

II. Juristische Gerechtigkeit

1. Lösungsmodell I: Formale Gleichheit

a) Geschlossenheit und informationelle Offenheit des Rechts

Lässt sich dieser Gehalt auch im Recht – und nicht nur in der Moral – auf die gleiche Gerechtigkeit, auf Gerechtigkeit als Gleichheit zurückführen? Der Versuch, Gerechtigkeit als Gleichheit zu übersetzen, führt im Rechtssystem zwangsläufig zur Paradoxie. *Kelsen* hat das demonstriert: (1.) „Die Behauptung, daß alle Menschen gleich seien, steht zu den Tatsachen in offenkundigem Widerspruch.“ (2.) „[S]ie kann nur bedeuten, daß die tatsächlich vorhandenen und nicht zu leugnenden Ungleichheiten für die Behandlung der Menschen irrelevant seien.“ (3.) „Wenn überhaupt keine Ungleichheiten zu berücksichtigen sind, sind alle und ist alles gleich.“ (4.) Das führt „zu absurden Konsequenzen“. (5.) Deshalb sollen nur Gleiche gleich und Ungleiche ungleich behandelt werden. (6.) Das ist „überhaupt keine Forderung der Gerechtigkeit, sondern der Logik.“ Es ist die „Konsequenz des generellen Charakters jeder Norm.“ (7.) „[W]enn eine bestimmte Behandlung erfolgen soll, ist daher in jedem Falle unter den gleichen Bedingungen die gleiche Behandlung“ bei der Anwendung dieser Norm gesollt.¹ Gleichheit als Gerechtigkeitsmaßstab verflüchtigt sich also zur Gleichheit vor dem Gesetz.²

Luhmann wollte es nicht dabei belassen, dass die Gerechtigkeit „zu einer moralischen oder politischen Idee [degeneriert], die in den Entscheidungsprogrammen der Rechtswelt keine Entsprechung hat.“³ Die Rettung der Gerechtigkeit für das Recht setzt ihre Transformation voraus: Sie schrumpft zum Instrument der „Selbstkontrolle des Rechtssystems“.⁴ Damit reagiert das Recht auf das Problem der Komplexität moderner Gesellschaften, weil es sie systemintern auf adäquate Komplexität beschränkt.⁵ Die spezifisch juristische Gerechtigkeit ist „Konsistenz des Entscheidens“⁶ und bezieht sich ausschließlich auf das Rechtssystem als Ganzes.⁷ Gerechtigkeit wird im Recht „in der Form der Regel, gleiche Fälle gleich (und folglich: ungleiche Fälle ungleich) zu entscheiden“, mit der Gleichheit verbunden.⁸ Darin sieht *Luhmann* die Antwort auf das Problem der Gerechtigkeit. Dieses stelle sich nämlich erst beim Entscheiden mehrerer Fälle nacheinander

1 *Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 355, 390 ff.

2 *Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 355, 396.

3 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 167.

4 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 217 f.

5 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 142 ff.

6 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 227.

7 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 146.

8 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 227.

durch ein System.⁹ Das hat seinen Preis: Der Begriff der Gerechtigkeit verliert „seine Appellfunktion, seine motivationale Kraft und seine moralische Bedeutung.“¹⁰ Daraus erklärt sich auch *Ralf Dreiers* Vorwurf, *Luhmann* habe „das ‘Gerechtigkeitsproblem’ unter Ausklammerung des Gerechtigkeitsproblems formuliert.“¹¹ Seine Theorie sei eine „Theorie der Gerechtigkeit ohne Gerechtigkeit.“¹² Die Gerechtigkeit lässt sich nach *Luhmann* nur über die Gleichheit als „allgemeines, formales Moment“¹³ in das Rechtssystem zurückholen. Inhaltliche Gerechtigkeitsanforderungen mutieren im Rechtssystem zur formalen Gleichheit. Diese Reduktion ist charakteristisch für die Übersetzungsvorgänge von politisch-moralischen Begriffen ins Recht. Das klassische Beispiel dafür ist die Formalisierung der politischen Gleichheitsforderung und ihre Ausgestaltung als Rechtsgleichheit im Privatrecht des 19. Jahrhunderts.¹⁴ Formale Rechtsgleichheit ist ein anschlussfähiger Begriff im Rechtssystem. Die Forderung nach materialer Gleichheit irritierte dagegen schon im 19. Jahrhundert¹⁵ und irritiert immer noch.

Diese vom Rechtssystem vorgenommenen Reduktionen von Gerechtigkeit und Gleichheit sind erklärungsbedürftig. Die Ursache liegt in den Grundannahmen der Systemtheorie. Danach ist das Rechtssystem ein operativ geschlossenes, aber kognitiv (informationell) offenes Teilsystem der Gesellschaft.¹⁶ Operative Geschlossenheit bedeutet, dass das System „alle Unterscheidungen und Bezeichnungen, die es verwendet, selbst produziert“¹⁷. Es setzt sich aus Operationen (Ereignissen) zusammen, die zirkulär aneinander anschließen können und sich so gegenseitig hervorbringen (Autopoiesis)¹⁸. Die grundlegende Operation von Systemen ist Kommunikation.¹⁹ Das Rechtssystem ist ein Teilsystem der Gesellschaft. Die jeweilige Codierung weist den Kommunikationen also ihren Platz in den jeweiligen Teilsystemen der Gesellschaft zu. Recht unterscheidet sich von anderen Teilsystemen der Gesellschaft (Wirtschaft, Politik, Moral, etc.) aufgrund des Inhalts seiner Kommunikation: Codierung im Recht ist die Unterscheidung

9 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 143.

10 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 146.

11 *Dreier*, Rechtstheorie 1974, 189, 194 f. Zu einer aktuellen Kritik aus traditioneller Perspektive siehe *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, 121 ff.

12 *Höffe*, Politische Gerechtigkeit, 1989, 185; ähnlich auch *Kaufmann*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989, 11.

13 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 223.

14 Siehe oben § 2 III.

15 Dazu oben § 2 I 3.

16 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 38 ff. Ein knappe Beschreibung ihrer wesentlichen Elemente bei *Vesting*, Jura 2001, 299 ff; *Callies*, Systemtheorie: *Luhmann/Teubner*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano*, Neue Theorien des Rechts, 2006, 57, 58 ff.

17 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 30.

18 Eine knappe Erläuterung dieses Begriffs findet sich bei *Teubner*, Introduction to Autopoietic Law, in: *Teubner*, Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, 1987, 11 ff; eine ausführliche Konzeption bei *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989; zur Funktion siehe auch *Vesting*, Rechtstheorie 2007, Rn. 112.

19 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 54 f.

von Recht und Unrecht.²⁰ Stellen die Operationen also *rechtliche* Geltungsbauptungen auf, zählen sie zum Rechtssystem.²¹ „Da die Werte Recht und Unrecht nicht selber Kriterien für die Feststellung von Recht und Unrecht sind, muß es weitere Gesichtspunkte geben, die angeben, ob und wie die Codewerte Recht und Unrecht richtig bzw. falsch zugeordnet werden.“²² Diese Regeln, die über die Zuordnung im konkreten Fall entscheiden, nennt man „Programme“.²³ Diese Programme – beispielsweise Normtatbestände oder Präjudizien – können in komplexen Gesellschaften offen für wechselseitige Einflüsse von außerhalb des Systems sein.²⁴ Es bleibt aber bei der Einheit des Rechts, solange die Kommunikation nur den Binärcode Recht/Unrecht benutzt.²⁵ Knapp formuliert: Nur das Recht selbst kann sagen, was Recht ist und was nicht Recht ist.²⁶ Vom Standpunkt *dieses* Teilsystems aus betrachtet, zählen alle anderen, nicht-rechtlichen Kommunikationen zur „Umwelt“ des Rechts. Das Wirtschaftssystem, die Politik, die Moral und das Individuum („Bewusstseinssystem“ und „Körper“) sind ihrerseits ebenfalls Teilsysteme und von deren Standpunkt aus betrachtet, ist das Rechtssystem Bestandteil ihrer jeweiligen „Umwelt“. Die operative Geschlossenheit des Rechtssystems sorgt beispielsweise dafür, dass moralische Kommunikationen – als moralische Geltungssätze – im Rechtssystem nicht unmittelbar gelten können.²⁷ Darin liegt der positivistische Kern der Systemtheorie als Rechtstheorie.²⁸ Daher werden die „Perfektionsvorstellungen“²⁹ moralischer Gerechtigkeit aus dem Rechtssystem ausgeschlossen. Das ist für die Reduktion von Komplexität im Recht entscheidend.

Mit diesem Vorgang stellt das System sicher, dass das Recht seiner Funktion nachkommen kann, normative Erwartungen zu stabilisieren, indem es diese in zeitlicher, sachlicher und sozialer Hinsicht generalisiert. „Das Recht ermöglicht es, wissen zu können, mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt findet, und mit welchen nicht.“³⁰ Von dieser Funktion sind die Leistungen des Rechts für die anderen Funktionssysteme der Gesellschaft zu unterscheiden: Verhaltenssteuerung und Konfliktlösung.³¹ Die Grundannahme besteht darin, dass „das

20 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 187 ff.

21 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 66 ff; vertiefend zum systemtheoretischen Geltungsproblem *Schulte*, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 46 ff.

22 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 189 f.

23 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 190 ff; in der Sache muss es sich nach *Luhmann* um Konditionalprogramme handeln, S. 195 ff.

24 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 93; *Fischer-Lescano/Christensen*, Der Staat 44 (2005), 213, 233.

25 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 93.

26 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 50.

27 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 78.

28 Gegen die Verwendung des Begriffs „Positivismus“ aber *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 40.

29 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 134.

30 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 131 f.

31 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 156 f.

Recht, seine Daseinsberechtigung ('Funktion') aus der Fähigkeit ('Leistung') schöpft, gesellschaftliche Konflikte beizulegen, die in den sozialen Systemen, in denen sie entstehen, mit systemeigenen Mitteln nicht (mehr) zu bewältigen sind.³² Damit das Recht diese Leistung erbringen kann, muss es – unter Beibehaltung seiner operativen Geschlossenheit – Informationen über seine Umwelt aufnehmen. Weil es selbst nur an eigene Operationen anknüpfen kann, besteht keine Möglichkeit zur direkten Kommunikation. Das System muss vielmehr „eigene Übersetzungsmöglichkeiten finden und ausbilden, über die es die Umwelt in sich hineinspiegeln kann.“³³ Wenn „ein System bestimmte Eigenarten seiner Umwelt dauerhaft voraussetzt und sich strukturell darauf verlässt“, dass jenes bestimmte Operationen durchführt, um wiederum eigene Operationen durchführen zu können, spricht man von „struktureller Kopplung“.³⁴ Strukturelle Kopplungen „beschränken mithin und erleichtern dadurch Einflüsse der Umwelt auf das System“.³⁵ Dabei handelt es sich um „'blinde' Prozesse der Ko-Evolution von Recht und geregelter Teilsystem“, die von keinem der Teilsysteme kontrolliert werden kann.³⁶ Rechts- und Wirtschaftssystem sind beispielsweise über die Institute „Vertrag“ und „Eigentum“ strukturell gekoppelt,³⁷ Rechtssystem und politisches System über den Begriff der „Verfassung“³⁸: Die Wirtschaft „wirkt“ im Recht über Vertragsabschlüsse; die Politik „wirkt“ im Recht über Gesetzgebungsakte. Dadurch wird die Struktur des Rechts ihrerseits im Wege der Selbstbindung der anderen Teilsysteme in diese exportiert und kann sich dort „auswirken“.³⁹ Damit erzeugt das Recht Verlässlichkeit in seiner Umwelt (beispielsweise der Wirtschaft), ohne die eigene operative Schließung in Frage zu stellen.⁴⁰ Die Begriffe haben dabei jeweils eine systemspezifische Bedeutung; der Vertrag ist im Wirtschaftssystem an den dort geltenden Code „Geld“ und im Rechtssystem an den Code „Recht/Unrecht“ geknüpft. Der einfache Brötchenkauf der Wirtschaft ist im Recht ein kompliziertes Bargeschäft des täglichen Lebens.⁴¹ Die Institutionalisierung der Vertragsfreiheit gepaart mit der gleichen Rechtsfähigkeit ist die „perfekte Form“ der strukturellen Kopplung von Wirtschaft und Recht.⁴² Sie po-

32 Amstutz, Zwischenwelten, in: Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 213, 216.

33 Vesting, Jura 2001, 299, 301.

34 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 441.

35 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 441 (Hervorhebungen im Original).

36 Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, 100.

37 Ausführlich Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, 102 ff.; Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 452 ff. und aus historisch-systematischer Perspektive Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 56 ff.

38 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 468 ff.; eine aktuelle Rechtfertigung dieser soziologischen Beschreibung der Beziehung von Recht und Politik unternimmt Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 149 ff.

39 Callies, Prozedurales Recht, 1999, 182 f.

40 Vgl. Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 150.

41 Callies, Prozedurales Recht, 1999, 182.

42 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 463 f.

tenzieren in beiden Systemen die Zahl möglicher Operationen.⁴³ Erst die gleiche Freiheit zum Vertragsschluss ermöglicht es dem Wirtschaftssystem, den Markt als *das* dezentrale Verteilungsinstrument von Gütern einzurichten.⁴⁴ Die dort getätigten Transaktionen führen ihrerseits zu einer Vielzahl rechtlicher Operationen.

Die gleichzeitige, aber nicht synchrone Verwendung⁴⁵ des Begriffs führt im jeweils anderen Teilsystem zu „Irritationen“:⁴⁶ Das Recht stellt mit dem Vertrag der Wirtschaft ein Instrument der Selbststeuerung zur Verfügung, das die Autonomie der Wirtschaft mit dem Institut der Privatautonomie respektiert und ihr mit der rechtlichen Bindung wirtschaftlicher Kommunikation Erwartungssicherheit vermittelt. Das Recht verknüpft dieses Angebot mit prozeduralen und mit substantiellen, nicht-konsensualen Elementen (§§ 138 Abs. 1, 242 BGB) und sichert sich so Einfluss auf die Wirtschaft.⁴⁷ Dieser Mechanismus lässt sich zur politisch-rechtlichen Steuerung des Wirtschaftssystems ausnutzen.⁴⁸ „Auf diese Weise kann man die mit der Konzession von ‘Vertragsfreiheit’ aufgegebene Kontrolle in erheblichem Umfang wiedergewinnen.“⁴⁹ Das Wirtschaftssystem ist dann irritiert, wenn das Rechtssystem die Wirksamkeit vertraglicher Regelungen begrenzt (beispielsweise über die AGB-Kontrolle). Das Rechtssystem ist irritiert, wenn die tatsächlichen Machtverhältnisse der Parteien im Wirtschaftssystem die unterstellte Rechtsgleichheit der Person als Fiktion erscheinen lässt. Es hat sich vergeblich auf den Markt als „Disziplinierungsinstrument“⁵⁰ des Wirtschaftssystems verlassen. Die „Materialisierung“ des Schuldvertragsrechts ist ein Ergebnis der davon ausgelösten Irritation.⁵¹ Diese Irritation ist auch deshalb besonders groß, weil das politische System neben dem Rechts- auch mit dem Wirtschaftssystem strukturell gekoppelt ist.⁵² Über die Verfassung und die Gesetzgebung „interveniert“⁵³ die Politik in das Recht. Dieses ist gezwungen, die dadurch hervorgerufenen Irritationen zu verarbeiten und sorgt dann seinerseits für Irritationen im Wirtschaftssystem.

43 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 465 f.

44 Dazu oben § 2 III.

45 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 443.

46 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 442 f.

47 Callies, Prozedurales Recht, 1999, 128.

48 Zu den systemtheoretischen Möglichkeiten näher Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, 114 ff.

49 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 464.

50 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 459.

51 Dazu oben § 2 III 3.

52 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 467 ff.

53 Von einer „Intervention“ zu sprechen, ist systemtheoretisch gesehen eine starke Vereinfachung. Weil es aufgrund der operativen Geschlossenheit keinen Direktkontakt zwischen den Teilsystemen gibt, sind Interventionen im klassischen Sinn nicht möglich. Sie lassen sich nur als die Summe von Beobachtungen jeweils interner Verarbeitungsvorgänge des Teilsystems beschreiben. Strukturelle Kopplungen lösen solche systeminternen Vorgänge zeitgleich aber nicht synchron in mindestens zwei Teilsystemen aus. Zum Ganzen Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, 96 ff.

Das Nichtdiskriminierungsrecht ist dafür ein exemplarisches Beispiel. Das lässt sich anhand der unterschiedlichen Prämien und Leistungen für Männer und Frauen in der Privatversicherung illustrieren.⁵⁴ In der Eigenrationalität der Versicherungswirtschaft erfordert der Grundsatz risikoadäquater Leistungsbewertung eine möglichst genaue Erfassung des versicherten Risikos.⁵⁵ Das ist aufgrund exorbitant hoher Transaktionskosten ökonomisch nicht möglich. Es besteht allerdings ein signifikanter statistischer Zusammenhang zwischen dem versicherten Risiko und dem Geschlecht eines Versicherungsnehmers. Daher ist es für den Versicherer rational, das Geschlecht zum Unterscheidungskriterium zu nehmen (statistische Diskriminierung). Das Rechtssystem stellt mit der Vertragsfreiheit als Vertragsinhaltsfreiheit die Mittel dafür zur Verfügung. Die strukturelle Kopplung funktioniert hier weitgehend irritationsfrei. Diese Ungleichbehandlung im Wirtschaftssystem bildet den Anreger von Operationen im politischen System. Die Operationen von Organisationen der Zivilgesellschaft (Gewerkschaften, Frauenbewegung) die ausreichend Macht haben oder mobilisieren können, führen zu einer gesetzlichen Regelung (erste strukturelle Kopplung zwischen Recht und Politik). Weil die Macht doch nicht so groß ist, kommt es zum Kompromiss: Grundsätzlich sind Männer und Frauen zwar gleich zu behandeln, davon kann man aber unter bestimmten Voraussetzungen abweichen, ausgenommen bei Schwangerschaft. Dieser politische Kompromiss wird in die Form einer Rechtsnorm gegossen. Weil diese Norm Geltungsanspruch erhebt (Art. 5 Abs. 1 bis 3 RL 2004/113/EG), ist diese Kommunikation als solche auch Teil des Rechtssystems. Dort führt sie zu Irritationen. Im Rechtssystem knüpft diese Operation (Richtlinienerlass) an frühere Operationen (Grundrechte) an. Diese Anknüpfung eröffnet drei Möglichkeiten: (1.) Der Richtlinienerlass ist unwirksam, weil er gegen die Grundrechte (Unternehmerfreiheit, Vertragsfreiheit) verstößt. Diese Grundrechte sind ihrerseits eine strukturelle Kopplung zwischen Recht und Politik und zwischen Politik und Wirtschaft: Aus Sicht der Politik handelt es sich um eine selbst gesetzte Schranke eigener Gestaltungsmacht, aus Sicht des Rechts um einen Prüfungsmaßstab für die Frage Recht/Unrecht einer Maßnahme und aus Sicht der Wirtschaft um einen Schutz seiner Kommunikationen⁵⁶. Ist ein Gesetz daher unwirksam weil verfassungswidrig, wirkt diese rechtliche Operation über die Verfassung wieder auf die Politik zurück. (2.) Die Richtlinie ist wirksam. Daraus resultieren neue Anschlusszwänge des Rechts. Es muss den Inhalt des Grundsatzes der Vertragsinhaltsfreiheit neu justieren und errichtet dafür einen neuen Prüfungsmaßstab für die Wirksamkeit von Verträgen. Über den Vertrag ist das Rechtssystem mit dem Wirtschaftssystem strukturell gekoppelt. Die jetzt

54 Siehe dazu bereits oben § 6 VI 3 b).

55 Statt aller *Armbrüster*, VersR 2010, 1578, 1581.

56 Zur Konstruktion von Grundrechten als Institutionenschutz *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965.

bestehende „nicht-vertragliche Voraussetzung des Vertrages“⁵⁷ führt zur Irritation im Wirtschaftssystem. Dieses ändert seine Anknüpfungsmodi, um die statistischen Zusammenhänge an den neuen, strengeren Kriterien auszurichten. Das kostet Geld: Normen sind im Kommunikationszusammenhang der Wirtschaft Preise.⁵⁸ Zugleich kann das System doch daran anschließen: Die Erlaubnis, nur bei besseren Daten weiterhin differenzieren zu können, (Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG) zwingt zur besseren Statistik. Das erhöht die Treffsicherheit solcher Vorhersagen und dient letztlich der systeminternen Eigenrationalität. Das führt zu einer hohen „Abnahmemotivation“ der Regelung im Wirtschaftssystem.⁵⁹ (3.) Die Richtlinie wird im Rechtssystem nicht nur freiheitsrechtlich, sondern auch an gleichheitsrechtlichen Maßstäben geprüft.⁶⁰ Der unionsrechtliche Gleichheitssatz bzw. das Diskriminierungsverbot als anknüpfungsfähige Ereignisse ermöglichen diese Operation. Führt die Prüfung zur Unvereinbarkeit, ist ein Vertrag, der nach Geschlechtern differenziert, im Rechtssystem ungültig. Es stellt, mit anderen Worten, die Institution „wirksamer Vertrag“ nicht mehr für die Wirtschaft zur Verfügung. Weil die ökonomische Logik sich aber auf den Mechanismus „Vertrag“ eingestellt hat, um selbst operieren zu können, ist das Wirtschaftssystem aus sich selbst heraus gezwungen, den systeminternen Vorgaben des Rechtssystems zu folgen. Es wird daher Unisexstarife und -prämien entwickeln. Das kostet noch mehr Geld. Daher ist in diesen Fällen die „Abnahmemotivation“ dementsprechend niedrig. Das erzeugt wiederum Irritationen im Rechtssystem, indem es die Konkurrenz zwischen dem formalen und materialen Paradigma des Nichtdiskriminierungsrechts verstärkt: Weil jenem „eine Tendenz zur Bevorzugung wirtschaftlicher Erwägungen immanent ist“,⁶¹ könnte es die wechselseitigen Irritationen zwischen Recht und Wirtschaft verringern. Das hat allerdings den Preis materialer Ungleichheit, weil das Recht, „indem es sie rationalisiert, tatsächlich existierende gesellschaftliche Ungleichheit“ perpetuiert.⁶² Das erzeugt seinerseits Irritationen.

b) Wiedereintritt der materialen Gerechtigkeit in das Recht

Das Rechtssystem verwendet bei seinen Operationen zur Bestimmung der Wirksamkeit der Richtlinie unter gleichheitsrechtlichem Gesichtspunkt eine ganze Reihe von Begriffen: Männer und Frauen müssen sich in einer *vergleichbaren* Lage

⁵⁷ Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989, 114.

⁵⁸ Callies, *Prozedurales Recht*, 1999, 75.

⁵⁹ Zum Begriff und zu seiner Bedeutung als Funktionsbedingung struktureller Kopplung siehe Callies, *Prozedurales Recht*, 1999, 192.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773, der nur gleichheitsrechtlich prüft.

⁶¹ Renner, *KritV* 2010, 161, 163.

