

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

## II. Paradigmenwechsel

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

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

213 BVerfGE 124, 199.

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

teratur aus privatrechtstheoretischer,<sup>215</sup> verfassungsrechtlicher,<sup>216</sup> unionsrechtlicher<sup>217</sup> und rechtsphilosophischer<sup>218</sup> Sicht beleuchtet und sehr kontrovers beurteilt. Gleichbehandlungspflichten Privater stehen nach wie vor im Meinungsstreit. Ein schöner Beleg dafür ist die Tatsache, dass *Friedemann Kainer* zeitgleich mit, aber völlig unabhängig von mir seine Habilitationsschrift mit dem dem Titel „Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht“ vorlegte.<sup>219</sup> Der Streit um politische Zweckmäßigkeit, rechtliche Legitimation, Struktur und Reichweite von Gleichbehandlungsgrundsätzen im Privatrecht ist auch ein Wettbewerb über die zutreffende Konzeption elementarer Grundbegriffe der Gesellschaft und des Rechts.<sup>220</sup> Versucht man, die vielfältigen Stimmen der Debatte zu ordnen, lassen sich sieben Problemfelder eines Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht herauskristallisieren: (1.) der Zusammenhang von Gerechtigkeit und der Gleichheit,<sup>221</sup> (2.) die Trennung von Moral und Recht<sup>222</sup> sowie (3.) von Staat und Gesellschaft,<sup>223</sup> (4.) das Verhältnis von Gleichheit zur Freiheit, insbesondere zur Privatautonomie,<sup>224</sup> (5.) die Entscheidung zwischen Intervention oder Nichtintervention in Marktprozesse,<sup>225</sup> (6.) das dogmatische Verhältnis von Gleichheit und Diskriminierungsverboten<sup>226</sup> und (7.) die Auswirkungen des Unionsrechts auf nationales Privatrecht.<sup>227</sup> Jeder Versuch, eine Antwort zu finden auf die Frage, ob und inwieweit private Akteure in der Gesellschaft eine Pflicht zur Gleichbehandlung trifft, tangiert diese Bereiche. Das gilt ganz besonders, wenn man für eine grundlegende Neuorientierung des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht plädiert.

215 Hervorzuheben sind die Beiträge von *Picker*, JZ 2002, 880 ff; *Neuner*, JZ 2003, 57 ff; *Picker*, JZ 2003, 540 ff; *Neuner*, Vertragsfreiheit, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 73 ff; *Schwab*, DNotZ 2006, 649 ff; *Coester*, FS Canaris (Bd. I), 2007, 115 ff; *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99 ff; *Pfeiffer*, FS Canaris (Bd. I), 2007, 981 ff; *Repgen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11 ff.

216 *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43 ff; *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355 ff; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299 ff; *Isensee*, Privatautonomie, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 239 ff.

217 *Neuner*, 2 ERCL 35 (2006); *Basedow*, ZEuP 2008, 230 (2008).

218 *Neuner*, Vertragsfreiheit, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 73 ff; *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 1 Rn. 1 ff; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, Einl. AGG.

219 *Kainer*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht, Habilitationsschrift Heidelberg (SS 2011).

220 Übereinstimmend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 I: „Eine grundlegende Weichenstellung besteht darin, welches gesellschaftliche oder politische Leitbild der Betrachter hat, vor allem im Hinblick auf das Verhältnis von Individualismus und Kollektivismus, die Grundhaltung über Freiheit und soziale Sicherung sowie (vor allem) das Menschenbild.“.

