

schaftsausübung und Rahmenordnung staatlicher Grundorganisation.<sup>23</sup> Grundrechte im Allgemeinen und Gleichheitsrechte im Besonderen gelten dann prinzipiell nur in der Staat/Bürger-Relation als Verhältnis zwischen einem Grundrechtsträger und einem Nicht-Grundrechtsträger. Davon ist die Bürger/Bürger-Relation zu unterscheiden, in der sich zwei Grundrechtsträger gegenüberstehen. Daraus resultieren letztlich alle Probleme der Grundrechtswirkung im Privatrecht: die Frage nach dem „Ob“, dem „Wie“ und ihrem Umfang.<sup>24</sup>

## 2. Privatautonomie als Steuerungsinstrument privatrechtlicher Beziehungen

Die klassisch-liberale Grundrechtstheorie findet ihre privatrechtliche Entsprechung in der Konzeption der Gesellschaft als „Privatrechtsgesellschaft“.<sup>25</sup> Ihren Beginn markiert mit der Forderung nach dem gleichen rechtlichen Status als Privatrechtssubjekt ein genuin „politisches, verfassungsrechtliches Postulat“.<sup>26</sup> Der Grundsatz der formellen Rechtsgleichheit gewährleistet, dass alle natürlichen Personen die gleiche Freiheit genießen und sich als Gleichberechtigte in der Gesellschaft gegenüberstellen können. *Ludwig Raiser* hat das sehr plastisch formuliert:

„Wir begegnen dem Gleichheitsgrundsatz im Bereich des Privatrechts gleich an seiner Eingangspforte, dem § 1 unseres BGB nämlich, der von der Rechtsfähigkeit des Menschen handelt und ihren Erwerb von nichts anderem als dem Eintritt ins Menschenleben abhängig macht.“<sup>27</sup>

Auf diese formale Rechtsgleichheit beschränkt sich nach traditioneller Auffassung die Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes in der Privatrechtsgesellschaft. Innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken<sup>28</sup> wird das Verhältnis der Individuen untereinander von der Privatautonomie beherrscht. Nach klassi-

23 Exemplarisch zu dieser Position Böckenförde, JA 1984, 325 ff; Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 ff; Böckenförde, Unterscheidung Staat und Gesellschaft, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 209 ff.

24 Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 480 f.

25 Der Begriff geht zurück auf Böhm, ORDO 17 (1966), 75; siehe dazu eingehend unten § 4 I 4. Zur Verwendung des Begriffs im modernen Kontext siehe Canaris, FS Lerche, 1993, 873; Mestmäcker, Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 35; Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 1; Zöllner, Privatrecht und Gesellschaft, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 53.

26 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 80; insoweit zustimmend Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 49 f.

27 Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 78.

28 Statt vieler: Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 7-17; Busche, Privatautonomie, 1999, 15 f. Dazu, dass die Vertragsfreiheit in Deutschland auch im 19. Jahrhundert nicht als schrankenlos verstanden wurde, siehe Hofer, Freiheit ohne Grenzen, 2001, passim; Rückert in: HKK-BGB, Vor § 1 Rn. 94-98; Haferkamp in: HKK-BGB, § 242 Rn. 21-55; anders noch die prägende Einschätzung von Wieacker, Sozialmodell, in: Wieacker, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 36 ff.

scher Konzeption bedeutet Privatautonomie, dass die Privatrechtssubjekte ihre Rechtsbeziehungen selbst nach ihrem eigenen Willen gestalten können.<sup>29</sup> Der Ordoliberalismus versteht darunter primär die Zuweisung der Planungs- und Handlungszuständigkeit für wirtschaftliche und sonstige soziale Transaktionen der Gesellschaftsmitglieder untereinander an das einzelne Privatrechtssubjekt.<sup>30</sup> Wertneutral formuliert ist Privatautonomie die Möglichkeit, eine rechtliche Situation zu ändern oder nicht zu ändern, indem man rechtliche Kompetenzen in einer bestimmten Weise selbstbestimmt ausübt oder nicht ausübt.<sup>31</sup> Gemeinsam ist den verschiedenen Begriffsverständnissen, dass das Privatrechtssubjekt seine rechtlichen Verhältnisse in Eigenregie gestaltet und sich der Staat nicht in die Privatrechtsgestaltung der Bürger einmischt.<sup>32</sup> Grundrechtsdogmatisch fällt die Privatautonomie in den Schutzbereich verschiedener Freiheitsrechte im Grundgesetz<sup>33</sup> und der Grundrechte-Charta<sup>34</sup> und ist Strukturmerkmal des Unionsrechts<sup>35</sup>. Weil die Privatautonomie der Erhaltung und Sicherung der Personalität des Menschen, seiner Selbstbestimmung und Selbstverantwortung dient,<sup>36</sup> kann man in ihr einen Anwendungsfall des Prinzips personaler Freiheit<sup>37</sup> sehen. Die praktisch wichtigsten Erscheinungsformen der Privatautonomie sind die Vertragsfreiheit und die Testierfreiheit. Die Vertragsfreiheit beruht auf insgesamt fünf Ausübungsformen:<sup>38</sup> (1.) Abschlussfreiheit, (2.) Freiheit der Partnerwahl, (3.) Inhalts- und Gestaltungsfreiheit, (4.) Formfreiheit und (5.) Änderungs- und Aufhebungsfreiheit. Die Abschlussfreiheit ist der eigentlichen Vertragsfreiheit vorgelagert.<sup>39</sup> Danach kann das Privatrechtssubjekt autonom darüber bestimmen, ob es seine Leistungen am Markt anbieten möchte (Angebotsfreiheit) oder seinen Bedarf am