⁶² Renner, *KritV* 2010, 161, 164.

befinden, sie werden aufgrund des *Geschlechts* unterschieden und dafür dürfen keine *sachlichen* und *verhältnismäßigen* Gründe sprechen. An dieser Stelle kann es zu einem Operationsdefizit des Rechtssystems kommen. Das ist dann der Fall, wenn es bei der Beantwortung dieser Fragen nicht an eigene Operationen – beispielsweise Präzedenzfälle – anknüpfen kann. Das Recht ist hier auf seine kognitive Offenheit angewiesen. Für die Übersetzung in das Rechtssystem konkurrieren ökonomische, politische und moralische Kommunikationen: Aus dem Wirtschaftssystem kommt der Hinweis, dass unterschiedliche Risikofaktoren vorliegen und man daher entweder schon die Vergleichbarkeit verneinen,⁶³ jedenfalls aber einen sachlichen Rechtfertigungsgrund bejahen⁶⁴ müsse. Aus dem politischen System kommt der Hinweis auf die praktische Ausgewogenheit der Regelung. Und die politische Moralphilosophie kommt mit einem ganzen Arsenal möglicher Lösungsmöglichkeiten. Sie bietet sich sogar an, Kollisionsregeln zu entwickeln. Nach *Rawls* kann sie dazu beitragen, bei nachhaltig umstrittenen Fragen der Organisation eines politischen Gemeinwesens die gemeinsamen Grundlagen einer möglichen Übereinstimmung herauszuarbeiten.⁶⁵ Die mit der operativen Geschlossenheit ausgeschlossene Moral scheint damit über die vom Begriff „Gleichheit“ ermöglichte strukturelle Kopplung das Recht wieder zu erobern. Jedenfalls zwingt es zum substantiellen Verständnis von Gerechtigkeit. Exemplarisch festmachen kann man das an Art. 3 GG, der es erlaubt, rechtliche Gleichbehandlungsgebote als moralische Gerechtigkeitsfragen zu konzipieren und zu legitimieren.⁶⁶ Im Unionsrecht wird Gleichheit ebenfalls als Gerechtigkeit angesehen und man rezipiert die moralphilosophischen Diskurse.⁶⁷ Darauf beschränkt sich die Verknüpfung von Gleichbehandlung und Gerechtigkeit nicht. Sie wurde schon früh als privatrechtliches Thema entdeckt. Ich habe mich hier auf die Zeit nach 1945 beschränkt.⁶⁸ *Ludwig Raiser* und *Götz Hueck* versuchten, das allgemeine Gleichbehandlungsgebot im Privatrecht als ein allgemeines, aus der Gerechtigkeit folgendes Rechtsprinzip zu begründen.⁶⁹ Die Idee hat sich als äußerst beständig erwiesen, wie sich bei *Wiedemann* zeigt, nach dem „der Gleichheitsgedanke als Bestandteil der Gerechtigkeitsidee vor dem Privatrecht nicht halt macht“.⁷⁰ Das gilt nicht nur für das Arbeits- oder das Gesellschafts-

63 *Schwintowski*, VersR 2011, 164, 166 ff.

64 *Armbrüster*, VersR 2010, 1578, 1581.

65 Siehe *Rawls*, *Justice as Fairness*, 2001, 2; ähnlich auch *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 19.

66 Grundlegend *Huster* in: *Friauf/Höfling*, GG, Art. 3 Rn. 32 ff.

67 Siehe GA Póiares Maduro, Schlussanträge v. 31.1.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-Tz 9; GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Tz 44.

68 Dazu oben § 4 I. Zur Gerechtigkeitsfrage der Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert siehe *Haferkamp*, Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines“ Recht?, in: *Depenheuer*, *Reinheit des Rechts*, 2010, 79, 87 ff.

69 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 84, 90 (dazu oben § 4 I 1); *Hueck*, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, 1958, 2-3, 169-172 (eingehend oben § 4 I 3).

70 *Wiedemann*, *Gleichbehandlungsgebote*, 2001, 8.

recht⁷¹. Die Verankerung von Gleichbehandlungspflichten als Ausprägung des Grundprinzips der Gerechtigkeit im DCFR⁷² ist das jüngste Beispiel dafür. Diskriminierungsverbote und „positive Maßnahmen“ als Konkretisierungen bzw. Rechtfertigungsgründe im einheitlichen Gleichbehandlungsmodell⁷³ lassen sich daher ebenfalls gerechtigkeitstheoretisch erklären.⁷⁴

Die Systemtheorie versucht, wie gesehen, den Anmaßungen politischer und moralischer Gleichheit im Recht mit der Eigenrationalität des Rechts zu begegnen. Gleichheit hat in Recht und Politik und in Recht und Moral grundlegend unterschiedliche Bedeutungen: „Die Politik verlangt, daß Menschen gleich behandelt werden. Das Recht verlangt, daß Fälle gleich behandelt werden.“⁷⁵ Das ist aber nur die eine Hälfte des Problems. „Die andere Hälfte betrifft die permanenten Irritationen des Rechts, die von externen sozialen Prozessen ausgehen und die die juristische Gerechtigkeitssemantik in andere Bahnen lenken.“⁷⁶ Über den Begriff der Gerechtigkeit ist das Recht den Provokationen von Seiten der Moral oder der Politik permanent ausgesetzt.⁷⁷ Er hinterfragt beharrlich die eigenen Systemoperationen. Das hat gravierende Auswirkungen:⁷⁸ „In der Sache unterläuft dieses Gerechtigkeitsgebot die Differenz von Positivismus und Naturrecht.“⁷⁹ Es kommt zum „richterlichen Neo-Naturrecht“⁸⁰. Müssen wir uns die juristische Gerechtigkeit daher als entpersonifizierte regulative Idee des philosophischen Richters Herkules⁸¹ vorstellen?⁸² Ist das Recht, insbesondere das Privatrecht den Zumutungen der Moral, der Politik oder der Ökonomie hilflos ausgeliefert?

71 Dazu *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 76-80.

72 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 53 f.

73 Siehe dazu oben § 7 I 1.

74 Vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 226 ff [zur Rassendiskriminierung im U.S.-Recht] und *Damm*, Menschenwürde, 2006, 467 ff, der eine Verbindung herstellt zwischen dem bereichsspezifischen Diskriminierungsschutz und *Walzer*, Spheres of Justice, 1983.

75 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 113; ähnlich auch *Teubner*, ZfRSoz 2008, 9, 14.

76 *Teubner*, ZfRSoz 2008, 9, 15.

77 *Teubner*, ZfRSoz 2008, 9, 16.

78 Einzelheiten dazu bei *Dreier*, ARSP 86 (2002), 305 ff.

79 *Teubner*, ZfRSoz 2008, 9, 20.

80 *Teubner*, Dreiers Luhmann, in: Alexy, Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, 2005, 199, 207.

81 Herkules ist *Dworkins* „Superman“, der ideale Richter, der umfassende Kenntnis aller Kommunikationsvorgänge des Rechts und seiner Umwelt hat und in der Lage ist, die einzig richtige Entscheidung eines Falles auch tatsächlich zu finden, siehe *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 105 ff; *Dworkin*, Law's Empire, 1986, 239 ff. Dagegen *Teubner*, Dreiers Luhmann, in: Alexy, Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, 2005, 199, 207: Herkules entnehme seine Maßstäbe der politischen Gemeinschaft und verkenne daher die Trennung beider Systeme.

82 In diese Richtung geht *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, 181 ff, 186 f.

2. Lösungsmodell II: Gerechtigkeitsdichotomien

a) Gleichbehandlung zwischen ausgleichender und verteilender Gerechtigkeit

In privatrechtlichen Debatten zur gerechtigkeitstheoretischen Fundierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht man seit *Raiser* und *G. Hueck* einen Sonderweg.⁸³ Man scheut sich davor, der von *Nipperdey* aufgezeigten Alternative von der Verfassung als „Allgemeinem Teil“ des Privatrechts zu folgen⁸⁴ und an die gemeinsamen moralphilosophischen Aspekte von Gleichbehandlungsfragen mittelbar über den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz anzuschließen. Stattdessen führt man moralische Gerechtigkeitskonzeptionen unmittelbar in das Privatrecht ein. Damit liefert man dieses aber nicht den Forderungen politischer Moral aus. Im Gegenteil: Die Pointe dieses Diskurses besteht gerade darin, das Privatrecht damit vor den strukturellen Kopplungen mit der Politik zu schützen. Wenn schon das Rechtssystem insgesamt als „Immunsystem der Gesellschaft“⁸⁵ versagt, bildet jedenfalls das Privatrechtssystem entsprechende Antikörper. Das Mittel dazu ist die älteste Unterscheidung von verschiedenen Sphären der Gerechtigkeit, die von *Aristoteles* vorgestellte und über Jahrhunderte fortentwickelte⁸⁶ Dichotomie von austeilender Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) einerseits und ausgleichender (*iustitia commutativa*)⁸⁷. Vielfach wird – mit guten Gründen – zusätzlich zwischen der ausgleichenden und einer damit eng zusammenhängenden korrigierenden Gerechtigkeit (*iustitia correctiva*) unterschieden.⁸⁸

Im traditionellen privatrechtlichen Denken kommt der Dichotomie von ausgleichender und verteilender Gerechtigkeit allgemein und speziell mit Blick auf die Begründung von Gleichbehandlungspflichten⁸⁹ eine wichtige Rolle zu:⁹⁰ Beide Arten der Gerechtigkeit werden unterschiedlichen Adressaten zugewiesen:⁹¹ Der Staat ist danach verpflichtet, bei der Verteilung von Gütern und Lasten dem Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit zu folgen. Dabei ist er zur proportionalen Gleichbehandlung verpflichtet. Die eigentlichen Verteilungsmaßstäbe können dem Grundsatz proportionaler Gleichheit nicht entnommen werden. Darin liegt

⁸³ Dazu oben § 4 I 1 und 3.

⁸⁴ Oben § 4 I 2 b).

⁸⁵ Zu dieser Metapher *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 565 ff.

⁸⁶ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 2005, Buch V 5, 1130b-1131a; dazu näher *Honsell*, FS Mayer-Maly, 2002, 287 ff. Instrukтив zur Instrumentalisierung dieser Position im privatrechtlichen Denken *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, 54 ff.

⁸⁷ Klassisch dazu *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 2003, 36; in neuerer Zeit *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 42-45; *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 72 ff.

⁸⁸ Zu den Grundlagen dieser Interpretation *Honsell*, FS Mayer-Maly, 2002, 287 ff; siehe auch *von der Pfordten*, Rechtsethik, 2011, 221 f.

⁸⁹ Vertiefend jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V-VII und § 7 II.

⁹⁰ Zur Bedeutung im Privatrecht aus jüngster Zeit grundlegend *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 1991, 335 ff; *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 9-34.

⁹¹ Sehr griffig *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 2003, 36.

seine „Schattenseite“⁹². Nach *Friedemann Kainer*, realisieren sich in der distributiven Gerechtigkeit die „politischen Bewertungen individueller und öffentlicher Interessen“ durch den Staat.⁹³ Daher lasse sich der Verteilungsmaßstab „aus der Natur der Maßnahme und dem mit ihr verfolgten Zweck ableiten.“⁹⁴

Ausgleichende Gerechtigkeit wird dagegen innerhalb des Privatrechts verortet und deshalb mit dem Etikett „systemkonform“ versehen.⁹⁵ Dort gilt nicht Proportionalität, sondern formale Gleichheit. Die Parteien sind idealiter schon gleich und daher nicht an den distributiven Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.⁹⁶ Die Gleichheit der Parteien spiegelt sich in ihrer jeweiligen Freiheit wider, auf der Grundlage gegenseitiger Zustimmung rechtsgeschäftlich zu handeln. Es ist „mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit völlig unvereinbar, wenn die Vertragsparteien nach Prinzipien der Verteilungsgerechtigkeit verfahren müssten.“⁹⁷ Mit dem Konzept der Vertragsfreiheit gibt die *iustitia commutativa* den Versuch auf, konkrete wechselseitige Gerechtigkeit zu erreichen. Sie abstrahiert diese auf das jeweils frei Vereinbarte und entlastet damit im Ergebnis den Vertrag von übrigen Gerechtigkeitsanforderungen.⁹⁸ Damit wird die Kompatibilität des Vertrags mit einem ausdifferenzierten Wirtschaftssystem, das über Marktpreise kommuniziert, erst ermöglicht.⁹⁹ Allerdings lässt sich dieser völlige Ausschluss von Gerechtigkeit nicht durchhalten, weil das Recht damit jeden Spielraum verlieren würde, auf wirtschaftliche Kommunikationen einzuwirken. Die tatsächlich existierenden Gleichbehandlungspflichten belegen die Existenz solcher Gerechtigkeitspostulate.¹⁰⁰ Daher wird die oben formulierte Vorrangregel modifiziert: Es gebe danach ein „deutliches Regel-Ausnahme-Verhältnis mit einem grundsätzlichen Vorrang der ausgleichenden Gerechtigkeit bei erheblichen Ergänzungen und Korrekturen durch die austeilende Gerechtigkeit.“¹⁰¹ Damit rechtfertigt *Claus Wilhelm Canaris* eine explizit methodologische Forderung: Die Verwirklichung distributiver Postulate im Privatvertragsrecht bedürfe grundsätzlich einer besonderen Legitimation und die Argumentationslast treffe den, der für diesen Weg plädiert.¹⁰²

92 *Honsell*, FS Mayer-Maly, 2002, 287, 292; siehe auch *Osterlob* in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 6.

93 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 2 c).

94 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 I 1 a) aa).

95 Speziell zu den Gleichbehandlungspflichten jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 I 1 c) und VI 3.

96 *Honsell*, FS Mayer-Maly, 2002, 287, 294; ähnlich auch *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 100 f.

97 *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 35.

98 *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 61.

99 *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 61 f.

100 Dazu oben § 5 IX und § 6 VIII.

101 *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 125 f.

102 *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 128.

Gleichbehandlungspflichten sind in diesem Modell also begründungsbedürftige Anwendungsfälle der austeilenden Gerechtigkeit.¹⁰³

Friedemann Kainer hat dieses Modell ausgebaut und verfeinert. Er konzipiert Gleichbehandlungspflichten als Beschränkungen privatautonomer Handlungsfreiheiten im Wege einer Inhaltskontrolle.¹⁰⁴ Dabei ließen sich idealtypisch¹⁰⁵

„drei Hauptformen unterscheiden, die auf die Gerechtigkeitsformen der *iustitia distributiva* und *iustitia commutativa* zurückzuführen sind: Erstere ist auf den Schutz der ausgleichenden Gerechtigkeit, etwa auf die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung in einem Vertragsverhältnis gerichtet. Distributive Inhaltskontrolle verfolgt heteronome, vom Gesetzgeber vorgegebene Ziele allgemeinen Interesses. Dazwischen liegt eine Form der Inhaltskontrolle, die als institutionelle Inhaltskontrolle bezeichnet werden kann und auf den Schutz eines Rechtsinstituts gerichtet ist, etwa auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.“¹⁰⁶

Die kommutative Inhaltskontrolle diene der „Sicherstellung der Äquivalenz privatrechtlicher Beziehungen“. ¹⁰⁷ Darauf gestützte Gleichbehandlungspflichten seien systemkonform, wenn die Voraussetzungen der Richtigkeitsgewähr des vertraglichen oder organisationsrechtlichen Austauschverhältnisses¹⁰⁸ nicht (mehr) vorliegen würden.¹⁰⁹ Damit erklärt Kainer den allgemeinen arbeitsrechtlichen und den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.¹¹⁰ Kommutative Gleichbehandlungspflichten entgingen „dem Einwand des zivilrechtlichen Systembruchs“, weil sie „zu einem Mittel für die größere Austauschgerechtigkeit in Fällen [werden], in den die ungleich behandelte(n) Partei(en) an der material freien, also informiert-selbstbestimmten Wahrnehmung ihrer Interessen gehindert sind.“¹¹¹ Damit werde „privates Verhalten inhaltlich geprüft, jedoch nicht an einem heteronomen Maßstab, sondern am Maßstab des autonomen Präferenzsystems“, nämlich am selbstbestimmten Verhalten in einem Parallelfall.¹¹²

Mit institutionellen Gleichbehandlungspflichten verfolge das Recht den „Schutz bestimmter Rechtsinstitute zur Gewährleistung des Zusammenlebens Privater in einer gerechten und funktionsfähigen Gesellschaft.“¹¹³ Darunter ordnet Kainer die kartellrechtlichen und die kapitalmarktrechtlichen Gleichbehand-

103 Canaris, *iustitia distributiva*, 1997, 36 ff; Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 8; Basedow, ZEuP 2008, 230, 246 f.

104 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V.

105 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 3.

106 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 2.

107 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 2 a).

108 Kainer greift maßgeblich auf die Konzeption der Vertragsfreiheit von Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130 zurück; siehe Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 III 2.

109 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 2 a).

110 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 und IV 4; dazu bereits oben § 5 I 3 und II 3 b).

111 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b) sowie § 3 VI 4.

112 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 5. Zur Frage, warum das vergangene Parallelverhalten die Freiheitsausübung binden kann, siehe bereits oben § 5 IX 2 a).

113 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 2 b).

lungspflichten ein.¹¹⁴ In beiden Fällen „indiziert die Abweichung von einem Parallelfall eine unrichtige Vertragsgestaltung und damit eine mögliche Störung des Wettbewerbs.“¹¹⁵ Der Unterschied liege darin, dass erstere „durch eine Einschränkung der materialen Freiheit“ indiziert würden und der Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet seien, während letztere „durch die Möglichkeit zur Störung der Institution ausgelöst“ würden und der Sicherung der Institution als solcher dienten.¹¹⁶

Distributive Gleichbehandlungspflichten seien dagegen „Eingriffe in private Rechte zu öffentlichen Zwecken“, weil „dem Einzelnen im Interesse der Allgemeinheit Sonderopfer auferlegt werden“.¹¹⁷ Die vom Staat vorgegebenen Verteilungsziele seien allenfalls durch öffentliche Interessen zu rechtfertigen.¹¹⁸ Sie seien daher „ein Fremdkörper in einem privatrechtlichen System, das auf Selbstbestimmung der Parteien ausgerichtet ist.“¹¹⁹ Nach Kainer verfolgt das AGG im Wesentlichen ein „distributives Regelungsregime“.¹²⁰ Seine Bewertung als systemwidrig ist damit vorgegeben.

b) Kritik der Gerechtigkeitsdichotomie

Gegen den Versuch, Gleichbehandlungspflichten mit den klassischen Topoi der Gerechtigkeit zu erfassen, möchte ich drei Einwände erheben: (1.) Der Ansatz geht von einer kategorialen Trennung beider Formen der Gerechtigkeit im Privatrecht aus. Verschwimmt diese Abgrenzung, lässt sich seine Prämisse nicht mehr aufrechterhalten. (2.) Er instrumentalisiert die Dichotomie als rhetorisches Argument und gibt damit den Standpunkt der Neutralität der Gerechtigkeitsbegriffe auf. (3.) Er ist eine Variation des freiheitsrechtlichen Vorrangprinzips und setzt sich daher derselben Kritik aus.¹²¹

Beginnen wir mit dem ersten Punkt. Man kann einen geltend gemachten Gleichbehandlungsanspruch als Anwendung des einen oder des anderen Gerechtigkeitsprinzips nur kategorisieren, wenn man die Abgrenzung zwischen *iustitia distributiva* und *iustitia commutativa* als schwierig, aber lösbar ansieht.¹²² Eine eindeutige Zuordnung allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze als Fallgruppen

114 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) cc) und III 2; dazu auch oben § 5 III 1 und IV 1.

115 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 IV.

116 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 IV.

117 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 2 c.).

118 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b).

119 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b).

120 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 1.

121 Dazu oben § 7 IV 2 b) (1).

122 Eingeräumt von Canaris, *iustitia distributiva*, 1997, 14.

der verteilenden Gerechtigkeit¹²³ oder der ausgleichenden Gerechtigkeit¹²⁴ ist aber nicht möglich.¹²⁵ Die jeweilige Perspektive ergibt, ob eine bestimmte soziale Situation unter Verteilungs- oder Ausgleichsaspekten analysiert wird.¹²⁶ Daran scheitert auch *Kainer*. Danach sei das „Ziel bei distributiven Maßnahmen auf ein heteronomes Gerechtigkeitsziel gerichtet“, während eine „Norm der ausgleichenden Gerechtigkeit auf einen Ausgleich von Leistung und Gegenleistung“ ziele. „Damit erweist sich für die Abgrenzung der distributiven von der kommutativen Gerechtigkeit vor allem der auf Verteilung oder Ausgleich gerichtete Normzweck als entscheidend.“¹²⁷ Diese Abgrenzung ignoriert die Komplexität des modernen Privatrechts. Das zeigt sich bereits anhand der wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote.¹²⁸ Damit sichert die Rechtsordnung die Freiheitsmöglichkeiten wirtschaftlichen Handelns und die Teilnahme am Marktgeschehen, gewährleistet dadurch sowohl ein Höchstmaß an marktkonformer Tauschgerechtigkeit und verwirklicht *zugleich* aufgrund der Verteilungsfunktion des Wettbewerbs Grundsätze der *iustitia distributiva*.¹²⁹ *Kainer* weicht diesem Problem zunächst aus, indem er wettbewerbliche Gleichbehandlungspflichten als Verkörperungen einer dritten, zwischen austeilender und ausgleichender Gerechtigkeit stehenden, Kategorie zuweist.¹³⁰ Er muss aber einräumen, dass diese Kategorie „unter Umständen auch beide Gerechtigkeitsformen miteinander vereinen mag“¹³¹ und dass diese Rechtsinstitute „geradezu das Ergebnis eines Spannungsvielecks konkurrierender Interessen [sind], die im Einzelnen durch *distributive* Verteilungsentscheidungen des Gesetzgebers gegeneinander abgeschichtet werden“.¹³² Wenn die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht „jedenfalls auch die kommutative Gerechtigkeit im Blick“ haben müsse und der „Eingriff des Staates nicht alleine der distributiven Gerechtigkeit zuzuordnen“ sei¹³³, bedeutet das im Ergebnis nichts anderes, als dass die Gleichbehandlungspflicht beiden Aspekten zuzuordnen ist. Dieser Konsequenz weicht *Kainer* mit dem Hinweis aus, die Zuordnung von Freiheitsräumen geschehe in diesem Fall „ohne Ansehung der Person insofern“, als jedem Akteur dieselbe Freiheitsmöglichkeit gesichert werden soll.¹³⁴

123 Siehe zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 36 ff; *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 320 ff.

124 So *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 und IV 4 für den arbeitsrechtlichen und den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

125 Zur Komplexität von Gerechtigkeitsrelationen eingehend *von der Pfordten*, Rechtsethik, 2011, 216 ff.

126 *Tschentscher*, Prozedurale Theorien, 2000, 57.

127 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 I 3 b) aa).

128 Dazu oben § 5 IV.

129 *Raiser*, Antinomien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1973), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 235, 238.

130 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) cc) und III 2.

131 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 2.

132 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V 2 b).

133 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) cc).

134 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) cc).

