

Michael Grünberger

Personale Gleichheit

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht



Nomos

Band 1

Neue Schriften zum Zivilrecht



Nomos

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit

Prof. Dr. Burkhard Hess

Prof. Dr. Abbo Junker

Prof. Dr. Dirk Looschelders

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Michael Grünberger

Personale Gleichheit

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht

Nomos Verlagsgesellschaft

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

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

Fördervermerk:

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

© 2013 Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

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

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

ISBN 978-3-8487-0597-9

For Adrian

Vorwort

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

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

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

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

Bayreuth/Köln/New York, August 2013

Michael Grünberger

Inhaltsübersicht

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

Inhaltsverzeichnis

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

1. Teil:

Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts

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

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

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

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

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

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

2. Teil:

Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Teil:

Das Prinzip der personalen Gleichheit

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

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

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

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

§ 1 Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit

I. Der Vorrang der personalen Freiheit im klassischen Privatrechtsverständnis

1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Steuerungsinstrument hoheitlicher Beziehungen

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

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

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

3 *Huster*, EuR 2010, 325.

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

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

scheiden.⁶ Die beiden Ausprägungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes – allgemeiner Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot – stehen dabei nicht isoliert nebeneinander. Sie sind Teile einer einheitlichen Struktur des Gleichheitsschutzes,⁷ unabhängig davon, ob man diesen eher vom Gleichheitssatz oder von den Diskriminierungsverboten her konzipiert.⁸ Sec. 15(1) der Canadian Charter of Rights von 1982 verdeutlicht diesen Zusammenhang in exemplarischer Weise:

*„Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.“*⁹

Diskriminierungsverbote heben nach ganz überwiegender Auffassung¹⁰ den vom allgemeinen Gleichbehandlungsgebot gewährleisteten Gleichheitsstand an und bewirken daher eine Verschärfung der Rechtfertigungsanforderungen. Die von ihnen erfassten Merkmale eignen sich grundsätzlich nicht als Differenzierungsgrund einer Ungleichbehandlung. Verfassungen jüngerer Datums kennen noch ein drittes Element des Gleichbehandlungsgrundsatzes: ein Gleichstellungs- oder Förderungsgebot (*positive Diskriminierung* oder *affirmative action*) zugunsten benachteiligter Gruppen.¹¹ Dahinter steht der Gedanke, dass freiheitsbeschrän-

6 Vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, dazu *Dürig* in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 III Rn. 1; *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 366; Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta, dazu statt vieler *Sachs* in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 21 Rn. 15-25; zum U.S.-amerikanischen Recht siehe *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) und *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), zuletzt *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) (jeweils zur Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse) sowie *U.S. v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996) (zur Geschlechterdiskriminierung); vgl. auch Sec. 9(3) Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996 („The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.“); dazu statt vieler *Ackermann*, Equality under the 1996 South African Constitution, in: Wolfrum, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 105 ff.

7 Vgl. zum deutschen Recht statt vieler BVerfGE 114, 357, 363 ff; *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 46; *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn 16 ff; zum Unionsrecht *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 ff; *Damm*, Menschenwürde, 2006, 307 ff; zum U.S.-Recht vgl. *Heun*, EuGRZ 2002, 319 ff; *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 669 ff.

8 Vgl. dazu die Gegenüberstellung des deutschen und des U.S.-amerikanischen Ansatzes bei *Nolte*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Wolfrum, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 235 ff.

9 Hervorhebung hinzugefügt.

10 Zu abweichenden Ansichten siehe unten § 6 II 2.

11 Zum Gleichstellungsgebot bezüglich des Geschlechts siehe Art. 3 Abs. 2 GG, dazu BVerfGE 85, 191, 206 ff; BVerfGE 92, 91, 109; Art. 23 Abs. 2 Grundrechte-Charta, dazu statt vieler *Nußberger* in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 23 Rn. 95-109; zu der Situation in den Mitgliedstaaten der EU siehe *Nußberger* in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 23 Rn. 40-48; weitergehend s. 15(2) Canadian Charter of Rights („Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability“); dazu grundlegend *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, zuletzt *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483; siehe auch Sec. 9(2)(1) Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996 („To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken“).

kende Hierarchien selbst nach dem Fortfall ihrer rechtlichen Absicherung auf Grund ihrer sozialen Fundierung fortbestehen.¹²

Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist zunächst nur an den Staat adressiert. Das folgt im deutschen Recht aus Art. 1 Abs. 3 GG,¹³ im Unionsrecht aus Art. 51 Abs. 1 Grundrechte-Charta¹⁴ und im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht aus der im XIVth Amendment § 1 und § 5 der U.S.-Verfassung verankerten *state-action*-Doktrin¹⁵. Der Staat ist an den Grundsatz der Gleichbehandlung auch dann gebunden, wenn er als Privatrechtsgesetzgeber Privatrecht setzt.¹⁶ Unmittelbarster Ausdruck dieser Bindung ist der Grundsatz der gleichen Rechtsfähigkeit jedes Menschen.¹⁷ Handeln Personen dagegen als Privatrechtssubjekte sind sie nach allgemeiner Auffassung nicht an den allgemeinen Gleichheitssatz oder das Diskriminierungsverbot gebunden.¹⁸ Es sei denn, die Verfassung selbst ordnet die Bindung Privater ausdrücklich an. Die Verfassung der Republik Südafrika von 1996 enthält eine solche Bestimmung. Danach darf keine Person

„unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of [race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth]“.¹⁹

Darin kommt exemplarisch eine Konzeption zum Ausdruck, die in der Verfassung eine umfassende, Staat *und* Gesellschaft betreffende, Grundordnung sieht.²⁰ Ganz anders ist dagegen der Standpunkt einer klassisch-liberalen Grundrechtstheorie.²¹ Ihr Ausgangspunkt ist die als fundamental wahrgenommene Trennung der verschiedenen Relationen zwischen den Akteuren in Staat und Gesellschaft.²² Danach ist eine Verfassung prinzipiell nur eine Grundlage staatlicher Herr-

12 Osterloh in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 265 (zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG). Näher dazu im Zusammenhang mit den positiven Maßnahmen im Nichtdiskriminierungsrecht unten § 6 VI 3 g).

13 Grundlegend Dürig, FS Nawiasky, 1956, 157 ff; vertiefend Canaris, AcP 184 (1984), 201 ff; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 8 ff.

14 Jarass, EU-Grundrechte, 2005, § 4 Rn. 17; Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 14 Rn. 54; differenzierend Nowak in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 6 Rn. 49 ff.

15 Grundlegend *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883); *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 621-627 (2000); vertiefend zum Ganzen Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 185 ff, 235 ff.

16 Zum deutschen Recht Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, 11 ff; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 89 ff; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 346 ff; *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 106 (jeweils mwN); zum U.S.-Recht vgl. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 11 (1883) („It nullifies and makes void all State legislation, and State action of every kind, which impairs the privileges and immunities of citizens of the United States or [...] which denies to any of them the equal protection of the laws.“) (Hervorhebungen hinzugefügt).

17 Dürig in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Rn. 29.

18 Näher zum deutschen Recht statt vieler Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 338 ff.

19 Sec. 9(4) Constitution South Africa iVm Sec. 9(3) Constitution South Africa.

20 Vgl. zu diesen Positionen exemplarisch Grimm, Zukunft der Verfassung, in: Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 221 ff; Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 53 ff; Hesse, Verfassungsrecht, 1995, Rn. 17 f.

21 Zu den Grundrechtstheorien immer noch grundlegend Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff.

22 Näher dazu unten § 8 III 3.

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

2. Privatautonomie als Steuerungsinstrument privatrechtlicher Beziehungen

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

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

Auf diese formale Rechtsgleichheit beschränkt sich nach traditioneller Auffassung die Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes in der Privatrechtsgesellschaft. Innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken²⁸ wird das Verhältnis der Individuen untereinander von der Privatautonomie beherrscht. Nach klassi-

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

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

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

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

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

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

scher Konzeption bedeutet Privatautonomie, dass die Privatrechtssubjekte ihre Rechtsbeziehungen selbst nach ihrem eigenen Willen gestalten können.²⁹ Der Ordoliberalismus versteht darunter primär die Zuweisung der Planungs- und Handlungszuständigkeit für wirtschaftliche und sonstige soziale Transaktionen der Gesellschaftsmitglieder untereinander an das einzelne Privatrechtssubjekt.³⁰ Wertneutral formuliert ist Privatautonomie die Möglichkeit, eine rechtliche Situation zu ändern oder nicht zu ändern, indem man rechtliche Kompetenzen in einer bestimmten Weise selbstbestimmt ausübt oder nicht ausübt.³¹ Gemeinsam ist den verschiedenen Begriffsverständnissen, dass das Privatrechtssubjekt seine rechtlichen Verhältnisse in Eigenregie gestaltet und sich der Staat nicht in die Privatrechtsgestaltung der Bürger einmischt.³² Grundrechtsdogmatisch fällt die Privatautonomie in den Schutzbereich verschiedener Freiheitsrechte im Grundgesetz³³ und der Grundrechte-Charta³⁴ und ist Strukturmerkmal des Unionsrechts³⁵. Weil die Privatautonomie der Erhaltung und Sicherung der Personalität des Menschen, seiner Selbstbestimmung und Selbstverantwortung dient,³⁶ kann man in ihr einen Anwendungsfall des Prinzips personaler Freiheit³⁷ sehen. Die praktisch wichtigsten Erscheinungsformen der Privatautonomie sind die Vertragsfreiheit und die Testierfreiheit. Die Vertragsfreiheit beruht auf insgesamt fünf Ausübungsformen:³⁸ (1.) Abschlussfreiheit, (2.) Freiheit der Partnerwahl, (3.) Inhalts- und Gestaltungsfreiheit, (4.) Formfreiheit und (5.) Änderungs- und Aufhebungsfreiheit. Die Abschlussfreiheit ist der eigentlichen Vertragsfreiheit vorgelagert.³⁹ Danach kann das Privatrechtssubjekt autonom darüber bestimmen, ob es seine Leistungen am Markt anbieten möchte (Angebotsfreiheit) oder seinen Bedarf am

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

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

31 *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, 75.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

47 Zum Begriff siehe unten § 2 III 3.

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

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

marktwirtschaftliche Vertragswesen lebt von Zurückweisungen und Unterscheidungen.[...] Ohne diese Diskriminierungen [...] ist Privatrecht undenkbar.“⁵⁰ Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz ist danach schon logisch die Negation der Privatautonomie⁵¹ und Nichtdiskriminierungsrecht „*the antithesis of freedom of contract*“⁵². Gleichbehandlungspflichten stellen in der Sache Rechtfertigungsanforderungen an privates Handeln auf.⁵³ Bedarf eine Entscheidung einer sachlichen Rechtfertigung, ist sie nach hergebrachter Ansicht keine „freie“ Entscheidung mehr.⁵⁴ Privatautonom getroffene Entscheidungen zeichnen sich vielmehr dadurch aus, dass sie gerade nicht begründungsbedürftig sind, weil sie von der Person getroffen werden, in einem „Gebiet worin ihr Wille herrscht“⁵⁵. Obwohl das klassische Willensdogma vertragstheoretisch seit langem relativiert wird,⁵⁶ bleibt das formale Verständnis von Vertragsfreiheit herrschend. Der Versuch, Gleichbehandlungspflichten Privater mit der Konzeption einer materialen Vertragsfreiheit zu verbinden,⁵⁷ hat sich in der Vergangenheit nicht durchgesetzt.⁵⁸ Grundrechtsdogmatisch wird die „Präponderanz der Freiheit“⁵⁹ damit erklärt, dass die Freiheitsrechte gerade die Nichtgeltung der Gleichheitsrechte gebieten würden.⁶⁰ Wenn der eigene Wille als Begründung oder Ablehnung rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten genügt (*stat pro ratione voluntas*), enthält die Privatautonomie gerade auch die „Freiheit, andere ungleich behandeln zu dürfen.“⁶¹ Eine aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Drittwirkung⁶² oder eine daraus folgende Schutzpflicht⁶³ des Staates zugunsten des ungleich behandelten Privatrechtssubjekts wird deshalb verneint.⁶⁴ „Der privatwirksame Gleichbehandlungsgrund-

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

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

52 Epstein, Forbidden Grounds, 1992, 3.

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

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

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

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

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

58 Dazu gleich unter § 1 I 3 b).

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

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

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

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

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

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

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

3. Gleichbehandlungspflichten im deutschen und europäischen Privatrecht

a) Allgemeine Gleichbehandlungspflichten

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

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

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

⁶⁷ Dazu vertiefend unten § 5 IV 2 b).

⁶⁸ BGH NJW 1976, 801- *Rossignol*.

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

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

⁷¹ *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 445.

⁷² *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

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

die gesellschaftlichen Bedingungen gewährleistet, unter denen Privatautonomie erst möglich ist.⁷⁴ Kommt es zu einer Störung des Wettbewerbs und sind deshalb nicht mehr alle wirtschaftlichen Akteure gleichmäßig teilnahmeberechtigt, führt der Funktionsaspekt der Privatautonomie dazu, dass Gleichbehandlungspflichten oder Diskriminierungsverbote im Grundsatz gerechtfertigt werden können. Solange und soweit der Wettbewerb allerdings funktioniert, ist nach ordoliberalem Denken im Privatrecht kein Platz für eine Gleichbehandlung der Wirtschaftssakteure.⁷⁵

Ein anderes Beispiel für die Pflicht zur Gleichbehandlung im Privatrecht ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Im Wesentlichen – auf die Einzelheiten komme ich noch zurück⁷⁶ – gebietet dieser Grundsatz dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern gleich zu behandeln, soweit sie sich in gleicher oder vergleichbarer Lage befinden.⁷⁷ Verboten ist nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern vor allem eine sachfremde Gruppenbildung. Trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit ist der Gleichbehandlungsgrundsatz auch im Bereich der Vergütung anwendbar, wenn der Arbeitgeber die Leistungen nach einem allgemeinen Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird deshalb nicht angewendet, wenn es sich um individuell vereinbarte Löhne und Gehälter handelt und der Arbeitgeber nur einzelne Arbeitnehmer besser stellt.⁷⁸ Sachfremd ist eine Differenzierung dann, wenn es für sie keine billigenswerten Gründe gibt. Liegt ein solcher Grund nicht vor, so kann der übergangene Arbeitnehmer verlangen, nach Maßgabe der allgemeinen Regelung behandelt zu werden.

Neben den kartell- und arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten gibt es weitere Fallgruppen, in denen sich – zurückhaltend formuliert – „ein“ Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber privatautonomer Entscheidungsfreiheit durchsetzt. Zu nennen sind der Aufnahmepflicht von Vereinen,⁷⁹ der Gleichbehandlungsanspruch eines Gesellschafters oder Anteilseigners,⁸⁰ Gleichbehandlungsgebote des Kapitalmarktrechts,⁸¹ die Gleichbehandlungspflichten bei Personalmehrheiten⁸² und der allgemein anerkannte insolvenzrechtliche

74 Weiterführend *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 191 ff.

75 Auf die Einzelheiten gehe ich unter § 4 I 4 ein.

76 Siehe unten § 5 I.

77 Dazu und zum folgenden grundlegend in neuerer Zeit BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608.

78 BAG AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1993, 171 (unter II.3.a); BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215.

79 Vertiefend dazu unten § 5 IV 4 und § 5 VI 2.

80 Eingehend unten § 5 II.

81 Ausführlich unten § 5 III.

82 Einzelheiten bei § 5 VII.

Gleichbehandlungsgrundsatz.⁸³ Bemerkenswert an allen diesen „Ausnahmen“ sind drei Faktoren: (1.) Aufgrund ihres vermeintlich freiheitsbeschränkenden Charakters werden Gleichbehandlungspflichten Privater durchweg als begründungsbedürftige Ausnahme konzipiert.⁸⁴ (2.) Die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wird in der privatrechtlichen Diskussion grundsätzlich nicht mit der (unmittelbaren oder „mittelbaren“) Geltung von Art. 3 Abs. 1 GG begründet.⁸⁵ Dennoch werden regelmäßig die Gemeinsamkeiten zwischen grundrechtlichen und privatrechtlichen Rechtsprinzipien betont. Exemplarisch dafür steht der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt sei.⁸⁶ (3.) Das Rechtfertigungsproblem von Gleichbehandlungspflichten Privater wird mit sektorspezifischen und im Kern jeweils genuin privatrechtlichen Erwägungen gelöst. Der Versuch, die verschiedenen Gleichbehandlungspflichten Privater mit einem einheitlichen Ansatz zu rechtfertigen – sei es der Gedanke der Verteilungsmacht⁸⁷ oder des Gemeinschaftsverhältnisses⁸⁸ – wurde bis vor kurzem für gescheitert erklärt.⁸⁹ Erst in jüngster Zeit gerät wieder Bewegung in die Debatte. Exemplarisch dafür steht *Friedemann Kainer*. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei den verschiedenen Gleichbehandlungspflichten um drei Hauptformen einer Inhaltskontrolle, „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.“⁹⁰

Damit kommt man der These, dass es im Zivilrecht *einen* Gleichbehandlungsgrundsatz gebe, wieder etwas näher. Allerdings glaubt *Kainer* zwischen den vermeintlich privatrechtskonformen kommutativen und institutionellen Gleichbehandlungsgeboten einerseits und den tendentiell irritierenden distributiven Diskriminierungsverboten andererseits streng differenzieren zu müssen.⁹¹ Ich möchte dagegen ein Modell diskutieren, in dem der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ – nach dem Vorbild des Verfassungsrechts – aus zwei Elementen be-

83 Näheres unten § 5 V.

84 Zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V und VI 2 a).

85 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 95-116.

86 BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608; dazu unten § 5 I 3 d).

87 Grundlegend *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93 f.

88 Vgl. *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 127 ff.

89 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 158 f.

90 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 V.

91 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3.

steht: dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot und den speziellen Diskriminierungsverboten.⁹²

b) Diskriminierungsverbote im Privatrecht

Neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz bilden Diskriminierungsverbote den zweiten Faktor von Gleichbehandlungsansprüchen. Diskriminierungsverbote wollen verhindern, dass ein Entscheidungsträger seine Auswahlentscheidung an einem verbotenen Merkmal festmacht. Sie sind nach klassischer Privatrechtskonzeption im Grundsatz unvereinbar mit dem Grundsatz der Privatautonomie. Wenn man Privatautonomie als Freiheit zur Ungleichbehandlung versteht, ist es konsequent, Privatautonomie als „die Freiheit zu diskriminieren“ aufzufassen.⁹³ Das bedeutet, dass der einzelne Privatrechtsakteur gerade anhand der Merkmale einer Person differenzieren dürfe, an die anzuknüpfen dem Staat grundsätzlich verwehrt sei. Der Staat verletze seinerseits nicht die unmittelbar an ihn adressierten Diskriminierungsverbote, wenn er „nichtdiskriminierende Diskriminierungsmöglichkeiten“⁹⁴ für Privatrechtssubjekte schaffe.⁹⁵ Der dagegen erhobene Vorwurf, man würde so den „Fehlgebrauch von Freiheit“ zum Merkmal des Privatrechts schlechthin machen,⁹⁶ trifft nicht zu. Diese Kritik geht nämlich von einem positiven Freiheitsverständnis aus („Freiheit zu etwas“), während die klassische Konzeption von Privatautonomie – in Übereinstimmung mit der klassisch-liberalen Grundrechtstheorie⁹⁷ – einem negativen Freiheitsbegriff („Freiheit von etwas“) folgt.⁹⁸ Auch der bereits oben angesprochene Prozess der „Materialisierung“ des Privatrechts konnte im Ergebnis das herrschende Paradigma von Vertragsfreiheit als Freiheit zur Diskriminierung nicht nachhaltig erschüttern.⁹⁹ Vereinzelte Stimmen haben zwar versucht, an Private adressierte Diskriminierungsverbote mit dem materialen Paradigma der Vertragsfreiheit zu vereinbaren.¹⁰⁰ De lege lata konnte sich dieser Ansatz in der deutschen Privatrechtsdoktrin vor 2006 nicht durchsetzen. Deutlich mehr Spuren hat dagegen die Diskussion über die „mittelbare“ Wirkung der Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG im Privatrecht hinterlassen. Das Bundesverfassungs-

92 Dazu eingehend unten § 7.

93 *Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: *Riesenhuber/Nishitani*, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie, 2007, 25.

94 *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 341.

95 *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 338 ff; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 48 ff; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 339 ff.

96 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 1.

97 *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1530 f.

98 Vgl. dazu *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 c). Grundlegend zur Differenzierung *Berlin*, Two Concepts, in: *Hardy, Liberty*, 2002, 166 ff; vertiefend dazu unten § 7 IV 2 a).

99 Zur Verknüpfung von Materialisierungs- und Gleichbehandlungsdebatte zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 IV.

100 Grundlegend *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 289 ff.

gericht entschied beispielsweise zu Art. 3 Abs. 2 GG, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstelle und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstrecke.¹⁰¹ Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war mit § 611a BGB aF allerdings eine genuin arbeitsrechtliche Norm.¹⁰² Daher konnte man bis vor kurzem behaupten, dass „Diskriminierungsverbote im hergebrachten Privatrecht im Grundsatz keine Rolle [spielen]“.¹⁰³ Beispielhaft ist die Feststellung *Jürgen Basedows*, wonach der Gleichheitsgrundsatz oder das Verbot der Diskriminierung nicht zu den traditionellen Leitprinzipien des Privatrechts gehörten.¹⁰⁴ An Privatrechtssubjekte adressierte Diskriminierungsverbote sind dann zwangsläufig rechtfertigungsbedürftige und für viele nicht rechtfertigungsfähige Fremdkörper in der Privatrechtsgesellschaft.¹⁰⁵

(1) Der Einfluss des Unionsrechts

Solche Aussagen werden unter dem Einfluss des Unionsrechts zunehmend fragwürdig. Der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ ist in seiner Ausprägung als Diskriminierungsverbot mittlerweile ein fest verankertes Prinzip des Unionsrechts.¹⁰⁶ „Nichtdiskriminierung ist ein Grundprinzip der Europäischen Union“, formuliert der Beschluss, mit dem das Jahr 2007 als das Europäische Jahr der Chancengleichheit für alle bestimmt wurde.¹⁰⁷ Diskriminierungsschutz zählt zu den traditionellen Regelungsmaterien des EUV bzw. des AEUV.¹⁰⁸ Das Unionsrecht durchbricht den Grundsatz der Vertragsinhalts- und -abschlussfreiheit vielfach zugunsten materialer Gleichbehandlungsansprüche. Diese These lässt sich anhand zahlreicher Beispiele belegen: Man denke etwa an das allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit¹⁰⁹ in Art. 18 AEUV und sei-

101 BVerfGE 85, 191, 207; BVerfGE 89, 276, 285.

102 Siehe dazu unten § 4 II 3 c).

103 *Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: *Riesenhuber/Nishitani*, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie, 2007, 20, 25.

104 *Basedow*, ZEuP 2008, 230.

105 Statt vieler *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 113 ff; *Pickler*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 255 ff; skeptisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3.

106 Grundlegend EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75: "Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist somit als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen." Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes im Unionsrecht siehe *Kischel*, EuGRZ 1997, 1; *Meyer*, Diskriminierungsverbot, 2001, und (aus neuester Zeit) *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 1 ff; zu den Facetten des unionsrechtlichen Diskriminierungsbegriffs siehe *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 268 ff.