29 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 1; vgl. schon *Gebhart in: Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 92 (Privatautonomie als eine „den Beteiligten zustehende Befugnis, innerhalb der Grenzen des vermittelnden Rechts die privaten Angelegenheiten im Wege des Rechtsgeschäfts zu regeln“).

30 Vgl. Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 119.

31 Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, 75.

32 Busche, Privatautonomie, 1999, 14; Kroppenberger, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 231.

33 Dazu näher Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 4 ff; Busche, Privatautonomie, 1999, 51 ff; Heinrich, Formale Freiheit, 2000, 78 ff; Bäuerle, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, 373 ff; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 288 ff; Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 101 ff und jetzt vor allem Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 50 ff.

34 Erläuterungen zu Art. 16 Grundrechte-Charta; vgl. Schöbener/Stork, ZEuS 2004, 43, 55 ff.

35 Remien, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten, 2003, 171 ff; Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht, 2006, Rn. 131 f; Leistner, Richtiger Vertrag, 2007, 347 ff; Basedow, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I, 2009, 85, 89 ff.

36 Vgl. Hesse, Verfassungsrecht & Privatrecht, 1988, 34 f.

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

38 Dazu Busche, Privatautonomie, 1999, 67 ff; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil, 2012, § 10 Rn. 33 ff; Bork, BGB AT, 2011, Rn. 661.

39 Busche, Privatautonomie, 1999, 70 („Eingangsportaal zum Gebäude der Vertragsfreiheit“); Basedow, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I, 2009, 85, 88.

Markt decken möchte (Nachfragefreiheit).<sup>40</sup> Eng damit verwoben ist die Freiheit der Partnerwahl. Sie beinhaltet die Entscheidung, mit jemandem einen Vertrag abzuschließen oder ihn mit dieser Person gerade nicht abzuschließen.<sup>41</sup> Die Kontrahentenwahlfreiheit setzt voraus, dass das Privatrechtssubjekt unter mehreren potentiellen Vertragspartnern auswählen kann. Funktionierender Wettbewerb ist daher Bedingung für effektive Vertragsfreiheit. Darauf hat vor allem die ordoliberalen Theorie hingewiesen.<sup>42</sup> Die Inhalts- und Gestaltungsfreiheit ermöglicht es den Parteien, ihre konkreten Interessen selbstbestimmt zu verfolgen. Diese Freiheit erlaubt dem Privatrechtssubjekt, seine Vertragsbeziehungen zu anderen Personen inhaltlich unterschiedlich auszugestalten, mögen sich diese ansonsten auch in vergleichbarer Lage befinden. Die Testierfreiheit lässt sich ebenfalls in weitgehend analoge Subprinzipien aufgliedern.<sup>43</sup> Problematisch ist dort das hier nicht weiter relevante Verständnis der Formfreiheit als Parameter der Privatautonomie.<sup>44</sup> Auf einen Nenner gebracht, ist Privatautonomie die Freiheit von Personen, *wählen* zu können, ob, mit wem und in welcher Weise sie ihre rechtlichen Beziehungen regeln.<sup>45</sup> Dabei handelt es sich zunächst um ein rechtlich-formales Verständnis von Privatautonomie.<sup>46</sup> Berücksichtigt man dagegen auch faktische Elemente und fragt man nach den realen Ausübungsvoraussetzungen rechtlicher Freiheit, spricht man von der „Materialisierung“<sup>47</sup> der Privatautonomie, insbesondere der Vertragsfreiheit.<sup>48</sup>