Just darin liegt aber die Aufgabe des von *Kainer* der distributiven Gleichheit zugeordneten Nichtdiskriminierungsprinzips.¹³⁵ Es sichert ebenfalls „jedermann prinzipiell dieselbe Freiheit“ und registriert dafür – genauso wie die wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten – materiale Störungen dieser Freiheitsmöglichkeit in der Umwelt des Rechts. Der Unterschied besteht lediglich bei den dafür verwendeten Sensoren: dort ist es die Marktmächtigkeit eines Unternehmens, hier die Anknüpfung an ein Diskriminierungsmerkmal.¹³⁶ Man kann Diskriminierungsverbote nicht schon aufgrund der Tatsache, dass der Staat als normierende und entscheidende Instanz auftritt, zur verteilenden Gerechtigkeit zählen.¹³⁷ Es greift auch viel zu kurz, darin die Begünstigung bestimmter Gruppen durch die Zuweisung spezifischer Rechte¹³⁸ zu sehen. Die symmetrisch ausgestalteten Diskriminierungsverbote weisen allen Personen dieselben Rechte zu.¹³⁹ Lediglich ihre Ausübung ist für Angehörige bestimmter Gruppen wichtiger, weil die Umwelt des Rechts nur von ihnen besondere Anpassungsleistungen verlangt. Sie sind darauf gerichtet, die *relative* Position von Einzelnen zu verbessern und dienen insoweit dem Ausgleich vergangener Ungleichbehandlungen in der Umwelt des Rechts. Das erlaubt es, sie als Anwendungsfall der *iustitia correctiva* aufzufassen.¹⁴⁰ Die dem Arbeitgeber oder dem Anbieter von Leistungen zugewiesene Verantwortung zur Beseitigung von Diskriminierungen „liegt geradezu in der Natur der Sache begründet“¹⁴¹. Diskriminierungsverbote reagieren darauf, dass der Einzelne als Angehöriger einer Gruppe wegen dieser Gruppenzugehörigkeit ungleich behandelt wird. Sie zielen daher darauf, die „Vertragszugangs-gerechtigkeit“¹⁴² dieser Gruppe insgesamt zu verbessern. Dagegen lassen sich die positiven Maßnahmen¹⁴³ als Anwendungsfälle von Verteilungsgerechtigkeit konzipieren.¹⁴⁴

Ein weiteres Beispiel für die fehlende Überzeugungskraft der Gerechtigkeitsdichotomie ist der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.¹⁴⁵ Die Gleichbehandlungspflicht des Verbandes wird von manchen als Mittel zur Sicherung der ausgleichenden Gerechtigkeit gegenüber unsachlichen Eingriffen der Mehrheit in Positionen der Minderheit aufgefasst.¹⁴⁶ Das erstaunt zunächst, weil die

135 Dazu oben § 6 VIII 1.

136 Vgl. dazu einerseits § 5 IV 3 b) und andererseits § 6 III.

137 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 122.

138 So *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 1.

139 Dazu eingehend oben § 6 VIII 1.

140 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 123, 129 f.

141 *Singer*, FS 200 Jahre Humboldt-Universität, 2010, 981, 1010.

142 Zum Begriff *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 118 f.

143 Zum Begriff oben § 6 VI 3 g).

144 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 124 ff, 129 ff.

145 Dazu oben § 5 II 3 b).

146 So *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 36; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 77 ff; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4; *Metzger*, 75 RabelsZ (2011), 845, 876 f.

für Fälle der *iustitia distributiva* typische triadische Grundkonstellation vorliegt: der Verband als Person mit Verteilungsmacht, Mehrheits- bzw. Minderheitsgesellschafter. Im Arbeitsrecht ist es gerade diese Dreieckskonstellation (Arbeitgeber, begünstigte und benachteiligte Arbeitnehmer), mit der die Behandlung als Anwendungsfall der *verteilenden* Gerechtigkeit begründet wird.¹⁴⁷ Aus der Tatsache, dass jemand Verteilungsmacht hat, folgt aber lediglich die normative Erwartung der von der Entscheidung betroffenen Personen, gleich behandelt zu werden.¹⁴⁸ Sie sagt aber nichts darüber aus, ob es sich dabei um kommutative oder distributive Gleichbehandlungspflichten handelt.¹⁴⁹ Dirk Verse begründet den Unterschied damit, dass der Arbeitgeber den benachteiligten Arbeitnehmern nichts wegnehme, die Bevorzugung bestimmter Gesellschafter durch den Verband sich aber wirtschaftlich nachteilig auf die Minderheit auswirke. Der Gleichbehandlungsgrundsatz fülle die Lücke, die entstehe, wenn das bei Verbandsgründung bestehende Konsensprinzip im „Verbandsleben“ vom Mehrheitsprinzip abgelöst werde.¹⁵⁰ Es korrigiere also formal von der Verbandsautonomie gedeckte, aber inhaltlich problematische Eingriffe in freiheitsrechtliche Positionen der Gesellschafter.¹⁵¹ Damit nähert sich Verse einer Begründung der *iustitia correctiva* an, wie sie Heinrich Honsell vorgeschlagen hat. Danach dienen Gleichbehandlungspflichten der Vermeidung von Ungerechtigkeit im Privatrechtsverhältnis, auch wenn diese Ungerechtigkeiten ihre Ursache außerhalb des Äquivalenzverhältnisses haben und auf Marktversagen, Missbrauch oder einem Verstoß gegen sonstige Gründe des *ordre public* beruhen.¹⁵² „Die Beseitigung der Ungleichheit ist nicht staatliche Distribution, sondern staatliche Korrektur.“¹⁵³ Dieses weite Verständnis von *iustitia correctiva*, das alle Korrekturmöglichkeiten im Zusammenhang mit einer vertraglichen Austauschbeziehung erfasst, führt letztlich dazu, dass der Begriff der Verteilungsgerechtigkeit im Privatrecht überhaupt keine Rolle mehr spielt.¹⁵⁴ Der kommutative Gleichbehandlungsgrundsatz ist danach keine Intervention des Staates zur Verteilung von Gütern und Lasten, sondern eine nach den jeweiligen politischen Vorstellungen gerechte Korrektur.¹⁵⁵

Das ist eine bewusst unpolitische Konzeption der Gerechtigkeitsdichotomie. Sie nimmt zur Kenntnis, dass nicht die Einordnung in eine der beiden Kategorien die Legitimationsanforderungen bestimmt, sondern die davon getrennte verfas-

147 Canaris, *iustitia distributiva*, 1997, 37; anders aber Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 (dazu oben § 5 I 3).

148 Siehe oben § 5 IX 2 b).

149 Insoweit zutreffend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 I 3 b) aa).

150 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 77 ff.

151 Ganz ähnlich Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 a); dazu bereits oben § 5 II 3 b).

152 Ausführlich dazu Honsell, FS Mayer-Maly, 2002, 287, 295 ff.

153 Honsell, FS Mayer-Maly, 2002, 287, 297.

154 Ausdrücklich Honsell, FS Mayer-Maly, 2002, 287, 296.

155 Vgl. Honsell, FS Mayer-Maly, 2002, 287, 297.

sungsrechtliche Bewertung.¹⁵⁶ Diese Alternative verdeutlicht den rechtspolitisch-rhetorischen Gehalt der klassischen Auffassung: Sie postuliert die Behauptung, dass die Einfügung distributiver Elemente in das Privatrecht Ausnahme bleiben muss, begründet sie aber nicht. Das trifft letztlich auch auf *Kainers* Konzeption zu: Ihm gelingt das Kunststück, den marktfremden Verteilungsmaßstab der ausgleichenden Gerechtigkeit mit der Wettbewerbswirtschaft zu vereinen, indem er deren Voraussetzungen in die Konzeption ausgleichender Gerechtigkeit vollständig hineinprojiziert¹⁵⁷ und dadurch das Konzept zwangsläufig verändert. Alle Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie werden damit immanenter Bestandteil der ausgleichenden Gerechtigkeit. Die distributiven Gerechtigkeitsentscheidungen, die Privatautonomie und Wettbewerb jeweils erst ermöglichen und kontinuierlich aufrecht erhalten, werden als solche unsichtbar gemacht. Der institutionelle Rahmen dieser Form von Freiheitsermöglichung wird ausgeblendet und auf die individuelle Austauschgerechtigkeit des einzelnen Vertrags reduziert.¹⁵⁸ „Tauschgerechtigkeit setzt [aber] das Bestehen einer gerechten Verteilung voraus; [...] Tauschgerechtigkeit oder korrektive Gerechtigkeit stellen distributive Gerechtigkeit her oder wieder her“.¹⁵⁹ *Kainers* Ansatz verwischt diesen elementaren Zusammenhang. Damit wird jeder Maßnahme, die den *status quo* der tatsächlichen Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten in der Umwelt des Rechts in Frage stellt, automatisch das Label „suspekte Intervention“ angehängt. Diese Kategorisierung kann aber die verfassungsrechtliche Beurteilung und rechtspolitische Kritik der Zweckmäßigkeit der konkreten Maßnahme weder erübrigen noch vorwegnehmen. Man kann diese Fragen im freischwebenden Gerechtigkeitsdiskurs nicht angemessen erörtern.

Die Einordnung von Gleichbehandlungspflichten als Fälle der *iustitia distributiva* ist letztlich eine Variation der freiheitsrechtlichen Vorrangthese.¹⁶⁰ Der Vorrang der negativen Freiheiten vor den Rechtfertigungsanforderungen der Gleichbehandlung wird gerechtigkeits-theoretisch postuliert. Diese Behauptung setzt allerdings eine Stellungnahme zu einer ganz anderen Vorrangrelation voraus: Es geht um das umstrittene Verhältnis dieser Gerechtigkeitsbegriffe zueinander:¹⁶¹ Ausgleichende Gerechtigkeit kann als eigenständiger normativer Grundsatz nur bestehen, wenn die daraus folgende Pflicht unabhängig davon erfolgt, ob die Primärverteilung von Gütern den Ansprüchen distributiver Gerechtigkeit genügt. Dagegen kommt der distributiven Gerechtigkeit normativer Vorrang vor der aus-

156 So dann auch *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 104 ff zum Mutterschutz, nachdem er das Problem aber zunächst als Verstoß gegen die *iustitia commutativa* thematisiert, S. 79.

157 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 I 3 a) bb) (2).

158 Vgl. *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) cc) zur Begründung institutioneller Gleichbehandlungspflichten.

159 *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 84.

160 Dazu § 7 IV 2 b) (1).

161 Zum Folgenden siehe die klare Problemstellung bei *Walt*, 92 Va. L. Rev. 1311 (2006).

gleichenden bzw. korrigierenden Gerechtigkeit zu, wenn diese lediglich Instrumente dafür sind, die Gerechtigkeitsanforderungen der (primären) verteilenden Gerechtigkeit zu erfüllen.¹⁶² Eine lediglich instrumentell verstandene ausgleichende Gerechtigkeit leitete ihre Legitimation ausschließlich von der verteilenden Gerechtigkeit ab. Im privatrechtlichen Kontext wird die Privatautonomie als das maßgebliche Gerechtigkeitskriterium der *iustitia commutativa* gesehen.¹⁶³ Dadurch erhalte sie ihre eigene „Dignität“.¹⁶⁴ Das kann den Vorrang der ausgleichenden vor der verteilenden Gerechtigkeit aber nicht erklären. Jedenfalls für das Wirtschaftssystem ist die Privatautonomie eine distributive Regel darüber, wie Güter, Lasten, Chancen und Risiken zu verteilen sind. Im Rahmen der *iustitia distributiva* sind also die Freiheiten der privaten Akteure der Verteilungsgegenstand.¹⁶⁵ Distributive Gleichheit ist die zentrale Idee, die zu der gleichen Verteilung von Rechten führt.¹⁶⁶ „Man kann die Idee gleicher Rechte auf Freiheiten nicht erklären, ohne sie als eine Form der Gleichzuteilung von Gütern zu verstehen, die sich freie und gleiche Personen wechselseitig zubilligen.“¹⁶⁷ Die privatrechtshistorische Entwicklung zeigt, dass die Instrumentalisierung der Privatautonomie als Verteilungsmechanismus nur gerechtfertigt werden kann, weil allen Akteuren die gleichen Freiheiten zukommen.¹⁶⁸ Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht dienen dazu, die aufgrund sozialer Prozesse entstehenden tatsächlichen Gefährdungen der Ausübung dieser gleichen Freiheiten zu korrigieren.¹⁶⁹ Gleichbehandlungspflichten lassen sich als Freiheitsrechte zweiter Ordnung konstruieren.¹⁷⁰ Dann kommt man zu einer ganz anderen Einschätzung: Das Gleichbehandlungsrecht beseitigt eine Störungsquelle im Marktsystem. Es ist dann naheliegend, mit der Gleichbehandlungspflicht dort zu intervenieren, wo die Störungsquelle liegt: im konkreten Austauschverhältnis.¹⁷¹ Fragt man dann, ob es sich um verteilende oder ausgleichende Gerechtigkeit handelt, geht man an den eigentlichen Problemen der Gerechtigkeit im Privatrecht vorbei. Der Markt gewährleistet nicht, dass das im politischen System gegebene und im Rechtssystem implementierte Versprechen gleicher Freiheiten auch tatsächlich allen gleiche Freiheitsmöglichkeiten bietet. Es ist schon alles andere als sicher, dass die idealen prozeduralen Funktionsvoraussetzungen dieses Verteilungsmechanismus über Zeit gewährleistet werden können. Selbst wenn das der Fall ist, besteht die Gefahr, dass die Eigenrationalität des Marktes kombiniert mit der Eigenrationalität

162 Die Position von *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 84 ff ist ein schönes Beispiel dafür.

163 Speziell zur Vertragsgerechtigkeit jetzt *Kainer*, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, 2011, § 3 II 1.

164 *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 27.

165 Vgl. *Hanau*, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 2004, 100.

166 *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 293.

167 *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 293.

168 Siehe oben § 2 III und § 6 VIII 1.

169 Siehe *Rawls*, *A Theory of Justice* (Rev. Ed. 1975), 1999, 62 f.

170 Siehe oben § 7 IV 2 b) (1).

171 *Coester*, FS *Canaris*, (Bd. I), 2007, 119.

des Privatrechtssystems ein Geflecht rationaler Diskriminierung schafft,¹⁷² das mit dem ebenfalls freiheitsrechtlich legitimierten Grundrecht auf Selbstbestimmung der eigenen Identität und der Freiheit vor unzumutbaren Anpassungszwang kollidiert. Die Herausforderungen des Gleichbehandlungsrechts liegen dann darin, wie man die konfligierenden Autonomieräume der konkret betroffenen privaten Akteure abgrenzt. Dazu kann die Dichotomie der aristotelischen Gerechtigkeitsbegriffe nichts Substantielles beitragen.

3. Lösungsmodel III: Juristische Kontexte der gleichen Gerechtigkeit

a) Soziale Adäquanz juristischer Gerechtigkeit

Eine spezifisch juristische Theorie der Gerechtigkeit muss erkennen, dass die operative Geschlossenheit des Rechts zu einer bedeutenden Quelle von Ungerechtigkeiten im Recht geworden ist.¹⁷³ Ungerechtigkeiten gibt es viele. Der klassische Ort dafür im Recht ist die Entscheidungssituation.¹⁷⁴ Das interessiert hier nicht. Es geht also nicht um Normanwendungsgleichheit oder um „Gleich- oder Ungleich-Behandlung des neuen Sachverhalts mit alten Fällen“. ¹⁷⁵ Behandelt wird die Frage, wie sich juristische Gerechtigkeit als Theorie der Gleichheit im Recht entfalten lässt. Die Gerechtigkeit als formale Gleichheit stellt das Recht vor keine Herausforderungen, im Gegenteil: Formale Gleichheit ist für das Rechtssystem als Gerechtigkeitsnorm konstitutiv.¹⁷⁶

Gerechtigkeit als Gleichheit hat aber ein darüber hinausreichendes Potential, das sich aus der gesellschaftlichen Dimension der Gerechtigkeit schöpft:¹⁷⁷ Gerechtigkeit als „adäquate Komplexität konsistenten Entscheidens“ (Luhmann)¹⁷⁸ meint zunächst die historische Veränderlichkeit von Gerechtigkeit. *Suum cuique*¹⁷⁹ – das ergab in ständisch oder rassistisch gegliederten Gesellschaften Sinn, weil das Recht wusste, auf welcher Stufe der sozialen Hierarchie der Einzelne angesiedelt war.¹⁸⁰ Diese Funktion des Begriffs ist ironischerweise unter die zeitlichen Räder der Gleichheitsidee selbst geraten. Das kann man an den mittlerweile gescheiterten Versuchen sehen, die Ungleichbehandlungen der eingetragenen Le-

172 Dazu Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 20 ff.

173 Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 18.

174 Zu diesem Aspekt Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 21 ff.

175 Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 14 (dazu bereits oben I 2 b (1)).

176 Siehe oben I 2 b (1).

177 Zum Folgenden Teubner, Dreiers Luhmann, in: Alexy, Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, 2005, 199, 201 f; Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 17; deutlich zurückhaltender unter Verteidigung vermeintlich „klassischer“ Annahmen der Systemtheorie, Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 79 f.

178 Siehe oben § 8 I 2 b (1).

179 Zur Begriffsgeschichte Tschentscher, Prozedurale Theorien, 2000, 45 f.

180 Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 224.

<https://doi.org/10.5771/9783845248462-874> <https://www.inlibra.com/de/page/agb> - Open Access -

ser Aneignung¹⁹⁵ des Rechtssystems geht unvermeidlich eine Verfremdung einher. Die Institutionengerechtigkeit, mag man sie als politische Gerechtigkeit¹⁹⁶ oder als soziale Gerechtigkeit¹⁹⁷ bezeichnen, wird nicht als Ganzes in das Recht übersetzt. „Integrity in law“ ist zwangsläufig etwas anderes als „integrity in politics“ oder „integrity in moral theory“. ¹⁹⁸ Das freut den Philosophen nicht, ist aber nicht zu ändern, will man die Barriere der Abgeschlossenheit des Rechtssystems nicht ganz aufgeben.¹⁹⁹ Dasselbe gilt übrigens auch für die Ökonomie.²⁰⁰ Philosoph und Ökonom sind dann nur mehr Berater des Rechts.²⁰¹ Diese Grenzziehung schützt die Eigenrationalität des Rechts vor der expansiven Eigenlogik anderer Teilsysteme: Politik, Wirtschaft und Moral. Privilegiert das Recht einen dieser Diskurse, läuft es Gefahr, seine Leistungen für andere Funktionssysteme der Gesellschaft nicht mehr neutral erfüllen zu können. Jede Festlegung auf die Beschreibung eines Systems – beispielsweise des Wirtschaftssystems im Fall der ökonomischen Theorie des Rechts – erscheint aus der Sicht anderer autonomer Funktionsbereiche der Gesellschaft als Parteinahme des Rechts.²⁰² Eine sozial adäquate juristische Gerechtigkeit muss daher allen Diskursen Raum verschaffen und sie gleichzeitig in eigene Inhalte „übersetzen“. Das Recht realisiert dadurch den Anspruch, einem „lernenden Sozialmodell“ zu folgen.²⁰³

b) Gleichheit als Zugangsregel

Das Problem einer juristischen Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit ist die Gleichbehandlung. Sie geht von der rechtshistorischen Erkenntnis aus, dass mit der formalen Gleichheit das Zugangsproblem nicht erschöpfend beantwortet wird.²⁰⁴ Aufgegriffen wird der Gedanke von Gleichheit als „Paradigma für Menschenrechte“. ²⁰⁵ Gleichheit als Menschenrecht sichert den Individuen „Zugang zu allen Funktionssystemen“ der Gesellschaft.²⁰⁶ Gleichheit ist also eine *Zugangsre-*

195 Teubner, *Altera pars audiat*: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: Pawlowski/Roellecke, *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats* (ARSP Beiheft 65), 1996, 199, 210 spricht von „Versklavung“ fremder Rationalitäten für die Zwecke des Rechtssystems.

196 Zum Begriff Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, 1989, 58 ff.

197 Zur Begriffserläuterung Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 73 f.

198 Im Ausgangspunkt anders Dworkin, *Law's Empire*, 1986, 164 ff, 176 ff, der unter „integrity“ ein gemeinsames Entscheidungsprinzip in politischen und juristischen Diskursen sieht.

199 Daraus resultiert beispielsweise die Kritik rechtspositivistischer Begriffe bei Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, 1989, 130 ff. Zur Antikritik vom Standpunkt der Diskurstheorie siehe Günther, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), 233 ff.

200 Dazu noch unten § 8 III 4.

201 So, selbstkritisch zur Rolle des Philosophen: Steinworth, *Gleiche Freiheit*, 1999, 284 f.

202 Wielsch, FS G. Teubner, 2009, 395, 396; Christensen/Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts*, 2007, 248.

203 Dazu eingehend Wielsch, *Freiheit und Funktion*, 2001, 210 ff.

204 Dazu oben § 2 III 3 und § 3 III 2 a) (5) und 3 a).

205 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 115.

206 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 115.

gel.²⁰⁷ Sie ist eine strikte Kompatibilitätsnorm für das Rechtssystem. Exemplarisches Beispiel dafür ist der Begriff der formalen Rechtsgleichheit jeder Person. Damit sichert das Recht jedem Individuum den Zugang zum Markt.²⁰⁸ Die entscheidende Frage lautet, ob das Recht damit den Anforderungen seiner umweltbezogenen Gerechtigkeit genügt. Stellt man die Frage empirisch, muss sie ein Beobachter des Rechts verneinen: die zahlreichen Gleichbehandlungspflichten und die Diskriminierungsverbote belegen mit Nachdruck, dass das Rechtssystem weitergehende Zugangsregeln kennt. Zugangsregeln sind nach *Dan Wielsch* die Komplementärererscheinung zu subjektiven Freiheitsrechten.²⁰⁹ Voraussetzung dafür ist, die personenbezogene Dimension von Grundbegriffen des Rechts wie „Vertrag“ und „Eigentum“ um ihre institutionellen und gesellschaftlichen Effekte zu erweitern²¹⁰:

„Diese Erweiterung ist kein Selbstzweck. Aus freiheitsrechtlichem Handeln der Einzelnen entstehen kollektive Ordnungen. Weil diese ihrerseits über die tatsächlichen Bedingungen für autonomes Handeln entscheiden, ist die Wirkung der Ausübung von Rechten auf jene Ordnungen ein normatives, das Recht beschäftigendes Problem. Wird der „Sozialeffekt privatrechtlicher Institutionen (F. Böhm) vernachlässigt oder gar ausgeblendet, kann das Recht nicht umweltadäquat operieren und verfehlt jenen um das Kriterium der Umweltadäquanz angereicherten Gerechtigkeitsbegriff.“²¹¹

Statt von „kollektiver Ordnung“ könnte man auch von „sozialen Institutionen“ sprechen. Damit lehne ich mich terminologisch an Überlegungen *Ludwig Raisers* zur „sozialen Funktion“ des Vertrages und seiner Rolle als Rechtsinstitut an.²¹² Diese Institutionenlehre²¹³ kann man als Vorläufer einer „soziologischen Jurisprudenz“²¹⁴ lesen. Sie ist Adressatin eines Vorwurfs, den man auch *Wielsch* machen könnte: Privatrechtliches Denken in sozialen Institutionen trage das freiheitliche subjektive Recht zu Grabe und lege den Vertrag auf eine soziale

207 Zum Begriff *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, 50 ff, der damit die Summe der immaterialgüterrechtlichen Regeln bezeichnet, „die verhindern, dass der Gebrauch von subjektiv-individuellen Rechten an Immaterialgütern die Grundlagen für die Produktion solcher Güter unterläuft“ (*Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395, 410).

208 Siehe oben § 2 III. Zur systemtheoretischen Rekonstruktion von Märkten *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, 88 Fn. 27 mwN.

209 Vgl. *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395, 410, der allerdings im immaterialgüterrechtlichen Kontext seiner Diskussion und Begriffsentwicklung den Komplementärgegenstand folgerichtig in den subjektiven Ausschließlichkeitsrechten sieht. Da es sich dabei ebenfalls um Freiheitsrechte handelt, lässt sich dieses Verständnis übertragen.

210 Dazu weiterführend *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395 ff.

211 *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395, 411.

212 Siehe dazu *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 208 ff; *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62 ff; *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (1963), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 124 ff.

