese Standpunkte sind aber innerhalb der ökonomischen Analyse selbst keineswegs unumstritten. Diskriminierungsverbote können effizient sein, weil sie diskriminierende Teilnehmer schneller vom Markt verdrängen und weil sie im Arbeitssektor zu erhöhter Produktivität und besseren Arbeitsbedingungen führen. Das eigentliche Problem besteht darin, welche normativen Implikationen aus den zahlreichen empirischen Untersuchungen zu ziehen sind. Geht man bei präferenzbedingten Ungleichbehandlungen davon aus, dass ein Eingriff in die Präferenzautonomie der Marktteilnehmer prinzipiell zu Effizienzverlusten führt, sind Benachteiligungsverbote ineffizient. Ob man allerdings davon ausgehen darf, ob also private Präferenzen immer zu respektieren sind, ist nur teilweise eine empirische, im Kern aber eine

616 § 8 III 3 b) (1).

617 § 8 III 3 b) (3).

618 § 8 III 3 b) (4).

619 § 8 III 4.

normative Entscheidung. Die sich daran anschließende Frage, ob das Recht das dafür geeignete Instrumentarium bietet oder ob man diese Aufgabe der Gesellschaft überlassen soll, ist allerdings keine rein ökonomische mehr, sondern wieder eine genuin politische. Schwieriger fällt von diesem Standpunkt aus die Beurteilung statistischer Diskriminierung, weil sie ein Informationsdefizit auszugleichen scheint und damit zu durchaus effizienten Ergebnissen führt. Dennoch werden auch aus ökonomischer Perspektive gute Gründe für ein teilweises Verbot geltend gemacht: statistische Diskriminierung bewirke eine sich selbst erfüllende Prophezeiung, sie führe zu unzutreffenden Ergebnissen in den Fällen statistischer Fehlannahmen, sie basiere auf falschen Stereotypen und führe zur ineffizienten Ressourcenallokation. Insgesamt bleibt das Bild diffus. Das liegt nicht zuletzt daran, dass in dieser Debatte auch über den Stellenwert des Effizienzkriteriums zu entscheiden ist. Sie muss daher im Zusammenhang mit den politischen Konzeptionen von Freiheit und Gleichheit und der Dichotomie Staat und Gesellschaft geführt werden.

## IV. Gleichbehandlung und Grundrechtsunmittelbarkeit im Privatrechtsverkehr

### 1. Die Suche nach dem Geltungsgrund

Das Prinzip der personalen Gleichheit erklärt als heuristisches Modell die Funktionsweise und die Legitimationsgrundlagen einfachgesetzlicher Gleichbehandlungspflichten.<sup>1</sup> Diese tragen ihren Geltungsgrund jeweils in sich. In seiner Funktion als beschreibendes Modell konnte das Prinzip daher auf den Nachweis eines selbstständigen Geltungsgrunds verzichten. Stattet man das Prinzip mit einer normativen Funktion aus, muss man sich die Frage nach dem Geltungsgrund stellen.<sup>2</sup> Das ist die klassische Herausforderung jeder Geltungsbehauptung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Selbst wenn man einer „prozeduralen Theorie des allgemeinen Rechtsgrundsatzes“<sup>3</sup> folgt, kommt man an den Punkt, wo das vorgeschlagene Verfahren der Rechtsgewinnung einen substantiellen Anker braucht.<sup>4</sup> Das ist der neuralgische Ort richterlicher Rechtsfindung *und* Rechtsbegründung<sup>5</sup> bezogen auf einen privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Es geht um nichts weniger als die Frage seiner Geltung als Rechtsnorm. Damit erklärt sich die hier vorgenommene methodische Trennung der verschiedenen Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit.<sup>6</sup> Die Unterscheidung eines deskriptiven und

1 Zu den Funktionen des Prinzips vgl. oben § 7 I 2 a).

2 Siehe dazu oben § 7 I 2 a) (3).

3 Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 25 ff.

4 Siehe dazu eingehend oben § 7 I 2 c).

5 Näher zur Paradoxie richterlichen Entscheidens zwischen Kognition und Dezision Fischer-Lescano/Christensen, Der Staat 44 (2005), 213 ff.

6 Siehe oben § 7 I 2.