107 Beschl. Nr. 771/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.5.2006 zur Einführung des Europäischen Jahres der Chancengleichheit für alle (2007) – Beitrag zu einer gerechten Gesellschaft, ABl. Nr. L 146 v. 31.5.2006, S. 1.

108 *Bell*, Anti-discrimination Law in Transition: the European Union and Racism, in: *Kälin*, Das Verbot ethnisches-kultureller Diskriminierung, 1999, 28-31; *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 268-294.

109 Siehe dazu statt vieler *Rossi*, EuR 2000, 197 ff.

nen speziellen Ausprägungen in den als Diskriminierungsverbote verstandenen Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit),¹¹⁰ denen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unmittelbare Wirkung auch im Privatrechtsverkehr zukommen kann.¹¹¹ Gleiches gilt für das in Art. 157 AEUV niedergelegte Gebot der Entgeltgleichheit unabhängig vom Geschlecht.¹¹² Die Richtlinie 75/117/EWG über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen¹¹³ hat die aus dem Primärrecht folgenden Gleichbehandlungspflichten weiter konkretisiert. Bahnbrechend war die Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen.¹¹⁴ Art. 2 Abs. 1 dieser Richtlinie definierte den „Grundsatz der Gleichbehandlung“ dahingehend, dass im Arbeitsleben „keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts [...] erfolgen darf“. Damit wurde die Vertragsabschlussfreiheit des Arbeitgebers erheblich eingeschränkt, weil „bei den Bedingungen des Zugangs – einschließlich der Auswahlkriterien – zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen [...] keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts“ erfolgen durfte (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 76/207/EWG). Die Richtlinie überließ es den Mitgliedstaaten, die Sanktionen für einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorzusehen, verpflichtete sie aber, Maßnahmen zu ergreifen, die das Ziel der Richtlinie erreichen, wirksam und abschreckend sind und in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden stehen.¹¹⁵ Zu den von der Richtlinie erlaubten, wenn auch nicht zwingend vorgeschriebenen Sanktionen zählte auch die Pflicht des Arbeitgebers, einen Arbeitsvertrag mit dem diskriminierten

110 Streinz, Kompetenzen der EG, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 17 f.

111 EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139 Rz. 36: „Das in Art. 48 EGV Art. 39 EG/Art. 45 AEUV ausgesprochene Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit gilt somit auch für Privatpersonen.“; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman* = Slg. 1995, I-4921 Rz. 82 ff; näher Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 7 Rn, 52 ff; Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 743 ff (jeweils mwN) und aus privatrechtlicher Perspektive Herresthal, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177 ff; Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 465 ff.

112 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Tz 38/39; EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-320/00 – *Lawrence ua v. Regent Office Care Ltd ua* = Slg. 2002, I-7325 Tz 13; dazu statt vieler Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 2007, 134-136, 227-246; Zum Entgeltbegriff näher: von Roettenken, AGG, § 1 AGG Rn. 59 mwN.

113 ABl. L 45 v. 19.2.1975, S. 19.

114 ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40; geändert durch Richtlinie 2002/73/EG, ABl. L 269 v. 5.10.2002, S. 15 und abgelöst durch die Richtlinie 2006/54/EG, ABl. Nr. L 204 v. 26.7.2006, S. 23.

115 Grundlegend EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rz. 18, 23 f; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rz. 24 f.

Bewerber abzuschließen.¹¹⁶ Die Richtlinie wurde mit § 611a BGB aF¹¹⁷ umgesetzt.¹¹⁸

Seit dem Jahr 2000 lässt sich im früheren Gemeinschaftsrecht und jetzigen Unionsrecht eine erhebliche Ausdehnung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht feststellen.¹¹⁹ Im Vertrag von Amsterdam¹²⁰ wurde mit Art. 13 Abs. 1 EG eine neue Kompetenzgrundlage¹²¹ geschaffen, die es der Gemeinschaft – und jetzt nach Art. 19 Abs. 1 AEUV der Union – erlaubt, „geeignete Vorkehrungen [zu] treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“ Auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 AEUV sind in den letzten Jahren insgesamt drei Richtlinien ergangen: Richtlinie 2000/43/EG v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft,¹²² Richtlinie 2000/78/EG v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf¹²³ und Richtlinie 2004/13/EG v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.¹²⁴ Daneben wurde auf der Grundlage von Art. 157 Abs. 3 AEUV die Richtlinie 76/207/EWG zunächst von der Richtlinie 2002/73/EG¹²⁵ erheblich modernisiert und schließlich zusammen

116 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rz. 15 ff.

117 Art. 1 Nr. 1 Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) v. 13.8.1980, BGBl. I S. 1308.

118 Zum Ganzen näher § 4 II 3.

119 Das europäische Nichtdiskriminierungsrecht hat mittlerweile zu einer Flut von Veröffentlichungen geführt, vgl. dazu nur: *Bell*, 6 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 5 (1999); *Bell*, Anti-discrimination Law in Transition: the European Union and Racism, in: Kálin, Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, 1999, 27; *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145 (2001); *Waddington/Bell*, 38 CMLR 567 (2001); *Bell*, 8 ELJ 384 (2002); *Bell*, Anti-Discrimination, 2002 (grundlegend); *Schiek*, 8 ELJ 290 (2002); *Bell/Waddington*, 28 E.L. Rev. 349 (2003); *Caruso*, 44 Harv. Int'l. L.J. 331 (2003); *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16 (2003); *Hepple*, 67 Mod. L. Rev 1 (2004); *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43; *Ahtela*, 11 ELJ 57 (2005) (krit. Würdigung der Richtlinien zur Geschlechterdiskriminierung); *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 196-343; *Holmes*, 68 Modern L. Rev. 175 (2005); *Howard*, 11 ELJ 468 (2005); *Hosking*, 31 E.L. Rev. 667 (2006); *Neuner*, 2 ERCL 35 (2006); *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 47-214; *Monen*, Verbot der Diskriminierung, 2008, 72-115; *Schiek*, From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality for Europe, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 3 ff; *Wesseling*, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz, 2009.

120 ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 1.

121 *Meyer*, Diskriminierungsverbot, 2001, 44-75; *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 121-143; *Bouchouaff/Richter*, Jura 2006, 651 ff; GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Ewrest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 38-49.

122 ABl. L 180 v. 19.7.2000, S. 22.

123 ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

124 ABl. L 373 v. 21.12.2004, S. 37.

125 ABl. L 269 v. 5.10.2002, S. 15.

mit weiteren Richtlinien¹²⁶ vollständig von der Richtlinie 2006/54/EG v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen¹²⁷ aufgehoben. Ebenfalls auf Art. 157 AEUV basiert die Richtlinie 2010/41/EU v. 7.7.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben.¹²⁸ Das jüngste Ergebnis dieser Entwicklung ist der ebenfalls auf Art. 19 Abs. 1 AEUV basierende Vorschlag für eine Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung außerhalb von Beschäftigung und Beruf.¹²⁹ Zusammen bilden diese fünf Richtlinien das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht¹³⁰ und haben ein „neues Zeitalter im Gleichbehandlungsrecht“ im Unionsrecht eingeleitet.¹³¹ Es zeichnet sich einerseits durch eine Reihe von Gemeinsamkeiten aller Richtlinien aus, denen andererseits wesentliche Unterschiede gegenüberstehen.¹³² Der allen Richtlinien gemeinsame „Grundsatz der Gleichbehandlung“¹³³ verbietet unmittelbare¹³⁴ und mittelbare Diskriminierungen¹³⁵, (sexuelle¹³⁶) Belästigungen,¹³⁷ Anweisungen zu Diskriminierungen¹³⁸ und nachteilige Behandlungen in Bezug auf eine erfolgte Diskriminierung¹³⁹. Die Richtlinien unterscheiden sich nach den jeweils erfassten Diskriminierungsmerkmalen (Rasse und ethnische Herkunft,¹⁴⁰ Religion

126 Richtlinien 75/117/EWG, 86/378/EWG und 97/80/EG.

127 ABl. L 204 v. 26.7.2006, S. 23.

128 ABl. L 180 v. 15.7.2010, S. 1. Die Richtlinie löste die Richtlinie 86/613/EWG v. 11.12.1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit – auch in der Landwirtschaft – ausüben, sowie über den Mutterschutz, ABl. L 359 v. 19.12.1986, S. 56, ab.

129 KOM(2008) 426 endg. Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens siehe http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197196 [Stand: 31.12.2012].

130 Zur Unterscheidung allgemeines/spezielles Gleichbehandlungsrecht siehe *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht*, § 3 Rn. 45; zum ausführlicheren Überblick siehe unten § 6 II 1 b).

131 *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145 ff (2001) (eigene Übersetzung).

132 Statt vieler *Schiek*, 8 ELJ 290, 294 ff (2002).

133 Art. 1 RL 2000/43/EG; Art. 1 RL 2000/78/EG; Art. 1 RL 2004/113; Art. 1 RL 2006/54/EG; Art. 1 RL 2010/41/EU.

134 Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. a) i.V.m. 2 lit. a) RL 2004/113; Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. a) RL 2010/41/EU.

135 Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. b) i.V.m. 2 lit. b) RL 2004/113; Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. b) RL 2010/41/EU.

136 Art. 2 lit. c), Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. d) RL 2010/41/EU.

137 Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 3 RL 2000/78/EG; Art. 2 lit. c), Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. c) RL 2010/41/EU.

138 Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 4 RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 4 RL 2004/113; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 4 Abs. 3 RL 2010/41/EU.

139 Art. 4 Abs. 3 S. 2 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 4 Abs. 2 RL 2010/41/EU.

140 Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG.

oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung,¹⁴¹ Geschlecht¹⁴²) und in ihrem sachlichen Anwendungsbereich: Beschäftigung und Beruf,¹⁴³ Sozialschutz und Bildung¹⁴⁴ sowie Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.¹⁴⁵ Diesbezüglich erfasst das geltende Unionsrecht alle privatrechtlichen Verträge,¹⁴⁶ während der persönliche Anwendungsbereich des neuen Richtlinienenvorschlags auf Verbraucherverträge beschränkt ist.¹⁴⁷ Das Unionsprivatrecht differenziert insgesamt deutlich zwischen den Anwendungsbereichen der einzelnen Diskriminierungsgründe. Dadurch entsteht eine „Hierarchie der Gleichheit“: Das Merkmal „Rasse und ethnische Herkunft“ genießt den weitestgehenden Schutz, etwas abgeschlagen folgt das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“¹⁴⁸, während die restlichen Merkmale dagegen vergleichsweise geringer geschützt werden.

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund bestimmter persönlicher Merkmale ist neben der sekundärrechtlichen Absicherung auch primärrechtlich als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts¹⁴⁹ verankert. Das hat der Europäische Gerichtshof in der Rs. *Mangold* zum Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ausdrücklich entschieden¹⁵⁰ und ist damit in Deutschland – aber auch bei einigen Generalanwälten¹⁵¹ – auf ein sehr kritisches Echo gestoßen.¹⁵² In der Rs. *Kücükdeveci* hat der EuGH das in der Rs. *Mangold* entwickelte Prinzip nachdrücklich

141 Art. 1 RL 2000/78/EG.

142 Art. 4 RL 2004/113/EG; Art. 1, 2 RL 2006/54/EG; Art. 1 RL 2010/41/EU.

143 Art. 3 Abs. 1 lit. a-d) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 1 RL 2006/54/EG; Art. 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

144 Art. 3 Abs. 1 lit. e-g) RL 2000/43/EG; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 lit. a-c); Art. 8 RL 2010/41/EU. Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag, KOM(2008), 426 endg.

145 Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG; siehe auch Art. 3 Abs. 1 lit. d) Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag, KOM(2008), 426 endg.

146 Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

147 Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag, KOM(2008), 426 endg.

148 Waddington/Bell, 38 CMLR 567, 610-611 (2001).

149 Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Unionsprivatrecht zuletzt Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 323 ff.

150 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rz. 75.

151 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Tz 38 ff; GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Tz 79 ff; zustimmend dagegen GA Sharpston, Schlussanträge v. 30.11.2006, Rs C-227/04 P – *Lindorfer v. Rat* = Slg. 2007, I-6767 Tz 52 ff; 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 42 ff.

152 Aus der umfangreichen Literatur vgl. nur Wiedemann, AP Nr. 1 zu RL 2000/78/EG; Schmidt, 7 German L.J. 504; Thüsing, ZIP 2005, 2149; Bauer/Arnold, NJW 2006, 6; Hailbronner, NZA 2006, 811; Preis, NZA 2006, 401; Reich, EuZW 2006, 20; Reichold, ZESAR 2006, 55; Richter/ Bouhouaf, NVwZ 2006, 538; Schiek, AuR 2006, 145; Zedler, GPR 2006, 151; Reich, EuZW 2007, 198; Streinz/Herrmann, RdA 2007, 165; Riesenhuber, FS Adomeit, 2008, 631; Waltermann, FS Birk, 2008, 915; siehe auch die Beiträge in Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009. Differenzierter aus der Rückschau zum Beispiel Nettesheim, JZ 2008, 1159 ff und Colneric, NZA Beilage 2008, Heft 2, 66, 70 ff.

bestätigt.¹⁵³ Das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot gilt allerdings nur, wenn die möglicherweise diskriminierende Behandlung einen unionsrechtlichen Bezug aufweist.¹⁵⁴ Gekrönt wird diese Entwicklung von der Grundrechte-Charta, die in Art. 21 Abs. 1 Diskriminierungen anhand von insgesamt 17 Merkmalen, darunter des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, verbietet und die in Art. 23 Abs. 1 verlangt, die Gleichheit von Frauen und Männern „in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung“ sicherzustellen. Die Entwicklung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in seiner Ausgestaltung als Diskriminierungsverbot auf Unionsebene ist insgesamt erstaunlich: Das 1957 nur sehr rudimentär verankerte und lediglich integrationspolitisch motivierte Prinzip der Nichtdiskriminierung hat sich in den vergangenen Jahrzehnten erheblich ausgedehnt und ist zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz erstarkt, der im Kern ganz wesentlich grundrechtlich legitimiert wird.¹⁵⁵

Diese Entwicklung lässt sich auch in den gegenwärtigen Bestrebungen zur Herausbildung eines Europäischen Privatrechts nachvollziehen. Im von der Study Group on a European Civil Code¹⁵⁶ und der Research Group on EC Private Law¹⁵⁷ vorgelegten Draft Common Frame of Reference (DCFR)¹⁵⁸ ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung an prominenter Stelle (Book II – Contracts and other juridical acts – Chapter 2) erwähnt.¹⁵⁹ Art. II. – 2:101 des DCFR enthält ein Diskriminierungsverbot und lautet:

*„A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods, other assets or services which are available to the public.“*¹⁶⁰

Dieses Diskriminierungsverbot erstreckt sich nicht nur auf die Vertragsbegründung, sondern erfasst auch die Vertragsdurchführung, die Ausübung vertragli-

153 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

154 Grundlegend jetzt EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 – *Åklagare v. Hans Åkerberg Fransson* = Slg. 2013, I-n.v. Rn. 17 ff; speziell zum Nichtdiskriminierungsrecht: EuGH, Urt. v. 23.9.2008, C-427/06 – *Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Tz 25; vgl. dazu 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 Rz. 67 ff. Zur Abgrenzungsproblematik siehe *Epiney*, NvWZ 2009, 949, 951 f.

155 Dazu eingehend *Prechal*, 41 CMLR 533 (2004).

156 Zur Zusammensetzung siehe *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 25 ff.

157 Zur Zusammensetzung siehe *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 28 ff.

158 Zum DCFR siehe *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 1 ff; zur kritischen Würdigung vgl. statt aller *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529 ff; zur Methodik vgl. *Pfeiffer*, AcP 208 (2008), 207 ff.

159 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 165 ff.

160 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 186.

cher Rechte und die Vertragsbeendigungsfreiheit (Art. III.-1:105 DCFR).¹⁶¹ Eine Rechtfertigung ist nach Art. II. – 2:103 möglich:

„Unequal treatment which is justified by a legitimate aim does not amount to discrimination if the means used to achieve that aim are appropriate and necessary.“¹⁶²

Damit wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit (Art. II-1:102(1) DCFR) eingeschränkt: „Discrimination on such grounds“, so die nicht ganz unproblematische¹⁶³ Begründung dafür, „is a particularly anti-social form of denying the contractual freedom, and indeed the human dignity, of the other party.“¹⁶⁴ Der DCFR ordnet den Gleichbehandlungsgrundsatz in seiner Funktion als Diskriminierungsverbot als Ausprägung der Gerechtigkeit („justice“) ein,¹⁶⁵ die ihrerseits neben der Freiheit, der Rechtssicherheit und der Effizienz zu den vier Grundprinzipien des DCFR zählt.¹⁶⁶ Der DCFR führt einen materialen Diskriminierungsschutz als selbstverständlichen Bestandteil in das europäische Vertragsrecht ein und verbindet ihn mit dem grundlegenden Recht eines jeden Menschen, als Gleicher anerkannt zu werden.¹⁶⁷ Das wird trotz der einschlägigen Richtlinien auf diesem Gebiet noch immer als „ein relatives Novum“ empfunden.¹⁶⁸ Der Gleichbehandlungsgrundsatz hat also das Potential, zu einem mit dem Grundsatz der Privatautonomie in Konflikt tretenden¹⁶⁹ Leitprinzip des europäischen Privatrechts zu werden.¹⁷⁰

(2) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Das im Sommer 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)¹⁷¹ dient im Wesentlichen der Umsetzung des speziellen unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrechts. Die Entstehungsgeschichte wurde von zahlreichen

161 Vgl. *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 689.

162 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 187.

163 Näher unten § 6 II 2 b).

164 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 41.

165 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 53.

166 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 37 f.

167 Ausführlich dazu *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 254 ff.

168 *Berger*, 16 Eur. Rev. Priv. L. 843, 844 (2008).

169 Vgl. dazu einerseits *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 37 f und andererseits *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529, 534 f; abwägend *Berger*, 16 Eur. Rev. Priv. L. 843, 865-67 (2008).

170 Kritisch dazu etwa *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 247.

171 Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14.8.2006, BGBl. I S. 1897, in Kraft seit 18.8.2006 (vgl. Art. 4 des Gesetzes); zuletzt geändert von Art. 15 Abs. 6 Gesetz v. 5.2.2009, BGBl. I S. 160.

und äußerst kontroversen Stellungnahmen¹⁷² begleitet, in denen sich der emotional aufgeladene¹⁷³ rechtspolitische Kampf¹⁷⁴ um den Grund und den Umfang von Gleichbehandlungsgeboten im Privatrecht widerspiegelt. Das AGG bricht nachdrücklich mit dem klassischen Verständnis von Privatautonomie als Freiheit auch zur Diskriminierung. Seine Aufgabe ist es nämlich, „Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen“, § 1 AGG. Das AGG sieht dafür zwei Benachteiligungsverbote vor: § 7 AGG gilt für den Bereich von Beschäftigung und Beruf¹⁷⁵ und § 19 AGG enthält das „zivilrechtliche Benachteiligungsverbot“. Dessen Aufgabe ist es, „Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr“¹⁷⁶ zu gewährleisten: Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion,¹⁷⁷ einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von im Einzelnen näher bestimmten zivilrechtlichen Schuldverhältnissen unzulässig, § 19 Abs. 1 AGG. Dazu zählen „Massengeschäfte“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG), „massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte“ (§ 19 Abs. 1

172 Vgl. Nickel, NJW 2001, 2668; Kocher, RdA 2002, 167; Thüsing, ZfA 2006, 241; Mahlmann, ZEuS (S) 2002, 407; Picker, JZ 2002, 880; Wagner, ZRP 2005, 136; Engert, 4 German L.J. 685; Neumer, JZ 2003, 57; Picker, JZ 2003, 540; Stork, 6 German L.J. 533 (2005); Belling, NZA 2004, 885; Eichenhofer, DVBL 2004, 1078; Raasch, KJ 2004, 394; Reichold, JZ 2004, 384; Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529; Riesenhuber, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie, 2007, 20; Schwab, DNotZ 2006, 649; Thüsing, NJW 2003, 3441; Wiedemann/Thüsing, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes 2002, 463; Armbrüster, KritV 2005, 41; Armbrüster, ZRP 2005, 41; Braun, ZRP 2005, 135; Britz, VVDStRL (64) 2005, 355; Edinger, DRiZ 2005, 65; Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299; Reichold/Hahn, NZA 2005, 1270; Säcker, BB 2004, Beilage Nr. 16, 16; Silva, JöR (54) 2006, 129; Stork, ZEuS 2005, 1; Koppenfels, WM 2002, 1489; Busche, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159; Kocher, KJ 2006, 356; Korell, Jura 2006, 1; Maier-Reimer, NJW 2006, 2577; Reichold, ZfA 2006, 257; Riesenhuber, Verbot der Diskriminierung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 123; Säcker, ZG 2005, 154; Säcker, ZEuP 2006, 1; Schöbener/Stork, ZEuS 2004, 43; Schmidt-Kessel, Fremde Erfahrungen, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 53; Schubert, NJ 2006, 481; Thüsing, JZ 2004, 172; Kocher, KJ 2007, 22; Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99; Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 255 ff; Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11; Melot de Beauregard, RIW 2009, 18; zum arbeitsrechtlichen Teil vgl. Lingscheid, Antidiskriminierung, 2004; Schiek, NZA 2004, 873; Hanau, ZIP 2006, 2189; Richardi, NZA 2006, 881; Willemssen/Schweibert, NJW 2006, 2583; Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007.

173 Zutreffend die Einschätzung von Leible/Schlachter, Einführung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 1.

174 Vgl. die Stellungnahmen von Adomeit, NJW 2002, 1622; Baer, ZRP 2002, 290; Braun, JuS 2002, 424; Säcker, ZRP 2002, 286; Adomeit, NJW 2003, 1162; Schmelz, ZRP 2003, 67; Braun, RiA 2005, 72; Adomeit, NJW 2006, 2169; Kohler, JZ 2006, 1057.

175 Allg. Ansicht, statt aller Schmidt in: Schiek, AGG, § 7 Rn. 1; Däubler in: Däubler, AGG, § 7 Rn. 1-2b.

176 Überschrift zu Abschnitt 3 des AGG.

177 Auf die Aufnahme der „Weltanschauung“ in den Katalog wurde bewusst verzichtet, vgl. BT-Drs. 16/2022, S. 13; dazu unten § 6 III 3 c).

Nr. 1 Alt. 2 AGG),¹⁷⁸ der Abschluss privatrechtlicher Versicherungen (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG) und, wenn es sich um eine Benachteiligung wegen Rasse und ethnischer Herkunft handelt, auch sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse (§ 19 Abs. 2 AGG).¹⁷⁹ Das Benachteiligungsverbot wird nicht verletzt, wenn für die unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt (§ 20 Abs. 1 S. 1 AGG). Eine Rechtfertigung von Benachteiligungen aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft ist aufgrund zwingender Richtlinienvorgaben¹⁸⁰ ausgeschlossen.¹⁸¹ Hervorzuheben ist, dass von den zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten nur die Merkmale „Rasse und ethnische Herkunft“ sowie „Geschlecht“ auf zwingend umzusetzenden Gemeinschaftsrecht beruhen.¹⁸² Der Schutz einer Ungleichbehandlung aus Gründen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist dagegen noch eine eigenständige Entscheidung der deutschen gesetzgebenden Institutionen. Das könnte sich ändern, wenn der oben angesprochene Richtlinienvorschlag¹⁸³ der Kommission vom Rat verabschiedet wird. Das AGG hat bereits während des Gesetzgebungsprozesses und in der Zeit unmittelbar vor und nach Inkrafttreten eine stetig anschwellende Literatur zu dogmatisch-praktischen Problemen im Zusammenhang mit seiner Auslegung und Anwendung hervorgebracht. Obwohl der quantitative Schwerpunkt davon im Arbeitsrecht zu verorten ist,¹⁸⁴ ist die Anzahl an allgemein zivil-

178 Der Begriff stammt von *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 37 und ist dem Alternativvorschlag von *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 266-267 („Beinahe-Massengeschäft“) vorzuziehen, vgl. *Franke/Schlichtmann* in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 35.