213 Zu einer knappen Darstellung, Kritik und Anti-Kritik siehe *Busche*, Privatautonomie, 1999, 105 ff.

214 Vgl. zur Verwendung dieses Begriff in *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395 ff.

Zweckbindung fest.²¹⁵ Privatrecht werde zum „Funktionskollektiv.“²¹⁶ Diese Kritik ist jedoch an ein vom Kritiker selbst konstruiertes Phantom gerichtet. Eine Privatrechtstheorie, die die soziale Funktion privatrechtlicher Begriffe untersucht, stellt das subjektive Recht nicht in Frage.²¹⁷ Versucht sie trotzdem darüber hinauszugehen, indem sie auf *nur* transsubjektive Prozesse abstellt, wird sie spätestens bei der Frage nach der Justiziabilität dieser Rechte wieder vom subjektiven Recht im technischen Sinne²¹⁸ eingeholt.²¹⁹ Auch *Raiser* ging ganz selbstverständlich davon aus, dass

„Privatrecht im Bereich unserer abendländischen Kultur auf der einen Seite dem Schutz der Rechtsgenossen als Individuen [dient], indem es sie als rechts- und handlungsfähige Personen, als Zentren eigenverantwortlicher, freier Aktivität anerkennt und schützt.“²²⁰

Darauf kann man die soziale Funktion des Privatrechts entgegen traditioneller Vorstellungen aber nicht reduzieren. Danach ist die Individualfreiheit „als vor- und überpositiver Wert [...] das Essentielle der subjektiven Rechte“²²¹. Sie wird als absoluter Wert angesehen, der sich dagegen sträube kontingentes Systemelement und „rechtspolitische Zufälligkeit“ zu sein.²²² Privatautonomie ist dann nichts anderes „als ein rechtliches Synonym für Freiheit. Und Freiheit ist immer die Freiheit des Einzelnen, seinen Lebensbereich nach seinen persönlichen, rein subjektiv bestimmten Interessen und Präferenzen zu regeln.“²²³ Diese leidenschaftlich vorgetragene Beschreibung vermittelt ein idealistisches Bild eines freien Rechtssubjekts, ganz so, als ob man die Person als außerhalb existierender Sozialbeziehungen stehende Entität betrachten könnte. Es wird der Komplexität moderner Rechtsbeziehungen insgesamt nicht mehr gerecht. Das Recht weist nicht nur subjektive Rechte zu und sichert Handlungsräume, sondern gestaltet Beziehungsformen aus, normiert und „kanalisiert“ das rechtswirksame Handeln einzelner.²²⁴ Privatrecht ist nach *Raiser*

215 Vgl. *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag, (Bd. I.), 1960, 135, 168.

216 *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 218.

217 Deutlich *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 71.

218 Dazu *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 149.

219 So etwa *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 177 f., der an die Stelle subjektiver Grundrechte „Gefährdung durch anonyme kommunikative Matrices [...] für die Integrität von Institutionen, Personen und Individuen“ setzt, aber bei der Justiziabilität dieser Rechte doch wieder auf den „so harsch kritisierten Kategorienfehler“ zurückgreift (S. 182). Ironischerweise schlägt die Autopoiesis des Rechts ihrem Vordenker ein Schnippchen.

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

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

222 *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 213.

223 *Picker*, JZ 2003, 540, 543.

224 *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (1963), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 124, 125.

„nicht nur an einem, sondern an zwei Systemgedanken orientiert [...]: an dem Ausbau und dem Schutz des Wirkungsbereichs der Einzelperson durch die Zuteilung subjektiver Rechte und an der Entfaltung und Sicherung der unser gesellschaftliches Leben durchziehenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts.“²²⁵

Daraus zieht Raiser eine für die Konzeption des Privatrechts wichtige Forderung: Das Privatrecht sollte „besser nicht als ein System subjektiver Rechte, sondern als ein System von Rechtsstellungen und Rechtsverhältnissen entwickelt werden“.²²⁶ Notwendig ist also ein funktionaler Blick auf subjektive Rechte: Sie dienen primär dem Schutz transindividueller Strukturen, auf deren Existenz der einzelne Mensch für sein eigenes selbstbestimmtes Handeln angewiesen ist.²²⁷ Daher lässt sich der Vertrag als ein Interaktionssystem²²⁸ beschreiben. Vertraglicher Konsens ist ein sozialer Sachverhalt.²²⁹ Erfasst man die Privatautonomie und ihr wichtigstes Produkt, den Vertrag,²³⁰ als soziale Konstrukte, kommen plötzlich neue Perspektiven ins Blickfeld. Nach klassischem Verständnis entstehen Verträge aus der Kombination von Selbstbestimmung,²³¹ wobei die einzelne Person aufgrund ihrer „Selbstherrlichkeit“ die Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen ordnen kann,²³² und Selbstbindung, die ebenfalls individualbezogen konzipiert wird.²³³ Man konstruiert so, „als ob der Einzelne seine Rechtsverhältnisse wirklich selbstherrlich gestalten könnte – und nicht in aller Regel erst im Einvernehmen mit einem oder mehreren anderen“²³⁴ handeln kann. Die Privatautonomie als *kompetentielle Freiheit* ist nicht nur auf entsprechende Institutionen angewiesen,²³⁵ sondern auf einen Adressaten, dem gegenüber die Kompetenz ausgeübt werden kann *und* darf. Man verkürzt das Problem, wenn man von *der* Privatautonomie *des* Einzelnen spricht. Damit übergeht man heute einen Unterschied, den *Carl Schmitt*, Präzeptor des Freiheitsdenkens in strikt subjektiv-abwehrrecht-

225 Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (1963), in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 124, 126.

226 Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 65.

227 Wielsch, Zugangsregeln, 2008, 47.

228 Ähnlich Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 1: „Interaktionsmuster“.

229 Wielsch, FS G. Teubner, 2009, 395, 398.

230 Zur Stärkung des Vertragsbegriffs im Verhältnis zum Begriff der Privatautonomie jüngst Rittner, JZ 2011, 269 ff.

231 Zur Bedeutung des Selbstbestimmungsprinzips Busche, Privatautonomie, 1999, 63 ff.

232 Vgl. die klassischen Ansätze Flume, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag, (Bd. I.), 1960, 135, 136, 146 (aus zivilrechtlicher Perspektive) und Isensee, Privatautonomie, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 239, 249 ff sowie Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 6 ff (aus verfassungsrechtlicher Perspektive).

233 Eine moderne Variante dieses klassischen Ansatzes findet sich bei Weller, Die Vertragstreue, 2009, 153 ff.

234 Rittner, JZ 2011, 269, 271.

235 Zum Verständnis der Vertragsfreiheit als grundrechtliche Kompetenz des Freiheitsträgers grundlegend Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 19 ff; vorher bereits Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 327 ff und zum Begriff der Kompetenz Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 211 ff.

lichen Kategorien,²³⁶ noch deutlich sah: dass „die Rechte des Einzelnen in Verbindung mit anderen Einzelnen“²³⁷ stehen. Es kann immer nur um eine „Pluralität der Privatautonomien“²³⁸ gehen. Vertragsfreiheit hat eine genuin soziale Dimension: Sie ist die Freiheit der Person durch andere Personen und ermöglicht es der Person, andere Personen – mit deren Zustimmung – für ihre Zwecke zu instrumentalisieren.²³⁹ Vertragsfreiheit ist das eigenständige Produkt dieser Vielheit von gegenseitigen Freiheitsansprüchen; der Vertrag ist der Kommunikationsgegenstand dieser Interaktion. *Savigny* bezeichnete das etwas unzulänglich als die „Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung“ als deren Resultat er einen „einzigen, ganzen ungetheilten Willen“²⁴⁰ sah. In der Sache traf er den Kern des Problems. Es kommt also alles auf die Konstruktion juristischer Begriffe wie „Vertrag“ und „Privatautonomie“ an. Sie hat nicht nur eine dogmatische Bedeutung, sondern ist als Eigenleistung des Rechts eminent politisch.²⁴¹ Widerstreitende Interessen werden in juristischen Begriffen gebündelt. Mit der Festlegung auf einen Begriffsinhalt erfolgt zugleich auch eine Festlegung der davon bevorzugten Werte.²⁴² Das hat *Kelsen* für die Konstruktion des Eigentums als subjektives Recht des Eigentümers gezeigt.²⁴³ Bei einem Fundamentalbegriff wie Privatautonomie ist der Begriffsinhalt sogar soweit in einer bestimmten Tradition verankert, dass eine darauf Bezug nehmende Gesetzgebung irritiert.²⁴⁴ Das Verbraucherschutzrecht und das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht sind beredete Beispiele dafür.

Konstruiert man den Vertragsschluss als sozialen Sachverhalt, lässt sich „der gleichzeitige Gebrauch desselben Rechtsinstituts in verschiedenen Funktionen, je nachdem in welchen gesellschaftlichen Lebensbereich es verwendet wird“²⁴⁵, visualisieren. Der soziale Effekt der formalen Definition von Vertragsfreiheit als Selbstbestimmung und Selbstbindung wird sichtbar.²⁴⁶ Die konkreten Auswirkungen dieses sozialen Effekts realisieren sich in den verschiedenen Teilsystemen der Gesellschaft ganz unterschiedlich. Die formal konzipierte Gleichheit macht das Rechtssystem blind dafür, dass die vom Vertragsbegriff ermöglichten strukturellen Kopplungen ganz unterschiedliche Auswirkungen in den jeweiligen Teilsystemen der Gesellschaft haben. *Raiser* sprach noch von „Lebensbereichen“,

236 Zu *Schmitts* Institutsgarantie unten § 8 III 1 c) (3).

237 *Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: *Schmitt*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 165 f.

238 *Teubner*, ZfRSoz 1998, 8, 14.

239 Vgl. *Subr*, EuGRZ 1984, 529, 533 f., der von „Menschen“ statt Personen spricht.

240 *Savigny*, System, Bd. III, 1840, 309. Der Hinweis darauf stammt von *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395, 399.

241 von der *Crone/Wegmann*, ZSR 2007, 111, 131; *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395, 413.

242 von der *Crone/Wegmann*, ZSR 2007, 111, 131.

243 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 135 ff.

244 von der *Crone/Wegmann*, ZSR 2007, 111, 131 Fn. 62.

245 *Raiser*, Zukunft des Privatrechts, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 208, 222 f.

246 *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395, 400.

meinte aber genau diesen Zusammenhang. Die Aufgabe juristischer Gerechtigkeit besteht darin, das Recht für diese sozialen Zusammenhänge in seiner Umwelt zu sensibilisieren. Das wird erleichtert, wenn man die Grundbegriffe des Privatrechts *auch* mit Blick auf ihre sozialen Funktionen interpretiert. Gesucht wird also nach Zugangsregeln, mit denen man die unterschiedlichen Handlungslogiken oder Eigenrationalitäten der Teilsysteme (Wirtschaft, Politik, Moral, Familie, etc.) kompatibilisieren kann und die den systeminternen Anforderungen von Gerechtigkeit als Gleichheit genügen.

c) *Vorrang der Eigenrationalität des Privaten?*

Rechtstheoretisch werden solche Zugangsregeln als Gefährdungen der „Eigenrationalität des Privaten“²⁴⁷ aufgefasst. Das kann man bei *Karl-Heinz Ladeur* nachverfolgen.²⁴⁸ Gleichbehandlungspflichten führten dazu, dass die „unterschiedlichen Lebenszustände – jenseits der formalen Gleichheit der Freiheitsrechte – als Problem der Ungleichheit der Individuen wieder in das Recht eingeführt [werden]“.²⁴⁹ Darin sieht *Ladeur* eine problematische öffentliche Einmischung. Der daraus folgende Begründungszwang sei Bestandteil eines öffentlichen Gerechtigkeitsdiskurses, der zwangsläufig zum Konflikt mit der negativen Freiheit führen muss.²⁵⁰ Danach sichern freiheitsrechtliche Abwehrrechte die Entwicklung und Funktionsbedingungen einer liberalen „Privatrechtsgesellschaft“²⁵¹ schlechthin.²⁵² Die vorrangige Aufgabe der Freiheitsrechte bestehe darin, „Selbstorganisation, Selbstkoordination und Selbstbeobachtung von produktiven Beziehungsnetzwerken zwischen Privaten zu gewährleisten.“²⁵³ Es gebe ein „Recht auf aktive Selbsttransformation in einer selbst organisierten Gesellschaft“²⁵⁴:

„Die liberale Gesellschaft bedarf eines gemeinsamen Pools von Handlungsmustern, sie bedarf der Bereitschaft zur Selbstkoordination mit anderen, der Fähigkeit zur Selbststabilisierung auf der Basis einmal vorgenommener Entscheidungen; nur so ist die Bindung von Ungewißheit möglich, die die Bildung von Erwartungen erlaubt. Solche transsubjektiven Formen und Muster der Selbstkoordination, die sich in Beziehungsnetzwerken ablagern und intertemporale Selbst- und Fremdbindungen stützen, können nicht immer wieder zur

247 Den Begriff übernehme ich von *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 76 ff und passim.

248 Siehe dazu *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000; *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004; *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006; *Ladeur*, Staat und Gesellschaft, in: *Depenheuer/Grabenwarther*, Verfassungstheorie, 2010, 600 ff.

249 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 77.

250 *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 62 ff.

251 Zum Begriff bereits oben § 4 I 4.

252 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 43 f; *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 39 f; ausführlich dazu *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000.

253 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 62 f.

254 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 77.

*Disposition gestellt werden, weil komplexe Handlungsstrategien und lange Handlungsketten auf die Strukturbildung durch Konventionen angewiesen sind.*²⁵⁵

Diese „gesellschaftlich bewährten Bindungs- und Ordnungsmuster“ können „gegen die expliziten Prinzipien einer auf Gleichheit reduzierten Gerechtigkeit ihren eigenen normativen Wert zur Geltung bringen.“²⁵⁶ Wer vom Einzelnen verlange, die grundrechtlich geschützten Interessen des Anderen auf Gleichbehandlung zu berücksichtigen, ignoriere die „Kreativität des Ungleichgewichts“.²⁵⁷ Ladeurs liberale Rechtstheorie geht von der Prämisse aus, dass die Selbstorganisation von Teilsystemen der Gesellschaft, insbesondere des Wirtschaftssystems, dem Einzelnen „bestimmte Anpassungszwänge“ auferlege und jeder dafür Sorge tragen müsse, „dass er seine Selbstwahrnehmung und seine Selbstentwicklung ‘im Spiegel der anderen’ kontrolliert und sich auf die selbstorganisierenden Verhaltens- und Erwartungsmuster einstellt.“²⁵⁸ Unter Selbstanpassung versteht Ladeur „die Beobachtung und Übernahme von Institutionen, Regeln, Wissensbeständen, die die kollektive Ordnung der Gesellschaft ausmachen.“²⁵⁹ Das ist die dunkle Seite des Freiheitsrechts als „Moment kollektiver Ordnung“²⁶⁰; Das Recht auf Selbstbestimmung mutiert zum Anpassungszwang:

*„Das Individuum muß im Prozeß der Selbsttransformation der Gesellschaft nicht nur neue Interessen entwickeln, es muß seine Persönlichkeit insgesamt aus dem Selbstentwurf in der Zeit durch Vergleich seiner gegenwärtigen Person mit den künftigen Möglichkeiten bewerten und transzendieren, [...]“*²⁶¹

Es ist dann konsequent, die Hauptgegner dieses *liberalen Anpassungszwangs* im „subjektiven Individualrecht auf Identität“²⁶² und im „Recht auf Differenz“²⁶³ zu sehen, weil sie den einzelnen Individuen „Anpassungsleistungen“ abnehmen und deren „Bereitschaft zur *Verinnerlichung* von in der Gesellschaft erzeugten Handlungs- und Orientierungsmustern reduziert.“²⁶⁴

Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz wird hier im Anschluss an *Somek*²⁶⁵ gerade als der Schutz vor Überdeterminierung konstruiert, der dem Einzelnen sein Recht auf sein „So-Sein“ sichert. Die Normen sozialer Kooperation *dürfen* dem Einzelnen nicht zumuten, auf seine selbstbestimmte Identität zu verzichten. Damit wird – und darin liegt die Pointe des Nichtdiskriminierungsrechts – die nega-

255 Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 33.

256 Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 33.

257 Ladeur, Kritik der Abwägung, 2004, 37; Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 37.

258 Ladeur, Kritik der Abwägung, 2004, 37.

259 Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 38.

260 Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 39.

261 Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 39.

262 Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 77.

263 Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 78.

264 Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 140 (Hervorhebung hinzugefügt).

265 Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 382 ff; Somek, Soziale Überdeterminierung, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 200, 200 ff.

tive Freiheit des Individuums vor sozialen Anpassungszwängen geschützt, damit es selbst seine Konzeption des Guten finden kann. Das Gleichheitsrecht schützt die Person vor den – freiheitsrechtlich *prima facie* legitimierbaren – Sanktionen anderer, wenn sie die von der Gesellschaft erzeugten Handlungs- und Orientierungsmuster *nicht* verinnerlicht. Der von *Ladeur* geforderte Anpassungszwang trifft keineswegs alle Marktakteure gleichermaßen. Märkte verhalten sich nicht verteilungsneutral gegenüber solchen Umständen, die nicht der zumutbaren Kontrolle des Einzelnen unterliegen.²⁶⁶ Sie schließen an Statusdifferenzierungen an und perpetuieren die in anderen sozialen Teilsystemen konstruierten Unterschiede.²⁶⁷ Die Kategorie des Status ist in der modernen Gesellschaft mit dem Siegeszug des Vertrages nicht verschwunden.²⁶⁸ Dagegen richten sich die Gleichbehandlungspräsumtion und die daraus folgenden Begründungszwänge. Sie begründen nicht, wie *Ladeur* unterstellt, „ein institutionalisiertes Misstrauen gegenüber denjenigen [...], die in der ‘Privatrechtsgesellschaft’ erfolgreich sind“²⁶⁹. Sie beinhalten aber ein Misstrauen gegenüber den Funktionsbedingungen der Privatrechtsgesellschaft, die gleiche Freiheit nicht nur vorauszusetzen, sondern auch verwirklichen zu können. Diejenigen, „die in der ‘Privatrechtsgesellschaft’ erfolgreich sind“, sind es vielfach nicht ohne Grund: Das vermeintlich neutrale Wettbewerbsverfahren ist nicht zwangsläufig neutral. Es wird von substantiellen Voraussetzungen geprägt, an die sich manche leichter anpassen können als andere. Die Anforderungen an Führungspositionen ist dafür ein Beispiel: Leistungsdruck, Arbeitszeiten und allzeitige Flexibilität sind Vorgaben, die Männer in der Regel einfacher erfüllen können, nicht zuletzt indem sie ihre Pflichten aus anderen Teilsystemen auf Frauen delegieren.²⁷⁰ Das führt in der Tat zu einem „praktischen Prozeß der Konventionsbildung“²⁷¹, der in den strukturellen Ausschluss von Frauen mündet, private Macht auszuüben, *weil* sie Frauen sind.²⁷² Die Eigenrationalität des Wirtschaftssystems hat dem nichts entgegenzusetzen.²⁷³ Daher ist der zentrale Vorwurf *Ladeurs* zurückzuweisen: Es trifft nicht zu, dass die „nicht-individuelle Ordnung, die die liberale Gesellschaft aufgehoben hatte in einer demokratischen Variante unter der Form des Postulats der Herstellung gerechter Zustände wieder in das moderne Recht“ eingeführt wird.²⁷⁴ Es geht vielmehr

266 *Somek*, Soziale Überdeterminierung, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 223.

267 Dazu schon oben § 2 III.

268 Ausführlich dazu *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 76 ff sowie oben § 6 I.

269 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 79.

270 Dazu *Hohmann-Dennhardt*, FS Pfarr, 2010, 235, 243.

271 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 34.

272 Dazu insgesamt weiterführend *Hohmann-Dennhardt*, FS Pfarr, 2010, 235 ff.

273 Weiterführend dazu *Grünberger*, NZA-Beilage 2012, 139, 144 f; *Grünberger*, Rechtswissenschaft 2012, 1, 38 ff.

274 So aber *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 78.

darum, das von der liberalen Gesellschaft gegebene Versprechen gleicher Freiheit zu verwirklichen.²⁷⁵ *Ladeurs* Vorschlag scheitert, weil er das Recht nicht zur Neutralität verpflichtet, sondern zur Parteinahme verführt. Er zwingt das Recht, sich bei der Setzung seiner Gerechtigkeitsnorm an einer bestimmten Eigenrationalität – die der Wirtschaft – zu orientieren. Damit zeigte sich das Recht nur sensibel für die Autonomie des Wirtschaftssystems und vernachlässigte seine Aufgabe, Leistungen an andere Funktionssysteme anzubieten und deren Rationalitäten aufzugreifen. Kurz: Der Vorschlag verkennt die systemsteuernde Bedeutung der Gerechtigkeit als Gleichheit.

4. Gerechtigkeit als Gleichheit

a) Das Gleichbehandlungsinteresse jeder Person

Juristische Gerechtigkeit berücksichtigt die soziale Adäquanz des Rechtssystems. Sie ist sensibel genug für Irritationen aus der Umwelt des Rechts und berücksichtigt die Irritationen, die das Rechtssystem in seiner Umwelt auslöst. Ihre größte Gefahr ist die „Vergerechtiglichung“ der Gesellschaft.²⁷⁶ Sie kann eine gerechte Gesellschaft mit den Mittel juristischer Gerechtigkeit allein nicht errichten; es dennoch zu versuchen wäre zum Scheitern verurteilt.²⁷⁷ Ihre Aufgabe ist es, die Eigenrationalität des Rechts unter Respektierung der Eigenrationalitäten der anderen beteiligten Diskurse im Recht selbst angemessen abzubilden.²⁷⁸ Ein Beispiel für diese Funktion des Rechts habe ich im Zusammenhang mit der Berücksichtigung diskriminierender Kundenpräferenzen als Rechtfertigungsgrund im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht thematisiert.²⁷⁹ Damit das Recht dieser Aufgabe „gerecht“ wird, muss es sich für die anderen Diskurse – moralische, politische, ökonomische – öffnen, ohne sich ihnen auszuliefern.²⁸⁰ Das gelingt über den Begriff der juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit. Dieser „verpflichtet das Recht als Suchformel, gesellschaftliche Strukturkonflikte in die *quaestio iuris* zu übersetzen, Autonomieräume füreinander kompatibel zu halten, Bedingungen für die Selbstkonstituierung der Individuen zu garantieren.“²⁸¹ Diese Aufgaben übernimmt das Prinzip der personalen Gleichheit. Es ist der Vorschlag einer alternativen Dogmatik zur Lösung von Gleichbehandlungs- und Freiheitskollisionen im

275 Dazu oben § 2 III.

276 Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 32.

277 Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 32 f.

278 Teubner, *Altera pars audiat*: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: Pawlowski/Roellecke, Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats (ARSP Beiheft 65), 1996, 199, 218.

279 Siehe oben § 6 VI 3 a) (3).

280 Plastisch: Fischer-Lescano, FS G. Teubner, 2009, 49, 61: „Wer für alles offen ist, ist nicht mehr ganz dicht; zugleich muss systemischer Autismus vermieden werden.“.

281 Fischer-Lescano, FS G. Teubner, 2009, 49, 62.

Recht. In § 7 habe ich seine Struktur vorgestellt. Damit hoffe ich gezeigt zu haben, dass es sich um eine operable und vorzugswürdige dogmatische Theorie handelt. Schuldig geblieben bin ich seine theoretischen Grundlagen und seine verfassungsrechtliche Absicherung. Den ersten Aspekt werde ich hier nachholen, auf die Frage seiner juristischen Geltung gehe ich in Abschnitt § 8 IV ein.