Versteht man Privatautonomie ausschließlich rechtlich-formal, schließen Gleichbehandlung und Privatautonomie einander zwangsläufig aus.<sup>49</sup> „In jeder Auswahl eines Vertragspartners liegt [...] zugleich eine Diskriminierung all jener Vertragsinteressenten, mit denen kein Vertrag geschlossen wird. Das gesamte

40 Basedow, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I, 2009, 85, 88.

41 Busche, Privatautonomie, 1999, 67-69; Bork, BGB AT, 2011, Rn. 661.

42 Siehe Mestmäcker, JZ 1964, 441 ff; Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 91 ff; Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235 ff; zur kritischen Einordnung vgl. Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 181 ff.

43 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 231 ff.

44 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 232.

45 Vgl. Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, 75 (zur Vertragsfreiheit).

46 Zur Unterscheidung vgl. nur Kramer, „Krise“ liberalen Vertragsdenkens, 1974, 20 ff; Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, 298 ff; Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 44 ff; Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, 78 ff; Canaris, AcP 200 (2000), 273, 277 ff; Heinrich, Formale Freiheit, 2000, 53 ff.

47 Zum Begriff siehe unten § 2 III 3.

48 Aus der reichen Literatur vgl. neben den in Fn. 46 Genannten Wieacker, Sozialmodell, in: Wieacker, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 24; Köndgen, Selbstbindung, 1981, 132-151; Limbach, JuS 1985, 13; Busche, Privatautonomie, 1999, 72-108; Heinrich, Formale Freiheit, 2000, 171 ff; Bäuerle, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, 138-160; zuletzt mit einem spezifisch gleichbehandlungsrechtlichen Blick Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 III.

49 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 250-251; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 21-22; Bydliński, AcP 180 (1980), 1, 33; vgl. aber Canaris, AcP 184 (1984), 201, 235 f; Canaris, FS Lerche, 1993, 882-887; Busche, Privatautonomie, 1999, 85; Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 114-134; a. A. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 358, 385.

marktwirtschaftliche Vertragswesen lebt von Zurückweisungen und Unterscheidungen.[...] Ohne diese Diskriminierungen [...] ist Privatrecht undenkbar.“<sup>50</sup> Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz ist danach schon logisch die Negation der Privatautonomie<sup>51</sup> und Nichtdiskriminierungsrecht „*the antithesis of freedom of contract*“<sup>52</sup>. Gleichbehandlungspflichten stellen in der Sache Rechtfertigungsanforderungen an privates Handeln auf.<sup>53</sup> Bedarf eine Entscheidung einer sachlichen Rechtfertigung, ist sie nach hergebrachter Ansicht keine „freie“ Entscheidung mehr.<sup>54</sup> Privatautonom getroffene Entscheidungen zeichnen sich vielmehr dadurch aus, dass sie gerade nicht begründungsbedürftig sind, weil sie von der Person getroffen werden, in einem „Gebiet worin ihr Wille herrscht“<sup>55</sup>. Obwohl das klassische Willensdogma vertragstheoretisch seit langem relativiert wird,<sup>56</sup> bleibt das formale Verständnis von Vertragsfreiheit herrschend. Der Versuch, Gleichbehandlungspflichten Privater mit der Konzeption einer materialen Vertragsfreiheit zu verbinden,<sup>57</sup> hat sich in der Vergangenheit nicht durchgesetzt.<sup>58</sup> Grundrechtsdogmatisch wird die „Präponderanz der Freiheit“<sup>59</sup> damit erklärt, dass die Freiheitsrechte gerade die Nichtgeltung der Gleichheitsrechte gebieten würden.<sup>60</sup> Wenn der eigene Wille als Begründung oder Ablehnung rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten genügt (*stat pro ratione voluntas*), enthält die Privatautonomie gerade auch die „Freiheit, andere ungleich behandeln zu dürfen.“<sup>61</sup> Eine aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Drittwirkung<sup>62</sup> oder eine daraus folgende Schutzpflicht<sup>63</sup> des Staates zugunsten des ungleich behandelten Privatrechtssubjekts wird deshalb verneint.<sup>64</sup> „Der privatwirksame Gleichbehandlungsgrund-

50 Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 46 f.

51 Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 33.

52 Epstein, Forbidden Grounds, 1992, 3.

53 Eingehend dazu im Zusammenhang mit Diskriminierungsverboten unten § 6 VI.

54 Statt vieler Pfeiffer, FS Canaris (Bd. I), 2007, 981, 994; eingehend dazu unten § 8 III 1.

55 Savigny, System, Bd. I, 1840, 7.

56 Guter und knapper Überblick bei Kroppenberger, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 62 ff; deziert willentheoretisch dagegen Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung, 1999, 89 ff.