179 Eingehend zum sachlichen Anwendungsbereich unten § 6 IV 1 c).

180 Vgl. Art. 4 RL 2000/43/EG, der nur eine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vorsieht und in § 8 AGG umgesetzt wurde.

181 Statt aller *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 2; *Grüneberg* in: Palandt, § 20 AGG Rn. 1.

182 RL 2000/43/EG und RL 2004/113/EG.

183 KOM(2008) 426 endg.

184 Siehe dazu statt vieler *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, 2007; aktuell bildet die Altersdiskriminierung einen Schwerpunkt der Diskussion, dazu statt vieler *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008.

rechtlichen Beiträgen dazu beachtlich hoch.¹⁸⁵ Gleichbehandlungspflichten Privater in ihrer Ausprägung als Diskriminierungsverbot sind in Deutschland zu Beginn des 21. Jahrhunderts zu einem wichtigen Thema des Privatrechts geworden.

4. Nachwirkungen personenrechtlicher Ungleichbehandlungen

Die gleiche Rechtsfähigkeit löste ab 1800 den „status“ als neuen Grundbegriff des Personenrechts ab.¹⁸⁶ Mit dem *status* wurde bis ins späte 18. Jahrhundert die rechtliche Stellung beschrieben, die ein Mensch in einer Gesellschaft aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe innehatte.¹⁸⁷ Der Status eines Menschen bestimmte dessen persönliche Rechtslage¹⁸⁸ und damit seine Fähigkeit, autonom agieren zu können. Ein unterschiedlicher Status führte im Regelfall zur gesellschaftlich akzeptierten Ungleichbehandlung. Mit § 1 BGB kam eine der zentralen Errungenschaften der Privatrechtsentwicklung zu ihrem Abschluss:¹⁸⁹ „[D]ie in der Lebensstellung der Personen hervortretenden Verschiedenheiten sind für das Recht nicht von grundlegender Bedeutung“¹⁹⁰. Die so begründete personale Rechtsgleichheit hat allerdings ihre Verlustlisten.¹⁹¹ Die „Abstraktion und Entstofflichung“¹⁹² des Menschen zur gleichen Rechtsperson wurde nicht in allen Teilen des Privatrechts gleich weit getrieben. Am weitesten ging man im Verkehrsrecht des BGB, wo sich der konstruktive Charakter der Rechtsperson am

185 Neben den zahlreichen Kommentierungen zum AGG siehe die Monographien von *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004; *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006; *Korthaus*, Das neue Antidiskriminierungsrecht, 2006; *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006; *Monen*, Verbot der Diskriminierung, 2008; und die Beiträge von *Husmann*, ZESAR 2005, 107; *Schubert*, NJ 2006, 481; *Armbrüster* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, zur Behandlung von Spezialproblemen vgl. etwa *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 (zum Kontrahierungszwang); *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085 (haftungsrechtliche Gesichtspunkte); *Hense*, Kirche und Diskriminierungsverbot, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 181 (zum Verhältnis Diskriminierungsrecht-Kirchen); *Metzger*, WuW 2007, 47 (jeweils zum Mietrecht); *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6; *Thüsing/Burg*, ZTR 2007, 71 (zur Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände); *Wackerbarth*, ZIP 2007, 453 (zu Vermeidungsstrategien); zu versicherungsrechtlichen Problemen jeweils *Wrase/Baer*, NJW 2004, 1623; *Raasch*, ZESAR 2005, 209 (zur Verbandsbeteiligung); *Armbrüster*, VersR 2006, 1297; *Looschelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141; *Koch*, VersR 2007, 288; *Thüsing/von Hoff*, VersR 2007, 1; *Windel*, RdA 2007, 1, (zu Beweisfragen) und *Mansel*, FS Canaris (Bd. I), 2007, 799 (zum internationalen Anwendungsbereich); *Rebhahn*, ZfA 2006, 347 (zum österreichischen Recht); *Budde*, BB 2007, 731 (zu den Auswirkungen auf Vertriebspartner).

186 *Duue* in: *HKK-BGB*, § 1-14, Rn. 8; grundlegend *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 167-171.

187 Siehe *Mehrhoff*, F., Stichwort „Status“, HRG, Bd. IV, 1990, Sp. 61. Aus der zeitgenössischen Literatur kritisch zum Begriff des *status*: *Feuerbach*, Civilistische Versuche, Bd. I, 1803, 173-190; *Savigny*, System, Bd. II, 1840, 443-515.

188 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 168.

189 Zu den Einzelheiten unten § 2 I und III 1.

190 *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Teil, 1896, 25.

191 Darauf gehe ich in § 2 II ein.

192 Instruktiv *Caroni*, Privatrecht, 1988, 64-66.

deutlichsten zeigt.¹⁹³ Im Familien- und Personenstandsrecht kam es dagegen zum Bruch. Die „physischen Eigenschaften“ einer Person beginnen wieder zu zählen, weil das Recht die Menschen einteilt in männlich oder weiblich, um unterschiedliche Rechtspositionen daran anknüpfen zu können.¹⁹⁴ Nach traditioneller Ansicht greift das Recht dagegen nur eine von ihm vorgefundene Einteilung auf. Selbst wenn man dem folgen möchte, kommt man nicht umhin festzustellen, dass das Recht insoweit eine natürlich vorgefundene Ordnung als sittlich gebotene auch positiv rechtlich bestätigt.¹⁹⁵ Die klare Unterscheidung zwischen Mann und Frau war in einer Rechtsordnung notwendig, die innerhalb von Ehe- und Familienbeziehung die Handlungsfreiheiten unterschiedlich verteilt. Das ist mittlerweile überholt. Gleichwohl verlangt das Personenstandsrecht nach wie vor die eindeutige Identifizierung des neugeborenen Menschen entweder als männlich oder als weiblich. Im Geburtenregister sind das Geschlecht – nur männlich oder weiblich, *tertium non datur*¹⁹⁶ – und der Name des Kindes einzutragen (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 PStG). Bei der Namensgebung sei daher „der natürlichen Ordnung der Geschlechter“¹⁹⁷ Rechnung zu tragen, weil der Vorname das Geschlecht des Namensträgers deutlich machen soll. Knaben müssen nach traditioneller Auffassung mindestens einen eindeutigen männlichen und Mädchen einen weiblichen Vornamen tragen.¹⁹⁸ Dass dieser „Grundsatz der Geschlechtsoffenkundigkeit“ verfassungsrechtlich nicht haltbar ist, habe ich an anderer Stelle ausgeführt.¹⁹⁹ Mein Argument war, nur solche Vornamen auszuschließen, die dem Kind offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die Möglichkeit bieten, sich anhand des Namens mit seinem Geschlecht zu identifizieren.²⁰⁰ Der Vorschlag war pragmatisch gemeint und das Bundesverfassungsgericht hat ihn wohl auch deshalb aufgegriffen.²⁰¹ In der Sache bleibt es auch nach seiner Entscheidung dabei, dass es einen Bezug von Vornamen und Geschlecht, sei es auch nur einen „negativen Geschlechtsbezug“²⁰², gibt. Faszinierend ist diese rechtlich zwingend²⁰³ vorgesehene Geschlechtzuschreibung, weil es im Privatrecht kaum mehr Anknüpfungspunkte für die Unterscheidung von Mann und Frau gibt.²⁰⁴ Die vier

193 Dazu kritisch *Knieper*, Gesetz und Geschichte, 1996, 55-90; zu einer Gegenkritik siehe *Günther*, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 123, 124-127.

194 Vgl. *Grünberger*, StAZ 2007, 357 f.

195 Vgl. *Knieper*, Gesetz und Geschichte, 1996, 94 f (zur Familie).

196 Vgl. LG München StAZ 2003, 303 ff.

197 BGHZ 73, 239, 240.

198 Dazu *Grünberger*, AcP 207 (2007), 314, 316-319 mit zahlreichen Beispielen.

199 *Grünberger*, AcP 207 (2007), 314, 320-335.

200 *Grünberger*, AcP 207 (2007), 314, 335.

201 BVerfG NJW 2009, 663.

202 *Grünberger*, AcP 207 (2007), 314, 335-337.

203 § 69 PStG: „Wer auf Grund dieses Gesetzes zu Anzeigen oder zu sonstigen Handlungen verpflichtet ist, kann hierzu von dem Standesamt durch Festsetzung eines Zwangsgeldes angehalten werden.“

204 Daher stellt *Bräcklein*, StAZ 2008, 297 ff den Zweck der personenstandsrechtlichen Unterscheidung in Frage. *Coester-Waltjen*, JZ 2010, 852 ff plädiert dagegen für ihre Beibehaltung.

prominentesten Beispiele für das Fortleben der Differenzierung männlich-weiblich sind § 1591 BGB („Mutter eines Kindes ist die *Frau*, die es geboren hat.“), § 1592 BGB („Vater eines Kindes ist der *Mann*, der ...“), die Definition der Ehe als auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft eines Mannes mit einer Frau²⁰⁵ und spiegelbildlich dazu § 1 Abs. 1 LPartG, nach dem nur „zwei Personen gleichen Geschlechts“ eine Lebenspartnerschaft eingehen können.

Daher werde ich am Rande auch die Frage thematisieren, ob ein Zusammenhang besteht zwischen den „Enklaven ungleichen Rechts“ im Personen- und Familienrecht und der Diskriminierung aufgrund derselben Merkmale durch Private. Man würde zu kurz greifen, wenn man Diskriminierungsschutz im Zivilrecht auf den Konflikt zwischen Gleichbehandlungsgrundsatz und Privatautonomie reduzierte. Das Personenrecht gehört nämlich zu den Teilen des Zivilrechts, bei denen eine Begründung aus der Privatautonomie allein versagt.²⁰⁶ Einerseits betreffen Status²⁰⁷ und Personenstand²⁰⁸ die rechtlichen Beziehungen der Personen untereinander, andererseits wird ihr Inhalt von staatlich gesetztem Recht bestimmt und erfasst damit das Verhältnis des Einzelnen zur staatlich verfassten Gemeinschaft. Dann liegt der Gedanke nahe, dass eine Ungleichbehandlung hier eine Diskriminierung dort wahrscheinlicher macht. Anders formuliert ist zu untersuchen, ob die Gesellschaft mit genuin privatrechtlichen Mitteln einen Zustand ehemaliger Rechtsungleichheit perpetuieren kann. *Adrienne Davis* hat zu diesem Thema eine Studie vorgelegt, in der sie erbrechtliche Verfügungen zugunsten ehemals versklavter schwarzer Frauen und ihrer Kinder in den Sklavenstaaten der U.S.A. *ante* und *post bellum* untersucht.²⁰⁹ Sie kommt darin zum Ergebnis, dass dem Privatrecht eine herausgehobene Bedeutung bei der Aufrechterhaltung sozialer Hierarchien und rassistischer Strukturen zukam. Diese These lässt sich auch aus rechtstheoretischer Sicht untermauern. *Andreas Fisahn* hat darauf aufmerksam gemacht, dass der Diskriminierung das „Prinzip der Ab- und Ausgrenzung, der Gegenüberstellung von einem ‘Wir’ und dem ‘Anderen’“ zu Grunde liegt.²¹⁰ Über das Personenstandsrecht und die Institute des Privatrechts wird eine „Wir-Identität“ geschaffen, mit der die strukturellen Voraussetzungen entstehen, um das „Wir“ von den „Anderen“ abzugrenzen.²¹¹ Die These, dass diese konstruierten Abgrenzungen in der Gesellschaft fortwirken, ge-

205 BVerfGE 105, 313 Rz. 79; BayObLG NJW 1993, 1996 f; *Brudermüller* in: Palandt, Einl v § 1297 Rn. 1.

206 *Bydlinski*, Rechtsgrundsätze, 1988, 320.

207 Mit dem Status ist die Rechtsstellung angesprochen, die ein Individuum im Verhältnis zu anderen Personen in der Gesellschaft aufweist, vgl. *Röthel*, StAZ 2006, 34, 41; enger *Windel*, StAZ 2006, 125, 129 (nur familienrechtliche Verhältnisse).

208 Personenstand ist die „sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung einschließlich ihres Namens“, § 1 Abs. 1 S. 1 PStG.

209 *Davis*, 51 Stan. L. Rev. 221 (1999). Zum Kontext vertiefend unten § 3 I und III 2 b).

210 *Fisahn*, Rechtstheorie 2006, 67, 68.

211 Vgl. *Fisahn*, Rechtstheorie 2006, 67, 79.

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

II. Paradigmenwechsel

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

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

213 BVerfGE 124, 199.

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

teratur aus privatrechtstheoretischer,²¹⁵ verfassungsrechtlicher,²¹⁶ unionsrechtlicher²¹⁷ und rechtsphilosophischer²¹⁸ Sicht beleuchtet und sehr kontrovers beurteilt. Gleichbehandlungspflichten Privater stehen nach wie vor im Meinungsstreit. Ein schöner Beleg dafür ist die Tatsache, dass *Friedemann Kainer* zeitgleich mit, aber völlig unabhängig von mir seine Habilitationsschrift mit dem dem Titel „Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht“ vorlegte.²¹⁹ Der Streit um politische Zweckmäßigkeit, rechtliche Legitimation, Struktur und Reichweite von Gleichbehandlungsgrundsätzen im Privatrecht ist auch ein Wettbewerb über die zutreffende Konzeption elementarer Grundbegriffe der Gesellschaft und des Rechts.²²⁰ Versucht man, die vielfältigen Stimmen der Debatte zu ordnen, lassen sich sieben Problemfelder eines Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht herauskristallisieren: (1.) der Zusammenhang von Gerechtigkeit und der Gleichheit,²²¹ (2.) die Trennung von Moral und Recht²²² sowie (3.) von Staat und Gesellschaft,²²³ (4.) das Verhältnis von Gleichheit zur Freiheit, insbesondere zur Privatautonomie,²²⁴ (5.) die Entscheidung zwischen Intervention oder Nichtintervention in Marktprozesse,²²⁵ (6.) das dogmatische Verhältnis von Gleichheit und Diskriminierungsverboten²²⁶ und (7.) die Auswirkungen des Unionsrechts auf nationales Privatrecht.²²⁷ Jeder Versuch, eine Antwort zu finden auf die Frage, ob und inwieweit private Akteure in der Gesellschaft eine Pflicht zur Gleichbehandlung trifft, tangiert diese Bereiche. Das gilt ganz besonders, wenn man für eine grundlegende Neuorientierung des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht plädiert.

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

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

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

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

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

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

221 Dazu unten § 8 I und II.

222 Eingehend § 8 III 2.

223 Näher unten § 8 III 3.

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

225 Siehe § 8 III 4.

226 Vgl. dazu § 7 II.

227 Vgl. dazu § 8 IV 3.

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

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

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

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

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

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

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

233 Eingehend § 8 III 3.

untereinander zu nicht diskriminierendem Verhalten verpflichtet, statuiert er diesen gegenüber eine Pflicht, die nach klassisch-liberaler Grundrechtstheorie nur den Staat als Grundrechtsadressaten trifft. Herkömmlicherweise wird ein „kategorialer Unterschied in den Begründungen des Diskriminierungsschutzes in den Beziehungen zum Staat einerseits und [...] unter Privaten andererseits“²³⁴ gesehen. Diskriminierungsverbote im Zivilrecht werfen daher die Frage auf, ob und wie weit nicht nur der Staat,²³⁵ sondern auch die einzelnen Personen zur ethischen Neutralität in ihrem privaten und gesellschaftlichen Handeln aufgrund von Normen verpflichtet sind.²³⁶ Diese Frage lässt sich ohne Rückgriff auf Diskurse der praktischen Philosophie nicht angemessen beantworten.²³⁷ Ich möchte daher untersuchen, ob ein moralischer Gleichbehandlungsanspruch begründet werden kann. Danach hat jede Person einen Anspruch von der politisch verfassten Gemeinschaft als solcher („Staat“) oder von jeder anderen Personen im sozialen Verkehr („Gesellschaft“), als freie und gleiche Person behandelt zu werden (*right to treatment as an equal*).²³⁸ Weil Entscheidungssituationen Personen zur Auswahl zwingen, kann der Gleichbehandlungsanspruch primär nur ein Anspruch auf Begründung der Ungleichbehandlung sein. Gleichbehandlung ist danach ein „Recht auf Rechtfertigung“²³⁹. Nur wenn diese Rechtfertigung nicht gelingt, folgt daraus ein Anspruch auf gleiche Behandlung. Andererseits beeinträchtigt eine Rechtfertigungspflicht die Autonomie des Einzelnen und damit das Prinzip der personalen Freiheit. Gleichbehandlungspflichten sind daher ihrerseits rechtfertigungsbedürftig und Grenzen unterworfen. Das gilt erst recht, wenn sie von einer moralischen in eine rechtliche Pflicht transponiert werden.²⁴⁰ Ich denke, dass es der klassischen Trennung von Staat und Gesellschaft²⁴¹ nicht gelingt, beide Prinzipien miteinander zu verbinden. Dahinter verbirgt sich eine künstliche „Spaltung des Menschen“²⁴² in ein nicht-öffentliches, privates Rechtssubjekt einerseits und in seine öffentliche Rolle als Bürger eines politischen Gemeinwesens andererseits. Damit einher geht eine Funktionsaufteilung zwischen freiheitswahrendem, neutralem Privatrecht einerseits und Verteilungsgerechtigkeit wahren-

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

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

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

237 Näher dazu unten § 8 I und II.

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

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

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

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

242 Caroni, Privatrecht, 1988, 113.

dem öffentlichen Recht andererseits,²⁴³ die längst zweifelhaft geworden ist.²⁴⁴ In dieser Arbeit wird zugunsten einer Sensibilisierung des Privatrechts für den demokratischen Prozess²⁴⁵ und der Bedeutung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte gerade auch für das Privatrecht²⁴⁶ plädiert. Anders formuliert: Es wird mit Nachdruck die soziale Bedeutung privatrechtlicher Institutionen hervorgehoben.²⁴⁷ Die These der gesellschaftspolitischen Neutralität des Privatrechts ist – zugespitzt formuliert – ein Mythos.²⁴⁸ Es gibt keine unpolitische, wertfreie Eigenständigkeit des Privatrechts.²⁴⁹ Beide Positionen – Intervention oder Nicht-Intervention bei Ungleichbehandlungen in privatrechtlich organisierten Beziehungen – sind politischer Natur. Sie grundsätzlich unter Hinweis auf die Privatautonomie abzulehnen, ist zu undifferenziert. Die „These geht dahin, daß der Grad der Privatheit oder Öffentlichkeit eines solchen Lebensbereichs auch zu rechtlich relevanten Unterschieden in der Funktion und Handhabung privatrechtlicher Rechtsinstrumente führen muß, die es deutlicher als bisher zu erkennen gilt.“²⁵⁰ Ich möchte daher zwei grundlegende Funktionen des Privatrechts unterscheiden: (1.) Privatrecht stellt das Instrumentarium zur Verfügung, die Rechtsbeziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander zu regeln (Privatrecht als Recht der Gesellschaft); (2.) Privatrecht dient der Ausgestaltung und dem rechtlichen Schutz der Privatsphäre. Die Differenzierungen im sachlichen Anwendungsbereich des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts verdeutlichen das: „Massengeschäfte“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG) gehören danach zur öffentlichen Sphäre, während mit den Schuldverhältnissen „bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis [...] begründet wird“ (§ 19 Abs. 5 AGG) die Privatsphäre dem Zugriff des Diskriminierungsverbots entzogen wird.²⁵¹ Damit ist „Privatheit“ ein Schlüsselbegriff des Nichtdiskriminierungsrechts.²⁵² Es geht also

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

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

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

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

247 Dazu unten § 8 II 3.

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

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

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

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

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

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

III. Personale Gleichheit – Annäherungen an eine Neukonzeption

Das formale Paradigma der Gleichbehandlung²⁵⁴ kann diese Aufgabe nicht leisten. Darin wird Gleichbehandlung ausschließlich freiheitsrechtlich als *formale* Rechtsgleichheit gedacht. Im Ausgangspunkt enthält diese Konzeption zwar auch „den Kern eines weitergehenden Gleichbehandlungsanspruchs, der im Verhältnis der freien und gleichen Rechtsgenossen untereinander Geltung begehrt“.²⁵⁵ Diese Gleichheit wird im formalen Paradigma jedoch als eine im Recht bereits verwirklichte vorausgesetzt. In der Literatur wird daher im Anschluss an die Debatte über die „Materialisierung“ der Vertragsfreiheit²⁵⁶ von einer „Materialisierung der Gleichheit“ gesprochen.²⁵⁷ Die Rückanbindung von Gleichbehandlungspflichten Privater an Konzeptionen materialer Gerechtigkeit liegt sehr nahe.²⁵⁸ Das liegt nicht zuletzt daran, dass der Begriff der „Materialisierung des Privatrechts“ ein Konzept ist, dass unterschiedlichsten Verständnissen und Akzentuierungen zugänglich ist.²⁵⁹ Ganz allgemein ausgedrückt, erfasst die Materialisie-

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

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

255 *Renner*, KritV 2010, 161, 162.

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

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

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

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

rungsdebatte alle Versuche, materiale Gerechtigkeit durch die Instrumente der Privatrechtsordnung herzustellen. Das gilt insbesondere für die Realisierung von gleichen Freiheitschancen: „Wenn die Freiheit des ‘Haben- und Erwerbenkönnens’ Gerechtigkeitserwartungen erfüllen soll, muß eine Gleichheit des ‘rechtlichen Könnens’ bestehen.“²⁶⁰ Die mit Gleichbehandlungspflichten einhergehende Verkürzung von Freiheitsinteressen ist nach *Jürgen Habermas* „nur die Kehrseite der Durchsetzung gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten für alle; denn die Privatautonomie im Sinne dieses allgemeinen Freiheitsrechts impliziert ein allgemeines Gleichheitsrecht, eben das Recht auf Gleichbehandlung“.²⁶¹ Insoweit lässt sich mein Versuch der Begründung eines Gleichbehandlungsgrundsatzes einerseits als Anwendungsfall eines Materialisierungsdiskurses verstehen. Kennzeichnend für das materiale Paradigma des Gleichbehandlungsrechts ist es, „die realen gesellschaftlichen Verhältnisse und die tatsächlichen Auswirkungen sozialen Handelns in den Blick“ zu nehmen.²⁶² Darauf werde ich bei der Analyse des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts zurückkommen.²⁶³

Andererseits verengt die Rückbindung an die Materialisierungsdebatte den Blickwinkel. Mir geht es darum zu untersuchen, ob der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ nach einer neuen Konzeption²⁶⁴ des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht verlangt. Das Materialisierungsdenken könnte hier zu vorschnellen – und damit undifferenzierten – Schlussfolgerungen verführen. Die Pflicht des privaten Akteurs, den anderen privaten Akteur gleich zu behandeln, sofern er die ungleiche Behandlung nicht rechtfertigen kann, ist „für eine der Parteien [eine] *tatsächliche* Einschränkung gegenüber dem *status quo ante*“²⁶⁵. Sie wird von diesem Akteur auch als Beschränkung seiner Freiheitsinteressen wahrgenommen. Will eine Konzeption von Gleichbehandlungspflichten überzeugen, muss sie auch diesen Vorgang in der Umwelt des Rechts berücksichtigen. Sie kann ihn nicht ohne weiteres als rechtlich irrelevant ausblenden. Die *Habermas’sche* Feststellung, bei solchen Einschränkungen handle es sich „nicht um normative Einschränkungen des Prinzips rechtlicher Freiheit, sondern um die Abschaffung solcher Privilegien, die mit der von diesem Prinzip geforderten Gleichverteilung subjektiver Freiheiten unvereinbar sind“,²⁶⁶ kann also allenfalls ein mögliches Ergebnis der Untersuchung sein. Als ihr Ausgangspunkt ist sie nach meinem Verständnis ungeeignet.²⁶⁷

260 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 485.