Das Prinzip personaler Gleichheit ist eine Zugangsregel des Rechts.²⁸² Mit der Präsomption der Ungleichbehandlung hält das Prinzip alle Funktionsbereiche der Gesellschaft für alle Individuen und für neue Systemoperationen offen, weil es an ihre konkrete Schließung Rechtfertigungsanforderungen stellt. Beide Elemente des Prinzips personaler Gleichheit, die Ungleichbehandlung und die Rechtfertigung, sind sensibel für die Eigenrationalitäten moralischer, politischer und ökonomischer Systeme. Daher ist es ein Konzept von juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit: (1.) Die *prima facie* Gleichbehandlung gibt dem Gleichheitsprinzip „seine spezifische Funktion: die zureichende Begründung *jeglicher* Ungleichbehandlung zu fordern.“²⁸³ (2.) Die Rechtfertigung berücksichtigt die unterschiedlichen „Kontexte“²⁸⁴ oder „Sphären“²⁸⁵ der Umweltgerechtigkeiten, indem sie die von moralischen, ökonomischen und politischen Diskursen vorausgesetzten Ungleichbehandlungen differenziert einordnet.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird vielfach nur als ein „modales“ Recht aufgefasst, das sich allein dagegen richtet, in gleichheitswidriger Weise behandelt zu werden.²⁸⁶ Das Gleichheitsrecht kennt aber einen Schutzgegenstand: Es ist die soziale Erwartung jeder Person, gleich behandelt zu werden.²⁸⁷ Aus dem historischen Kontext von Gleichbehandlungsdiskursen folgt der grundlegende Bezug des Gleichbehandlungsanspruchs als (*prima facie*) Anspruch auf personale Gleichbehandlung.²⁸⁸ Gleichbehandlung ist ein relativer Anspruch einer Person auf eine bestimmte Behandlung, weil eine andere Person diese Behandlung erfährt.²⁸⁹

Dieser Anspruch ist ein subjektives Recht der Person. Subjektive Rechte sind der zentrale Mechanismus mit dem eine Person in den jeweiligen gesellschaftlichen Funktionsbereich, zum Beispiel der Wirtschaft, inkludiert wird.²⁹⁰ Die Privatautonomie als subjektives Recht, Verträge schließen zu können, ist das Paradigma dafür. Damit weist das Recht der einzelnen Person die Kompetenz zu,

282 Siehe oben § 8 I 4 b).

283 Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, 169 [zur Funktion von Art. 3 Abs. 1 GG als Rechtsetzungsgleichheitsgebot].

284 Der Begriff ist von Forst, Kontexte, 1994.

285 Der Begriff stammt von Walzer, Spheres of Justice, 1983.

286 Siehe die Nachweise bei Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1484.

287 Vgl. Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1490, der von „Interesse“ spricht; siehe dazu oben § 5 IX 2 b).

288 Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1491 spricht von „personeller Gleichbehandlung“.

289 Simons, 65 B.U. L. Rev. 387, 389 (1985).

290 Siehe dazu Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 68.

selbstbestimmt über Verträge zu entscheiden. Es gibt insoweit die Form „Vertrag“ für die Person frei.²⁹¹ Dadurch entstehen in jeder Gesellschaft Asymmetrien. Diese sind im Grundsatz auszuhalten, solange ihre Auswirkungen gleich verteilt sind, d.h., solange jedes Individuum davon betroffen sein kann.²⁹² Diese Voraussetzung kann aber nicht gewährleistet werden.²⁹³ Die Freigabe des Vertrags als Institution führt zwangsläufig zu Ungleichheiten, die in anderen Funktionsbereichen Irritationen auslösen: die Konzentration wirtschaftlicher Macht im politischen System²⁹⁴ oder die Ungleichbehandlung aufgrund bestimmter personenbezogener Merkmale im moralischen System. Dieser Tendenz wirkt ein Gleichbehandlungsanspruch als subjektives Recht entgegen. Es sorgt dafür, dass jedes Individuum als Person „zählt“ und relativiert die ausschließende Bedeutung wirtschaftlicher Macht. Das Recht fungiert dann gleichzeitig als Förderer („Privatautonomie“) und Kontrolleur („Gleichbehandlungsanspruch“) der Autonomie des Wirtschaftssystems. Damit spiegelt sich die Forderung nach Freiheit *und* Gleichheit auch auf der Ebene der Systeme wider.²⁹⁵ Es ermöglicht eine permanente Neudefinition individueller Freiheitsräume. Indem das Rechtssystem die Wirksamkeit einer vertragsrechtlich zulässigen Ungleichbehandlung im Grundsatz²⁹⁶ an dafür zu gebende Gründe knüpft, schafft es eine systeminterne Kollisionsregel: Das subjektive Recht auf Freiheitsausübung durch Privatautonomie wird von dem subjektiven Recht auf Gleichbehandlung „in Zaum gehalten“.

b) Warum Gleichbehandlung?

Zentrales Element einer juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit ist ihre Fähigkeit, sensibel zu sein für die sozialen Effekte, die die Konstruktion seiner Begrifflichkeiten in den anderen Teilsystemen der Gesellschaft und bei den einzelnen Individuen auslöst. Juristische Gerechtigkeit als Gleichheit muss dafür sorgen, dass das Recht registrieren kann, wie sich „Privatautonomie“ und „Vertragsfreiheit“ in unterschiedlichen sozialen Kontexten *auswirken*.²⁹⁷ Dafür lässt sich die spezifische Funktion des Gleichheitssatzes fruchtbar machen: „die zureichende Begründung jeder Ungleichbehandlung zu fordern.“²⁹⁸ Darin liegt der *politische* Kern des Gleichbehandlungsprinzips:²⁹⁹ Es erlaubt die Kritik bestehender Ungleichbehandlung bei der Verwendung rechtlicher Institutionen in konkreten Situationen.

291 Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 72.

292 Dazu bereits oben § 2 III. Der klassische Liberalismus („Nachtwächterstaat“) sieht das anders.

293 Statt vieler Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 62 f.

294 Darauf hat der Ordoliberalismus aufmerksam gemacht, vgl. dazu oben § 4 I 4.

295 Dazu bereits Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 99 f.

296 Zu den wichtigen Differenzierungen im Einzelnen oben § 7 IV.

297 Siehe oben § 8 I 4 a) und b).

298 Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, 169.

299 Vgl. Hiebaum, Gleichheit als Eigenwert, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 21, 26 f.

Diese Institutionen ermöglichen positive und beschränken negative Freiheitsrechte. Sie haben insoweit einen distributiven Charakter.³⁰⁰ Das ist bei der strukturellen Kopplung von Recht und Wirtschaft über den Begriff der Privatautonomie offensichtlich. Zugleich handelt es sich jeweils um kontingente, also veränderbare Operationen. Die Entscheidung für oder gegen den Vertrag hätte im Wirtschaftssystem auch anders fallen können. Daran knüpft juristische Gerechtigkeit an. Sie ist der Stachel im Rechtssystem, weil es dieses hindert, die getroffene Entscheidung blind zu akzeptieren. Ihr Motto lautet: „Alle Zustände sind rechtfertigungsbedürftig, weil und solange sie veränderbar sind.“³⁰¹

Mit dem Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit etablierte das Recht eine „Gleichheit des Dürfens“³⁰² jeder Person. Diese Idee der gleichen Freiheit ist die Leitidee des Liberalismus schlechthin.³⁰³ Darin liegt die Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems.³⁰⁴ Gleichbehandlung adressiert dagegen das zweite Gleichheitsproblem.³⁰⁵ Dabei handelt es sich um einen besonderen Aspekt der „Gleichheit des Könnens“: Es geht um das Können „unter menschengemachten, wenn auch nicht unbedingt menschengewollten Bedingungen, wie der Markt sie darstellt.“³⁰⁶ Mit anderen Worten: Es geht um die Ergebnisse struktureller Kopplungen zwischen verschiedenen Teilsystemen, die Zugangshindernisse errichten. Dass aus der Sicherung der Gleichheit des Dürfens im Rechtssystem keinesfalls zwangsläufig auf die Gleichheit des Könnens im Wirtschaftssystem geschlossen werden darf, zeigt die Erfahrung der Diskriminierung Schwarzer in den U.S.A. nach 1865.³⁰⁷ Juristische Gerechtigkeit als Gleichheit hat aus solchen Gründen die Praxis systemrelevanter Operationen zu hinterfragen, indem es die von ihnen produzierten Ungleichbehandlungen einem Rechtfertigungsdiskurs aussetzt. Dazu bedarf es eines Türöffners, damit der Rechtfertigungsdiskurs speziell unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten strukturiert werden kann. Die juristische Gerechtigkeit als Gleichheit macht das Recht nur für Ungleichbehandlungen in seiner Umwelt sensibel. Andere Aspekte möglicher Ungerechtigkeit – etwa fehlende Humanität – mögen für das Rechtssystem relevant sein. Sie werden aber nicht von der Gerechtigkeit als Gleichheit ins Recht übersetzt. Dafür ist sie schlicht nicht ausgerüstet.

300 Siehe oben § 8 I 3. Dass man auch bei Rechten ein distributives Verständnis anlegen darf, hat Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 85 ff gezeigt; anders noch Young, *Justice*, 1990, 25; Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1994, 505 f.

301 Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 57.

302 Siehe Steinworth, *Gründe von Gleichheitsforderungen*, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, *Freiheit, Gleichheit und Autonomie*, 2003, 165, 168 f.

303 Steinworth, *Gleiche Freiheit*, 1999, 40 ff.

304 Oben § 2 III 3.

305 Siehe § 2 III 3.

306 Steinworth, *Gründe von Gleichheitsforderungen*, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, *Freiheit, Gleichheit und Autonomie*, 2003, 165, 168, 177.

307 Eingehend dazu oben § 3 III 2.

Als Türöffner geeignet ist die Präsumtion der Gleichbehandlung.³⁰⁸ Danach ist eine Gleichbehandlung geboten, wenn es keinen zureichenden Grund für die Erlaubtheit einer Ungleichbehandlung gibt.³⁰⁹ Diese Präsumtion ermöglicht ein prozedurales Verteilungsprinzip:³¹⁰

„Alle Betroffenen sind ungeachtet ihrer deskriptiven Unterschiede numerisch oder strikt gleich zu behandeln, es sei denn bestimmte (Typen von) Unterschiede(n) sind in der anstehenden Hinsicht relevant und rechtfertigen durch allgemein annehmbare Gründe erfolgreich eine ungleiche Behandlung oder ungleiche Verteilung.“³¹¹

Die Präsumtion gesteht der Gleichbehandlung also nur einen argumentativ-formalen Vorrang zu. Ungleichbehandlungen sind rechtfertigungsbedürftig, Gleichverteilung dagegen nicht.³¹² Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist daher nur eine „Argumentationslast für Ungleichbehandlungen“.³¹³ Es ist nicht selbstverständlich, von dieser Präsumtion auszugehen. Dabei muss man im moralphilosophischen Diskurs drei Begründungsschritte trennen: (1.) Auf welcher moralphilosophischen Grundlage lässt sich ein Gleichbehandlungsprinzip begründen? (2.) Warum ist die Präsumtion maßgebliche Argumentationslastregel? (3.) Welche Kriterien sind dabei anzuwenden? Welcher Verteilungsmaßstab oder welche Währung von Gleichheit trifft zu?³¹⁴

(1) Moralischer Anspruch auf Behandlung als Gleicher

Die juristische Theorie der Gleichheit übersetzt diese Fragen ins Rechtssystem, wodurch sie sich auch inhaltlich verändern.³¹⁵ Der erste Begründungsschritt wird dadurch hinfällig. Im Rechtssystem ist der positivierte verfassungsrechtliche Gleichheitssatz der Geltungsgrund. Das Recht koppelt sich dadurch von der moralphilosophisch umstrittenen Frage „Warum Gleichheit?“ ab. Darin liegt der Rationalitätsgewinn der operativen Geschlossenheit des Rechts. „Das Recht ermöglicht es, wissen zu können, mit welchen Erwartungen man sozialen Rückhalt findet, und mit welchen nicht.“³¹⁶ Man ist manchen Untiefen und Unsicherheiten

308 Zum Zusammenhang von Rechtfertigung und Gleichheitspräsumtion Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 208.

309 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 370.

310 Grundlegend Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 200 ff.

311 Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 202.

312 Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 202.

313 Statt vieler Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 371 mwN; Simons, 65 B.U. L. Rev. 387, 392 (1985) trotz grundlegender Kritik diesbezüglich zustimmend Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 71.

314 Zu diesem Aspekt bereits oben § 8 I 1.

315 Zur methodischen Grundlage dieser Transformation oben § 8 I 4 a).

316 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 131 f.

moralphilosophischer Diskurse erfolgreich entkommen.³¹⁷ Gleichbehandlung gilt als Grundsatz, weil sie im positiven Recht angeordnet wurde. Das betrifft, wie noch zu zeigen sein wird, nicht nur den „Staat“, sondern auch die „Gesellschaft“, also private Akteure.³¹⁸ Damit ist aber nur die halbe Wahrheit getroffen. Es erübrigt sich nur die Geltungsbegründung. Diese lässt sich rekursiv erklären. Die juristische Gerechtigkeit als Gleichheit sensibilisiert das Recht aber bei der Frage, ob eine bestimmte als Ungleichbehandlung geltend gemachte Operation in einem anderen Funktionssystem auch im Recht als solche wahrgenommen wird. Bietet der Arbeitgeber beispielsweise nur einem Teil seiner Arbeitnehmer eine Abfindung an, wenn diese aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, stellt sich auch im Rechtssystem die Gerechtigkeitsfrage. Das gelingt nur, wenn der positive Gleichbehandlungsgrundsatz material gedeutet wird. Das öffnet das Recht dann für den Wettbewerb der Konzeptionen um die richtige Deutung dieses Begriffs. *Hart* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass moralische Erwägungen den Interpretationsspielraum des positiven Rechts – er nennt es „*open texture*“ – ausfüllen können.³¹⁹ Darin liegt eine unvermeidliche Konsequenz juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit. Mit der Entscheidung, sich nicht mit dem formalen Gleichheitskriterium als Gerechtigkeitsmaßstab zu begnügen, liefert sich das Recht diesem Marktplatz der Ideen aus. Zugleich strukturiert es ihn. Gleichbehandlung kann im Rechtssystem nicht isoliert von seinen übrigen Grundbegriffen, insbesondere Privatautonomie, Vertrag und Eigentum gesehen werden. Daher sind nur solche Konzeptionen von Gleichbehandlung im Recht anschlussfähig, die darauf Rücksicht nehmen.

Der klassische Gleichheitsbegriff, Gleiches sei gleich und Ungleiches sei ungleich zu behandeln,³²⁰ bleibt aufgrund seiner rein formalen Struktur die Antwort auf die Frage, was denn gleich zu behandeln sei, zwangsläufig schuldig.³²¹ Der generelle normative Gehalt muss daher von Parametern außerhalb des Gleichheitssatzes, der konkrete Gehalt vom jeweiligen Kontext gesetzt werden. Die Gleichheitsidee ist insoweit abstrakt und bedarf der Konkretisierung.³²² Sie ist

317 Welchen Aufwand sogar „schwache“ und nicht einmal Letztbegründungen stellen, kann man beispielhaft bei *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 131 ff, 144 ff sehen, der zunächst eine Begründung aus dem Personenbegriff versucht und nach deren Scheitern eine diskurstheoretische Begründung unternimmt.

318 Vgl. *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 450; zur grundrechtstheoretischen Begründung unten § 8 IV.

319 *Hart*, The Concept of Law, 1994, 204 f. *Dworkin*, Law's Empire, 1986 würde sagen: „ausfüllen müssen“.

320 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 2005, V 1131a-1131b.

321 Deshalb sehr kritisch *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 537, 542-548 (1982); *Hart*, The Concept of Law, 1994, 159 f; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000, 34 f; verteidigend dagegen *Chemersky*, 81 Mich. L. Rev. 575 (1983); *Greenawalt*, 83 Colum. L. Rev. 1167, 1169-1178 (1983); *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 119-124.

322 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 180.

aber nicht leer.³²³ Das Dilemma entsteht erst, wenn man die Frage der Gleichbehandlung von den Kontexten abkoppelt, in denen sie auftaucht.³²⁴ Juristische Gerechtigkeit als Gleichheit stellt gerade diesen Bezug wieder her, weil sich Gleichbehandlungsforderungen jeweils aus den konkreten Anwendungssituationen juristischer Begriffe in anderen Teilsystemen ergeben. Man weiß daher immer sehr genau, welches Gleichbehandlungskriterium maßgeblich ist: beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz der vom Arbeitgeber gesetzte Zweck, im Wettbewerbsrecht der institutionelle Schutz der gleichen Wettbewerbsfreiheit, im Kapitalmarktrecht der Schutz des Anlegervertrauens auf Gleichbehandlung. Erst der Gleichheitssatz ermöglicht es, in diesen Funktionsbereichen auftretende Ungleichbehandlungen zu thematisieren. Dadurch werden Handlungen als Ungleichbehandlungen sichtbar und möglicher Gegenstand von Begründungs- oder Anwendungsdiskursen, aus denen sich die entscheidenden Parameter der angestrebten Gleichbehandlung ergeben. Letztlich öffnet er „die Tür zu einem Gerichtsverfahren und verbürgt damit ein Mindestmaß an Sachgesetzlichkeit“³²⁵ – und damit juristischer Gerechtigkeit. Damit verlagert sich das Problem auf die Suche nach den geeigneten inhaltlichen oder substantiellen Parametern, deren Überzeugungskraft wiederum unterschiedlich gesehen wird.³²⁶ In dieser Hinsicht hat sich im deutschen Recht³²⁷ die Idee der gleichen Würde aller Menschen kraft ihres Menschseins als nachhaltigster Gleichbehandlungsgrund herausgestellt.³²⁸ Diese Relation muss man zum Dreieck: Gleichheit-Freiheit-Menschenwürde ausbauen:³²⁹ Menschenwürde kann nur vom Begriff der Gleichheit und Freiheit her definiert werden: „Die Respektierung der individuellen Menschenwürde zeigt sich gerade in der Respektierung individueller Rechte, auf die *jeder* Mensch einen *gleichen* Anspruch hat.“³³⁰ Freiheit betrifft die Frage, was wertvoll ist und Gleichheit betrifft die Verteilung *dieses* Gegenstands. Sie sagt, wer in den Genuss der Freiheit kommt.³³¹ *Susanne Baer* ergänzt:

„[T]he notion of dignity invokes equality as well as liberty, both equally important. It is equality that provides the emphasis on human dignity – for all people, regardless of sta-

323 So aber *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 537 (1982); *Michel*, ARSP 95 (2009), 384, 391.

324 *Hiebaum*, Gleichheit als Eigenwert, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 21, 35 f.

325 *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 45.

326 Dazu *Greenawalt*, 83 Colum. L. Rev. 1167, 1178-1183 (1983); *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 362 f.

327 Der Ansatz wird jetzt auch im U.S.-Verfassungsrecht diskutiert, siehe *Yoshino*, 124 Harv. L. Rev. 747 (2011).

328 Näher dazu *Huster*, FS Horn, 2006, 1148, 1157; *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 443 ff; grundlegend im deutschen Verfassungsrecht *Dürig* in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Rn. 3.

329 Dazu jetzt eingehend *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 447 (2009) sowie *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 158 ff, der den Inhalt des moralischen Gleichbehandlungsanspruchs mit der Trias Autonomie, Würde und Diskriminierungsverbot erfasst.

330 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 168.

331 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 293.

tus, class, and so on. And it is liberty that ensures that each individual defines his or her own sense of self, rather than having authorities define it.“³³²

Damit wird die basale Begründung von Gleichheit sichtbar: die Anerkennung des Anderen als Gleicher. Es gibt danach zwei Konzeptionen von Gleichbehandlung:³³³ (1.) das Recht auf gleiche Behandlung (*equal treatment*) und (2.) das Recht auf Behandlung als Gleicher (*treatment as an equal*). Das Recht auf Behandlung als Gleicher beinhaltet den absoluten Anspruch darauf, dass jeder einem mit gleichem Respekt und gleicher Achtung begegnet und behandelt. Der normative Gleichheitsbegriff der Behandlung einer Person „als Gleiche“ ist fundamental, ob daraus dann im konkreten Fall eine gleiche oder ungleiche Behandlung folgt, ist sekundär³³⁴ und nach hier vertretener Ansicht im Rechtfertigungsdiskurs zu klären. Daraus folgt die Pflicht zur Gleichbehandlung und das gerade weil die einzelnen Individuen sich als Menschen offensichtlich voneinander unterscheiden und gerade nicht gleich sind und vielleicht auch nicht gleich sein wollen³³⁵. Dieser moralische und politische Gleichheitsanspruch ist der gemeinsame Standpunkt egalitaristischer Positionen in der politischen Philosophie.³³⁶

Nach umstrittener Auffassung gilt er nicht nur gegenüber dem Staat, sondern insgesamt im Bereich öffentlicher Kommunikation.³³⁷ Was dann zur öffentlichen und was zur privaten Sphäre zu zählen ist, ist ebenfalls Gegenstand politischer Debatte – gesteuert und begrenzt allerdings von Grundrechten, deren Interpretation ihrerseits wieder von moralischen Konzeptionen über genau diese Grenzziehung beeinflusst wird.³³⁸ An dieser Stelle kommt die Freiheit ins Spiel. Normautor und Normadressat des Gleichbehandlungsgrundsatzes sind ein und dieselbe Person, aber in verschiedenen Rollen.³³⁹ Rawls beschrieb den Unterschied sehr deutlich, indem er den Status der Person als Bürger im politischen System und als Akteur in anderen Teilsystemen trennte:³⁴⁰

„[W]e distinguish between the point of view of people as citizens and their point of view as members of families and of other associations. As citizens we have reasons to impose the constraints specified by the political principles of justice on associations; while as

332 Baer, 59 U. Toronto L.J. 417, 461 (2009).

333 Grundlegend *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 227; *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 190; siehe auch *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 128 ff; eine analytische Kritik dieser Konzeption unternimmt *Westen*, Speaking of Equality, 1990, 102 ff.

334 *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 38.

335 Dazu mit Nachdruck *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 397 f und passim; *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 203-206.

336 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 129 f.

337 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 171 ff; anders etwa *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 227; *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 190, der den Grundsatz auf das Verhältnis Bürger-Staat beschränkt.

338 Siehe dazu unten § 8 III 3 b).

339 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 172.

340 Im Anschluss an *Cohen*, 22 Can. J. Phil. 263, 278 (1992).

*members of associations we have reasons for limiting those constraints so that they leave room for a free and flourishing internal life appropriate to the association in question.*³⁴¹

Daraus zog er die Konsequenz, dass man die (substantiellen) Gerechtigkeitsanforderungen, die für die Grundstruktur einer Gesellschaft und ihrer Fortentwicklung in staatlichen Strukturen gelten,³⁴² nur indirekt anwenden könnte.³⁴³ Er ließ keinen Zweifel daran, dass die Grundanforderungen von Gerechtigkeit – die hier als Gleichbehandlung definiert wird – auch auf solche Sphären anzuwenden sind.³⁴⁴ Gleichbehandlungsansprüche überwinden die „künstliche Spaltung“ des Individuums in *citoyen* und *bourgeois*. Gleicher zu sein, beschränkt sich danach nicht nur auf die Kommunikation im politischen System, sie erfasst andere Teilsysteme, insbesondere die Wirtschaft mit. Die schwierige Entwicklung des modernen Nichtdiskriminierungsrechts zeigt, dass die Dichotomie Staat-Gesellschaft verschoben wurde zu Dichotomie öffentlich vs. privat.³⁴⁵ Gleiche Geltung heißt aber noch lange nicht gleiche Bindung.³⁴⁶ Das Prinzip personaler Gleichheit zeigt, dass man von der Geltung der Gleichbehandlung gegenüber privaten Akteuren ausgehen *und* die negative Freiheit des Privatrechtssubjekts berücksichtigen kann.³⁴⁷

(2) Präsumtion der Gleichbehandlung

Juristische Gerechtigkeit verlangt vom Recht, dass es die partizipatorische Parität³⁴⁸ aller Akteure sichert. Das ist der Inhalt von Gleichbehandlung als Zugangsregel. Es muss Vorkehrungen treffen, die es im Grundsatz allen Akteuren erlauben, miteinander als Ebenbürtige zu verkehren. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit jeder Person erfüllt diese Forderung in formaler Hinsicht, der Grundsatz der Gleichbehandlung in substantieller Hinsicht. Das grundlegende Recht einer Person auf gleiche Achtung und gleiche Rücksicht ist für sich genommen noch unvollständig, weil es eines Maßstabes für die gleiche Berücksichti-

341 Rawls, 64 U. Chi. L. Rev. 765, 790 (1997).

342 Zum Vier-Stufen-Modell dieser Evolution Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 171 ff.

343 Rawls, 64 U. Chi. L. Rev. 765, 790 (1997).

344 Rawls, 64 U. Chi. L. Rev. 765, 790 (1997): „If the so-called private sphere is alleged to be a space exempt from justice, then there is no such thing.“ Zu den negativen Auswirkungen dieser Vorrangthese auf die private Lebensführung Menke, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 226 ff.