57 Grundlegend Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, (passim).

58 Dazu gleich unter § 1 I 3 b).

59 Dürig in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Rn. 507; umfassend in neuester Zeit Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 114 ff. Auf den besonderen Einfluss der Auffassung Dürigs werde ich unter § 4 I 2 c) noch ausführlich eingehen.

60 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175; Heun in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 54; Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 193.

61 Dürig, FS Nawiasky, 1956, 160; aus neuerer Zeit vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 339 ff.

62 Zur Drittwirkung von Grundrechten im Überblick statt aller Papier in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55 Rn. 1 ff.

63 Zur Konzeption der Drittwirkung im Privatrecht als Schutzpflicht zuletzt umfassend Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 141 ff; zur Gegenposition — Konstruktion ausschließlich aus dem Abwehrcharakter der Grundrechte — vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 233 ff.

64 BGHZ 70, 313, 324; Salzwedel, FS Jahrreiss, 1964, 339, 348 f; Bezzenberger, AcP 196 (1996), 395, 403-407; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175-176; Heun in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 69-70; Boysen in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 50, 152; differenzierter Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 12 f; Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 230, 293.

satz“, so fasst *Friedmann Kainer* das traditionelle Privatrechtsverständnis zusammen, „kann in einer freiheitlichen Privatrechtsordnung niemals ein allgemeines Prinzip sein; er wäre mit dem Grundsatz der Privatautonomie unvereinbar.“<sup>65</sup>

### 3. Gleichbehandlungspflichten im deutschen und europäischen Privatrecht

#### a) Allgemeine Gleichbehandlungspflichten

Wenn der Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit ein Prinzip ist, dann ist er allerdings ein von zahlreichen Ausnahmen durchbrochener Grundsatz. Gleichbehandlungspflichten sind jedenfalls kein Fremdkörper im Zivilrecht.<sup>66</sup> So ist etwa die Vertragspartnerwahlfreiheit von marktbeherrschenden (Art. 102 AUEV, § 19 GWB) bzw. markmächtigen Unternehmen (§ 20 GWB) erheblich beschränkt, weil diese Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür tragen, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht beeinträchtigen.<sup>67</sup> Die Entscheidung des alleinigen Lieferanten von Rossignol-Skiern in Deutschland, ein Sportfachgeschäft in Oberbayern nicht mehr zu beliefern, verstieß beispielsweise gegen § 26 Abs. 2 GWB aF (§ 20 Abs. 2 GWB), weil darin eine im Vergleich zu anderen Abnehmern sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung lag.<sup>68</sup> Rechtsfolge dieses „Diskriminierungsverbots“ ist, dass der Inhaber des Sportfachgeschäfts einen Anspruch auf Belieferung mit Skiern hat (§ 33 Abs. 1 S. 1 GWB) und der Anbieter daher einem Kontrahierungszwang unterliegt.<sup>69</sup> Es ist ein Verdienst ordoliberalen Denkens, auf den spezifisch privatrechtlichen Zusammenhang des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots hingewiesen zu haben.<sup>70</sup> Das Diskriminierungsverbot trägt insgesamt dazu bei, „die Voraussetzungen für eine sachgemäße Ausübung der Vertragsfreiheit zu schaffen“,<sup>71</sup> weil sie ihre Funktion „[n]ur bei relativ gleicher Macht oder relativ gleicher Machtlosigkeit der beteiligten Rechtssubjekte“<sup>72</sup> wahrnehmen kann. Privatautonomie ist danach kein in sich selbst ruhender, keiner weiteren Qualifizierung zugänglicher Wert, sondern Mittel individueller Gestaltung und zugleich Träger einer gesellschaftlichen Funktion.<sup>73</sup> Die Ausübung der gleichen rechtlichen Freiheit führt prinzipiell zu wirksamem Wettbewerb und dieser ist es, der seinerseits

65 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 c).

66 Zutreffend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI, wonach die Gegenauffassung, eine pauschalisierende Bewertung sei.

67 Dazu vertiefend unten § 5 IV 2 b).

68 BGH NJW 1976, 801- *Rossignol*.

69 *Bornkamm* in: Langen/Bunte, § 33 Rn. 89 ff; *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 102; *Bechtold*, GWB, 2008, § 33 Rn. 14.

70 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 445, gegen *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 162 ff.

71 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 445.

72 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

73 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 442; vertiefend dazu *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 181 ff.