261 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f.

262 *Renner*, KritV 2010, 161, 164.

263 Siehe dazu unten § 6 VIII 1.

264 Plastisch zum Begriff der Konzeption („conception“): *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 134-136.

265 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f.

266 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f.

267 Ich greife den Gedanken später wieder auf, siehe unten § 8 III 1 b).

Ein weiterer Nachteil des Materialisierungsbegriffs ist der spezifische Kontext seiner Verwendung in der jüngeren Privatrechtswissenschaft. Er evokiert beim Leser Parallelen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur gestörten Vertragsparität,²⁶⁸ die letztlich unzutreffend sind: Diskriminierungsverbote gewähren keinen Schutz vor einer „fremdbestimmten“ Vertragsbindung,²⁶⁹ sondern begründen die Pflicht, jemanden nicht deshalb von einem Vertragsschluss fernzuhalten, weil in seiner Person näher bestimmte Merkmale vorliegen.²⁷⁰ Ich halte den Begriff der „personalen Gleichheit“²⁷¹ aus drei Gründen für besser geeignet, diese Aufgabe zu übernehmen: (1.) Er vermeidet problematische Assoziationen mit bestimmten Konzeptionen des Materialisierungsbegriffs. (2.) Er stellt richtige Assoziationen zu den notwendigen philosophischen Bezügen²⁷² her. (3.) Er verdeutlicht sowohl die komplementären Bezüge als auch die Spannung zum Begriff der „personalen Freiheit“.

Unter „personaler Gleichheit“ verstehe ich ein Modell, mit dem der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ in kohärenter und rational begründbarer Weise auf alle gleichbehandlungsrelevanten Sachverhalte im Privatrecht angewendet werden kann. Im Mittelpunkt steht eine Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die den partiellen Ansatz des AGG mit den existierenden allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätzen verbindet. Ausschlaggebend für diesen Begründungsansatz ist der moralisch begründete und verfassungsrechtlich verankerte Anspruch jeder Person auf gleiche Behandlung (Präsumtion der Gleichheit).²⁷³ Daraus folgt, dass jede Ungleichbehandlung eines Privatrechtssubjekts grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig ist. Ausgangspunkt ist der Gedanke, dass sich der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ im Zivilrecht nicht auf Diskriminierungsverbote beschränkt. Ausgehend von der spezifisch unions- und verfassungsrechtlichen Prägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gibt es auch im Zivilrecht einen systematischen Zusammenhang von allgemeinem Gleichbehandlungsanspruch und speziellen Diskriminierungsverboten. „Grundthese ist dabei, dass das Gleichbehandlungsrecht vom allgemeinen Gleichheitssatz her rekonstruiert werden muss, um eine plausible Gesamtstruktur zu bilden“.²⁷⁴ Ganz rudimentär stellt auch der DCFR diesen Zusammenhang her, wenn die Diskriminierungsverbote als „most obvious manifestation“ des allgemeinen Gleichbehandlungs-

268 Vgl. dazu BVerfGE 81, 242; BVerfGE 103, 89; BVerfGE 89, 214. Begriffsbildend war Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, 88-108, 273-297.

269 Vgl. BVerfGE 103, 89, 101; BVerfGE 89, 214, 232.

270 Zutreffend Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 384-89; Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299, 339-43; zu den Grenzen des „Materialisierungsparadigmas“ schon Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 307-308 und jetzt Schiek in: Schiek, AGG, Vorbem zu 19 ff Rn. 12.

271 Der Begriff geht zurück auf Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 466, wo ihm allerdings kein besonderer Bedeutungswert zugeschrieben wird.

272 Dazu unten § 8 I und II.

273 Dazu unten § 8 I und II.

274 Mahlmann in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 17.

grundsatzes („treating like alike“) aufgefasst werden.²⁷⁵ Darauf baut meine Hauptthese auf: Liegt eine Ungleichbehandlung vor, besteht ein *prima facie*-Anspruch auf Gleichbehandlung (Gleichbehandlungspräsumtion). Daraus folgt, dass jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig – und im Ausgangspunkt auch rechtfertigungsfähig – ist. Die Anforderungen an den sachlichen Rechtfertigungsgrund sind bereichsspezifisch und kontextabhängig (Rechtfertigungs-kontinuum). Der maßgebliche Faktor zur Bestimmung der Rechtfertigungsdichte ist das der Gleichbehandlung gegenläufige Prinzip der personalen Freiheit. Darunter fallen insbesondere die Freiheitsrechte des Diskriminierenden und damit die seine Selbstbestimmung schützende Privatautonomie. Die Ausübung dieser Freiheiten ist prinzipiell ein legitimes Ziel einer Ungleichbehandlung. Sie kann grundsätzlich eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Bewirkt die Ungleichbehandlung allerdings eine substantielle Freiheitseinschränkung oder knüpft sie an ein verbotenes Merkmal an, kann das Prinzip personaler Freiheit innerhalb der durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung diese Diskriminierung nur rechtfertigen, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig) ist.²⁷⁶

Gleichbehandlungspflichten Privater führen unweigerlich zum Konflikt mit den Freiheitsrechten des Gleichbehandlungsverpflichteten. Seine Auflösung zwingt den Rechtsanwender methodisch in eine binäre Struktur von Grundsatz und rechtfertigungsbedürftiger Ausnahme. In den herkömmlichen Konzeptionen des Privatrechts wird dieser Konflikt freiheitsrechtlich gelöst. Freiheit – damit auch Privatautonomie – sei der Grundsatz, Gleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. *Gregor Bachmann* hat eine Alternative dazu entwickelt und einen methodischen Perspektivenwechsel vorgeschlagen:

„Begründungsbedürftig ist nicht mehr, wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“²⁷⁷

Konsequent zu Ende geführt ist darin Gleichheit – und damit Gleichbehandlung – der Grundsatz. Nicht mehr die Gleichbehandlung ist begründungsbedürftig, sondern die Ungleichbehandlung. *Bachmann* ist aber auf halbem Wege stehen geblieben. Er konzipiert den Gleichbehandlungsgrundsatz – insoweit ganz traditionell – von seinem Anwendungsbereich her. Daher seien zunächst die Gründe herauszuarbeiten, die „dafür streiten, im Privatrechtsverhältnis den Gleichbehandlungsgrundsatz *nicht* anzuwenden.“ Danach könne „im Substraktionsverfahren“ der Bereich umrissen werden, „in dem auch unter Privaten die Pflicht zur gleichen Behandlung prinzipiell anzuerkennen“ sei.²⁷⁸ Damit beschneidet man das hier vorgestellte Potenzial des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Indem

275 *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 53.

276 Das ist lediglich eine verknappte Beschreibung. Die These wird in § 7 weiter ausdifferenziert.

277 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 159.

278 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 159. Zur vertieften Auseinandersetzung siehe § 7 IV 2 b) (2).

man bestimmte Bereiche aus seinem Anwendungsbereich ausklammert, immunisiert man sie gegen die Rechtfertigungspflichten. Damit kann man die existierende Verteilung von Freiheitsräumen insoweit nicht mehr kritisch hinterfragen. Der *status quo* bleibt gewahrt. Der Fehler in *Bachmanns* Vorschlag basiert auf einem klassischen Missverständnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht.²⁷⁹ Der Gleichbehandlungsanspruch darf nicht mit dem Anspruch auf „gleiche Behandlung“ gleichgesetzt werden. Er beinhaltet zunächst nur einen Anspruch auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung und erst wenn diese misslingt einen Anspruch auf gleiche Behandlung.²⁸⁰ Nach diesem Verständnis steht die Rechtfertigung im Zentrum des Gleichbehandlungsdiskurses. Die von *Bachmann* genannten Gründe, die gegen einen Gleichbehandlungsgrundsatz sprechen würden, insbesondere das Persönlichkeits- und das Freiheitsargument,²⁸¹ zwingen nicht zur Definition eines sachlichen Anwendungsbereichs. Sie lassen sich als „Ausnahmegründe“ auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigen. Die Ausübung von Freiheitsrechten und die Achtung der ethischen Person können rechtstheoretisch als die zentralen Rechtfertigungsgründe einer Ungleichbehandlung gedeutet werden.²⁸² Damit behaupte ich keine inhaltliche Nachrangigkeit der Freiheit, im Gegenteil. Wesentliches Anliegen der Arbeit ist es, die Freiheitsspielräume aller Personen vor dem Hintergrund freiheitsbeschränkender sozialer Strukturen zu vergrößern. Der methodische Perspektivenwechsel hat den Zweck, den Blick auf Freiheitseinschränkungen aufgrund bestehender Ungleichheiten zu schärfen. Er ermöglicht es den Betroffenen, eine Rechtfertigung dafür zu verlangen und erlaubt die Diskussion über die Stichhaltigkeit der vorgebrachten Rechtfertigungsgründe im rechtlichen Diskurs. Gleichbehandlungsrechte schaffen insoweit zusätzliche Freiheitsspielräume, die von anderen als selbstverständlich beansprucht werden. Sie sind daher Freiheitsrechte zweiter Ordnung.²⁸³

IV. Gang der Untersuchung

1. Vorbemerkung

Die Debatte um Gleichbehandlungspflichten Privater wird emotional geführt. Sie rührt an politische Grundbekenntnisse, moralische und ethische Anschauungen über das richtige Zusammenleben in der Gesellschaft, juristische Grundannah-

279 Das geht in der Sache auf *Günter Dürig* zurück, siehe dazu unten § 4 I 2 c).

280 Dazu bereits oben § 1 II.

281 Vgl. *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 159 f.

282 Davon ist die jeweilige rechtsdogmatische Ausgestaltung von „Ausnahmen“ des Anwendungsbereichs zu unterscheiden, dazu beispielsweise unten § 5 I 4 a) und § 6 IV.

283 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 385 f.

men und das Selbstverständnis der Beteiligten.²⁸⁴ Sie ist ein Streit um das richtige paradigmatische Verständnis eines Rechtssystems und daher zwangsläufig²⁸⁵ im Kern ein politischer Streit.²⁸⁶ Die teilweise hitzigen Debattenbeiträge im Rahmen der Entstehungsgeschichte des AGG belegen diese Aussage. Diesen Zusammenhängen kann ich mich so wenig entziehen wie meine Leser. Bei der gemeinsamen Suche nach der bestmöglichen Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes werden wir neben den wissenschaftlichen Rationalitätskriterien unvermeidlich auch von unseren Vorverständnissen geleitet. Dieses „Vorverständnis des Rechtsanwenders ist weder homogen noch einheitlich, sondern entstammt *Lernprozessen unterschiedlicher Art* – vom Ausbildungsvorgang bis zu dem wichtigsten Lernmaterial, den exemplarisch begriffenen Konfliktfällen, mit denen er persönlich und beruflich [...] vertraut wurde.“²⁸⁷ Auf die Bedeutung der persönlichen Erfahrung, das subjektive Vorverständnis, hat *Susanne Baer* im Kontext der Verfassungsvergleichung aufmerksam gemacht:

„Das Vorverständnis prägen Faktoren, die in der Rechtswissenschaft eher als ‘privat’ angesehen werden: Herkunft, Geschlecht, Lebensform und juristische Sozialisation strukturieren unser Denken auf spezifische Weise mit.“²⁸⁸

Schreibt man über Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbote, erweitert das in uns und unseren sozialen Kontexten liegende Potential diskriminiert zu werden und unsere ethische Vorstellung vom „richtigen“, „guten“ Leben in einer Sozialordnung diesen Katalog „privater“ Faktoren. Diese Gegebenheiten prägen unser Herangehen an ein kontroverses Thema wie den Diskriminierungsverboten. Dem würde mit *Klaus Adomeit* wohl auch einer der schärfsten Gegner von Gleichbehandlungspflichten Privater²⁸⁹ zustimmen, weil er im Zusammenhang mit der ungleichen Verteilung der Geschlechter im Berufsleben mit bemerkenswerter Offenheit schreibt:

„Auch wir – Jubilar [Harm P. Westermann] und Gratulant [Adomeit] – hatten noch in den 60er Jahren einen Berufseinstieg fast ohne weibliche Konkurrenz, ohne – Hand aufs Herz! – etwas zu vermissen!“²⁹⁰

Die Abwesenheit von Professorinnen war für einen Mann damals halt „normal“. An diese „Normalität“ rühren Gleichbehandlungspflichten mit den aus ihnen

284 *Leible/Schlachter*, Einführung, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 1.

285 Zur politischen Natur von Rechtsparadigmata *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 477.

286 Zutreffend *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 148: „Die dogmatische Verankerung von Antidiskriminierungskonzepten ist damit gleichzeitig Ausdruck einer Gesellschaftsanschauung und untrennbar mit politischer Stellungnahme verbunden.“

287 *Esser*, Vorverständnis, 1972, 10.

288 *Baer*, ZaöRV (64) 2004, 735, 736.

289 Siehe dazu *Adomeit*, NJW 2002, 1622; *Adomeit*, NJW 2003, 1162; *Adomeit*, *Klaus*, Auf Biegen oder Brechen, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 7.3.2006, S. 10; *Adomeit*, NJW 2006, 2169, und (sehr) weit ausholend *Adomeit* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, Einl. (passim).

290 *Adomeit*, FS Harm P. Westermann, 2008, 19, 22.

folgenden Rechtfertigungspflichten. Angesichts dieser Prozesse scheint es mir auch im Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsrecht eine Notwendigkeit zu sein, „die eigene Position aktiv zu reflektieren und also auch zu relativieren.“²⁹¹

Das mag selbstverständlich klingen, ja banal sein.²⁹² Allein es anzusprechen, mag ungewöhnlich und in einer wissenschaftlichen Arbeit sogar deplaciert wirken. Es doch zu tun, ist der zuweilen „schrillen Aufgeregtheit“²⁹³ der Debatte zum AGG geschuldet, die skeptisch macht und zur Vorsicht mahnt. Genauso wie die vielfach anzutreffende inhaltliche Ablehnung von Diskriminierungsverboten auf moralischen, ethischen und politischen Grundeinstellungen beruht,²⁹⁴ basiert auch die inhaltliche Zustimmung auf entsprechend entgegengesetzten Positionen.²⁹⁵ Wenn man die eigene Auffassung vom „guten“ oder „richtigen Leben“ nicht kritisch hinterfragt, nimmt man mögliche Unzulänglichkeiten nicht mehr wahr. Das gilt für Verfechter wie für die Kritiker. Dazu ein Beispiel: *Johann Braun* sieht im Antidiskriminierungsrecht einen Zug zum Totalitären, weil es zu einem Staat führe, in dem die offizielle Vorstellung vom richtigen Leben durchgesetzt werde.²⁹⁶ Beklagt wird eine „Diktatur der Werte“.²⁹⁷ In einem zeitgleich erschienenen Beitrag moniert derselbe Autor die mit dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG)²⁹⁸ einhergehende „Aufwertung des von homosexuell orientierten Personen praktizierten Sexualverhaltens“²⁹⁹. Damit bringe der Staat zum Ausdruck, dass es ihm gleichgültig sei, für welches Verhalten sich junge Menschen entscheiden.³⁰⁰ Ich sehe darin einen Widerspruch: Einerseits kritisiert *Braun* das Nichtdiskriminierungsrecht, weil es dem Privaten eine bestimmte Wertvorstellung vorschreibe. Andererseits bemängelt er am LPartG, dass es dem Orientierungssuchenden Privaten keine bestimmte Wertvorstellung mehr nahelege! Zugegeben, das Beispiel sticht heraus. Allerdings ist die von *Braun* vorgenommene Verknüpfung von Nichtdiskriminierungsrecht und Ehe kein Einzelfall.³⁰¹ Das entwertet nicht die sachliche Berechtigung ihrer Kritik,³⁰² es zeigt aber, dass man

291 *Baer*, ZaöRV (64) 2004, 735, 750 zur rechtsvergleichenden Arbeit im Verfassungsrecht.

292 *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 89 f.: „Daß in der Praxis der Rechtsgewinnung politische und andere Überzeugungen des Rechtsanwenders auf seine rechtsgewinnenden Operationen durchschlagen können, ist eine Banalität.“

293 *Hufen*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, Aussprache und Diskussion, VVDStRL 64 (2005), 403.

294 Vgl. *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 396 f.

295 Siehe dazu als Beispiel den Beitrag von *Baer*, ZRP 2002, 290 ff.

296 *Braun*, JuS 2002, 424.

297 *Braun*, JuS 2002, 424.

298 Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, Art. 1 des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften v. 16.2.2001, BGBl. I S. 266.

299 *Braun*, JZ 2002, 23, 27.

300 *Braun*, JZ 2002, 23, 27.

301 Vgl. *Reppen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 14.

302 Das gilt insbesondere für den Beitrag von *Reppen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11 ff.

sich mit dem Thema der Gleichbehandlungspflichten Privater auf ein Gebiet begibt, in dem die Verfasstheit der eigenen „ethischen Person“³⁰³ eine ganz erhebliche Rolle spielt. Franz Böhm³⁰⁴ hat dieses Spannungsfeld – wenn auch in einem anderen Zusammenhang – zutreffend erkannt:

*„Die Entscheidung darüber, was sich zu erforschen lohnt und was nicht, wird bei Wissenschaften, die es mit dem Menschen zu tun haben, sehr oft auf dem Felde der Ethik getroffen, also nicht so sehr von dem Instinkt für die denkerische Ergiebigkeit einer bestimmten Fragestellung. Und es zeigt sich häufig, daß ein stark ausgeprägtes Gefühl für das ethisch und human Wichtige auch zu den wissenschaftlich ergiebigsten Fragen hinleitet. Liebe und Haß sind mächtige Impulse des Erkennens.“*³⁰⁵

Gerade weil Gleichbehandlungspflichten Privater Emotionen und tief verankerte ethische Grundauffassungen berühren, gilt Böhms Warnung, dass nur „die Art und Weise, wie [der Forscher] sich beim Forschen verhält, für die wissenschaftliche Solidität seiner Ergebnisse ausschlaggebend [ist].“³⁰⁶

2. Skizze des Arbeitsprogramms

Die Arbeit ist in den „Grenz- und Spannungsfeldern von Rechtssoziologie, politischer Theorie, Privatrechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik“³⁰⁷ angesiedelt. Daraus folgt ihr dreiteiliger Aufbau: Der 1. Teil konzipiert Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts. Ausgangspunkt der Arbeit ist die Frage, wie das Recht das Problem löste, die rechtliche Freiheit und Gleichheit aller Menschen sicherzustellen. In § 2 beschreibe ich anhand von drei Entwicklungen, wie sich die Gleichheit neben der Freiheit als Leitbegriff des Privatrechts in Deutschland seit Ende des 18. Jahrhunderts etablierte. Referenzpunkt ist die epochale Vorstellung der gleichen Rechtsfähigkeit aller Menschen (§ 2 I). Die Lösung dieses ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems fand man mit dem Begriff der Rechtsgleichheit, die als formal gleiche rechtliche Freiheit konzipiert wurde. Auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“³⁰⁸ stand die Frau, im BGB von 1896 vor allem die verheiratete Frau (§ 2 II). Das BGB postulierte Gleichheit zwar im Grundsätzlichen, wich aber mit abnehmender Abstraktionshöhe einer Ungleichheit im Detail. Die Strategien zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung zeigen allerdings die expansive Tendenz des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Der emanzipatorische Ansatz ist ein schlafender Inhalt des Gleichbehandlungsgrund-

303 Zum Begriff Forst, Kontexte, 1994, 388-395.

304 Eingehend zu Böhm und dem von ihm geprägten Begriff der „Privatrechtsgesellschaft“ unten § 4 I 4.

305 Böhm, Forschungs- und Lehrgemeinschaft (1957), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 165 f.

306 Böhm, Forschungs- und Lehrgemeinschaft (1957), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 165.

307 Kübler, FS Raiser, 1974, 697, 698 f (siehe zum Zitat ausführlich unten § 9).

308 Damm, AcP 202 (2002), 841, 853 ff, 856 ff.

satzes. Abschließend thematisiere ich die Paradoxie des Prinzips der formalen Rechtsgleichheit (§ 2 III). Es setzt einen funktionalen Zusammenhang von Rechtsgleichheit und tatsächlichen Ungleichheiten voraus, der den Markt als Steuerungsinstrument erst funktionsfähig macht. Zugleich machte es das Recht blind für die in seiner Umwelt weiterhin vorgenommenen Differenzierungen. Damit kommt man zum bisher vernachlässigten zweiten Gleichheitsproblem: Wie viel Gleichheit braucht man, um wirklich gleich zu sein? Seine Entdeckung und Lösung ist keine Leistung des 20. Jahrhunderts. Es ist ein Kind des 19. Jahrhunderts, kein europäisches zwar, aber ein U.S.-amerikanisches.

Daher zeichne ich in § 3 die Entstehung und das Scheitern des modernen Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert (§ 3 III) und seine Renaissance in der Mitte des 20. Jahrhunderts (§ 3 IV) nach. In der Entwicklung des U.S.-Rechts lassen sich der emanzipatorische Gehalt des Gleichheitsversprechens, die Unzulänglichkeit der formellen Rechtsgleichheit als Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem und die daraus folgende Notwendigkeit eines „besonderen“ privatrechtlichen Nichtdiskriminierungsschutzes exemplarisch demonstrieren. Damit wird ein Gebiet für die deutsche Privatrechtsdiskussion erschlossen, das selbst in umfangreichen rechtsvergleichenden Analysen zum Verhältnis von Freiheit und Gleichheit – hervorheben möchte ich hier die Untersuchung von *Sven Mirko Damm*³⁰⁹ – regelmäßig nur gestreift wird. Schildert man die Entwicklung des U.S.-Rechts in seinem historischen Kontext – der Versklavung Schwarzer (§ 3 I) –, ermöglicht man es dem damit nicht im Einzelnen vertrauten deutschen Leser, den Kern des modernen Nichtdiskriminierungsrechts als ein Sicherungsinstrument gleicher Freiheiten vor dem Hintergrund gewachsener sozialer und rechtlich perpetuierter Ungleichheiten zu verstehen.