345 Zum ersten Scheitern dieses Versuchs im 19. Jahrhundert oben § 3 III 4, zur Erfolgsgeschichte im 20. Jahrhundert § 3 IV 2-4 und zur Dogmatik des geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrechts § 6 IV.

346 Anderson, 109 Ethics 287, 317 (1999).

347 Oben § 7 IV.

348 Der Begriff stammt von Fraser, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 54 ff und eignet sich bereits nach ihrer Konzeption als Erklärungsansatz für Diskriminierungsverbote. Das gilt allerdings nur für unmittelbare Diskriminierungen. Mittelbare Diskriminierungen lassen sich damit nur unzureichend erklären. Das übersieht beispielsweise Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Nichtdiskriminierungsschutz, 2010, 134 ff, die sich wesentlich auf das Begriffsverständnis Frasers stützt.

gung bedarf.³⁴⁹ Diesen Maßstab liefert die Präsumtion der Gleichbehandlung. Damit erklärt sich aber noch nicht ihre eigenständige Bedeutung in einem Modell juristischer Gleichbehandlung. Die oben gestellte zweite Frage ist davon unabhängig zu beantworten. Die Präsumtion ist eine Regel, die eingreift, wenn es keinen (erlaubten) Grund gibt, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Das ist eine schwache Formulierung der Präsumtion.³⁵⁰ Dogmatisch handelt es sich um eine Regel materieller und formeller Beweislast. Dieser Status wird in moralphilosophischen Diskursen angegriffen.³⁵¹ Für die juristische Gerechtigkeit als Gleichheit sind die dagegen vorgebrachten Einwände unbeachtlich. Hier wird an Operationen im System angeknüpft, zu denen Beweislastregelungen zählen. Relevant bleibt der Einwand, dass es Alternativen zur Präsumtion der Gleichheit gibt, die ihre Berechtigung in Frage stellen. Eine davon ist die Ungleichbehandlungsvermutung.³⁵² Diese setzt aber voraus, dass es einen Anspruch auf ungleiche Behandlung geben kann. Das habe ich für das Privatrecht verneint.³⁵³ Eine andere Möglichkeit ist das Zufallsprinzip. Dazu zählen nicht die Ergebnisse historischer Verteilungsprozesse und die daraus folgenden Gründe für den *status quo*. Diese Aspekte sind auf der Rechtfertigungsebene anzusprechen.³⁵⁴ Darin zeigt sich die Flexibilität egalitaristischer Positionen: fast jede nicht-egalitaristische Position, beispielsweise der Vorrang der Freiheit, lässt sich als potentieller Rechtfertigungsgrund konstruieren.³⁵⁵ Die entscheidende Frage lautet nur, wie weit diese Gründe reichen können und ob der Gleichbehandlungsgrundsatz Grenzen setzt. Erst wenn sich als Ergebnis herausstellt, dass kein Grund den Rechtfertigungsanforderungen genügt, wird die Präsumtion relevant. Sollte man es dann aber nicht bei der Beliebigkeit bewenden lassen?³⁵⁶ So fragt *Heiner Michel* ob es nicht absurd sei, einem Blumenhändler, der „wahllos“ Blumen an zufällig vorbeikommende Passanten verschenkt, vorzuwerfen, er behandele die Passanten ungleich und begehe damit ein Unrecht.³⁵⁷ Der Einwand beruht auf einem klassischen Fehler, weil Ungleichbehandlung und Rechtfertigung vermengt werden. *Michel* übersieht, dass der Blumenhändler die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann: Ein Hinweis auf seine Vertragsfreiheit genügt.³⁵⁸ Man braucht das Beispiel nur ergänzen, um die Relevanz der Gleichbehandlungspräsumtion zu sehen: Einer der Pas-

349 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 129.

350 Zu der strengeren Möglichkeit siehe *Greenawalt*, 83 Colum. L. Rev. 1167, 1175 (1983).

351 *Michel*, ARSP 95 (2009), 384, 391 ff.

352 Siehe *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 537, 572-573 (1982); *Huster* in: Friauf/Höfing, GG, Art. 3 Rn. 66 ff; differenzierend jetzt aber *Westen*, Speaking of Equality, 1990, 230 ff.

353 Siehe oben § 7 III 3.

354 Zum Folgenden ausführlich *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 205 ff.

355 *Hiebaum*, Gleichheit als Eigenwert, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 21, 24.

356 *Michel*, ARSP 95 (2009), 384, 385.

357 *Michel*, ARSP 95 (2009), 384, 386.

358 Zur Prüfungsintensität siehe oben § 7 IV 3 f) (2).

santen bekommt keine Blume. Er ist „zufällig“ Schwarzer. Unterstellt der Passant könnte die Vermutung einer Ungleichbehandlung wegen seiner Rasse begründen (§ 22 AGG) und es gelänge dem Blumenhändler nicht, darzulegen und zu beweisen, dass er gerade in diesem Moment keine Blume zum Verteilen in der Hand hielt: Sollte man es bei der „Beliebigkeit“ belassen? Gibt es keine Präsumtion der Gleichheit, wäre damit der *status quo* beizubehalten. Damit wäre die juristische Gerechtigkeit als Gleichheit neutralisiert. Das Rechtssystem wäre dann trotz Ungleichbehandlung und fehlender Rechtfertigung nicht irritiert. Diese Konsequenz verdeutlicht, dass die Präsumtion die Gleichbehandlung präferiert³⁵⁹ und sie sogar präferieren muss. Das könnte ihr den Vorwurf einbringen, ein verkapptes Vorrangmodell zu sein, dass den Vorrang der Freiheit durch den Vorrang der Gleichheit ersetzt. Dieser Einwand ginge fehl. Das Vorrangmodell der Freiheit verhindert bereits im methodologischen Ausgangspunkt, dass Gleichbehandlung als gleicher Wert zu berücksichtigen ist.³⁶⁰ Dagegen erlaubt die Präsumtion der Gleichheit die umfängliche Berücksichtigung von Freiheitsinteressen als mögliche Rechtfertigungsgründe.

(3) Freiheit als Währung der Gleichheit

Theorien von Gerechtigkeit als Gleichheit müssen den Gegenstand der Gleichbehandlung angeben und sagen, in Bezug worauf Personen gleich zu behandeln sind (Equalisandum). Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen: Theorien, die eine starke Gleichbehandlungsbehauptung aufstellen und Theorien, die eine schwache Behauptung beinhalten.³⁶¹ Theorien der ersten Gruppe verlangen, dass Personen in Bezug auf das Equalisandum so gleich wie möglich zu stellen sind. Theorien der zweiten Gruppe besagen, dass Personen in Bezug auf das Equalisandum so gleich wie möglich zu stellen sind, dieses Gebot aber aufgrund konkurrierender, nicht-egalitaristischer Werte eingeschränkt werden kann. Die Theorie der juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit beinhaltet beide Aspekte: Mit dem Grundsatz der (formalen) Rechtsgleichheit stellt sie eine starke Gleichbehandlungsbehauptung auf: Jeder hat denselben Zugang zur Gleichheit des Dürfens. Dieses Equalisandum bereitet keine Probleme.³⁶² In der Präsumtion der (materialen) Gleichbehandlung liegt dagegen eine schwache Gleichbehandlungsbehauptung: Jeder hat Anspruch auf Gleichheit im Können, es sei denn, die negative Freiheit des Adressaten hat im konkreten Fall Vorrang. Gleichbehandlungs-

359 Insoweit zutreffend *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 537, 572 (1982); in der Sache auch *Lucas*, 52 Phil. 255, 260 (1977): „The presumption of equality, however, focuses on just one factor, and ignores all the rest.“

360 Eingehend oben § 7 IV b) (1).

361 Grundlegend *Cohen*, 99 Ethics 906, 908 (1989).

362 *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 176.

gegenstand ist damit die Möglichkeit, Freiheitsrechte auszuüben. Die Bandbreite der davon erfassten Verhaltensweisen ist, wie die Ausführungen in §§ 5 und 6 gezeigt haben, groß. Sie reichen von der Sicherung der gleichen Freiheitsermöglichung von Arbeitnehmern die von einer Abfindungsregelung ausgenommen wurden, weil sie bereits ein bestimmtes Alter erreicht hatten,³⁶³ über die Gläubiger, die leer ausgingen, weil der geschrumpfte Vorrat an Zuckerrübensamen nur an einen von ihnen ausgekehrt wurde³⁶⁴ und das Unternehmen, dass in seiner wettbewerblichen Entfaltungsfreiheit behindert wird,³⁶⁵ oder dem Minderheitsaktionär, der zusehen muss, wie der Marktwert seines Anteil am Unternehmenswert sinkt, sobald der Erwerber sich ausreichend Aktien gesichert hat³⁶⁶ bis hin zu der Familie, der die Wohnung mit der Begründung versagt wurde, dass man „an Neger, äh... Schwarzafrikaner und Türken“ nicht vermiete³⁶⁷. Gleichbehandlungsgegenstand ist die Ressource „Freiheitsausübung“. Damit sind Freiheitsmöglichkeiten die „Währung“³⁶⁸ der juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit. Das wurzelt in dem oben vorgestellten Dreieck Freiheit-Gleichheit-Menschenwürde.³⁶⁹ Aus diesem Verhältnis folgt, dass ökonomische, gesellschaftliche und politische Strukturen immer autonomiefunktional und selbstbestimmungsermöglichend sein müssen.³⁷⁰

c) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

(1) Spezifikum der negativen Freiheitsrechte

Das Anforderungsprofil der hier gesuchten Zugangsregel wurde dahingehend beschrieben, dass sie die unterschiedlichen Handlungslogiken oder Eigenrationalitäten der Teilsysteme (Wirtschaft, Politik, Moral, Familie, etc.) kompatibilisieren und den systeminternen Anforderungen von Gerechtigkeit als Gleichheit genügen kann.³⁷¹ Zugangsregeln sind Komplementärerscheinungen zu subjektiven Freiheitsrechten. Daher müssen sie an die Funktionsweise dieser Rechte im Rechts- und im Wirtschaftssystem anknüpfen, um den „Zusammenhang von Rechtsnormen und sozialen Handlungsstrukturen“³⁷² herzustellen. Man muss daher die Funktion der negativen Freiheitsrechte in den sozialen Handlungsstrukturen klar herausarbeiten. Nach traditioneller Ansicht ist die Individualfreiheit „als vor-

363 Oben § 6 V 2 a) (1) und *Grünberger*, EuZA 2011, 171 ff.

364 Vgl. oben § 5 VI 2.

365 Dazu § 5 IV 3.

366 Siehe § 5 III 4 b).

367 Dazu § 6 III 1 a).

368 In Anspielung an den Titel des Beitrags von *Cohen*, 99 *Ethics* 906 (1989).

369 Oben § 8 I 4 b) (1).

370 Vgl. *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 175 f.

371 Siehe § 8 II 3 b).

372 *Wielsch*, FS G. Teubner, 2009, 395, 403.

und überpositiver Wert [...] das Essentiale der subjektiven Rechte³⁷³. Diese Reduktion komplexer Rechtsbeziehungen darauf „die Freiheit des Einzelnen, seinen Lebensbereich nach seinen persönlichen, rein subjektiv bestimmten Interessen und Präferenzen zu regeln“³⁷⁴ wird der Komplexität moderner Gesellschaften nicht gerecht – wenn sie denn überhaupt jemals in der Lage war, ein zutreffendes Bild der Rechtswirklichkeit zu zeichnen. Der Einzelne, der hier emphatisch beschworen wird, ist nämlich nicht der Mensch als „ein sich selbst organisierendes Individuum in seiner vollen Einzigartigkeit, empirischen Unvergleichbarkeit“³⁷⁵. Es ist das Rechtssubjekt, die „Person“ und damit die „ursprüngliche Abstraction des Rechts von der Individualität des Menschen“.³⁷⁶ Die Person, auch die natürliche, ist „eine künstliche Konstruktion der Rechtswissenschaft.“³⁷⁷ Diese Konstruktion ist notwendig, damit der Personenbegriff die ihm vom Privatrecht zugeteilte Rolle überhaupt erst spielen kann.³⁷⁸ Vor dem Hintergrund dieser epochalen Leistung der Privatrechtstheorie wird die innere Spannung des traditionellen Ansatzes deutlich: Er unternimmt es, zweckfunktional abstrahierte Begriffe wie Person und Privatautonomie mit einem „Durchgriff“ auf den individuellen Menschen mit seinen subjektiven Präferenzen zu erklären. Damit trifft er aber nicht den Mensch als Individuum, sondern den Mensch als Begriff, „im Singular“ sozusagen.³⁷⁹ Damit scheitert der klassische Ansatz an zwei Anforderungen: Er kann, erstens, als ausschließlicher Erklärungsansatz die durchaus unterschiedliche funktionale Bedeutung der Freiheitsrechte in den verschiedenen Kontexten privatrechtlicher Regelung nicht überzeugend erklären. Freiheitsausübung im Wirtschaftssystem ist etwas völlig anderes als der freiheitliche Schutz von Autonomiesphären in anderen Teilsystemen wie etwa der Familie. Setzt man Privatautonomie mit Freiheit gleich, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass die Eigenrationalität der Wirtschaft in die anderen Systeme expandiert. Hinter dem „Menschen im Singular“ verbirgt sich nämlich der ideale Akteur im Wirtschaftssystem. Die Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat den imperialistischen Anspruch, den das Wirtschaftssystem sich über das Recht versucht zu sichern, verdeutlicht.³⁸⁰ Zweitens verliert der traditionelle Ansatz den „Menschen als Individuum“ genau in den Kontexten aus den Augen, in denen dieser Konzeption Erklärungspotential zukommen könnte. Es gibt nach wie vor wichtige Funktionsbereiche der Gesellschaft, die dem Rückzug des Individuums

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

374 Picker, JZ 2003, 540, 543.

375 Luhmann, Einführung in die Systemtheorie, 2009, 343.

376 Puchta, Institutionen-Vorlesungen, 1829, 29; dazu oben § 2 III 2.

377 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, 176.

378 Dazu näher oben § 2 III; siehe auch Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, 177 f.

379 Vgl. dazu Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 35 Fn. 47.

380 BVerfGE 89, 214. Siehe dazu die Analyse von Teubner, KritV 2000, 388 ff.

dienen und es ihm ermöglichen, „ethische Person“ zu sein. Freiheitsrechten kommt hier die wichtige Funktion zu, die individuelle Autonomie des einzelnen Menschen mit einer „Schutzhülle“ zu versehen.³⁸¹ Der Begriff der Autonomie ist hier substantieller als der der (negativen) Freiheit:³⁸² „Man muss frei sein, um autonom leben zu können, aber nicht jede freie Handlung ist auch eine autonome.“³⁸³ Freiheit ermöglicht die Wahl, Autonomie ist aber der Grund dafür, dass wir wählen wollen.³⁸⁴ Wir brauchen Freiheit, um die Möglichkeit zur selbstbestimmten Lebensführung zu haben.³⁸⁵ Das ist klassisch-liberales Denken, wie es sich bei *John Stuart Mill* findet:

„The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it. Each is the proper guardian of his own health, whether body or mental or spiritual. Mankind are greater gainers³⁸⁶ by suffering each other to live as it seems good to themselves, than by compelling each to live as seems good to the rest.“³⁸⁷

Der selbstbestimmte Mensch ist Teilurheber seines Lebens.³⁸⁸ *Dworkin* nennt diesen, von subjektiven Rechten erfassten Bereich das „principle of authenticity“³⁸⁹ und versteht darunter ein „baseline principle specially protecting the parties’ freedom to engage in activities crucial to forming and reviewing the convictions, commitments, associations, projects, and tastes“³⁹⁰. Die Pointe des Autonomiebegriffs ist, dass er Zugangsbarrieren für Zugangsregeln errichtet. Das spiegelt sich im Prinzip personaler Gleichheit an zentraler Stelle wider: In den Handlungsbereichen, in denen sich die ethische Person realisiert, ist die juristische Gerechtigkeit als Gleichheit auf ein Minimum reduziert. Sie gewährt keinen unmittelbaren Zugang zum Rechtfertigungsdiskurs. Die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe sind auf „Null“ reduziert.³⁹¹

Auch wenn der traditionelle individualistische Ansatz keine überzeugende Erklärung mehr für alle Kontexte privatautonomer Regelungen anbietet, hat sich

381 Forst, Kontexte, 1994, 350 f.

382 Dazu näher Raz, *The Morality of Freedom*, 1988, 369 ff.

383 Dazu eingehend Rössler, Wert des Privaten, 2001, 95 ff.

384 Anders wohl *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 unter Berufung auf *Kant*, Über den Gemeinspruch (1793), Bd. VIII, <http://www.korpora.org/kant/aa04/>, S. 450 („denn Freiheit und eigene Gesetzgebung des Willens sind beides Autonomie, mithin Wechselbegriffe, davon aber einer eben um deswillen nicht dazu gebraucht werden kann, um den anderen zu erklären und von ihm Grund anzugeben“).

385 Zur Vertiefung dieses Gedankens siehe Rössler, Wert des Privaten, 2001, 95 ff.

386 Zum Verhältnis des hier anklingenden Utilitarismus *Mills* zu seinem ethischen Autonomiekonzept näher *Huster*, Ethische Neutralität, 2002, 62 ff.

387 *Mill*, On Liberty, 1859, 27.

388 Raz, *The Morality of Freedom*, 1988, 369 f.

389 Zu den vielfältigen Problemen, die der Begriff Authentizität in diesem Kontext aufwirft, Rössler, Wert des Privaten, 2001, 109 ff.

390 *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 159.

391 Siehe oben § 7 IV 3 f) (1).

das Problem der inhaltlichen Funktionsbeschreibung privatrechtlicher Begriffe vom Standpunkt der Freiheit aus nicht erledigt. Notwendig ist eine Theorie, die das Spezifikum des Freiheitsrechts in den sozialen Kontexten der gesellschaftlichen Teilsysteme deutlich und prononciert herausarbeitet. Eine moderne liberale Rechtstheorie wie sie beispielsweise *Ladeur* vorgeschlagen hat, scheint dafür geeignet zu sein.³⁹² Danach sind subjektive Rechte einerseits und der Markt andererseits Institutionen, die der Generierung und Verarbeitung von Wissen dienen. Sie ermöglichen es, aus den Operationen einzelner Akteure Wissensbestände und Handlungsregelungen in gesellschaftlichen Beziehungsnetzwerken zu akkumulieren.³⁹³ Negative Freiheitsrechte folgen „einer eigenständigen relationalen³⁹⁴ Rationalität des Privaten [...], die dem Zwang der Gesellschaft zur Verknüpfung zwischen Handeln und Wissen gerecht werden und über eine distribuierte, a-zentrische Ordnung die produktive Bindung von Ungewißheit institutionalisieren.“³⁹⁵ Damit wird ein abstrakter Begriff für die sozialen Bindungen in der Form des Rechts verwendet. Dieser wird in modernen Gesellschaften notwendig, weil es in ihnen keine von allen geteilten und praktisch erfahrbaren Grundlagen außerhalb des Rechts mehr gibt. Damit es überhaupt noch zu einer Kooperation unter an sich Fremden kommt, müssen Bindungen an rechtliche Institutionen geschaffen werden, die Erwartungssicherheit erzeugen und Vertrauen ermöglichen:³⁹⁶

„Das basiert auf der Annahme, daß die moderne Gesellschaft gerade wegen ihrer beständigen Selbsttransformation und der damit verbundenen Ungewißheit einen hohen Bedarf an Koordination von Handlungen erzeugt, aber zugleich auch bestimmte stabile Erwartungen und Konventionen voraussetzt, die nicht immer wieder durch ein Interessenkalkül ersetzt werden können.“³⁹⁷

Negative Freiheitsrechte erfüllen in modernen Gesellschaften eine wichtige Funktion: Sie ermöglichen Suchprozesse nach den überzeugendsten Handlungs- und Kooperationsmustern in den verschiedenen Teilsystemen der Gesellschaft, weil sie sicherstellen, dass es keine fremdrational gesetzten Zielvorgaben gibt.³⁹⁸ Das so über die Gesellschaft verteilte Wissen kann von den einzelnen Individuen produktiv genutzt werden. „Darin ist zugleich ein Vorrang für die ihrerseits neues

392 Dazu grundlegend *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000; siehe auch *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 31 ff; *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006.

393 Nach *Vesting*, Rechtstheorie 2007, Rn. 186 ff wird dieses implizite Wissen sogar zum Angelpunkt einer nicht-staatszentrierten Geltungsbegründung des Rechts.

394 Mit „Relationen“ bezeichnet *Ladeur* die „kleinsten Einheiten“, aus denen die bürgerliche Gesellschaft zusammengesetzt ist: die Beziehungen zwischen den Individuen, *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 71.

395 *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 2.

396 Vgl. *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 9.

397 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 59.

398 *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, 72.

Wissen generierenden Handlungsrechte eingeschrieben.³⁹⁹ Dieser Vorrang zugunsten der Freiheit ist erstaunlicherweise nicht auf liberale Theorien beschränkt. Es ist zentraler Baustein egalitaristischer Theorien,⁴⁰⁰ wie man am Beispiel von *Dworkin* sieht. Dieser baute es beispielsweise als – erneut sehr eigenwillig formuliert – „*principle of abstraction*“ in seine ambitionierte soziale Gleichheitstheorie ein:

„*This principle establishes a strong presumption in favor of freedom of choice. It insists that an ideal distribution is possible only when people are legally free to act as they wish so far as constraints on their freedom are necessary to protect the security of person and property, or to correct certain imperfections in markets [...]*“.⁴⁰¹

Damit scheint ein Widerspruch unausweichlich: entweder man geht von einer Präsumtion der Gleichbehandlung aus oder einer „strong presumption in favor of freedom of choice“. Beides zugleich – das geht nicht und es geht doch. Diese Paradoxie lässt sich erklären, wenn man zwischen subjektivem Freiheitsrecht und gleichbehandlungsrechtlicher Zugangsregel unterscheidet: Im freiheitsrechtlich geprägten Begriffsverständnis von „Privatautonomie“ und „Vertrag“ kommt der Selbstbestimmung des Einzelnen oder der teilgesellschaftlichen Eigenrationalität Vorrang zu. Damit liegt der „Einschätzungsspielraum unter Ungewissheitsbedingungen primär bei der Gesellschaft und den Grundrechtsträgern selbst.“⁴⁰² In der als Korrektiv⁴⁰³ fungierenden gleichbehandlungsrechtlichen Zugangsregel herrscht dagegen die Präsumtion der Gleichbehandlung. Sie sensibilisiert das Recht bei Ungleichbehandlungen, die Folge der Freiheitsausübung sind. Aus diesem Gleichbehandlungsgebot folgt *keine* Pflicht der Bürger zur differenzlosen Gleichbehandlung. Diese Selbstverständlichkeit ist hervorzuheben, weil nicht selten eine perhorreszierende Vorstellung des Gegenteils beschworen wird.⁴⁰⁴ Juristische Gerechtigkeit als Privatrecht führt nicht zur „Gleichmacherei“. Sie ist ein Versuch, den komplexen Gleichheitsanforderungen in der Gesellschaft und ihren Funktionsbereichen gerecht zu werden. Der Gleichbehandlungsanspruch zwingt zur Rechtfertigung der festgestellten Ungleichbehandlung. Gleichbehandlung ist also ein „Recht auf Rechtfertigung“⁴⁰⁵. Damit werden die Verhältnisse in der Ge-

399 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 35.