221 Dazu unten § 8 I und II.

222 Eingehend § 8 III 2.

223 Näher unten § 8 III 3.

224 Siehe dazu § 7 IV 3 und § 8 III 1.

225 Siehe § 8 III 4.

226 Vgl. dazu § 7 II.

227 Vgl. dazu § 8 IV 3.

Meine These lautet, dass der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ in seiner Ausprägung als Diskriminierungsverbot im AGG und im speziellen europäischen Nichtdiskriminierungsrecht einen Paradigmenwechsel im deutschen und europäischen Privatrecht markiert. Als Rechtsparadigma verstehe ich hier die beste Beschreibung für die Organisation rechtlicher Beziehungen von gleich freien Personen in einer komplexen und pluralistischen Gesellschaft.<sup>228</sup> Pointiert formuliert geht es darum, die Selbstbestimmung des Individuums (das Prinzip der personalen Freiheit) mit dem Anspruch jeder Person, als Gleicher behandelt zu werden, in Übereinstimmung zu bringen. Nach meiner Auffassung kann der Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit diese Aufgabe nicht alleine leisten. Der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ in seiner Ausprägung als Diskriminierungsverbot hat die Gewichte im Konflikt zwischen dem Vorrang der Freiheit („Willkür“) oder der Gleichheit („Diskriminierungsverbot“) im Zivilrecht zugunsten der Gleichheit neu verteilt. Seit dem AGG kann man Privatrecht nicht mehr ausschließlich als Kombination von formeller Rechtsgleichheit der Privatrechtssubjekte und einer Privatautonomie konzipieren, die Ungleichbehandlungen und Diskriminierungen grundsätzlich erlaubt. Der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ erfordert hier ein Umdenken und eine neue Konzeption des Verhältnisses zwischen Privatautonomie und Gleichbehandlung. Die Freiheit zur willkürlichen Wahl des Vertragspartners wird neu bestimmt. Ihre Ausübung ist im Grundsatz begründungsbedürftig, wenn sie aufgrund von Merkmalen getroffen wird, die nicht als Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung herangezogen werden dürfen. Die Freiheit eines Privatrechtssubjekts vom Vertragsschluss mit dem „Anderen“ wird zugunsten der Freiheit dieses „Anderen“ zum Vertragsschluss eingeschränkt.<sup>229</sup> Diskriminierungsverbote führen konzeptionell nicht zu einer Verringerung privatautonomer Freiheit in der Gesellschaft, sondern verlagern sie auf andere Akteure.<sup>230</sup> So gesehen ist die Abgrenzung individueller Freiheitssphären als Problem „praktischer Konkordanz“<sup>231</sup> genuine Aufgabe des Privatrechts.<sup>232</sup>

Zugleich verschiebt der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ die traditionelle Grenze zwischen den Sphären des Öffentlichen und des Privaten, weil er den Bereich der von staatlichen Eingriffen freizuhaltenden Privatsphäre enger zieht.<sup>233</sup> Weil der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ die einzelnen Privatrechtssubjekte

228 In Anlehnung an *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 472 ff.

229 Vgl. *Schiek* in: Schiek, AGG, Vorbem. zu § 19 ff. Rn. 12; jetzt ausführlich zur Vertragsfreiheit als normativ gebundene Freiheit im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 89 ff; dagegen *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 c).

230 Vgl. *Coester*, FS Canaris (Bd. I), 2007, 115, 120 ff.

231 Begriffsprägend *Hesse*, Verfassungsrecht, 1995, Rn. 317 ff.

232 Vgl. BVerfGE 89, 214 232. Dezidiert anders *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, 736: Die Ausweitung des AGG „führt zu einer ‘Veröffentlichung’ des Privatrechts und perspektivisch zu seinem Ende.“

233 Eingehend § 8 III 3.

untereinander zu nicht diskriminierendem Verhalten verpflichtet, statuiert er diesen gegenüber eine Pflicht, die nach klassisch-liberaler Grundrechtstheorie nur den Staat als Grundrechtsadressaten trifft. Herkömmlicherweise wird ein „kategorialer Unterschied in den Begründungen des Diskriminierungsschutzes in den Beziehungen zum Staat einerseits und [...] unter Privaten andererseits“<sup>234</sup> gesehen. Diskriminierungsverbote im Zivilrecht werfen daher die Frage auf, ob und wie weit nicht nur der Staat,<sup>235</sup> sondern auch die einzelnen Personen zur ethischen Neutralität in ihrem privaten und gesellschaftlichen Handeln aufgrund von Normen verpflichtet sind.<sup>236</sup> Diese Frage lässt sich ohne Rückgriff auf Diskurse der praktischen Philosophie nicht angemessen beantworten.<sup>237</sup> Ich möchte daher untersuchen, ob ein moralischer Gleichbehandlungsanspruch begründet werden kann. Danach hat jede Person einen Anspruch von der politisch verfassten Gemeinschaft als solcher („Staat“) oder von jeder anderen Personen im sozialen Verkehr („Gesellschaft“), als freie und gleiche Person behandelt zu werden (*right to treatment as an equal*).<sup>238</sup> Weil Entscheidungssituationen Personen zur Auswahl zwingen, kann der Gleichbehandlungsanspruch primär nur ein Anspruch auf Begründung der Ungleichbehandlung sein. Gleichbehandlung ist danach ein „Recht auf Rechtfertigung“<sup>239</sup>. Nur wenn diese Rechtfertigung nicht gelingt, folgt daraus ein Anspruch auf gleiche Behandlung. Andererseits beeinträchtigt eine Rechtfertigungspflicht die Autonomie des Einzelnen und damit das Prinzip der personalen Freiheit. Gleichbehandlungspflichten sind daher ihrerseits rechtfertigungsbedürftig und Grenzen unterworfen. Das gilt erst recht, wenn sie von einer moralischen in eine rechtliche Pflicht transponiert werden.<sup>240</sup> Ich denke, dass es der klassischen Trennung von Staat und Gesellschaft<sup>241</sup> nicht gelingt, beide Prinzipien miteinander zu verbinden. Dahinter verbirgt sich eine künstliche „Spaltung des Menschen“<sup>242</sup> in ein nicht-öffentliches, privates Rechtssubjekt einerseits und in seine öffentliche Rolle als Bürger eines politischen Gemeinwesens andererseits. Damit einher geht eine Funktionsaufteilung zwischen freiheitswahrendem, neutralem Privatrecht einerseits und Verteilungsgerechtigkeit wahren-

234 Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299, 333.