In § 4 wende ich den Blick zurück nach Deutschland und Europa. Im ersten Abschnitt zeige ich anhand einer historisch-kontextualisierenden Analyse sechs prägender Autoren aus dem Zeitraum zwischen 1945 und 1975, wie sich allgemeine Gleichbehandlungspflichten als Bestandteil des Privatrechts etablieren konnten, während Diskriminierungsverbote dem deutschen Privatrechtsverständnis fremd blieben (§ 4 I). Im Wesentlichen wurde in der Literatur dieser Jahre über die Vorrangfrage im Verhältnis von Freiheit und Gleichheit gestritten, auf inhaltlicher und auf methodischer Ebene. Obwohl sich der Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit erneut durchsetzte, blieb das zweite Gleichheitsproblem virulent. Es näherte sich dem deutschen Recht von „außen“, ausgehend von den ausländischen Regelungsvorbildern (§ 4 II 1), dem Völkerrecht (§ 4 II 2) und – seit 1976 mit immer größerem Drängen – dem Gemeinschaftsrecht (§ 4 II 3). Abschließend wird untersucht, ob sich in Deutschland in der Zeit von 1976 – dem Jahr der Entscheidung *Defrenne II* – bis zum Erlass der speziellen Nichtdiskrimi-

309 Damm, Menschenwürde, 2006.

nierungsrichtlinien im Jahr 2000 ein tragfähiges Nichtdiskriminierungsrecht auf gleichheitsrechtlichem Fundament entwickelt hat (§ 4 II 4).

Im umfangreichen 2. Teil unternehme ich eine Bestandsaufnahme der Gleichbehandlungspflichten Privater. Das ist also der Ort, an dem klassische Rechtsdogmatik betrieben wird. Dabei unterscheide ich zwischen allgemeinen Gleichbehandlungspflichten (§ 5) und dem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht (§ 6). Referenzgebiete allgemeiner Gleichbehandlungspflichten sind das Arbeitsrecht (§ 5 I), das Verbandsrecht (§ 5 II), das Kapitalmarktrecht (§ 5 III) und das Wettbewerbsrecht anhand ausgewählter Fallkonstellationen (§ 5 IV). Daran schließt sich eine kurze Skizze des Inhalts, der verschiedenen Konzeptionen und des Geltungsgrunds des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes an (§ 5 V), bevor sich der Fokus auf allgemein-zivilrechtliche Rechtsverhältnisse verlagert. Diesbezüglich unternehme ich eine gleichbehandlungsrechtliche Rekonstruktion des allgemeinen Kontrahierungszwangs (§ 5 VI) und ich untersuche Gleichbehandlungspflichten privater Akteure innerhalb ausgewählter zivilrechtlicher Personenmehrheiten (§ 5 VII) sowie die umstrittene Frage zur Gleichbehandlung in der Erbfolge (§ 5 VIII). Der Abschnitt endet mit einer zusammenfassenden Analyse und versucht eine Antwort zu geben auf die Frage, auf welchen Bedarf das Recht mit Gleichbehandlungspflichten reagiert (§ 5 IX).

§ 6 untersucht die Grundstrukturen des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts. Darunter verstehe ich die Bereiche des Nichtdiskriminierungsrechts, in denen der Gesetzgeber die „richtige“ Auswahl unter den Diskriminierungsmerkmalen trifft und diese spezialgesetzlich regelt. Zum allgemeinen Diskriminierungsrecht zähle ich dagegen die Anwendungsfälle des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes, die sich unmittelbar oder mittelbar aus grundrechtlichen Quellen speisen. Beides sind Erscheinungsformen des Nichtdiskriminierungsprinzips (§ 6 I). Obwohl der Geltungsgrund des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts mittlerweile gesichert ist (§ 6 II 1), besteht nach wie vor Legitimationsbedarf. Daher werde ich die beiden Konzeptionen vorstellen, die um die Deutungshoheit ringen (§ 6 II 2): Nach der egalitaristischen Konzeption ist Nichtdiskriminierungsrecht besonderes Gleichbehandlungsrecht. Dagegen versuchen non-egalitaristische Konzeptionen, das Nichtdiskriminierungsrecht entweder freiheitsrechtlich oder mit autonomen Erwägungen wie dem Prinzip der „sozialen Inklusion“ zu rechtfertigen. Die dogmatische Analyse beginnt mit den im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht vorgesehenen „verpönten“ Merkmalen (§ 6 III). Diskriminierungsverbote begründen Rechtfertigungszwänge und bergen – falls man diesen nicht genügt – ein erhebliches Sanktionspotential. Damit greifen sie nach klassischer Auffassung in die Freiheitsrechte der Normadressaten ein. Eine Möglichkeit zur „praktischen Konkordanz“ liegt in der Bestimmung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des Nichtdiskriminierungsrechts (§ 6 IV). Den Kern des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts bilden die Diskriminierungs- bzw. Be-

nachteiligungsverbote (§ 6 V). Damit reagiert das Recht auf tatsächliche Erscheinungsformen von Ungleichbehandlung in anderen Teilsystemen der Gesellschaft (§ 6 V 1). Mit den existierenden rechtlichen Diskriminierungskategorien verschafft sich das Rechtssystem die Möglichkeit, diese Ungleichbehandlungen systemintern wahrzunehmen (§ 6 V 2). Den Kern des Gleichbehandlungsrechts und den Prüfstein für die Frage des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit bildet die Frage nach der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung (§ 6 VI). Die Analyse wird dabei der Struktur des AGG folgen und zwischen der Rechtfertigung im beschäftigungsrechtlichen Anwendungsbereich (§ 6 VI 2) und der Rechtfertigung im allgemein-zivilrechtlichen Anwendungsbereich (§ 6 VI 3) unterscheiden. Die Analyse des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts schließt mit der Untersuchung von Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung (§ 6 VII). Zusammenfassend unternimmt sie eine positive Würdigung des „Störpotentials“ des Nichtdiskriminierungsrechts im Privatrecht (§ 6 VIII).

Aufbauend auf die dabei erzielten Ergebnisse und die sich daraus ergebenden Strukturprinzipien des geltenden Rechts (§ 7 I) stelle ich im 3. Teil das „*Prinzip der personalen Gleichheit*“ als methodische Neukonzeption des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht vor (§ 7). In Anlehnung an das verfassungsdogmatische Vorbild untersuche ich, ob sich ein systematischer Zusammenhang von allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten und speziellen Nichtdiskriminierungsverboten auch im einfachen Recht ergibt (§ 7 II). Im Anschluss daran wird der Tatbestand der rechtfertigungspflichtigen Ungleichbehandlung iWvS vorgestellt, der aus zwei Elementen besteht: der unterschiedlichen Behandlung (Ungleichbehandlung ieS) und der Vergleichbarkeit (§ 7 III). Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Rechtfertigungsprüfung. Zu überprüfen ist die These, dass Gleichbehandlungsfragen nicht mehr von Vorrang- oder Tatbestandsmodellen präkludiert, sondern in Rechtfertigungszusammenhängen zu behandeln sind (§ 7 IV). Als theoretisch und praktisch wichtigster Rechtfertigungsgrund des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kommen die subjektiven Freiheitsrechte des ungleich Behandelnden in Betracht (§ 7 IV 2 und 3). Im vorgestellten Rechtfertigungsmodell steuert die Einordnung eines Merkmals als „verpöntes“ Merkmal die anzuwendende Kontrolldichte der Rechtfertigungsprüfung. Daher sind im letzten Abschnitt die Möglichkeiten einer Systematisierung und Fortentwicklung von Diskriminierungsverboten zu untersuchen (§ 7 IV 4).

Gleichheit und Gleichbehandlung sind zentrale Begriffe in der politischen Philosophie und im Recht. § 8 widmet sich deshalb der Frage, wie man ein prinzipiell geschlossenes Rechtssystem gegenüber den Anforderungen politischer Gerechtigkeit öffnen kann. Man kann dieser Fragestellung auch als Jurist nicht ausweichen. Die Anwendung von Gleichbehandlungsgrundsätzen kann nur auf der Grundlage einer Rechtstheorie konsistent erfolgen, welche die Querbezüge zu moralphilosophischen Diskursen (§ 8 I) nicht ignoriert. Das zwingt dazu, ein

Modell juristischer Gerechtigkeit zu entwickeln (§ 8 II). Ausgangspunkt ist die systemtheoretische Reduktion von Gerechtigkeit und Gleichheit auf die „Konsistenz des Entscheidens“ (§ 8 II 1). Eine Alternative dazu ist der in privatrechtlichen Diskursen beliebte Weg, Gleichbehandlungspflichten unter unmittelbarem Rückgriff auf moralische Gerechtigkeitskonzeptionen und die Dichotomie von austeilender und ausgleichender Gerechtigkeit zu erklären (§ 8 II 2). Stattdessen schlage ich ein Modell juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit vor, das inhaltlich ein Anwendungsfall „kritischer Systemtheorie“ ist (§ 8 II 3). Meine These wird lauten, dass die formal konzipierte Gleichheit das Rechtssystem blind dafür macht, 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. Ich sehe das Prinzip personaler Gleichheit als eine Konzeption der juristischen Gerechtigkeit als Gleichheit: Die *prima facie* Gleichbehandlung gibt dem Gleichheitsprinzip „seine spezifische Funktion: die zureichende Begründung *jeglicher* Ungleichbehandlung zu fordern“³¹⁰ (§ 8 II 4). Aufgrund der Eigenrationalität des Privatrechts steht dieser Gleichbehandlungsanspruch unter Rechtfertigungsvorbehalt. Auf dieser Ebene müssen die unterschiedlichen „Kontexte“ oder „Sphären“ der Umweltgerechtigkeiten differenziert berücksichtigt werden.

Das hier vorgestellte Modell muss vier plausible freiheitsrechtliche Einwände entkräften (§ 8 III 2-4): Die im Prinzip personaler Gleichheit enthaltenen Diskriminierungsverbote verstießen gegen die Trennung von Recht und Moral (Trennungsargument I), verwischten die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (Trennungsargument II) und sie hätten negative Auswirkungen auf Marktprozesse, weil sie zu einer Fehlallokation von Gütern und erheblichen Transaktionskosten führten (Effizienzargument). Der zentrale Einwand gegen das Gleichbehandlungsmodell bildet das Argument der Unvereinbarkeit mit der freiheitswahrenden und verfassungsrechtlich abgesicherten Funktion der Privatautonomie (§ 8 IV 1).

Weil ich behaupte, dass das Prinzip personaler Gleichheit nicht nur heuristischen, sondern auch normativen Charakter hat (§ 7 I 2 a), muss ich mich abschließend der Frage nach seinem Geltungsgrund stellen (§ 8 IV 1). Dabei bieten sich Art. 3 GG bzw. die verschiedenen Ausprägungen des allgemeinen Gleichheitssatzes im Unionsrecht als Anknüpfungspunkt nicht zuletzt deshalb an, weil sie ständig in Verbindung mit den jeweiligen Gleichbehandlungsgrundsätzen genannt werden. Die entscheidende Frage lautet, ob das staatsgerichtete Gleichbehandlungsgebot auch innerhalb privatrechtlicher Beziehungen gelten kann. Diese einfache Frage hat erstaunlich komplizierte Lösungsvorschläge hervorgebracht

310 Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, 169 (Hervorhebung im Original).

(§ 8 IV 2). Ich werde daher untersuchen, ob der differenzierte und im Vergleich zur deutschen Debatte fruchtbare Umgang mit Gleichbehandlungspflichten Privater im Unionsrecht einen gangbaren methodischen Weg weist, die unmittelbare Grundrechtsgeltung von Gleichbehandlungsgrundsätzen auch im Privatrechtsverkehr praktikabel zu machen (§ 8 IV 3). Daher gilt es zu prüfen, ob das Prinzip personaler Gleichheit ein solches Modell sein kann, mit dem die verschiedenen grundrechtlichen Autonomiebereiche und Gleichbehandlungsansprüche privatrechtlich konkretisiert und kompatibelisiert werden können (§ 8 IV 4). Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung ihrer zentralen Aussagen (§ 9).

1. Teil:

Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts

§ 2 Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800

I. Gleiche Rechtsfähigkeit jeder Person

1. Gleichheit an „ursprünglichen“ Rechten im jüngeren Naturrecht

Die theoretische Grundlegung der Gleichheitsidee erfolgt im Naturrecht und vor dem Hintergrund der Gesellschaftsvertragstheorien, die auf der Idee der normativen Gleichheit aller Menschen basieren.¹ Die politischen Auswirkungen des Gleichheitsbegriffs sind im Kontext nationaler – sofern dieser Begriff im Europa des 18. Jahrhunderts überhaupt passt – Besonderheiten zu würdigen.² In Deutschland wurde seit Ende des 18. Jahrhunderts der Gleichheitsbegriff vor allem gegen die ständischen Ungleichheiten in der Gesellschaft mobilisiert.³ Auslöser und Katalysator waren die Ereignisse der Französischen Revolution. Gleichheit wurde in deren Gefolge vor allem als „Rechtsgleichheit“ verstanden.⁴ Danach sind sich alle Menschen hinsichtlich ihrer rechtlichen Stellung in der Gesellschaft gleich, auch wenn sie in anderen Merkmalen verschieden und daher ungleich sind. Das wird etwa bei dem Zeitgenossen *Johann Christoph Hoffbauer* (1766-1827) deutlich:

*„Die ursprünglichen Rechte des Menschen werden durch seine Natur bestimmt. Die menschliche Natur ist aber bey allen und jeden Menschen eine und eben dieselbe, es müssen daher alle Menschen ursprünglich gleiche Rechte haben, oder der eine Mensch muß eben die Rechte haben, welche jeder andere hat; so lange keiner von ihnen ein Recht veräußert, oder ein neues Recht erworben hat. Hierin besteht die ursprüngliche rechtliche Gleichheit, oder, wie man es auch nennt, die natürliche Gleichheit der Menschen.“*⁵

Die zeitgenössischen Konzeptionen der „ursprünglichen Rechte“ des Menschen weisen eine große Vielfalt auf; sie reichen von wenigen Grundprinzipien⁶ hin zu

1 *Damm*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 93-100; *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 140 ff.

2 *Damm*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 106.

3 Siehe zur Entwicklung auch die knappe Skizze von *Stolleis*, Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: *Wolfrum*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 7, 10 ff.

4 *Damm*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 124 ff; zum Folgenden vgl. auch *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 161 ff.

5 *Hoffbauer*, Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts, 1795, 246.

6 So bei *Hoffbauer*, Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts, 1795, 122 f.

ganzen Menschenrechtskatalogen.⁷ Im Kern geht es diesen Menschenrechten immer um die „natürliche Freiheit“, die prinzipiell als gleiche Freiheit oder Freiheit Gleicher konzipiert wurde.⁸ Gleichheit wurde im Naturrecht also nicht deskriptiv aufgefasst, sondern hatte betont postulativen Charakter. Den Vertretern des jüngeren Naturrechts⁹ ab ca. 1780 ging es um die Gleichheit an „ursprünglichen“ oder „angeborenen“ Rechten. In diesen Menschenrechten drückt sich der zeitgenössische Freiheitsbegriff aus.¹⁰ Weil es um eine gesellschaftspolitische Gleichheitsaussage ging, bestand ein elementarer Sachzusammenhang zu den Rechtsverhältnissen der betroffenen Akteure.¹¹ Der naturrechtliche Gleichheitsbegriff ist daher ein sozialer Rechtsbegriff.¹² Anders als im klassischen Naturrecht wurde das Prinzip der Gleichheit der Rechte nicht mehr auf den Naturzustand fixiert und damit seine sozialpolitische Sprengkraft neutralisiert.¹³ Es wurde jetzt in ein gesellschaftliches Organisationsprinzip umgedeutet, das es im Staat zu verwirklichen galt.¹⁴ Die Freiheitsrechte und die Menschenrechte – mit ihnen zwangsläufig auch das Prinzip „Rechtsgleichheit“ – traten zunehmend normativ auf und beschränkten sich nicht mehr auf ein Dasein als philosophische, religiöse oder sittliche Idee.¹⁵ Sie wurden zugleich resistent gemacht gegenüber ihrer Veräußerung.¹⁶ „Der Mensch hat zwar die Befugnis“, schrieb *Heinrich Stephani* (1761-1850), „seine Personalrechte nicht zu gebrauchen; aber nicht die Befugniß, solche wegzugeben, weil sie unveräußerlich sind.“¹⁷ Sie sind unveräußerlich, „weil sie von unserer Person unzertrennlich sind.“¹⁸

7 Vertiefend dazu *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 119 ff.

8 Vertiefend *Rückert*, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305, 307 ff.

9 Zur Abgrenzung vom älteren Naturrecht vgl. *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 14 f.

10 *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 123.

11 *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 19.

12 *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 95 [dort schon zum Begriff im älteren Naturrecht].

13 *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 97 ff.

14 *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 184 ff.; *Klippel*, Naturrecht als politische Theorie, in: Bödeker/Herrmann, Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung, 1987, 267, 273 f.

15 *Rückert*, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305, 310.

16 Dazu *Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 125 ff.; *Klippel*, Persönliche Freiheit und Vertrag, in: Kervégan/Mohnhaupt, Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 1999, 133.

17 *Stephani*, Grundlinien der Rechtswissenschaft, 1797, § 158, S. 74.

18 *Stephani*, Grundlinien der Rechtswissenschaft, 1797, § 160, S. 74.

2. Die Neukonzeption der bürgerlichen Gesellschaft

Ebenfalls ab 1780 begann man langsam, das Verhältnis von Staat und Gesellschaft neu zu interpretieren.¹⁹ In der Tradition der klassischen politischen Philosophie wurde der Staat mit der „politischen“ und „bürgerlichen Gesellschaft“ gleich²⁰ und einer „natürlichen“ Gesellschaft als vor- oder außerstaatlicher Ordnung entgegengesetzt.²¹ Immanuel Kant (1724-1804) benutzte die überkommenen Begrifflichkeiten noch in der *Metaphysik der Sitten* (1797), wo er den Staat (*civitas*) als „Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“²² beschreibt und ihn gleichsetzt mit der *societas civilis*,²³ der bürgerlichen Gesellschaft. Andere differenzieren hier schon auf begrifflicher Ebene. Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833) unterschied beispielsweise die bürgerliche Gesellschaft vom Staat, den er als Zustand einer „organisierten bürgerlichen Gesellschaft“²⁴ beschrieb und in dem er die „vollkommene Sicherung wechselseitiger Freiheit“²⁵ der Bürger und die „Idee rechtlicher Freiheit“²⁶ realisiert sah. Die Stelle zeigt, dass sich die Begriffe „bürgerliche Gesellschaft“ und „Staat“ seit 1780 langsam auseinander bewegten.²⁷ Bemerkenswert ist die 1782 erschienene Schrift *Ueber die Schicklichkeit der Aufwandsgesetze* von Samuel Simon Witte (1738-1802).²⁸ Er entwarf darin die Konzeption einer bürgerlichen Gesellschaft, die begrifflich vom Staat zu trennen ist und als freie Marktgesellschaft von Individuen, die mit Freiheitsrechten versehen sind, verstanden wird, und in die der Staat nicht ohne weiteres eingreifen darf.²⁹ Damit nahm er ein Begriffsverständnis vorweg, das sich ab 1800 verstärkt durchsetzen wird. Der Ausdruck „bürgerlich“ wird nicht mehr als gleichbedeutend mit „politisch“ gebraucht, sondern bezeichnet nur mehr die „gesellschaftliche“ Stellung des privatisierten Bürgers im – von der Gesellschaft streng geschiedenen – Staat.³⁰ Das ist die von Georg Friedrich Wilhelm Hegel (1770-1831) in der *Rechtsphilosophie* (1820/21) zusammen-

19 Näher Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 136 ff.

20 Vgl. Locke, Two Treatises of Government, 1689, II § 7: „Of Political or Civil Society“.

21 Dazu Riedel, Der Begriff der „Bürgerlichen Gesellschaft“ (1962), in: Riedel, Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1969, 135, 138 ff; Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 35 ff, 57 ff.

22 Kant, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 313.

23 Kant, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 314.

24 Feuerbach, Anti-Hobbes, 1798, 35.

25 Feuerbach, Anti-Hobbes, 1798, 35.

26 Feuerbach, Anti-Hobbes, 1798, 38.

27 Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 136 ff.

28 Witte, Ueber die Schicklichkeit der Aufwandsgesetze, 1782.

29 Klippel, Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland, in: Mohnhaupt, Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990), 1991, 364.

30 In Anlehnung an Riedel, Der Begriff der „Bürgerlichen Gesellschaft“ (1962), in: Riedel, Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1969, 135, 146.

gefasste und begrifflich geprägte neue Konzeption der bürgerlichen Gesellschaft:³¹

„Die Individuen sind als Bürger dieses Staates Privatpersonen, welche ihr eigenes Interesse zu ihrem Zwecke haben.“³²

„Bürgerlich“ ist nicht mehr gleichbedeutend mit „politisch“, und „Gesellschaft“ impliziert keine Organisationseinheit mehr, sondern nur mehr die Summe einzelner Personen mit je eigener Zweckverfolgung.³³ Die Individuen werden zwangsläufig zu „Mitglieder[n] der bürgerlichen Gesellschaft“³⁴, weil „der selbstsüchtige Zweck in seiner Verwirklichung [...] durch die Allgemeinheit bedingt“³⁵ ist. Um in diesem „System allseitiger Abhängigkeit“³⁶ die Befriedigung seiner Bedürfnisse zu erreichen, muss sich der Einzelne „zu einem Gliede in der Kette dieses Zusammenhangs machen“.³⁷ Der Mensch wird zum „Bürger (als bourgeois)“³⁸. Bürgerliche Gesellschaft ist daher „eine Verbindung der Glieder der als selbstständiger Einzelner in einer somit formellen Allgemeinheit, durch ihre Bedürfnisse, und durch die Rechtsverfassung als Mittel der Sicherheit der Personen und des Eigentums und durch eine äußerliche Ordnung für ihre besonderen und gemeinsamen Interessen“ im Staat.³⁹ Dieses Begriffsverständnis, nicht aber ihre politische Funktion in Hegels Gesellschaftstheorie⁴⁰, hat sich dann im 19. Jahrhundert rasch durchgesetzt.

3. Gleichheit im Privatrecht – Orientierungsversuche

a) Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht

Mit dieser konzeptionellen Trennung koinzidiert die Geburt des „Privatrechts“ als eigenständige, vom staatlichen (öffentlichen) Recht zu trennende Materie.⁴¹

31 Zu diesen Aspekten vertiefend Riedel, Der Begriff der „Bürgerlichen Gesellschaft“ (1962), in: Riedel, Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1969, 135, 145 ff; Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 40 ff.

32 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 187, S. 190.

33 Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 42.

34 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 187, S. 190.

35 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 183, S. 187.

36 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 183, S. 187.

37 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 187, S. 190.

38 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 190, S. 195.

39 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 157 S. 164 f.

40 Die Entwicklung der Differenz von Staat und bürgerlicher Gesellschaft ist bei Hegel notwendige Voraussetzung für die Begründung des Primats des Staates; die bürgerliche Gesellschaft war also Mittel zum Zweck; vgl. Horstmann, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, in: Siep, G.W.F. Hegel – Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1997, 193, 210 ff, insb. 214 f; Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 47 f.

41 Dazu vertiefend Björne, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, 1984, 113 ff; Grimm, Politische Funktion der Trennung, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 84 ff; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, 51 ff; Schröder, FS Gernhuber, 1993, 962 ff; teilweise überholt Bullinger, Öffentliches Recht, 1968, 13 ff.