400 Grundlegend ist das Vorrangprinzip zugunsten *gleicher* Freiheiten bei *Rawls*, *A Theory of Justice* (Rev. Ed. 1975), 1999, 52 ff; *Rawls*, *Justice as Fairness*, 2001, 42 ff; vgl. dazu *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 308 ff.

401 *Dworkin*, *Sovereign Virtue*, 2000, 148.

402 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 41 f (Verweise weggelassen).

403 Vgl. *Dworkin*, *Sovereign Virtue*, 2000, 155 ff, der dem „*principle of abstraction*“ ein „*principle of correction*“ gegenüberstellt.

404 Vgl. *Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, 337, mit der wohl sarkastischen Bemerkung, dass ein Heiratsantrag dann nicht mehr unter Anknüpfung an die in Art. 3 III 1 GG genannten Merkmale erfolgen dürfe.

405 Der Begriff stammt von *Forst*, *Recht auf Rechtfertigung*, 2007.

sellschaft nicht auf den Kopf gestellt.⁴⁰⁶ Freiheitskonstituierende und sich aufgrund praktischer Erfolge ausgewiesene Institutionen müssen sich erst dann rechtfertigen, wenn Ungleichbehandlungen registriert werden. Damit wird das Recht auf eine mögliche Gefahr sensibilisiert, die aufgrund der strukturellen Kopplung freiheitsrechtlich gedeuteter Begriffe des Rechts mit anderen Teilsystemen entstehen können.

(2) Gleichbehandlung als „Recht auf Rechtfertigung“

In der moralphilosophischen Diskussion ist zwar umstritten, ob sich der Rechtfertigungszwang aus dem Gleichheitsrecht ableitet⁴⁰⁷ oder ob er ein freistehendes autonomes Begründungsprinzip ist⁴⁰⁸. In juristischen Diskursen ergibt sich aus der hier herausgearbeiteten Relation von Freiheitsrecht und Zugangsregel, dass man ohne Gleichbehandlungsanspruch nicht zur Rechtfertigungsproblematik gelangt. Erst die festgestellte Ungleichbehandlung irritiert das Recht. Auslöser des Rechtfertigungsgebots ist also der moralische Gleichbehandlungsanspruch jeder Person. Daraus folgt die „Einsicht, dass Menschen als verletzbare und endliche Wesen moralischen Respekts und damit rechtfertigender Gründe bedürfen“⁴⁰⁹. Die Personen sind dabei in verschiedenen Kontexten situiert. Eine Rechtfertigungstheorie muss diese Kontexte zur Kenntnis nehmen, um die daraus folgenden verschiedenen Rechtfertigungsanforderungen situationsadäquat bilden zu können.⁴¹⁰ Das gilt auch und besonders für eine juristische Gerechtigkeitstheorie als Gleichheit.

Die Rechtfertigung der ungleichen Behandlung kann sich in einer pluralistischen Gesellschaft⁴¹¹ nur auf allgemeine und reziproke Gründe stützen (Prinzip der gegenseitigen Rechtfertigung).⁴¹² Reziprok sind die Gründe, wenn eine Person von der anderen nicht mehr verlangt, als sie selbst zuzugestehen bereit ist, und allgemein sind sie, wenn sie von allen davon Betroffenen akzeptiert werden können⁴¹³. Dabei spielt die Unterscheidung zwischen der „ethischen Person“ und der

406 So aber der Vorwurf von *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 36, adressiert an *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004.

407 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 207.

408 So insbesondere *Forst*, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 55 ff.

409 *Forst*, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 67.

410 Eine moralische Theorie der Rechtfertigung in verschiedenen Kontexten hat *Forst*, Kontexte, 1994, 362 ff vorgeschlagen.

411 Zum Zusammenhang pluralistischer Gesellschaftsformen und Antidiskriminierungsrecht schon *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 16-26 und *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 1 Rn. 56 ff.

412 Zu verschiedenen Konzeptionen des Rechtfertigungsgedankens vgl. *Forst*, Kontexte, 1994, 133-36, 266-306; *Forst*, Rechtfertigung der Gerechtigkeit, in: *Brunkhorst/Niesen*, Das Recht der Republik, 1999, 105, und *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 13-14, 144-158.

413 *Forst*, Kontexte, 1994, 68.

„Rechtsperson“ eine wichtige Rolle.⁴¹⁴ Die ethische Person ist zwangsläufig eine einzigartige Person, mit einer individuellen und einmaligen Lebensgeschichte.⁴¹⁵ Sie hat „Name, Alter, Adresse, Geschlecht usw.“⁴¹⁶ Das Recht abstrahiert von diesen Merkmalen des Einzelnen.⁴¹⁷ Es operiert nur mit der Figur der „Rechtsperson“ oder kürzer: der Person. Subjektive Rechte der (Rechts-) Person ermöglichen es der ethischen Person, ihre Auffassung des Guten selbstbestimmt zu entwickeln. Das Recht fungiert daher als Schutzhülle dieser ethischen Identität in pluralistischen Gesellschaften.⁴¹⁸ Das Recht muss daher Kompatibilitätsnormen enthalten, mit denen einerseits die ethische Person vor den Zumutungen der (moralischen) Rechtfertigungspflicht geschützt wird⁴¹⁹ und andererseits die gegenseitige normative Verantwortlichkeit von Rechtspersonen als Akteure in sozialen Kommunikationen sichtbar bleibt. Auf der Rechtfertigungsebene hat man also zu klären, ob sich der freiheitsrechtliche Zugangskontrollanspruch zur Sicherung von Handlungs- und Entscheidungsspielräumen des Einzelnen durchsetzt oder ob das Gleichbehandlungsrecht in der konkreten Situation einen Zugangsanspruch vermittelt. Eine mögliche Kompatibilitätsregel ist die Unterscheidung zwischen Privatsphäre und Öffentlichkeit.⁴²⁰ Handelt die Person innerhalb ihrer Privatsphäre, bleibt es bei der Geschlossenheit des Rechts gegenüber moralischen Rechtfertigungsansprüchen. Sobald die Person in der Öffentlichkeit ungleich behandelt, wird das Recht über seine Gerechtigkeitsensoren irritiert und stellt über Zugangsregeln sicher, dass sich die abstrakt vorrangige Freiheitsausübung auch im konkreten Fall auf allgemeine und reziproke Gründe stützen lässt. Die verschiedenen Rechtfertigungsanforderungen, die im Prinzip der personalen Gleichheit enthalten sind,⁴²¹ belegen die durchaus komplexen Anforderungen, die hier an das Recht gestellt werden.

(3) Schleier des Nichtwissens

Ich möchte das anhand des Diskriminierungsverbots beispielhaft ausführen. Intrinsische Diskriminierungen⁴²² aufgrund verpönter Merkmale basieren auf dem Gedanken „der Ab- und Ausgrenzung, der Gegenüberstellung von einem ‘Wir’ und dem ‘Anderen’“⁴²³. In der gewollten Ungleichbehandlung des „Anderen“ fin-

414 Forst, Kontexte, 1994, 349 ff. Zu den Begriffen bereits oben § 7 IV 2 b).

415 Forst, Kontexte, 1994, 424.

416 Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 35 Fn. 47 (zur Verteidigung gegen den Vorwurf, den Menschen in der Systemtheorie nicht ernst zu nehmen).

417 Dazu oben § 2 III.

418 Forst, Kontexte, 1994, 351.

419 Siehe oben § 7 IV 3 f) (1).

420 Dazu oben § 7 IV 3 f) (1) und unten § 8 III 3 b).

421 Oben § 7 IV 3.

422 Zum Begriff oben § 6 IV 1 c).

423 Fissahn, Rechtstheorie 2006, 67, 68.

det sich implizit die Annahme eines Wertunterschiedes zwischen den Personen.⁴²⁴ Diese Differenzierung ist nicht rechtfertigungsfähig, weil sie sich nicht auf allgemeine und reziproke Gründe stützen lässt. Dazu lässt sich die diskursive Begründung des Rechtfertigungsprinzips mit dem „Gedankenexperiment“⁴²⁵ des „Schleiers des Nichtwissens“ verbinden. Rawls versteht darunter die prozeduralen Voraussetzungen eines hypothetischen Vertragsschlusses im Urzustand („*original position*“), in dem sich die Parteien als Repräsentanten freier und gleicher Bürger über die Gerechtigkeitsprinzipien der Gesellschaftsordnung („*basic structure*“) einigen.⁴²⁶ Mit dem Schleier des Nichtwissens werden die den Parteien zugänglichen Informationen beschränkt:

„To model this conviction in the original position, the parties are not allowed to know the social position of those they represent or the particular comprehensive doctrine“⁴²⁷ of the persons each represents. The same idea is extended to information about people’s race and ethnic group, sex and gender and their various native endowments such as strength and intelligence, all within the normal range. We express this limits of information figuratively by saying the parties are behind a veil of ignorance.“⁴²⁸

Weil es sich dabei um die Voraussetzung zur Festlegung der elementaren Gerechtigkeitsprinzipien handelt, unterstellt Rawls auch, dass die Parteien den aktuellen Zustand ihrer eigenen Gesellschaft nicht kennen, insbesondere keine Informationen über die ökonomische und politische Situation haben.⁴²⁹ Diese Beschränkung lüftet sich auf den nachfolgenden drei Stadien einer gerechten Gesellschaft: der Verfassungsgebung, der Gesetzgebung und der Gesetzesanwendung.⁴³⁰ Von dieser und anderen Annahmen weicht das Rechtfertigungsmodell ab. Das folgt aus dem eingeschränkten Zweck den der Schleier des Nichtwissens hier erfüllt. Die Konstruktion dient lediglich dazu, eine rationale Argumentationsstruktur zu entwickeln, um die schwierige Frage zu beantworten, ob der Gleichbehandlungsanspruch hinter das Freiheitsrecht zurücktreten muss. Daher sind die Agenten für die unmittelbar vertraglich handelnden Personen nur bezüglich zweier Merkmale hinter dem Schleier des Nichtwissens: Sie wissen erstens nicht, ob die von ihnen vertretene Partei Träger des relevanten Diskriminierungsmerkmals ist oder nicht. Sie wissen, zweitens, auch nicht, auf welcher Seite der vertraglichen Beziehung

424 Gosepath, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 168-171.

425 Rawls, Justice as Fairness, 2001, 17.

426 Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 118 ff. In der ursprünglichen Version waren die Parteien im Originalzustand noch identisch mit den Personen, für die die *basic structure* gelten sollte. Später differenzierte Rawls und fingierte, dass die Parteien im Originalzustand Repräsentanten für Dritte sind, deren Präferenzen sie nicht kennen, vgl. Rawls, Political Liberalism, 2005, 24 f.

427 Darunter versteht Rawls ethische Auffassungen des Guten, deren Inhalt und ethischen Folgen nicht den Bedingungen der allgemeinen und reziproken Zustimmungsfähigkeit genügen, siehe Rawls, Political Liberalism, 2005, 29 ff; näher dazu Forst, Kontexte, 1994, 42 ff; Forst, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 128 ff.

428 Rawls, Political Liberalism, 2005, 24 f.

429 Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 118.

430 Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 171 ff.

sich ihre Partei befinden wird. Im übrigen wird ihr Wissen nicht artifiziell beschränkt. Sie kennen insbesondere die Bandbreite möglicher subjektiver Präferenzen und die jeweils geltenden sozialen Machtverhältnisse in den Teilsystemen der Gesellschaft. Ich möchte das anhand des *Hohenzollernfalls* erläutern.⁴³¹ Unterstellt A diskriminiert im Erbvertrag den B, weil dieser aus einer nicht „standesgemäßen“ Ehe abstammt. Der Schleier des Nichtwissens führt dazu, dass die Personen, die A und B vertreten, weder die Abstammung des A noch des B kennen. Sie wissen auch nicht, welche Rolle A oder B spielen, wer Erblasser und wer (potentieller) Erbe ist. Sie müssen daher Gründe finden, die es sowohl für A als auch für B zumutbar machen, eine Freiheitseinschränkung aufgrund der Abstammung zu akzeptieren. Dabei muss man unterstellen, dass die Parteien rationale Agenten sind und sich damit auf die Lösung einigen, die es den Dritten ermöglicht, ihren jeweiligen ethischen Auffassungen folgen zu können.⁴³² Sie müssen sich daher auf Gründe stützen, die für A und B in jeder der insgesamt möglichen Konstellationen gleich gelten (Kriterium der Allgemeinheit) und die für beide Parteien reziprok gelten. Reziprozität bedeutet, dass niemand seinem Gegenüber die Forderung auf Gleichbehandlung verwehren darf, die er selbst an dessen Stelle erheben würde und dass niemand den anderen die eigenen Wertvorstellungen und Interessen als richtig unterstellen darf.⁴³³ In der konkreten Situation führt dies dazu, dass dem B nur solche Gründe zumutbar sind, auf die sich sein Vertreter mit dem Vertreter des A hätte einigen können. Die Parteien des so konstruierten Diskurses wissen, dass privatautonomes Handeln von Todes wegen eine zentrale Bedeutung für die ethische Person des Erblassers hat und zugleich als Steuerungsregelung von Vermögensübergängen aufgrund privaten Wissens eine erhebliche Relevanz für das Wirtschaftssystem besitzt.⁴³⁴ Aus Sicht des A ist es rational, auf die Abstammung des Erblassers Wert zu legen, damit seine Vorstellung von der „Würdigkeit“ der Personen, die am Familienvermögen partizipieren, sichergestellt ist. Aus Sicht des B ist es ein Differenzierungsgrund, der ihm eine unmögliche und daher unzumutbare Anpassungsleistung abverlangt. Der Vertreter des A im Ausgangszustand weiß aber nicht, dass A Erblasser ist und das Kriterium erfüllt. Als rationale Agenten der ihnen unbekannten Parteien können die Vertreter sich nicht auf dieses Kriterium als Rechtfertigungsgrund einer Ungleichbehandlung einigen. Sie müssen davon ausgehen, dass es sich bei dem Differenzierungsgrund um eine bestimmte Wertvorstellung handelt, die von keiner der Parteien erfüllt werden kann. Er scheitert daher am Merkmal der Reziprozität. Ein Gegenbeispiel ist die zulässige Differenzierung nach der sexuellen Orientierung von

431 BGHZ 140, 118 (dazu näher oben § 5 VIII 2).

432 Siehe Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 123 ff.

433 Vgl. zu diesem Verständnis weiterführend Forst, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 15.

434 Dazu näher Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 142 ff.

Arbeitnehmern in religiösen Organisationen im verkündungsnahen Bereich.⁴³⁵ Ausgangspunkt ist die Relevanz der jeweils verfolgten ethischen Konzeption des Guten. Die Vertreter dürfen auch davon ausgehen, dass sich die von ihnen vertretenen Personen wechselseitig das Recht zugestehen (müssen), ethische Person zu sein und für ihre Auffassungen zu werben. Das setzt voraus, dass sie sich gegenseitig erlauben, den kommunizierten Inhalt der jeweiligen Heilslehre auch in ihren Handlungen zu verfolgen. Insofern kann man die Beschränkung bei der Auswahl und die Verhaltensanforderungen während eines Beschäftigungsverhältnisses im verkündungsnahen Bereich auf Personen mit bestimmter sexueller Orientierung allgemein und reziprok rechtfertigen. Diese Rechtfertigungsmöglichkeit wird umso brüchiger, je weiter man sich von diesem Bereich entfernt.

5. Verteidigung gegen die Egalitarismuskritik

Juristische Gerechtigkeit als Gleichheit muss sich den Einwänden der modernen Egalitarismuskritik stellen. Dieser Kritik geht es nicht um die Frage, ob Gleichheit überhaupt ein Wert in Gerechtigkeitstheorien zukommt. Das ist unbestritten. Es geht vielmehr um die Frage, ob sie der zentrale Begriff von Gerechtigkeitstheorien ist.⁴³⁶ Die Einwände richten sich maßgeblich gegen umfassende egalitaristische Sozialstaatstheorien.⁴³⁷ Das klassische Beispiel dafür ist *Rawls'* Differenzprinzip, nach dem Ungleichverteilungen nur gerechtfertigt werden können, wenn damit die Position des am meisten benachteiligten Mitglieds der Gesellschaft verbessert werden kann.⁴³⁸ Ein anderes Beispiel dafür ist *Dworkins* Vorschlag der Ressourcengleichheit. Eine Kombination von Marktimitation und Sozialstaatsprinzipien soll sicherstellen, dass jedem Akteur ein gleicher Anteil an den Ressourcen einer Gesellschaft zugewiesen und ein ihm nicht zurechenbares Unglück („*brute luck*“) ausgeglichen wird, während er die Folgen eines freiwillig eingegangenen „*option luck*“ selbst zu tragen habe.⁴³⁹ Diese Ansätze sind zahlreichen Einwänden ausgesetzt.⁴⁴⁰ Ein wichtiger Aspekt davon ist der Hinweis, dass diese Konzeptionen von Gleichheit die Komplexität von Gerechtigkeitsanfor-

435 Dazu oben § 6 VI 2 b).

436 Klärend *Krebs*, Gleichheit oder Gerechtigkeit – Kritik am Egalitarismus, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 49, 65 f.

437 Grundlegend dazu im deutschen Sprachraum *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000.

438 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 52 ff; zu einer konzisen Antwort – wenn man dieses Adjektiv bei *Rawls* überhaupt verwenden kann – auf die Frage, wer zu dieser Gruppe gehört siehe *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 57 ff. Das Diskriminierungsproblem ist damit nicht adressiert, vgl. *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 64 ff.

439 *Dworkin*, 10 Phil & Pub. Aff. 283 (1981), wiederabgedruckt in *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 65 ff.

440 Siehe zur Kritik beider Ansätze aus utilitaristischer Sicht *Cohen*, 99 Ethics 906, 912-934 (1989), aus einer liberalen Begründung des Sozialstaats *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 68 ff, 172 ff und vom Standpunkt eines „demokratischen Egalitarismus“ *Anderson*, 109 Ethics 287-312 (1999).

rungen in demokratischen Gesellschaften unterschätzen.⁴⁴¹ Diese Kritik trifft den hier vorgestellten Ansatz nicht. Die Geschlossenheit des Recht sichert es vor den Universalitätsansprüchen solcher Sozialstaatstheorien. Juristische Gerechtigkeit als Gleichheit ist keine ambitionierte „Kompensationsmaschinerie“⁴⁴². Sie ist schon aufgrund ihrer theoretischen Grundlage eine Theorie, die von der Komplexität gesellschaftlicher Gleichheit ausgeht und zwischen den verschiedenen Distributionssphären und ihren jeweils adäquaten Verteilungsregeln differenziert.⁴⁴³ Das hier vorgestellte Modell beschränkt sich auf eine demokratische Konzeption von Gleichheit: Ihr Ziel ist es nicht, jede Ungleichheit individueller Lebensumstände („*brute luck*“) auszugleichen. Es geht lediglich darum, den Akteuren in der Gesellschaft eine Möglichkeit zu geben, die ungleiche Verteilung von Gütern durch private Akteure in der Gesellschaft kritisch zu hinterfragen, um damit gleichberechtigten Zugang zu ermöglichen.⁴⁴⁴ Sie ermöglicht und verpflichtet jeden Akteur zu eigenständigem Handeln, schützt aber seine Freiheitsausübung dagegen, sich sozialen Hierarchien anpassen zu müssen. Der juristische Gleichbehandlungsanspruch ist daher beschränkt auf das „Zweitbeste“:⁴⁴⁵ den Schutz vor Ungleichbehandlung bei der Ausübung gleicher Rechte.⁴⁴⁶ Nicht mehr, aber auch nicht weniger.

Die hier vorgeschlagene Konzeption juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit muss sich im Ergebnis also gegen zwei Einwände verteidigen: (1.) Es sei keine egalitaristische Theorie. (2.) Sie verwechsle Gleichbehandlung mit Allgemeinheit und Universalität. Die erste Kritik zielt auf das egalitaristische Fundament der juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit. Streng genommen sind nur solche Positionen egalitaristisch, in denen Gleichheit ein intrinsischer Wert zukommt.⁴⁴⁷ Für den Egalitaristen „ist Gleichheit an sich vorzuzugswürdig und Ungleichheit ein an sich moralisch unzulässiger Zustand.“⁴⁴⁸ Er behauptet einen normativen Vorrang

441 Dazu vertiefend *Krebs*, Gleichheit oder Gerechtigkeit – Kritik am Egalitarismus, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 49, 74 ff.

442 *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 241 (zu *Dworkin*).

443 Der klassische Text zur Berücksichtigung der verschiedenen Sphären von Gerechtigkeit ist *Walzer*, Spheres of Justice, 1983. Eine Kritik vom Standpunkt eines universalen Verbindlichkeitsanspruchs der politischen Philosophie, die mit solchen Konzeptionen aufgegeben werde, findet sich bei *Steinvorth*, Gleiche Freiheit, 1999, 188 ff. *Damm*, Menschenwürde, 2006, 472 ff. unternahm den Versuch, diese Theorie für die Interpretation (verfassungsrechtlicher) Gleichheitssätze fruchtbar zu machen.

444 Siehe dazu *Anderson*, 109 *Ethics* 287, 312-315 (1999), deren Konzeption in letzter Konsequenz nur im Verhältnis von Bürger und Staat tragfähig sein kann.

445 Vgl. *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 476.

446 Dazu *Baer*, 59 *U. Toronto L.J.* 417, 455 (2009): „The move to substantive equality, then, may be called the move from an understanding of discrimination as difference, and from an understanding of equality as a group right, to an understanding of discrimination as disadvantage. Such a move turns equality into a right to respect and recognition, enabling people to exercise their right to self-determination and to lead a dignified life.“

447 *Parfit*, Equality and Priority, in: Mason, *Ideals of Equality*, 1998, 1, 5, 13; *Krebs*, Gleichheit oder Gerechtigkeit – Kritik am Egalitarismus, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 49, 58.