235 Dazu Huster, Ethische Neutralität, 2002, 93-98.

236 Vgl. die zutreffende Diagnose von Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 393-98.

237 Näher dazu unten § 8 I und II.

238 Zum Begriff Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 227.

239 Der Begriff stammt von Forst, vgl. nur Forst, Recht auf Rechtfertigung, in: Brunkhorst/R./Lutz-Bachmann, Recht auf Menschenrechte, 1999, 66.

240 Den umgekehrten Weg schlägt Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 148 ff vor, indem sie das Nichtdiskriminierungsrecht als „reflexives Recht“ rekonstruiert, damit es auf das „Rechtsgewissen“ des Einzelnen einwirkt und ihn dadurch zur „freiwilligen“ Befolgung von Diskriminierungsverboten motiviert.

241 Das ist der Kern der Kritik etwa bei Ladeur, 3 German L.J. (2002); Säcker, ZRP 2002, 286; Picker, JZ 2003, 540, 541; Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299, 333; Säcker, ZG 2005, 154; Reichold, ZfA 2006, 257, 266 f; Säcker, ZEuP 2006, 1; Huster, ARSP 2005, 33-35.

242 Caroni, Privatrecht, 1988, 113.

dem öffentlichen Recht andererseits,<sup>243</sup> die längst zweifelhaft geworden ist.<sup>244</sup> In dieser Arbeit wird zugunsten einer Sensibilisierung des Privatrechts für den demokratischen Prozess<sup>245</sup> und der Bedeutung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte gerade auch für das Privatrecht<sup>246</sup> plädiert. Anders formuliert: Es wird mit Nachdruck die soziale Bedeutung privatrechtlicher Institutionen hervorgehoben.<sup>247</sup> Die These der gesellschaftspolitischen Neutralität des Privatrechts ist – zugespitzt formuliert – ein Mythos.<sup>248</sup> Es gibt keine unpolitische, wertfreie Eigenständigkeit des Privatrechts.<sup>249</sup> Beide Positionen – Intervention oder Nicht-Intervention bei Ungleichbehandlungen in privatrechtlich organisierten Beziehungen – sind politischer Natur. Sie grundsätzlich unter Hinweis auf die Privatautonomie abzulehnen, ist zu undifferenziert. Die „These geht dahin, daß der Grad der Privatheit oder Öffentlichkeit eines solchen Lebensbereichs auch zu rechtlich relevanten Unterschieden in der Funktion und Handhabung privatrechtlicher Rechtsinstrumente führen muß, die es deutlicher als bisher zu erkennen gilt.“<sup>250</sup> Ich möchte daher zwei grundlegende Funktionen des Privatrechts unterscheiden: (1.) Privatrecht stellt das Instrumentarium zur Verfügung, die Rechtsbeziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander zu regeln (Privatrecht als Recht der Gesellschaft); (2) Privatrecht dient der Ausgestaltung und dem rechtlichen Schutz der Privatsphäre. Die Differenzierungen im sachlichen Anwendungsbereich des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts verdeutlichen das: „Massengeschäfte“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG) gehören danach zur öffentlichen Sphäre, während mit den Schuldverhältnissen „bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis [...] begründet wird“ (§ 19 Abs. 5 AGG) die Privatsphäre dem Zugriff des Diskriminierungsverbots entzogen wird.<sup>251</sup> Damit ist „Privatheit“ ein Schlüsselbegriff des Nichtdiskriminierungsrechts.<sup>252</sup> Es geht also

243 Vgl. nur *Picker*, JZ 2003, 540 ff.

244 Näher *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 41 ff und *Bullinger*, Öffentliches Recht, 1968.

245 Vgl. dazu *Stolleis*, Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 500, sowie *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 57.

246 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 7, 16.

247 Dazu unten § 8 II 3.

248 So *Caruso*, 3 ELJ 35 (1997); vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 7, 17; *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 54-59; *Schiek* in: Schiek, AGG, Vorbem zu §§ 19 ff AGG Rn. 13.

249 *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 162, 179.

250 *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 208, 223.

251 Vgl. Erwägungsgrund 4, RL 2000/43/EG und Erwägungsgrund 3, RL 2004/113/EG.

252 Zutreffend *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 368; *Mahlmann* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 1 Rn. 32 ff. Näher dazu unten § 7 IV 3 f) (1) und § 8 III 3.

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

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

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

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

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

255 Renner, KritV 2010, 161, 162.

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

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

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

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