Kant hat diese Entwicklung wohl weniger geprägt als vielmehr treffend zusammengefasst:⁴²

„Die oberste Eintheilung des Naturrechts kann nicht (wie bisweilen geschieht) die in das natürliche und gesellschaftliche, sondern muß die ins natürliche und bürgerliche [lies: staatliche] Recht sein: deren das erstere das Privatrecht, das zweite das öffentliche Recht genannt wird. Denn dem Naturzustande ist nicht der gesellschaftliche, sondern der bürgerliche [lies: staatliche] entgegengesetzt: weil es in jenem zwar gar wohl Gesellschaft geben kann, aber nur keine bürgerliche (durch öffentliche Gesetze das Mein und Dein sichernde), daher das Recht in dem ersteren das Privatrecht heißt.“⁴³

Das Privatrecht regelt also die Rechte unter den Individuen und das öffentliche Recht sorgt für den Rechtsschutz und sichert die Möglichkeiten der Ausübung privatrechtlicher Freiheiten. Ein isoliertes, „natürliches“ Privatrecht wäre nicht in der Lage, seine freiheitsverbürgende Kraft zu entfalten. Nach *Franz von Zeiller* (1751-1828), der als Beisitzer der Hofkommission in Justizgesetzsachen maßgeblichen Einfluss auf die Entstehung des ABGB ausübte,⁴⁴ konnte der vom „natürlichen Privat-Recht“ erfasste „außerbürgerliche Zustand“ „kein wirklicher rechtlicher Zustand seyn“.⁴⁵ Nur im Staat „kann der rechtliche Zustand zur Wirklichkeit gebracht werden“.⁴⁶ Im Wortlaut:

„Das Rechtsverhältnis zwischen der obersten Macht und den Unterthanen wird durch das öffentliche (Staatsrecht), jenes zwischen Privaten durch das bürgerliche Privatrecht bestimmt.“⁴⁷

Zeiller benutzte den Begriff „bürgerlich“ hier schon im neuen, modernen Sinn. Das war der um 1800 erreichte Zustand. Er ließ prinzipiell noch offen, ob und wie der Staat das Privatrecht gestalten kann.⁴⁸ Das ging vielen Vertretern des jüngeren Naturrechts nicht weit genug.⁴⁹ Daher arbeitete man weiter an der Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht. Ihr kam eine politische Funktion zu: Privatrecht sollte einen Freiraum der bürgerlichen Gesellschaft vor dem unkontrollierten Zugriff des Staates sichern.⁵⁰ Prinzipielles Privatrecht diene als

42 Vgl. *Björne*, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, 1984, 115 f.

43 Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 242.

44 *Floßmann*, U., Artikel „Zeiller, Franz von“, HRG, Bd. V, 1998, Sp. 1637.

45 *Zeiller*, Jährlicher Beytrag, 1806, 2.

46 *Zeiller*, Jährlicher Beytrag, 1806, 3.

47 *Zeiller*, Jährlicher Beytrag, 1806, 3.

48 *Schröder*, FS Gernhuber, 1993, 962, 973 f.

49 *Klippel*, Natürliches Privatrecht, in: *Klippel*, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 221, 233 ff.

50 *Grimm*, Politische Funktion der Trennung, in: *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 84, 99 ff; *Klippel*, Natürliches Privatrecht, in: *Klippel*, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 221, 237 ff; allgemein zur politischen Funktion des jüngeren Naturrechts auch im 19. Jahrhundert *Klippel*, Naturrecht als politische Theorie, in: *Bödeker/Herrmann*, Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung, 1987, 267, 273 ff.

Verfassungssatz.⁵¹ Zeiller tendierte in diese Richtung.⁵² Ob ihm diese politische Dimension bewusst war, bleibt fraglich, weil ihm nur das öffentliche Recht der politischen Gesetzgebung zugänglich schien.⁵³ Die politische Bedeutung des Privatrechts überdauert das Zeitalter des natürlichen Privatrechts und wird Teil des Programms der Historischen Rechtsschule.⁵⁴ So kommt beispielsweise sowohl dem Gewohnheits- wie dem Pandektenrecht bei Georg Friedrich Puchta (1798-1846) eine politische Dimension zu, wie Hans-Peter Haferkamp gezeigt hat.⁵⁵ Die fortbestehende politische Bedeutung des Privatrechts darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die dafür maßgeblichen Gründe⁵⁶ und ihre politische Stoßrichtung sowohl gegenüber dem natürlichen Privatrecht als auch gegenüber Hegel⁵⁷ deutlich geändert haben. Dazu Joachim Rückert:

„Politisch richtete man sich gegen den neuen bürokratischen Zentralismus, der schon seit dem späten 18. Jahrhundert die mächtigen Kodifikationsbewegungen trug, von „rechts“ wie „links“. [...] Positiv politisch gab sich die Historische Rechtsschule vermittelnd, genauer: reformkonservativ.“⁵⁸

Es ging mit den Worten Puchtas darum, „das Recht sicherzustellen, gegen die Staatskünstler, mögen sie in der Jakobinermütze oder in der Tiara auftreten.“⁵⁹

b) Systeme der Freiheit: formelle Gleichheit vs. „gänzlicher Gleichheit“

Angesichts der Schwierigkeiten, das Gleichheitspostulat im öffentlichen Recht zu verwirklichen,⁶⁰ wird ab 1800 zunehmend das Privatrecht dafür mobilisiert. Wie Diethelm Klippel nachgewiesen hat, wurden die Prinzipien der Gleichheit und der Freiheit zu den Grundsätzen des „natürlichen Privatrechts“ jener Zeit.⁶¹ Joa-

51 Dazu Grimm, Recht und Staat, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 192 ff.

52 Vgl. Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 4: „...daß wir im Staate die Rechte nicht erst von dem guten Willen der Machthaber (als Rechtsgesetzgeber) empfangen, sondern nur unter ihrem Schutze der, von einer höheren Macht [der Vernunft] verliehenen Rechte sicher teilhaft werden sollen.“ Zum Programm Zeillers vgl. Schmidlin, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 192, 206 f; Grimm, Zeiller, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 212, 217 ff.

53 Vgl. Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 41.

54 Dazu zuletzt weiterführend Rückert, JZ 2010, 1 ff.

55 Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 143 ff, 434 ff; allgemein zur politischen Dimension des (Privat-)Rechts bei Puchta Rückert, Autonomie des Rechts, 1988, 79 ff.

56 Zu Puchta siehe Rückert, Autonomie des Rechts, 1988; Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 311 ff und Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, 256 ff.

57 Dazu Rückert, Autonomie des Rechts, 1988, 80 f.

58 Dazu jetzt knapp bilanzierend Rückert, JZ 2010, 1, 3.

59 Brief v. 16.2.1844 an Ernst Ludwig von Gerlach, abgedruckt in Liermann/Schoeps (Hrsg.), Materialien zur preußischen Ehrechtsreform im Vormärz, 1961, 501 f (hier zitiert nach Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 436).

60 Dazu Dann, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 164 ff.

61 Klippel, Natürliches Privatrecht, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 221, 237 f.

chim Rückert hat auf das „besondere Problem der Juristen“ hingewiesen, diese normativen Forderungen vor dem Hintergrund der zeitgenössischen Gesellschaftsordnung mit dem positiven Recht zu vereinbaren.⁶² Seine auf die Freiheitsforderung gemünzte Frage lässt sich gleichermaßen für die Gleichheitsforderung stellen: Gilt sie „sofort und strikt, für alle, für immer, überall, in vollem Maße, nur prinzipiell oder streng“?⁶³ Vor allem die letzten drei Fragen beschäftigte die Privatrechtstheorie des ausgehenden 18. und des frühen 19. Jahrhunderts. Strikte Gleichheit, in vollem Maß, auch für die Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft untereinander – das hätte revolutionäre Auswirkung gehabt. Vor allem aber: Wie hätte es sich mit der Freiheit verhalten? Die von Anfang an verfolgte Lösung war so einfach wie genial – jedenfalls für die Gesellschaftsordnung in Deutschland und Österreich um 1800: Beide Prinzipien wurden in ein bestimmtes, für die nachfolgende Entwicklung grundlegendes Verhältnis gebracht: Es ging nicht so sehr um rechtliche Freiheit *und* rechtliche Gleichheit, sondern um *gleiche rechtliche Freiheit*. Gleichheit bedeutete Gleichheit in der Freiheit.⁶⁴ Gleichheit wurde zum Adjektiv. Rechtsgleichheit im Privatrecht war notwendige Voraussetzung, damit es die ihm zugewiesene Aufgabe der Freiheitssicherung erfüllen konnte.

Exemplarisch kann man das bei *Franz von Zeiller* verfolgen.⁶⁵ Nach *Zeiller* ist „gesetzliche Gleichheit“⁶⁶ letztlich identisch mit dem von ihm als „Urrecht“ bezeichneten „Recht, der Persönlichkeit“. Darunter versteht er „das Recht, die Würde eines vernünftigen, freyhandelnden Wesens zu behaupten, oder auch das Recht zur gesetzlichen Freyheit, d. h. zu allen, aber auch nur zu denjenigen Handlungen, bey denen ein geselliger Zustand freyhandelnder Wesen Statt finden kann“.⁶⁷ Damit knüpft er an seinen freiheitsbezogenen Rechtsbegriff an,⁶⁸ der jedenfalls in der Sache wesentliche Gemeinsamkeiten mit *Kants* Rechtsbegriff⁶⁹ aufweist.⁷⁰ Das „Urrecht“ ist letztlich ein subjektives Recht zum Han-

62 *Rückert*, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305, 310 ff.

63 Vgl. *Rückert*, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305, 310 f.

64 Vgl. *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 11, 12.

65 Dazu *Grimm*, *Zeiller*, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 212 ff.

66 *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 65 f.

67 *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 65.

68 Vgl. *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 6 ff.

69 Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 230: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

70 Zur problematischen Frage, ob er auch tatsächlich auf Kant zurückgeht, vgl. *Luf*, FS Schwartländer, 1992, 93, 96 ff.

deln.⁷¹ Nur in Bezug auf dieses Recht, eine freie Person⁷² zu sein, sind sich alle Menschen gleich:

„Bloß als gewöhnlicher Mensch betrachtet, kann also keiner ein Recht vor dem anderen voraus haben.“⁷³

Die „ursprüngliche rechtliche Gleichheit“, so Zeiller, „[ist] also nicht als ein für sich bestehendes (von den übrigen verschiedenes Recht) zu betrachten“.⁷⁴ Handeln die Personen in Ausübung ihrer Freiheit werden die Rechte der einen beschränkt und der anderen erweitert. Das produziert zwangsläufig eine „Ungleichheit an Rechten“⁷⁵. Die Grenzen dieser Handlungsfreiheit werden – innerhalb des natürlichen Privatrechts – nur vom Prinzip der gleichen Freiheit aller Übrigen gesetzt.⁷⁶

Das ist zum einen eine zeittypische Reaktion auf die Französische Revolution⁷⁷ – Zeiller spricht von den „Gräuelthaten der neueren Zeit“ – und zum anderen Ausdruck einer liberalen Wirtschaftstheorie. Das wird offensichtlich bei seiner Begründung der ungleichen Eigentumsverteilung:

„Das Recht des Eigentümers ist bey allen das nämliche; nur die Gegenstände (die Materie), worauf es angewendet wird, sind nach Art und Maß verschieden. Hierdurch klärt sich denn zugleich auf, warum bey dem gleichen (formelen) Urrechte und bey dem, selbst in materieller Beziehung noch gleichen, angeborenen Recht auf Sachen überhaupt die (materiellen und) erworbenen Rechte auf bestimmte Sachen verschieden sind; ja bey der unausweichlichen Verschiedenheit der Lagen und Verhältnisse, der mannigfaltigen geistigen und körperlichen Kräfte, vermittelt welcher Rechte erworben oder verloren werden, ungleich seyn müssen.“⁷⁸

Wollte man hier Gleichheit herstellen, würde man „größte Ungerechtigkeit“ begehen und „die freye Thätigkeit der Menschen in Rücksicht äußerer Gegenstände“ vernichten.⁷⁹ Das Urteil zur materialen Gleichheit fällt daher deutlich aus. Es ist nach Zeiller „ein juristisches Unding“⁸⁰:

71 Vgl. Schmidlin, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 192, 195 ff.

72 Vgl. Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 7: „Der Mensch denkt sich also nothwendig als ein freythätiges Wesen, als eine Person.“

73 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 81.

74 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 81.

75 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 80 f.

76 Vgl. Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 103; dazu dass Zeiller das erst später auftauchende Phänomen von Vermögens- und Machtakkumulation nicht erkennen konnte, Schmidlin, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 192, 208 f.; Luf, FS Schwartländer, 1992, 93, 106.

77 Vgl. dazu allgemein Dann, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 143 ff.; Majer, Die Französische Revolution als Hintergrund der europäischen Grundrechts- und Privatrechtsentwicklung, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 137, 137 ff.

78 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 106.

79 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 106.

80 Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 41.

„Ganz widersinnig aber ist die Behauptung einer wirklichen, gänzlichen Gleichheit der Rechte“.⁸¹

Mit der Betonung der gleichen Ausgangsposition aller Personen und der Ablehnung einer im Privatrecht zu verwirklichenden „gänzlichen“ Gleichheit steht Zeiller in einer Tradition, die bereits Ende des 18. Jahrhunderts begonnen hat: der Bevorzugung der „formalen“ und die Ablehnung einer „materialen“ Konzeption von Gleichheit.⁸² Die oben zitierte⁸³ Passage von Hoffbauer kann man auch in diese Richtung interpretieren: Die Rechte der Menschen sind bei ihm gleich nur „so lange keiner von ihnen ein Recht veräußert, oder ein neues Recht erworben hat“. Erwerbsvorgänge produzieren Ungleichheiten. Man würde zu kurz greifen, wenn man daraus folgern wollte, dass Zeiller blind war gegenüber den sozialen Folgen dieses Vorgangs. Er sah ihre Lösung nur nicht als genuine Aufgabe des bürgerlichen Rechts an, sondern wies sie dem fürsorgenden Gesetzgeber – oder moderner gesprochen: dem Spezialgesetzgeber – zu.⁸⁴ Ähnlich sah es später auch Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Obwohl „der Reiche den Armen untergehen lassen“ kann, entspringt „die Hülfe, die dagegen stattfindet [...] nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des öffentlichen Rechts“.⁸⁵ Das Privatrecht wird von beiden davon rein gehalten.⁸⁶ Das sollte sich als zukunfts-trächtig erweisen.⁸⁷

c) Systeme der Gleichheit: Jakob Friedrich Fries (1773-1843)

Man hat also um 1800 an „Systemen der Freiheit“⁸⁸ gebaut. Zunächst waren es naturrechtliche Systeme angeborener und unveräußerlicher Freiheiten. Angesichts der zunehmenden Zahl der Gegner in methodischer, rechtlicher und politischer Hinsicht relativierte man die Geltungsansprüche der Freiheitskonzepte und suchte nach Konzeptionen, die kompatibel waren mit dem – nach wie vor freiheitseinschränkenden – positiven Recht.⁸⁹ Es gibt einen Gegenentwurf dazu, jedenfalls im Ausgangspunkt. Der Kantianer und Liberale⁹⁰ Jakob Friedrich Fries (1773-1843) plädiert in seiner *Philosophischen Rechtslehre* (1803) für einen ega-

81 Zeiller, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 81.

82 Dazu vertiefend Dam, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 159 ff.

83 Siehe § 2 I 1.

84 Vgl. Mayer-Maly, Zeiller, das ABGB und wir, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 1, 10 f.

85 Savigny, System, Bd. I, 1840, 371.

86 Vgl. weiterführend Rückert in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 42, 79.

87 Dazu Rückert, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 27 f.

88 Rückert, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 326.

89 Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 192; weiterführend Rückert, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 305 ff.

90 Deutlich etwa Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 115.

litären Rechtsbegriff. Er kritisiert *Kant* – inhaltlich kann man das auch auf *Zeiller* beziehen – dafür, die „persönliche Freiheit statt der Gleichheit zum Unrecht der Menschen zu machen“⁹¹:

„So ist auch in der Rechtslehre die Idee der Gleichheit der Personen das einzig reine Princip.“⁹²

Mit Gleichheit meint *Fries* nur die rechtliche Gleichheit.⁹³ Dieser komme Vorrang vor dem Prinzip der Freiheit zu:

„Die Rechtslehre hat nicht die Freyheit eines jeden vorauszusetzen, um zu bestimmen, was ihm erlaubt sey, sondern die Gleichheit von beyden, um zu bestimmen, was jedem zukomme, wenn zwei in Konflikt geraten.“⁹⁴

Dieses Denken wird im 20. Jahrhundert wieder modern.⁹⁵ *Fries* wurde dabei grundsätzlich und seine Aussagen klingen für uns heute sehr vertraut:

„[D]er Person kommt ein absoluter Werth, ein Werth schlechthin zu, d.h. Würde. Persönliche Würde lässt keine Vergleichung des größern oder kleinern zu, sondern nur das Verhältnis der Gleichheit. Dadurch wird das notwendige Gesetz für einen vernünftigen Willen bestimmt: Jeder Person kommt ein absoluter Werth als Würde zu, sie existiert als Zweck schlechthin und ihre Würde gibt jeder Person den gleichen und absoluten Werth mit jeder anderen.“⁹⁶

Man muss angesichts seiner 1816 publizierten Schrift *Über die Gefährdung des Wohlstandes und Charakters der Deutschen durch die Juden* aber präzisieren: jeder Person, außer dem Juden, solange er nicht vollständig integriert und damit kein Jude mehr ist.⁹⁷ *Hegel* war hier konsequenter, weil er darauf pochte, dass Juden „zuallererst Menschen sind“ und dass „durch die zugestandenen bürgerlichen Rechte vielmehr das *Selbstgefühl* als rechtliche Personen in der bürgerlichen Gesellschaft“ zustande kommt.⁹⁸

Zurück zu *Fries* egalitärem Rechtsbegriff. Aus dem „Sittengesetz“⁹⁹ gleicher Würde folgt eine eingeschränkte Rechtspflicht. Diese „gebietet mir nicht, *den anderen zu behandeln*, sondern nur, *wenn ich ihn handle, seine Würde zu respektieren*.“¹⁰⁰ Anders formuliert:

91 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 24.

92 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, XVII.

93 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, XVI.

94 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 25.

95 Vgl. *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 123 ff.

96 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 6 f.

97 Weiterführend und sehr differenzierend *Hubmann*, Sittlichkeit und Recht, in: Gronke/Meyer/Neiße, Antisemitismus bei Kant und anderen Denkern der Aufklärung, 2001, 125, 125 ff.

98 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 270 A, S. 264; dazu *Hubmann*, Sittlichkeit und Recht, in: Gronke/Meyer/Neiße, Antisemitismus bei Kant und anderen Denkern der Aufklärung, 2001, 125, 132 ff.

99 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 7.

100 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 14 (Hervorhebungen im Original).

„Wenn Menschen in Gemeinschaft kommen, so hat ein jeder das Recht zu fordern, daß jeder andere ihn als Seinesgleichen handle.“¹⁰¹

Das sagt kein Naturrechtler. *Fries* unterschied zwischen dem endgültigen Rechtszustand, in dem das Rechtsgesetz „wirklich gilt“ und den „provisorischen Rechtszuständen“, die sich dem Ziel annähern, ohne es zu erreichen.¹⁰² Er war insoweit Positivist¹⁰³ oder – genauer: ein Vertreter idealistisch-wissenschaftlicher Rechtspolitik.¹⁰⁴ Daher ist das Rechtsgesetz persönlicher Gleichheit „nur in der Idee allgemeingültig“, die „wirkliche Geltendheit dieses Gesetzes kann nur durch Kunst in der menschlichen Gesellschaft eingeführt werden“ und „die Politik soll bestimmen, wie das Gesetz in der Gesellschaft der Menschen geltend zu machen sei.“¹⁰⁵ In der Vorrede macht er das noch deutlicher:

„Die Politik beantwortet hier die Frage: Wenn Menschen friedlich, d. h. zuletzt nach dem Prinzip der Gleichheit zusammenleben wollen, wie sollen sie dieß veranstalten? Die philosophische Rechtslehre hingegen sagt: ihr sollt nach dem Prinzip der Gleichheit zusammenleben und eure Gesellschaft demgemäß einrichten.“¹⁰⁶

Der Begriff „Gesellschaft“ wurde von *Fries* meistens undifferenziert iSv *societas civilis* verwendet. Aus dem jeweiligen Zusammenhang ergibt sich, ob er damit den Staat meint oder die „bürgerliche Gesellschaft“. Das Rechtsprinzip, jeden als Gleichen zu behandeln, gilt auch für die bürgerliche Gesellschaft. *Fries* trennte zwischen der persönlichen Gleichheit, soweit sie für die „Rechtsverhältnisse der Einzelnen untereinander“ gilt und der „vereinigten Menge aller einzelnen Mitglieder der Gesellschaft [...] im Staate“.¹⁰⁷ Trotz dieses ganz unterschiedlichen Ausgangspunkts war sich *Fries* im Ergebnis mit *Zeiller* einig, dass es keine materiale Gleichheit geben kann. Es ist ihm zwar ein zentrales Anliegen, dass das Eigentum „nach dem Grundsatz der Gleichheit in der Gesellschaft vertheilt werden“ muss.¹⁰⁸ Ja, „die Vertheilung des Eigentums überhaupt und nicht nur die bloße Sicherstellung desselben“ war nach *Fries* der einzig rechtlich notwendige Staatszweck.¹⁰⁹ Die „wirkliche Vertheilung“¹¹⁰ muss aber dem Einzelnen „alle Freyheit der eignen Bewegung“¹¹¹ lassen:

101 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 34.

102 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 34 ff.

103 Vgl. *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 99 ff.

104 So die Einschätzung von *Rückert*, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Kervégan/Mohnhaupt, Recht zwischen Natur und Geschichte, 1997, 328.

105 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 35.

106 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, XVIII.

107 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 56, 74.

108 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 49 ff.

109 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 104 ff.

110 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 126.

111 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 128.

„Soll also die möglichste Freyheit mit der möglichsten Gleichheit im Leben vereinigt werden, so wird es Privatgeschäfte und Privatbesitz geben müssen“.¹¹²

Daraus folgt für Fries zwangsläufig, dass es materiale Ungleichheit oder – wie er es formuliert – „Reichthum und Armuth“¹¹³ geben kann.

4. Allgemeine Rechtsfähigkeit als Konzeption gleicher rechtlicher Freiheit

a) Die Rechtsfähigkeit als Grundbegriff des Privatrechts

Damit rückt in beiden Konzeptionen – der Freiheits- und der Gleichheitskonzeption des Rechts – die gleiche Rechtsfähigkeit jedes Menschen in den Mittelpunkt. In der allgemeinen Rechtsfähigkeit jedes Menschen konkretisiert sich das Prinzip der formellen Rechtsgleichheit im Privatrecht. Die Rechtsfähigkeit sagt, wer zu einer Gesellschaft dazugehört, sie ist die „Eintrittskarte in die bürgerliche Gesellschaft“¹¹⁴. Der Begriff wurde erst um 1800 geprägt.¹¹⁵ Beispielhaft kann man *Anton Friedrich Justus Thibaut* (1772-1840) nennen, der in der ersten Auflage seines Pandekten-Rechts 1803 von „Rechtsfähigkeit“ sprach.¹¹⁶ Rechtsfähig konnten nur Personen sein. Dazu *Thibaut*:

„Derjenige, welcher in irgendeiner Rücksicht als Subject eines Rechts betrachtet wird, heißt insofern Person, besonders insofern man ihn als Subject bürgerlicher Rechte betrachtet.“¹¹⁷

Der Personenbegriff beinhaltet im 18. Jahrhundert noch nicht zwangsläufig jeden Menschen. Nicht jeder Mensch war „Person“, nicht jeder Mensch war daher rechtsfähig. Dies war dem preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 noch ganz klar:

„Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt.“ (ALR I 1 § 1)¹¹⁸

Die Rechtsfähigkeit war danach abgestuft. Damit einher geht der eingeschränkte Freiheitsbegriff des Allgemeinen Landrechts:¹¹⁹ „Die allgemeinen Rechte des Menschen gründen sich auf die natürliche Freyheit,“¹²⁰ aber die „besonderen Rechte und Pflichten der Mitglieder des Staates [gemeint iSv *societas civilis*] beruhen auf dem persönlichen Verhältnis, in welchem ein jeder gegen den andern

112 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 128.