448 *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 388.

der Gleichheit: Das heißt, „dass im modernen Bewusstsein Gleichheit normativ zur *Bedingung* der Berücksichtigung von Individualität geworden ist.“⁴⁴⁹ Diese Behauptung, so die These von *Christoph Menke*, sei zu korrigieren, weil Gleichheit „als nur eine, daher notwendig beschränkte normative Orientierung unter anderen zu betrachten“ sei.⁴⁵⁰ Genau diesen Aspekt greift das Prinzip der personalen Gleichheit mit der freiheitsrechtlichen Konzeption der Rechtfertigungsprüfung⁴⁵¹ auf. Es ist gegen diese Kritik insoweit immun. Allerdings setzt sich diese Lösung einer begrifflichen Kritik aus. Weil die hier verfolgte Konzeption den Zugang zu Freiheiten sichert, so der Einwand, handle es sich lediglich um eine instrumentale Konzeption von Gleichheit. Dagegen sei aber Freiheit ein Wert an sich.⁴⁵² Dieses Argument ist auf eine Vorrangrelation angewiesen. Danach sei Freiheit vorrangig, da Relativierungen der Freiheit nicht zulässig sind, um distributive Gleichheit herzustellen.⁴⁵³ Soweit damit eine libertaristische Auffassung im Gefolge von *Nozick* postuliert wird, die sogar eine direkte Besteuerung als Freiheitseingriff ablehnt⁴⁵⁴, ist das Argument moralphilosophisch unhaltbar⁴⁵⁵ und im (deutschen) Rechtssystem nicht anschlussfähig. Soweit man darin eine liberale, d.h. bedingte Vorrangrelation zugunsten der Freiheit sieht, liegt eine Ebenenverwechslung vor.⁴⁵⁶ Freiheit kann sich im praktischen Kollisionsfall durchsetzen. Daraus darf man aber nicht den Rückschluss ziehen, Freiheit sei in den abstrakten Höhen höchster Rechtsgrundsätze wichtiger als Gleichheit. Der dann notwendige Schritt, die Gleichheit vom Begriff der Freiheit abzuleiten,⁴⁵⁷ ist zum Scheitern verurteilt: Von Freiheit als Grundwert lässt sich nicht auf die gleiche Freiheit aller schließen; jedenfalls nicht in einer praktischen Philosophie, die sich einen Blick auf die Praxis bewahrt hat. Die historische Erfahrung insbesondere der Schwarzen in den U.S.A. seit 1776⁴⁵⁸ widerlegt diese These nachdrücklich. Die Existenz von Freiheit beantwortet nämlich nicht, wem sie zukommt. Das ist Aufgabe eines dynamisch konzipierten Gleichheitsbegriffs. Auch hier ist das Beispiel der Emanzipation Schwarzer hilfreich: Solange man die Gleichheit der Person so konzipierte, dass schwarze Sklaven keine Personen und damit vom

449 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 26.

450 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 27 f.

451 Dazu § 7 IV 1.

452 Zu diesem Argument eingehend *Pauer-Studer*, Freiheit und Gleichheit: Zwei Grundwerte und ihre Bedeutungen, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal*, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 234, 257 ff. Zu beachten ist, dass *Pauer-Studer* die Begriffe instrumental und intrinsisch auf unterschiedlichen Ebenen verortet, nämlich der Frage nach dem Ursprung (intrinsisch/extrinsisch) und die Frage nach der Art (final/instrumental).

453 *Pauer-Studer*, Freiheit und Gleichheit: Zwei Grundwerte und ihre Bedeutungen, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal*, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 234, 265.

454 *Nozick*, Anarchy, State and Utopia, 1974.

455 Ausführliche Kritik dazu bei *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 336 ff.

456 Näher *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 292 ff.

457 So *Pauer-Studer*, Freiheit und Gleichheit: Zwei Grundwerte und ihre Bedeutungen, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal*, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 234, 265 f.

458 Dazu oben § 3 I und III.

Gleichheitsanspruch ausgeschlossen waren, solange gab es für sie keine Freiheit.⁴⁵⁹ Die *gleiche* Freiheit wurde erst mit dem Civil Rights Act von 1866 und dem 14. Verfassungszusatz sichergestellt. Ihre Texte sprechen eine gleichheitsrechtliche Sprache: Jeder in den U.S.A. geborene Mensch ist Bürger „and such citizens, of every race and color, without regard to any previous condition of slavery [...] shall have *the same right* [...] to make and enforce contracts“⁴⁶⁰. „The same right“ – das ist nicht überflüssiges Beiwerk, sondern zentrale Aussage der Norm: Schwarze sind gleiche Bürger und haben daher die gleichen Rechte wie Weiße. Die Freiheit mancher – der Weißen – wurde zur Gleichheit im Dürfen aller, jedenfalls aller Männer, weil das Recht den Operator „gleich“ verwendete. Hatten zuvor nur „Weiße“ die Fähigkeit Person zu sein,⁴⁶¹ konnten es ab 1865/66 auch Schwarze sein. Mit der Realisierung des ursprünglichen Gleichheitsversprechens aus der Unabhängigkeitserklärung⁴⁶² veränderte sich der Personenbegriff und damit auch die Idee der Gleichheit.⁴⁶³ *Christoph Menke* beschreibt solche Emanzipationsprozesse im Ansatz durchaus zutreffend damit, dass die „Klage von Individuen gegen eine bestehende Gleichheitspraxis [...] als Einwand gegen diese Personenauffassung verstanden werden“ kann.⁴⁶⁴ Warum aber *sollten* diese Klagen von ihren Adressaten überhaupt berücksichtigt werden? *Menkes* Vorschlag, diese moralische Pflicht im „individuellen Gerechwerden“ zu verankern,⁴⁶⁵ ist nur tragfähig, wenn die Adressaten der Klage diese Pflicht „um der Gleichheit willen üben müssen“⁴⁶⁶. Damit ist es doch wieder die Idee der Gleichheit, mit der der Anspruch auf gleiches Person-Sein untermauert wird. Für das Rechtssystem ist dieser Zusammenhang zwingend. Die Klage der vom *status quo ante* negativ betroffenen Individuen kann nur Erfolg haben, wenn sie an bestehende Operationen im Recht anknüpft. Diesen Schlüssel liefert ihnen der Gleichbehandlungsgrundsatz.

Damit habe ich implizit auch schon den zweiten Einwand non-egalitaristischer Theorien beantwortet. Das Argument wirft Egalitaristen vor, „Gleichheit“ mit „Universalität“ zu verwechseln.⁴⁶⁷ Gleichheit geht dann entweder in der Allgemeinheit des Gesetzes auf⁴⁶⁸ – eine Position, die sich auf Gleichheit *vor* dem Gesetz zurückzieht und als solche im Rechtssystem nicht mehr anschlussfähig ist, weil dieses auch Gleichheit bei der Regelaufstellung verlangt⁴⁶⁹ – oder man sieht

459 Einzelheiten oben § 3 I 3 b.

460 *Civil Rights Act* of 1866, § 1, dazu oben § 3 III 2 a) (2).

461 Dazu oben § 3 I 2 c).

462 Siehe oben § 3 I 1 und III 1.

463 Vgl. *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 52 f.

464 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 55.

465 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 61 f.

466 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 63.

467 Grundlegend *Lucas*, 40 Phil. 296 (1965); daneben auch *Michel*, ARSP 95 (2009), 384, 387 f.

468 Statt aller siehe *Lucas*, 40 Phil. 296, 299–302 (1965); *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 537, 548–51 (1982.).

469 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 170.

den Kern der Gleichheit im Argument universeller Humanität⁴⁷⁰. „Gleich“ sei dann lediglich ein rhetorisches Mittel, das der inhaltlichen Aussage nichts hinzufüge.⁴⁷¹ Die elementaren Standards der Gerechtigkeit seien absolut und nicht-relational; nicht die ungleiche Verteilung sei das Problem, sondern die spezifische Lebenssituation des Einzelnen⁴⁷² („Suffizienzprinzip“⁴⁷³). Damit verwandt ist das Argument, Gleichheit löse sich in der jedem Menschen geschuldeten Unparteilichkeit auf.⁴⁷⁴ Ganz deutlich hat *Lucas* diese Kritik formuliert:

„We may call [egalitarianism], if we like, the argument from Equality of Respect, but in this phrase it is the word ‘Respect’ – respect for each man’s humanity, respect for him as a human being – which is doing the logical work, while the word ‘Equality’ adds nothing to the argument and is altogether otiose.“⁴⁷⁵

Soweit sich diese Kritik gegen die Gleichheit als Umverteilungsmaschinerie richtet, kann sie hier auf sich beruhen. Juristische Gerechtigkeit als Gleichheit ficht das nicht an. Sie ist eine Theorie komparativer Standards.⁴⁷⁶ Damit macht das Recht nur für die ungleiche Behandlung einer Person im Vergleich zu einer anderen Person sensibel. Das bedeutet nicht, dass es nicht andere Bereiche juristischer Gerechtigkeit gibt, in denen es notwendig wird, „Ungleichheiten“ zwischen den Parteien im Recht zu reflektieren. Das ist aber kein Gleichheits-, sondern ein Freiheitsproblem. Es fehlt der vergleichende Maßstab und damit verliert die Gleichheit ihren sensibilisierenden Charakter. *Baer* irrt daher, wenn sie die Bürgerschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁷⁷ in diesem Zusammenhang unter *gleichheitsrechtlichen* Gesichtspunkten analysiert.⁴⁷⁸ Das Problem dieser Entscheidung lag vielmehr darin, dass das Wirtschaftssystem andere Teilsysteme „strukturell korrumpierte“ und sich die speziellen Schutzmechanismen in der Familie zu Nutze machte, um diese dem Recht zu überspielen.⁴⁷⁹ Folgt man lieber der herkömmlichen Analyse, ist die Entscheidung ein beispielhafter Fall der Materialisierung des Vertragsrechts.⁴⁸⁰ Beide Erklärungsansätze gehen letztlich übereinstimmend davon aus, dass es sich um ein Problem zur Bestimmung des Bereichs selbstbestimmter Freiheitsausübung handelt. Die Bürgerschaftsentscheidung ist daher eine Antwort auf das zweite Freiheitsproblem.⁴⁸¹ Gleichbehandlungsrechte antworten auf das zweite Gleichheitsproblem. Die Frage, warum A gleich

470 *Lucas*, 40 Phil. 296, 302-303 (1965); *Lucas*, 52 Phil. 255, 261-264 (1977).

471 *Raz*, *The Morality of Freedom*, 1988, 220, 226 ff.

472 *Frankfurt*, 98 Ethics 21, 32-34 (1987).

473 *Kersting*, *Theorien sozialer Gerechtigkeit*, 2000, 386 ff.

474 *Frankfurt*, *DZPhil* 47 (1999), 3, 8 f.

475 *Lucas*, 40 Phil. 296, 298 (1965).

476 Siehe dazu eingehend *Simons*, 65 B.U. L. Rev. 387 (1985).

477 BVerfGE 89, 214.

478 *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 450 (2009).

479 Näher zu dieser Analyse *Teubner*, *KritV* 2000, 388 ff.

480 *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273, 296 ff.

481 Siehe oben § 2 III 3.

behandelt werden muss wie B, lässt sich ohne Rückgriff auf beiden gleichermaßen geschuldeten Respekt und Achtung nicht erklären.

6. Zusammenfassung

Die Anwendung von Gleichbehandlungsgrundsätzen kann nur auf der Grundlage einer entsprechenden Rechtstheorie konsistent erfolgen, die die Querbezüge zu moralphilosophischen Diskursen nicht ignoriert. Das zwingt dazu, ein Modell juristischer Gerechtigkeit zu entwickeln. Ausgangspunkt ist die systemtheoretische Reduktion von Gerechtigkeit und Gleichheit auf die „Konsistenz des Entscheidens“^{482, 483}. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist exemplarisch für die gegenseitige Irritabilität der verschiedenen Funktionssysteme der Gesellschaft, wie der Fall unterschiedlicher Prämien und Leistungen für Männer und Frauen in der Privatversicherung zeigt. Allein mit dem Hinweis auf Entscheidungskonsistenz lassen sich diese Probleme nicht mehr lösen. Das Recht wird von permanenten Irritationen heimgesucht, die von externen sozialen Prozessen ausgehen. Über den Begriff der Gerechtigkeit ist das Recht den Provokationen von Seiten der Moral oder der Politik permanent ausgesetzt.

In der traditionellen privatrechtlichen Debatte zur gerechtigkeitstheoretischen Fundierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht man einen Sonderweg.⁴⁸⁴ Man führt moralische Gerechtigkeitskonzeptionen unmittelbar in das Privatrecht ein. Damit liefert man dieses aber nicht den Forderungen politischer Moral aus. Im Gegenteil: Die Pointe dieses Diskurses besteht gerade darin, das Privatrecht vor den strukturellen Kopplungen mit der Politik zu schützen. Das Mittel dazu ist die Dichotomie von austeilender Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) einerseits und ausgleichender (*iustitia commutativa*) andererseits. Damit wird eine explizit methodologische Forderung gerechtfertigt. Gleichbehandlungspflichten sind in diesem Modell entweder systemkonforme Anwendungsfälle der ausgleichenden Gerechtigkeit oder begründungsbedürftige Anwendungsfälle der austeilenden Gerechtigkeit. Dagegen sind drei Einwände zu erheben: (1.) Der Ansatz basiert auf einer unhaltbaren kategorialen Trennung beider Formen der Gerechtigkeit im Privatrecht. (2.) Er instrumentalisiert die Dichotomie als rhetorisches Argument und gibt damit den Standpunkt der Neutralität der Gerechtigkeitsbegriffe auf. (3.) Er ist eine Variation des freiheitsrechtlichen Vorrangprinzips und setzt sich daher derselben Kritik aus.

482 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 227.

483 § 8 II 1 (Dieser und die folgenden Verweise beziehen sich, soweit nicht anders kenntlich gemacht, auf diese Schrift.)

484 § 8 II 2.

Stattdessen schlage ich ein Modell juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit vor, das inhaltlich ein Anwendungsfall „kritischer Systemtheorie“ ist.⁴⁸⁵ Gerechtigkeit beinhaltet den Hinweis auf die Abhängigkeit des Rechts von seiner vielfältigen sozialen und menschlichen Umwelt.⁴⁸⁶ Das öffnet das Recht für substantielle Kriterien. Die innere Konsistenz des Rechts muss im sozial adäquaten Verhältnis zu seiner Umwelt stehen. Die systeminterne Gerechtigkeit verlangt vom Recht, dass es auf die unterschiedlichsten Anforderungen von außen sensibel antwortet. Es verlangt von ihm, für diese Zwecke Rezeptoren bereitzuhalten, mit denen Umweltreize wahrgenommen und im System verarbeitet werden können. Das ist eine „rechtsimmanente Gerechtigkeit“.⁴⁸⁷ Sie vereinnahmt, verändert und begrenzt die absoluten Geltungsansprüche von Politik, Wirtschaft und Moral im Recht. Das hat Auswirkungen auf jede Rezeption moralphilosophischer Gerechtigkeitstheorien im Recht: Sie verlieren ihren Universalitätsanspruch und man landet „letztlich bei fragmentierten Gerechtigkeiten“.⁴⁸⁸ Mit dieser Aneignung des Rechtssystems geht unvermeidlich eine Verfremdung einher. Die Grenzziehung schützt die Eigenrationalität des Rechts vor der expansiven Eigenlogik anderer Teilsysteme: Politik, Wirtschaft und Moral. Privilegiert das Recht einen dieser Diskurse, läuft es Gefahr, seine Leistungen für andere Funktionssysteme der Gesellschaft nicht mehr neutral erfüllen zu können. Jede Festlegung auf die Beschreibung eines Systems – beispielsweise des Wirtschaftssystems im Fall der ökonomischen Theorie des Rechts – erscheint aus der Sicht anderer autonomer Funktionsbereiche der Gesellschaft als Parteinahme des Rechts. Eine sozial adäquate juristische Gerechtigkeit muss daher diesen Diskursen Raum verschaffen und sie gleichzeitig in eigene Inhalte „übersetzen“.

Die juristische Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit geht von der rechtshistorischen Erkenntnis aus, dass mit der formalen Gleichheit das Zugangsproblem nicht erschöpfend gelöst ist. Gleichbehandlungspflichten und Diskriminierungsverbote belegen mit Nachdruck, dass das Rechtssystem weitergehende Zugangsregeln kennt. Grundlage dafür ist eine Privatrechtstheorie, die an die soziale Funktion privatrechtlicher Begriffe anknüpft, ohne das subjektive Recht insgesamt in Frage zu stellen.⁴⁸⁹ Das Recht weist nicht nur subjektive Rechte zu und sichert Handlungsräume, sondern gestaltet Beziehungsformen aus, normiert und „kanalisiert“ das rechtswirksame Handeln Einzelner. Das Privatrecht sollte „besser nicht als ein System subjektiver Rechte, sondern als ein System von Rechtsstellungen und Rechtsverhältnissen entwickelt werden“.⁴⁹⁰ Erfasst man die Pri-

485 § 8 II 3.

486 § 8 II 3 a).

487 Dreier, ARSP 86 (2002), 305 ff.

488 Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 13.

489 § 8 II 3 b).

490 Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 65.

vatautonomie und ihr wichtigstes Produkt, den Vertrag, als soziale Konstrukte, kommen neue Perspektiven ins Blickfeld, die über das klassische Verständnis einer Kombination von selbstbestimmten Willenserklärungen hinausgehen. Der soziale Effekt der formalen Definition von Vertragsfreiheit als Selbstbestimmung und Selbstbindung wird sichtbar. Die konkreten Auswirkungen dieses sozialen Effekts realisieren sich aber in den verschiedenen Teilsystemen der Gesellschaft ganz unterschiedlich. Die formal konzipierte Gleichheit macht das Rechtssystem blind dafür, dass die vom Vertragsbegriff ermöglichten strukturellen Kopplungen ganz unterschiedliche Auswirkungen in den jeweiligen Teilsystemen der Gesellschaft haben. Die Aufgabe juristischer Gerechtigkeit besteht darin, das Recht für diese sozialen Zusammenhänge in seiner Umwelt zu sensibilisieren. Das wird erleichtert, wenn man die Grundbegriffe des Privatrechts *auch* mit Blick auf ihre sozialen Funktionen interpretiert. Gleichbehandlungsgrundsätze können hier „störend“ wirken. Das wird als Gefährdung der „Eigenrationalität des Privaten“⁴⁹¹ aufgefasst.⁴⁹² Gleichbehandlungspflichten beinhalten ein strukturelles Misstrauen gegenüber den Funktionsbedingungen der Privatrechtsgesellschaft, die gleiche Freiheit nicht nur voraussetzen, sondern auch verwirklichen zu können. Diejenigen, die in der ‘Privatrechtsgesellschaft’ erfolgreich sind, sind es vielfach nicht ohne Grund: Das vermeintlich neutrale Wettbewerbsverfahren ist nicht zwangsläufig neutral. Es wird von substantiellen Voraussetzungen geprägt, an die sich manche leichter anpassen können als andere. Gleichbehandlungsansprüche sichern den gleichen Zugang zu diesen Funktionssystemen.⁴⁹³

Das Prinzip personaler Gleichheit ist ein Konzept von juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit.⁴⁹⁴ Die *prima facie* Gleichbehandlung gibt dem Gleichheitsprinzip „seine spezifische Funktion: die zureichende Begründung *jeglicher* Ungleichbehandlung zu fordern.“⁴⁹⁵ Die Rechtfertigung berücksichtigt die unterschiedlichen „Kontexte“⁴⁹⁶ oder „Sphären“⁴⁹⁷ der Umweltgerechtigkeiten, indem sie die von moralischen, ökonomischen und politischen Diskursen vorausgesetzten Ungleichbehandlungen differenziert einordnet. Schutzgegenstand des Gleichheitsrechts ist die soziale Erwartung jeder Person, gleich behandelt zu werden.⁴⁹⁸ Dieser Anspruch ist ein subjektives Recht der Person. Subjektive Rechte sind der zentrale Mechanismus, mit dem eine Person in die jeweiligen gesellschaftlichen Funktionsbereiche, zum Beispiel die Wirtschaft, inkludiert wird. Die Freigabe des Vertrags als Institution führt zwangsläufig zu Ungleichheiten. Die

491 Den Begriff übernehme ich von *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 76 ff und passim.

492 § 8 II 3 c).

493 § 8 II 3 b).

494 § 8 II 4 a).

495 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 169.

496 Der Begriff ist von *Forst*, Kontexte, 1994.

497 Der Begriff stammt von *Walzer*, Spheres of Justice, 1983.

498 § 8 II 4 b) (1).

ser Tendenz wirkt ein Gleichbehandlungsanspruch als subjektives Recht entgegen. Das Recht fungiert dann gleichzeitig als Förderer („Privatautonomie“) und Kontrolleur („Gleichbehandlungsanspruch“) der Autonomie des Wirtschaftssystems. Damit spiegelt sich die Forderung nach Freiheit und Gleichheit auch auf der Ebene der Systeme wider. Es ermöglicht eine permanente Neudefinition individueller Freiheitsräume. Indem das Rechtssystem die Wirksamkeit einer vertragsrechtlich zulässigen Ungleichbehandlung im Grundsatz an dafür zu gebende Gründe knüpft, schafft es eine systeminterne Kollisionsregel: Das subjektive Recht auf Freiheitsausübung durch Privatautonomie wird von dem subjektiven Recht auf Gleichbehandlung „im Zaum gehalten“.

Juristische Gerechtigkeit als Gleichheit muss dafür sorgen, dass das Recht registrieren kann, wie sich „Privatautonomie“ und „Vertragsfreiheit“ in unterschiedlichen sozialen Kontexten *auswirken*. Darin liegt der *politische* Kern des Gleichbehandlungsprinzips: Es erlaubt die Kritik bestehender Ungleichbehandlung bei der Verwendung rechtlicher Institutionen in konkreten Situationen. Dazu bedarf es eines Türöffners, damit der Rechtfertigungsdiskurs speziell unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten strukturiert werden kann. Als Türöffner geeignet ist die Präsumtion der Gleichbehandlung.⁴⁹⁹ Sie ermöglicht ein prozedurales Verteilungsprinzip. Aus dem moralischen Anspruch jeder Person, mit gleicher Achtung und mit gleichem Respekt behandelt zu werden, folgt die Pflicht zur Gleichbehandlung und das gerade, weil die einzelnen Individuen sich als Menschen offensichtlich voneinander unterscheiden und gerade nicht gleich sind und vielleicht auch nicht gleich sein wollen. Dieser moralische und politische Gleichheitsanspruch ist der gemeinsame Standpunkt egalitaristischer Positionen in der politischen Philosophie.

Die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen geht maßgeblich von der sozialen Funktion der negativen Freiheitsrechte in den sozialen Handlungsstrukturen der jeweiligen Teilgesellschaften aus.⁵⁰⁰ Traditionelle Ansätze, die Individualfreiheit als einen „vor- und überpositiver Wert“ und als „das Essentielle der subjektiven Rechte“⁵⁰¹ feiern, werden dem so gepriesenen Individuum gleich doppelt untreu: Es überzeugt nicht, wenn zweckfunktional abstrahierte Begriffe wie Person und Privatautonomie mit einem „Durchgriff“ auf den individuellen Menschen mit seinen subjektiven Präferenzen gerechtfertigt werden. Um diesen geht es insoweit gar nicht mehr. Dort, wo der Mensch als „ethische Person“ dagegen einer Schutzhülle des Rechts bedarf, geht es weniger um seine abstrakte Freiheit als vielmehr um die Möglichkeit zur autonomen Lebensgestaltung, die substantieller ist. Damit es überhaupt noch zu einer Kooperation unter an sich Fremden

499 § 8 II 4 b) (2).

500 § 8 II 4 b) (3).

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

III. Freiheitsrechtliche Einwände gegen Gleichbehandlungspflichten Privater

1. Privatautonomieargument

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.² Die Idee der lediglich privatautonom geleiteten Transaktionen auf einem Marktplatz hat sich im Wesentlichen als ein Er-

503 § 8 II 4 c) (3).

2 Dazu bereits oben § 2 III.