113 Fries, Philosophische Rechtslehre, 1803, 128.

114 Paulus, JuS 1994, 367, 367.

115 Siehe Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989, 284; Duve in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 6.

116 Thibaut, System des Pandekten-Rechts (Bd. I) 1803, 140.

117 Thibaut, System des Pandekten-Rechts (Bd. I) 1803, 140 (Hervorhebung im Original).

118 Abgedruckt bei Hattenbauer, Allgemeines Landrecht, 1970, 55.

119 Dazu Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 169 f; Schwennicke, Entstehung der Einleitung des PrALR, 1993, 333 ff.

120 Einl. § 83 ALR, bei Hattenbauer, Allgemeines Landrecht, 1970, 54.

[...] sich befindet.“¹²¹ Mit dem Begriff der Rechtsfähigkeit wurde zunächst der Personenbegriff des älteren Naturrechts¹²² mit dem status-Begriff kombiniert und auf höherer Ebene abstrahiert.¹²³ Der *status civilis* eines Menschen bestimmte vor 1800 seine Rechtsstellung.¹²⁴ Der *status civilis* beruhte allein auf Rechtsvorschriften, in denen die zeitgenössischen Anschauungen über die Verschiedenheit innerhalb der Gesellschaft normiert waren.¹²⁵ Dem stand ein *status naturalis* gegenüber, der alle Rechtsstellungen erfasste, die auf die Verschiedenheit der menschlichen Natur, vor allem den physischen Eigenschaften eines Menschen,¹²⁶ zurückgeführt wurden.¹²⁷ Unter Beeinflussung von *Kants* moralphilosophischem Personenbegriff¹²⁸ kam es um 1800 zu einer epochalen Neukonzeption des philosophischen und juristischen Personenbegriffs: Jeder Mensch ist als vernünftiges Wesen Person. Das sah *Zeiller* ganz klar.¹²⁹ Das setzte sich im 19. Jahrhundert auch in der Historischen Rechtsschule durch. Weil alles Recht vorhanden ist, um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen, „muß der ursprüngliche Begriff der Person zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen“ schrieb *Friedrich Carl von Savigny* – insoweit ganz kantianisch¹³⁰ – und schloss daraus:

„Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.“¹³¹

Savigny verwendete dabei ganz bewusst die Einschränkung „ursprünglich“¹³², um den Begriff der Person ausdehnen zu können auf die juristische Person.¹³³ Auch bei *Georg Friedrich Puchta* forderte gerade der Freiheitsbezug des Rechts die Anerkennung aller anderen Individuen als gleichermaßen freie Personen und als Willenssubjekt.¹³⁴

121 Einl. § 84 ALR, bei *Hattenbauer*, Allgemeines Landrecht, 1970, 54.

122 Dazu *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 170.

123 *Duue* in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 6.

124 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 168 f., 205.

125 Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 168 f., 205.

126 Vgl. *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Bd. I, 1805, 156.

127 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, 169.

128 *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 223 [„Person ist dasjenige Subject, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind“].

129 *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht, 1819, 6.

130 Zum schwankenden Boden der *Kant*-Rezeption bei *Savigny* vgl. *Rückert*, Kant-Rezeption, in: Thompson, John Locke und/and Immanuel Kant, 1991, 192 ff.

131 *Savigny*, System, Bd. II, 1840, 2.

132 Vgl. *Savigny*, System, Bd. II, 1840, 2: „ursprüngliche Begriff“, „ursprüngliche Identität“.

133 Vgl. *Savigny*, System, Bd. II, 1840, 2. Zum konzeptionellen Problem der juristischen Person in einem auf die Willensbegabung festgelegten Theoriegebäude siehe *Knieper*, Gesetz und Geschichte, 1996, 61 ff.

134 *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 353; *Mecke*, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, 470 ff.

b) *Der Vorreiter: Das galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) v. 1798*

Die Gleichsetzung von Rechtsfähigkeit und Mensch und das daraus zwingend folgende Postulat der gleichen Rechtsfähigkeit aller hat ihre Spuren in den deutschsprachigen Gesetzbüchern des 19. Jahrhunderts hinterlassen. Diesbezüglich begann das 19. Jahrhundert bereits am 1. Januar 1798. An diesem Tag trat für das österreichische Kronland Galizien und für die Bukowina das galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) in Kraft.¹³⁵ Das GBGB geht zurück auf einen Entwurf von *Karl Anton von Martini* (1726-1800) einer der maßgeblichen Juristenpersönlichkeiten Österreichs¹³⁶ in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, Lehrer *Zeillers*¹³⁷ und Wegbereiter des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB).¹³⁸ *Martini* war einerseits noch Repräsentant der Ideen des älteren Naturrechts.¹³⁹ Die „ursprünglichen Menschenrechte“¹⁴⁰ sind bei ihm noch keine festen, von der „Oberherrschaft“¹⁴¹ zwingend zu respektierenden Größen¹⁴² und sie sind inhaltlich noch auf die „allgemeine Wohlfahrt des Staates“ (§ 6 GBGB) ausgerichtet.¹⁴³ Andererseits legte er mit seinen Ausführungen den Grundstein des egalitären Personenbegriffs im GBGB, der eng mit der Eigentums- und Vertragsfreiheit in Zusammenhang steht.¹⁴⁴ Ganz modern war *Martini* in seinen Schriften, weil er aus der „vollkommenen Gleichheit der ursprünglichen Menschenrechte“ im Naturzustand („Menschen als Menschen“)¹⁴⁵ Konsequenzen für

135 Patent v. 13.2.1797 für Westgalizien, JGS 5. und 6. Regierungsjahr Franz Nr. 337/1797, S. 258 und Patent v. 8.9.1797 für Ostgalizien, JGS 5. und 6. Regierungsjahr Franz Nr. 373/1797, S. 502 [jeweils zugreifbar unter <http://alex.onb.ac.at/jgs.htm>]; dazu vertiefend *Brauneder*, Das GBGB: Europas erste Privatrechtskodifikation, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 303 ff.

136 Vertiefend *Hebeis*, Das juristische Werk des Karl Anton von Martini, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 93 ff; *Palme*, Der naturrechtliche Hintergrund Martinis, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 113 ff.

137 Dazu *Ingenhaeff*, Martini als Lehrer Zeillers, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 261 ff.

138 Dazu *Barta*, Martini Colloquium, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 15, 15 ff, der im Ganzen allerdings zu Überzeichnungen neigt.

139 So *Kalb*, Grundrechte und Martini, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 235, 251 f.

140 *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1799) [Original: De lege naturali positiones, 1762], 1799, § 140, S. 43.

141 *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1799) [Original: De lege naturali positiones, 1762], 1799, § 141, S. 44.

142 *Friedrich*, Martinis Reaktion auf die Publikation des AGB, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 443, 456 f; *Kalb*, Grundrechte und Martini, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 235, 244 ff.

143 Zu diesen Kriterien *Klippel*, Natürliches Privatrecht, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 221, 229.

144 Vgl. dazu *Barta*, Martini Colloquium, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 15, 80 ff.

145 *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1799) [Original: De lege naturali positiones, 1762], 1799, § 140, S. 43.

die Ehe ableitete und sie als gleichberechtigte Partnerschaft ansah.¹⁴⁶ In der Praxis blieb sein Entwurf für den ersten Teil eines Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (der unmittelbare Vorgänger der hier relevanten Teile des GBGB), freilich weit dahinter zurück.¹⁴⁷

Das „Zweyte Hauptstück“ des GBGB handelt „[v]on den Rechten der Personen“. § 28 GBGB stellt klar, dass die Menschen ihre angeborenen Rechte mit Eintritt in die bürgerliche Gesellschaft nicht verlieren. Zu den angeborenen Rechten der Menschen zählt „das Recht, mit dem, was ihm ganz eigen ist, frey zu schalten und zu walten“, § 29 GBGB. Darunter fällt das Recht, das Eigentum an einen andern zu übertragen und „mit wechselseitiger Einwilligung Verträge zu schließen“, § 30. Diese Rechte werden in § 31 gleichheitsrechtlich verankert:

„Diese Naturrechte bleiben unverändert auch im Kreise der bürgerlichen Gesellschaft, denn was nach diesen Rechten einem Menschen erlaubt ist, dieses kann anderen nicht verbothen, und was einem Menschen verbothen ist, kann anderen nicht erlaubt seyn.“¹⁴⁸

Dass damit eine formelle Gleichheit gemeint ist, folgt aus § 32, der übereinstimmend mit *Martinis* Auffassung¹⁴⁹ die Verschiedenheit der „erworbenen Rechte“ und den dadurch begründeten „Abstand unter den Menschen“ betont. Soweit der Grundsatz. Auch dieses Gesetzbuch kennt Ausnahmen. Privilegien („Begünstigungen und Freyheiten [...], welche der Gesetzgeber einzelnen Personen, oder auch ganzen Körpern verleiht“, § 49 GBGB) existieren fort, werden aber in § 50 GBGB immerhin unter sanften Rechtfertigungsdruck gestellt („Privilegien sind immer eine Ausnahme vom Gesetze, oder eine Beschränkung der Rechte der übrigen Bürger: der Grund ihrer Rechtfertigung liegt darin, daß sie nur aus erheblichen Ursachen und zur Erreichung des allgemeinen Endzwecks¹⁵⁰ verliehen werden“). Die Juden zählen nicht ohne weiteres zu den „Menschen“ iSv § 29 GBGB. Dies zu entscheiden obliege „eigenen politische[n] Verordnungen“, § 57 GBGB. Das GBGB trat zum 1.1.1812 außer Kraft, an seine Stelle trat das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB).¹⁵¹

146 Dazu *Floßmann*, Gleichheit und Ungleichheit, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 293, 295 ff.

147 Siehe *Friedrich*, Martinis Reaktion auf die Publikation des AGB, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 465 ff.

148 Fast wortgleich die Formulierung in *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1799) [Original: De lege naturali positiones, 1762], 1799, § 140, S. 43.

149 Dazu *Friedrich*, Martinis Reaktion auf die Publikation des AGB, in: Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Rechtskodifikation, 1998, 443, 459 f.

150 Dieser wird in § 7 GBGB definiert als „allgemeine Wohlfahrt des Staates, das ist die Sicherheit der Personen, des Eigentums und aller übrigen Rechte seiner Mitglieder“.

151 Patent v. 1.6.1811, JGS 1804-1816, Nr. 946. S. 275 [zugreifbar unter <http://alex.onb.ac.at/jgs.htm>].

c) Ein Siegeszug im 19. Jahrhundert

Das ABGB enthält den maßgeblichen Grundsatz formaler Rechtsgleichheit in seinem berühmten § 16:

„Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.“

Der Text postuliert einen normativen Akt („Jeder Mensch ist Person“) und muss ihn gleichzeitig noch legitimieren („weil jeder die gleichen angeborenen Rechte hat“).¹⁵² Und § 18 präzisiert:

„Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben.“

Zugleich aber versprach das ABGB mehr als die Rechtswirklichkeit halten konnte. Die Sozialordnung war noch deutlich von Standesgrenzen gekennzeichnet und basierte nicht auf allgemeiner Rechtsgleichheit.¹⁵³ Man konnte trotzdem von einem gleichen Privatrecht sprechen, wenn man Privatrecht begrifflich streng von den Standesrechten trennt. Das war der von Zeiller wohl exemplarisch für viele beschriebene Weg:¹⁵⁴ Privatrecht sind danach nur die Rechte und Erwerbsarten, „welche allen Mitgliedern, unbeschadet [ständischen] Verschiedenheit, auf gleiche Weise offen können stehen und sollen“.¹⁵⁵ Das Programm war zukunftsgerichtet. Diese Bahnen werden im 19. Jahrhundert nicht mehr verlassen, lediglich die naturrechtliche Begründung wird abgestreift. Deutlich wird das im Privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich (1853-55), das maßgeblich von Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) redigiert wurde.¹⁵⁶ Dessen § 1 lautete:

„Jeder Mensch ist in der Regel alles Privatrechts fähig. Kein Mensch ist rechtslos.“

Noch knapper formuliert § 30 des bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863¹⁵⁷ (sächs. BGB):

„Jeder Mensch ist rechtsfähig.“

Selbst das ist dem BGB noch zu viel. § 1 spricht nur mehr von der Rechtsfähigkeit des Menschen und legt deren Beginn fest. Die Begriffe Rechtsfähigkeit, Person und Rechtssubjekt werden gleichgesetzt.¹⁵⁸ Dass jeder Mensch „ohne Rück-

152 Vgl. Knieper, Gesetz und Geschichte, 1996, 56.

153 Ehrlich, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 69; Caroni, Privatrecht, 1988, 86 f.

154 Grimm, Zeiller, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 212, 222 ff.

155 Zeiller, Jährlicher Beytrag, 1806, 41.

156 Siehe Bluntschli, Erster Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, 1844.

157 GVBl. f. d. Königreich Sachsen, 1863, S. 1; zur Bedeutung näher Buschmann, JuS 1980, 553 ff. und vertiefend Abcin, Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, 1996 (passim).

158 Vgl. Gebhart in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 315; Duve in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 11.

sicht auf seine Individualität¹⁵⁹ rechtsfähig ist, ist in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts selbstverständlich geworden.¹⁶⁰ Die Vorgängerkodifikationen haben dem BGB den Weg dafür bereitet. Die *Motive* verweisen hier explizit auf §§ 16-18 ABGB, § 8 des Privatgesetzbuchs für Zürich und § 30 sächs. BGB.¹⁶¹

Obwohl im Text nicht ausdrücklich verankert, ist § 1 BGB ein grundlegendes Bekenntnis zur Rechtsgleichheit. Das war den ersten Rezeptoren des BGB, *Andreas von Thur* (1864-1925) etwa, völlig klar:

„Das bürgerliche Recht beruht auf dem Prinzip der Rechtsgleichheit: alle Menschen werden als gleichwertige Rechtssubjekte behandelt und können in gleichem Maße auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse einwirken.“¹⁶²

Der Redaktor des Allgemeinen Teils, *Albert Gebhard* (1832-1907), hat dazu auch deutlich Stellung genommen:

„[D]ie in der Lebensstellung der Individuen hervortretenden mannichfachen Ungleichheiten sollen keinen Anlaß zu rechtlichen Ungleichheiten geben.“¹⁶³

Die *Motive* übernehmen das fast wörtlich.¹⁶⁴ Aus dem Prinzip der Rechtsgleichheit ergibt sich für *Gebhard*, dass „das menschliche Individuum als solches, losgelöst von *mehr oder weniger zufälligen Eigenschaften* den Mittelpunkt der gestaltenden Rechtsordnung“¹⁶⁵ bildet. Das Prinzip der Rechtsgleichheit war als Versprechen konzipiert. Ein Versprechen, das die zeitgenössische Rechtsordnung insgesamt (noch) nicht einlösen konnte.¹⁶⁶ Es war für bestimmte Personengruppen eine „gebrochene Gleichheit“¹⁶⁷, weil das Recht „Enklaven ungleichen Rechts“¹⁶⁸ tolerierte oder selbst herstellte.¹⁶⁹ Beispielsweise war die gleiche Rechtsfähigkeit der Juden im Wesentlichen erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts erkämpft worden.¹⁷⁰ Das sächsische BGB führte in § 51 noch aus, dass die Verschiedenheit der Religion *in der Regel* keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte begründet. Im Übrigen wurden „[a]lle noch bestehenden, aus der Ver-

159 *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25.

160 Siehe *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25: Der Gesamtinhalt des Entwurfs bezeugt „diese von dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart geforderte und als *selbstverständlich* betrachtete Anerkennung“. (Hervorhebung hinzugefügt).

161 *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25.

162 *von Thur*, Der Allgemeine Teil, Bd. I, 1910, 397 f.

163 *Gebhard in*: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 356.

164 *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 25.

165 *Gebhard in*: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 356.

166 Dazu *Grimm*, Zeiller, in: *Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 212, 225-227; *Rückert* in: *HKK-BGB*, vor § 1 Rn. 39.

167 *Schwab*, Frauenrechte, in: *Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert*, 1997, 77, 83.

168 *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, in: *Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 33.

169 Siehe *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 36-46.

170 Vgl. die Darstellung bei *Gebhard in*: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 53 f.

schiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen Rechte“ mit dem Gesetz des Norddeutschen Bundes betreffend die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung v. 3.7.1869¹⁷¹ aufgehoben. Hinsichtlich ständischer Ungleichheiten war man weniger konsequent mit der Umsetzung des Gleichheitspostulats. Insbesondere die zahlreichen Adelsvorrechte wurden nicht beseitigt.¹⁷² Auf eine ausdrückliche Regelung im BGB nach dem Vorbild des § 51 sächsischen BGB, nach dem die Verschiedenheit des Standes in der Regel keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte begründe, wurde verzichtet. Nach *Gebhard* kam „[d]ie Zugehörigkeit zu einem Stande [...] im heutigen Recht nur ausnahmsweise in Betracht.“¹⁷³ Die Ausnahmen „haben ihre Stelle in dem Einführungsgesetze zu finden.“¹⁷⁴ Das taten sie denn auch.¹⁷⁵

II. Die Frau auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“

1. „Gebrochene Gleichheit“ im Eherecht des BGB

Das BGB hielt das Prinzip der gleichen Rechtsfähigkeit auch nicht konsequent durch, soweit es die Rechtsstellung der Frau betraf: Im Wirtschaftsverkehrsrecht war ihre Rechtsgleichheit prinzipiell gewährleistet, im Familienrecht konnte sie dagegen nicht durchgesetzt werden. Im Ausgangspunkt waren sich die Redaktoren des Allgemeinen Teils und des Familienrechts einig. Nach *Albert Gebhard* haben die „Naturbestimmtheiten des Menschen“ grundsätzlich nur Einfluss auf seine Handlungsfähigkeit, nicht auf die Rechtsfähigkeit.¹⁷⁶ Das gilt, fährt *Gebhard* fort, auch für das Geschlecht:

„[Der] Grundsatz der Gleichstellung beider Geschlechter bildet die Regel, eine Regel die nicht [wie in den Vorgängerkodifikationen] des Ausspruchs bedarf. Bestimmungen, wel-

171 Norddt. BGBI. 1869, 292.

172 Dazu näher *Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1998, 287 ff; aus zeitgenössischer Sicht instruktiv *Ehrlich*, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 64 f, 69 ff.

173 *Gebhard in: Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 365.

174 *Gebhard in: Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 96.

175 Vgl. *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 27. Hinzuweisen ist, dass der „Kaufmannsstand“, kein eigentlicher Stand, das zeitgenössische Handelsrecht also folglich kein Standesrecht mehr war. Es knüpfte nicht an den Kaufmann als Standesperson an, sondern an den Kaufmann als Person, die ein Handelsgewerbe betreibt; vgl. *Rückert in: HKK-BGB*, vor § 1 Rn. 41; vertiefend *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rn. 169 ff; in der Beschreibung zutreffend *Wieacker*, Sozialmodell, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9, 14: „Die scheinbare Ausnahme des Handelsrechts, als Recht des Kaufmannsstandes, ist in Wahrheit kein Standesrecht. Da es jedem zugänglich ist, der Handelsgeschäfte betreibt, ist es nur das besondere Recht der Handelsfunktion.“

176 *Gebhard in: Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 356.

*che positiv rechtliche Unterschiede an das Geschlecht knüpfen, sind spezieller Natur und müssen im Einzelnen festgestellt werden.*¹⁷⁷

Gottlieb Planck (1824-1910), der Redaktor des Familienrechts in der Ersten Kommission und eine der prägenden Figuren während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens,¹⁷⁸ sekundierte in seinem Vortrag vor dem Göttinger Frauenverein 1896:

*„Das Bürgerliche Gesetzbuch beruht principiell auf dem Standpunkte der vollständigen Gleichberechtigung der Männer und Frauen.“*¹⁷⁹

Damit meinte Planck vor allem die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit der Frau.¹⁸⁰ Die „Geschlechtsvormundschaft“, ein grundsätzlich alle Frauen treffender Zwang, bestimmte Rechtshandlungen von einem Mann vornehmen zu lassen,¹⁸¹ war endgültig abgeschafft, unabhängig davon, ob die Frau unverheiratet¹⁸² war (allgemeine Geschlechtsvormundschaft) oder verheiratet (eheliche Geschlechtsvormundschaft, *cura maritalis*). Auch das Interzessionsverbot,¹⁸³ das sich in der Praxis vor allem als Beschränkung der Ehefrauen auswirkte, für ihre Männer zu bürgen,¹⁸⁴ gab es im BGB v. 1896 nicht mehr.¹⁸⁵

a) Ungleichbehandlung der Ehefrau im BGB v. 1896

Die Rechtsgleichheit machte vor dem Status der Ehefrau halt. Planck räumte das unumwunden ein.¹⁸⁶ Der Gleichheit als Regelprinzip des BGB stand im Ehe- und Familienrecht mit der Unterordnung der Ehefrau die Ungleichheit gegenüber. Arne Duncker hat diesen Vorgang in seiner Untersuchung über Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe als einen Prozess beschrieben, der von dem Prinzip „Gleich-

177 Gebhart in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 357.

178 Vgl. dazu Schubert, Einleitung, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1983, XXVII; Lehmann, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 276 ff.

179 Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 4.

180 Vgl. Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 4 f.

181 Zur Definition Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 985 f, der die Bedenken am klassischen Verständnis der „Geschlechtsvormundschaft“ (vgl. Holtböfer, Die Geschlechtsvormundschaft, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 391 ff) aufgreift und vertieft.

182 So im Ansatz bereits I 5 § 23 PrALR (abgedruckt bei Hattenhauer, Allgemeines Landrecht, 1970, 69); dazu Weber-Will, Geschlechtsvormundschaft und weibliche Rechtswohlthaten, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 452, 453 ff.

183 Eine zeitgenössische Definition der Interzession findet sich bei Kattenhorn, Interzessionen der Frauen nach römischen Rechten, 1840, 33 f: Interzessionen sind danach „die mit der Aussicht auf eine hinausgesetzte Erfüllung übernommene Verpflichtung, die Verbindlichkeit eines Dritten, sei es eine gegenwärtige oder zukünftige, zu dessen Gunsten zu übernehmen, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dazu verpflichtet zu sein.“

184 Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 992.

185 Dazu Motive, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 115 ff; kritisch zu den dort vorgebrachten Argumenten Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 996 f.

186 Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 5.

heit“ im grundsätzlichen und damit auf höchster Abstraktionsebene ausgeht, aber zu einer Ungleichheit im Detail führt, je niedriger die Abstraktionshöhe wird.¹⁸⁷ Bildlichster Ausdruck davon ist § 1354 BGB v. 1896, wonach dem Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht. *Planck* begründete die Stellung des Mannes als „Haupt der Ehe“¹⁸⁸ damit, dass „bei Meinungsverschiedenheiten die Stimme eines der Gatten den Ausschlag geben [muss] und dies kann *nach der natürlichen Ordnung des Verhältnisses* nur die des Mannes sein.“¹⁸⁹

Ein weiteres Beispiel ist das eheliche Güterrecht des BGB v. 1896.¹⁹⁰ Dem Redaktor *Planck* stellte sich die schwierige Aufgabe, aus den im Reichsgebiet geltenden fünf Güterständen (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Mobiliar- oder Fahrnisgemeinschaft, Verwaltungsgemeinschaft und modifiziertes Dotalrecht)¹⁹¹ ein reichseinheitliches Ehegüterrecht zu entwickeln.¹⁹² Eine Regelungsmöglichkeit, die zu Beginn der Gesetzgebungsarbeiten diskutiert wurde, war das römische Dotalrecht.¹⁹³ Danach bleiben die Vermögensmassen beider Gatten grundsätzlich getrennt und nur die zu leistende *dos* – „das Heirathsgut“¹⁹⁴ – der Frau wurde der Verwaltung des Mannes unterstellt.¹⁹⁵ Dem lag im Kern das Modell der Gütertrennung zugrunde.¹⁹⁶ Das hatte zur Konsequenz, dass die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau rechtlich unbeschränkt war.¹⁹⁷ Daher wurde das Dotalrecht oder sonstige Konzeptionen einer Gütertrennung

187 *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1103 ff.

188 So § 67 Abs. 1 S. 1 seines Entwurfes, *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 18.

189 *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 403 (Hervorhebung hinzugefügt); fast wortgleich in *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 105. Zur zeitgenössischen Kritik dieses Ansatzes ausführlich *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 538 ff.

190 Vgl. dazu die eingehenden und zu kontroversen Ergebnissen führenden Untersuchungen von *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 39 ff und *Repgen*, Soziale Aufgabe, 2001, 388 ff. Zur Entstehungsgeschichte und zu den zeitgenössischen Reformforderungen jetzt weiterführend *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006.

191 Vgl. zu den Unterschieden im Einzelnen weiterführend *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 7-48.

192 Siehe *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 436 ff.

193 Zur Funktion und Bedeutung der *dos* im römischen Recht vertiefend *Fayer*, La familia romana, Bd. II, 2005, 673 ff; zum modifizierten Dotalrecht, wie es in Teilen Deutschlands bis 1900 galt, näher *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 43 ff.

194 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 15.

195 *Repgen*, Soziale Aufgabe, 2001, 397 ff.

196 Vgl. aus zeitgenössischer Sicht *Roth*, System des Deutschen Privatrechts, Bd. 2 – Familienrecht, 1881, 40; siehe auch *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 43.

197 Siehe *Roth*, System des Deutschen Privatrechts, Bd. 2 – Familienrecht, 1881, 48.

insbesondere von Frauenvereinen¹⁹⁸ bevorzugt, weil es zu einer weitergehenden sozialen und rechtlichen Gleichstellung der Frau geführt hätte.¹⁹⁹ *Gottlieb Planck* bezog aus pragmatisch-historischer Sicht dagegen Position: Zum einen gelte es „nur in einem Territorium von etwas über 3 Millionen Seelen und Deutschland zählt jetzt über 50 Millionen Seelen“²⁰⁰ und zum anderen liege „der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Rechts eine andere Auffassung zu Grunde“.²⁰¹ Von den deutschrechtlichen Alternativen²⁰² sprach er sich für die Verwaltungsgemeinschaft als reichseinheitlichen gesetzlichen Güterstand aus.²⁰³ Das setzte sich letztlich im Wesentlichen durch.²⁰⁴ In der Verwaltungsgemeinschaft wurde das Vermögen der Frau mit Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (§ 1363 BGB v. 1896). Davon war das Vorbehaltsgut der Frau allerdings ausgenommen (§ 1365 BGB v. 1896). Das eingebrachte Gut wurde vom Mann verwaltet (§ 1374 BGB v. 1896).²⁰⁵ Im Entwurf der Ersten Kommission war die Verwaltungsbefugnis des Ehemanns im Wesentlichen deckungsgleich mit der Rechtsstellung eines Nießbrauchers und „so gedacht, daß er die Verwaltung gewissermaßen gemeinschaftlich mit der Frau führt“.²⁰⁶ Daran wur-

198 Vgl. die Petition des Allgemeinen Deutschen Frauenvereins an den Reichstag v. 1877, abgedruckt bei *Rabe*, Gleichwertigkeit von Mann und Frau, 2006, 209 ff und bei Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 36 ff und dazu *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 143; siehe auch Bund Deutscher Frauenvereine, Petition und Begleitschrift betreffend das „Familienrecht“ in dem Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs v. 1895/1896, abgedruckt bei Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 258 ff, 266 ff; dazu näher *Riedel*, Gleiches Recht für Mann und Frau, 2008, 361 ff, 373 ff. Allgemein zur Entwicklung und Bedeutung der Frauenvereine *Buchholz*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 670, 675 ff; *Rabe*, Gleichwertigkeit von Mann und Frau, 2006, 27 ff; zum Forschungsstand *Figurewicz*, Rechtskämpfe der älteren Frauenbewegung, in: Meder/Duncker/Czelk, Frauenrecht und Rechtsgeschichte, 2006, 169 ff.

199 Aus zeitgenössischer Sicht mit Nachdruck *Bulling*, Die deutsche Frau, 1896, 111 ff; *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 461 ff; *Kempin*, Die Rechtsstellung der Frau (1895), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 507, 165 ff. *Emilie Kempin* (1853-1901) modifizierte ihre Position allerdings bereits 1897, wo sie das Ziel einer vollständigen Gütertrennung aufgibt und – insoweit vorausschauend – zugunsten einer nachträglichen Errungenschaftsgemeinschaft plädiert, *Kempin*, Grenzlinien der Frauenbewegung (1897), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 594, 594 ff. Zur Einordnung ihrer Vorschläge siehe *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 113 ff.

200 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 17.

201 *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 451; beinahe wörtlich in *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 143.

202 Vertiefend *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 144 ff; *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 441 ff, 452 ff.

203 *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 450 ff.

204 Zur Entstehungsgeschichte im Einzelnen *Reppen*, Soziale Aufgabe, 2001, 397 ff.

205 Einzelheiten bei *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 64 ff.

206 *Protokolle*, Bd. IV – Familienrecht, 1897, 119.

de von konservativer Seite Kritik geübt²⁰⁷ und die Zweite Kommission hat sich dann auch für eine deutliche Stärkung der Rechtsstellung des Mannes ausgesprochen.²⁰⁸ Der Mann tritt jetzt kraft eigenen Rechts auf und der Kreis der Geschäfte, die er ohne Zustimmung der Frau mit Wirkung für das eingebrachte Gut tätigen kann, wird erweitert.²⁰⁹ In anderen Teilen war die Zweite Kommission reformfreundlicher. Nach § 1277 des Entwurfs der Ersten Kommission (E I) war die Einwilligung des Ehemanns erforderlich, wenn sich die Ehefrau rechtsgeschäftlich zu einer persönlich zu erbringenden Leistung verpflichtet.²¹⁰ Damit sollte die Ehefrau vor einer Kollision ihrer Dienstpflicht gegenüber dem Vertragspartner einerseits und ihrer ehelichen Pflicht zur Führung des Haushalts und zur Mitarbeit im Geschäft des Gatten (§ 1356 BGB v. 1896) andererseits bewahrt werden.²¹¹ Fehlte die Einwilligung, war das Rechtsgeschäft im Interesse des Verkehrs nichtig, sondern lediglich vom Manne anfechtbar.²¹² Damit sollte sichergestellt werden, dass vertraglich eingegangene Pflichten der Frau nicht mit ihren ehelichen Pflichten konkurrieren können.²¹³ In der Zweiten Kommission wurde dagegen vorgebracht, der Entwurf gehe zu weit über dieses Ziel hinaus.²¹⁴ Aus der Frauenbewegung wurde daran eine im Kern freiheitsrechtliche Kritik geübt:

*„Das Gesetz verletzt die Rechte einer mündigen Rechtspersönlichkeit, welche allein die Bestimmung über ihre persönlichen Leistungen zu treffen hat.“*²¹⁵

Daher war es von den Frauenvereinen nur konsequent, vom Reichstag zu verlangen, die Bestimmung ganz zu streichen.²¹⁶ Dazu konnte sich der damalige Gesetz-

207 Vgl. dazu nur *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 407 ff, der u.a. bemängelte, dass der Mann „juristisch überhaupt nicht mehr als Gemeinschaftshaupt mit einer ihm im gemeinsamen Interesse des Ehepaars anvertrauten Verwaltung der zu diesem Zwecke verbundenen Güter“ sei. Zur Einordnung dieser Kritik näher *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 168 ff; *Riedel*, Gleiches Recht für Mann und Frau, 2008, 190 ff.

208 Vgl. *Protokolle*, Bd. IV – Familienrecht, 1897, 119 ff; weiterführend dazu *Unzner*, in: *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1928, 182; *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 125 ff; *Reppen*, Soziale Aufgabe, 2001, 404 f, 447 f.

209 *Protokolle*, Bd. IV – Familienrecht, 1897, 119.

210 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 110 ff.

211 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 111; *Planck in*: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 418.

212 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 111; zu den Gründen *Planck in*: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 267.

213 *Planck in*: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 265 f.

214 *Protokolle*, Bd. IV – Familienrecht, 1897, 102.

215 Bund Deutscher Frauenvereine, Petition und Begleitschrift betreffend das „Familienrecht“ in dem Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs v. 1895/1896, abgedruckt bei *Meder/Duncker/Czelk* (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 258 ff, 265.

216 Siehe Bund Deutscher Frauenvereine, Petition und Begleitschrift betreffend das „Familienrecht“ in dem Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs v. 1895/1896, abgedruckt bei *Meder/Duncker/Czelk* (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 258 ff, 265 und *Proelss/Raschke*, Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzbuch (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 690, 697.

geber, „da er ein Mann ist, ohne zwingende Einwirkung der Frau“²¹⁷ nicht durchringen. In den Beratungen der Reichstagskommission kam es allerdings zu einer entscheidenden Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses:²¹⁸ Die Frau konnte sich alleine wirksam verpflichten, dem Mann stand aber ein Kündigungsrecht zu. Dieses war zweifach beschränkt: Seine Wirksamkeit hing, erstens, von der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ab, und es war, zweitens, ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hatte (§ 1358 BGB v. 1896). Diese Änderung ging zurück auf die sog. „Anträge Pauli“, die sich der konservative Abgeordnete *Carl Ferdinand Freiherr von Stumm Halberg* (1836-1901) zu eigen machte und die von *Emilie Kempin* (1853-1901), eine der ersten promovierten²¹⁹ und habilitierten Juristinnen Europas,²²⁰ ausgearbeitet wurden.²²¹ Es war also letztlich doch die „Einwirkung einer Frau“, die hier zu einer Verbesserung ihrer Rechtsstellung beigetragen hat. Der persönlich zu zahlende Preis war allerdings hoch: *Kempins* pragmatische Einschätzung, im gegebenen Rahmen das Mögliche zu erreichen,²²² und ihr rechtstheoretischer Standpunkt, nach dem das Recht immer dem Leben nachgehe,²²³ isolierte sie zunehmend von der übrigen Frauenbewegung, die sich radikalere Ziele gesetzt hatte.²²⁴ *Stephan Meder* hat die Ursache dieses Konflikts überzeugend auf die unterschiedlichen Standpunkte in einer rechtstheoretischen Grundsatzfrage zurückgeführt: Führt der Weg zu mehr Gleichheit der Frauen „über den Staat, der mit

217 So der bissige Kommentar von *Proelss/Raschke*, Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzbuch (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 690, 694.

218 Näher *Repgen*, Soziale Aufgabe, 2001, 461 ff.

219 Anders als von *Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1996, 81 angenommen, wohl nicht die erste promovierte Juristin. Das scheint *Fanny Berlin* mit einer 1878 in Bern angenommenen Dissertation gewesen zu sein, näher *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1053 Fn. 4682.

220 Eine Kurzbiographie findet sich unter <http://www.gleichstellung.uzh.ch/politik/kempin-spyri/biografie.html> [Stand: 31.12.2012]; näher *Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1996, 81 ff; *Albisetti*, 33 J. Soc. Hist. 825831-32 (2000).

221 Ausführlich dazu *Duncker*, Die „Anträge Pauli“, in: *Meder/Duncker/Czelk*, Frauenrecht und Rechtsgeschichte, 2006, 247 ff, 252 ff sowie *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 852 ff. Vgl. dazu *Kempin*, Die Rechtsstellung der Frau (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 507, 513 f, wo sie bereits für ein „Einspruchsrecht“ des Mannes eintritt.

222 Vgl. dazu ihre ab 1896 erschienenen Stellungnahmen: *Kempin*, Die deutschen Frauen und das bürgerliche Gesetzbuch (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 550 ff; *Kempin*, Falsche Fährten (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 557 ff; *Kempin*, Zur Reform der Stellung der Frau (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 549 f.

223 *Kempin*, Grenzlinien der Frauenbewegung (1897), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 584 ff, 590 f; dazu *Meder/Duncker/Czelk* (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 25 ff.

224 Siehe dazu die sehr auf die Person *Kempins* zielende Replik von *Raschke*, Frau Dr. jur. Kempins Ansichten über das Vorgehen der deutschen Frauen (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 743 ff: „Zu welchem Zweck Frau Dr. Kempin, eine Schweizerin, einen derartigen ungerechtfertigten Angriff gegenüber den ihr Recht suchenden deutschen Frauen [...] unternimmt, ist schwer ersichtlich. Frau Dr. Kempin weilt erst seit einigen Monaten in Berlin. Tiefere Einblicke in die ganze Bewegung zu gewinnen, sowie Teilnahme an den Bestrebungen und Arbeiten zu nehmen sind ihr bis jetzt nicht möglich gewesen.“ Zu Person und Bedeutung von *Marie Raschke* (1850-1935) siehe *Riedel*, Gleiches Recht für Mann und Frau, 2008, 262 ff.

Hilfe des Gesetzes einen übergeordneten Willen von oben ausbreitet, oder über die Gesellschaft bzw. das 'Leben', das von unten neue Regeln wachsen lässt?²²⁵ Das ist in der Tat die Gretchenfrage, die sich Gleichheitspolitik und Nichtdiskriminierungsrecht zu stellen haben. Sie wird uns noch beschäftigen.²²⁶

b) Eine zwiespältige Würdigung – Fortschritt und Beschränkung von Freiheiten zugleich

Betrachtet man die Ungleichheiten im BGB v. 1896 vom heutigen Standpunkt aus, kann von einer Gleichberechtigung der Ehefrau keine Rede sein.²²⁷ Geht man dagegen von den sozialen und rechtlichen Verhältnissen des 19. Jahrhundert aus, fällt das Urteil des heutigen Beobachters differenziert aus. Vergleicht man das BGB mit der von ihm vorgefundenen Rechtslage, dürfte die Auffassung von *Planck*, bei ihm handle es sich um ein fortschrittliches Recht,²²⁸ im Ergebnis zutreffen.²²⁹ Selbst zeitgenössische kritische Stimmen wie die von *Emilie Kempin*, teilen diese Einschätzung im Ausgangspunkt.²³⁰ Man hat sich beispielsweise gegen die allgemeine Gütergemeinschaft entschieden, die zur beinahe unbeschränkten Verfügungsfreiheit des Mannes und zur Haftung des Gesamtguts für seine Verbindlichkeiten geführt hätte. Darin sah man „eine schwere Gefährdung der berechtigten Interessen der Ehefrau“. ²³¹ Es galt die Substanz des Vermögens der Frau zu erhalten.²³² Ein anderes Beispiel ist die Entscheidung, den Arbeitslohn der Frau oder den Gewinn aus dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts dem Vorbehaltsgut zuzuschlagen (§ 1367 BGB v. 1896). Unter Berücksichtigung der sozialen Situation „der sog. arbeitenden Klassen“ bei denen „eine selbständige erwerbende Tätigkeit der Ehefrau sehr häufig und nicht selten für die Erhaltung der Familie unentbehrlich ist, [...] führt der Grundsatz, dass der Ertrag der Arbeit unterschiedslos dem Ehemanne zufällt, zu ungerechter oder doch unbilliger Be-

225 *Meder* in: *Meder/Duncker/Czelk* (Hrsg.), *Die Rechtsstellung der Frau um 1900*, 2010, 30.

226 Siehe dazu unten § 3 III 3 bis 5.

227 Vgl. *Schmid*, *Güterrechtliche Vorschriften*, 1990, 145 f; *Buchholz*, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen*, in: *Gerhard*, *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997, 670, 675.

228 *Planck*, *Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche*, 1899.

229 Näher *Reppen*, *Soziale Aufgabe*, 2001, 485 f; ähnlich auch *Dölemeyer*, *Frau und Familie*, in: *Gerhard*, *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997, 633, 658; *Schwab*, *Gleichberechtigung und Familienrecht*, in: *Gerhard*, *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997, 795 f; kritischer *Duncker*, *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe*, 2003, 549 f unter Hinweis auf Vorbilder im älteren Recht.

230 *Kempin*, *Die Ehefrau*, 1894, 10: „Im deutschen Entwurfe ist die Tendenz des Gesetzgebers unverkennbar, den Frauen ein besseres Recht einzuräumen, als sie unter dem gemeinen Recht und der Partikulargesetzgebung der deutschen Staaten zur Zeit haben.“ Ähnlich auch *Kempin*, *Die Rechtsstellung der Frau* (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, *Die Rechtsstellung der Frau um 1900*, 2010, 507, 510 und *Kempin*, *Die deutschen Frauen und das bürgerliche Gesetzbuch* (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, *Die Rechtsstellung der Frau um 1900*, 2010, 550, 557.

231 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 147.

232 *Planck*, *Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche*, 1899, 7.

nachtheiligung der Frau.²³³ Die Unbilligkeit liegt darin, „daß, obwohl die Ehefrau über ihre rechtliche Verpflichtung hinaus arbeitet und selbständig erwirbt, doch nicht ihr Wille, sondern der des Mannes über die Verwendung des Erworbenen entscheiden soll.“²³⁴ Damit verbessert das BGB die Rechtsstellung der Frau und verwirklicht zugleich einen wichtigen sozialen Gedanken. Dafür wird – und das lässt aufhorchen – der Gedanke der Gleichberechtigung mobilisiert.²³⁵ Auch das Kündigungsrecht des Ehemanns in § 1358 BGB v. 1896 muss vor dem zeitgenössischen Hintergrund beurteilt werden.²³⁶ In anderen europäischen Rechtsordnungen und in zahlreichen deutschen Partikularrechten war die Geschäftsfähigkeit der Frau mit Eintreten in die Ehe grundsätzlich beschränkt.²³⁷ *Planck* sprach sich mit Nachdruck dagegen aus, weil

„durch die Thatsache der Ehe die natürliche Geschäftsfähigkeit der Frau zur selbstständigen Wahrnehmung ihrer Geschäfte nicht berührt wird“²³⁸ und „die Ehefrau [mit einer Geschlechtsvormundschaft] in die abhängige Stellung eines Minderjährigen herabgedrückt wird“.

Das Bild der Frau, als „erwachsenes, ewiges Kind“ hatte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ausgedient.²³⁹ Selbst die „natürliche Stellung des Mannes“ als „Haupt der Ehe“ mit entscheidender Stimme in allen gemeinschaftlichen Angelegenheiten vermochte es aus *Plancks* Sicht nicht, den „tiefen Eingriff in die Rechtssphäre der Frau“ zu rechtfertigen.²⁴⁰ Die im Vergleich zum existierenden Recht eingetretene Verbesserung der Rechtsstellung der Frau darf aber nicht gänzlich isoliert von den sozioökonomischen Verhältnissen betrachtet werden.²⁴¹ Das macht *Planck* selbst deutlich, wenn er eine beschränkte Rechtsfähigkeit der Frau unter Hinweis auf das Handelsgesetzbuch, die Gewerbeordnung und die Civilprozeßordnung „als mit den Bedürfnissen des Verkehrs für unvereinbar betrachtet“.²⁴² Die verheiratete Kauffrau war – soweit ihr Geschäft betroffen war – insgesamt rechtlich „gleicher“ als andere verheiratete Frauen.²⁴³ Auf diesen Zusammenhang hat bereits *Marianne Weber* (1870-1954) hingewiesen:

233 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 174.

234 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 175.

235 Vgl. *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 19 ff; zur Einordnung *Repgen*, Soziale Aufgabe, 2001, 401 ff.

236 Durchaus positiv daher die Einschätzung von *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 434 ff.

237 Siehe die Nachweise bei *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 486 ff; aus neuerer Zeit *Dölemeyer*, Frau und Familie, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 633, 640 ff; *Holthöfer*, Die Geschlechtsvormundschaft, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 390, 395 ff und vertiefend *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 560 ff.

238 *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 486.

239 *Schwab*, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 90.

240 *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 494.

241 Dazu *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 113 f, 114 f.

242 *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 493.

243 Näher *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 873.

„Die angebliche ‘natürliche’ Unfähigkeit der Frauen zur Beteiligung am Geschäftsleben verschwand, wo immer ihre Betätigung als ‘Handelsfrau’ Geldgewinn versprach und so ist es natürlich auch in den neueren Gesetzbüchern geblieben.“²⁴⁴

Andererseits – und auch dieser Punkt ist bei einer historischen Würdigung zu beachten – blieb das BGB deutlich hinter vielen *zeitgenössischen* Gleichheitsforderungen, insbesondere solchen der Frauenbewegung²⁴⁵, erheblich zurück.²⁴⁶ Die Entscheidungsprerogative des Mannes war selbstverständlich nicht so zwingend, wie sie von *Planck* dargestellt wurde.²⁴⁷ Darauf haben bereits zeitgenössische Kritikerinnen wie *Anita Augspurg* (1857-1943)²⁴⁸ und *Marianne Weber*²⁴⁹ hingewiesen. Ein anderes Beispiel ist der Grundsatz der gleichen (unbeschränkten) Geschäftsfähigkeit der Ehefrau. Dieses Prinzip sorgte in der Theorie für Rechtsgleichheit, die Praxis sah wegen der Verwaltungsgemeinschaft als gesetzlichem Güterstand gleichwohl anders aus.²⁵⁰ Dazu *Emilie Kempin*:

„Wenn man [...] auch der Frau die volle Handlungsfähigkeit theoretisch zugesteht, so hängt praktisch ihre Stellung von der Art ab, wie die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten geordnet sind.“²⁵¹

Die Verfügungsmacht der Ehefrau über ihr Vermögen war – soweit es nicht Vorbehaltsgut war – beschränkt.²⁵² Es stand den Gläubigern der Frau daher nicht als verkehrsfähiger Gegenstand oder als Haftungsmasse zur Verfügung. Damit hing die tatsächliche Ausübung der rechtsgeschäftlichen Freiheit vom Verwaltungsrecht des Ehemannes ab. *Eugen Ehrlich* (1862-1922) fasste die Konsequenzen daraus prägnant zusammen:

„Der gesetzliche Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft bedeutet also eine sehr weitgehende Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Frau.“²⁵³

244 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 307.

245 Vgl. dazu aus zeitgenössischer Sicht *Proelss/Raschke*, Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzbuch (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 690, und aus der Sekundärliteratur *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 236-247; *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 107 ff; *Geisel*, Patriarchale Rechtsnormen „unterlaufen“, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 682, 685 ff.

246 Vgl. *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 538 ff, 1085.

247 *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 544 f.

248 Nachweise bei *Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1996, 56, 60; zur Biographie vgl. *Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1996, 44 ff.

249 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 439.

250 *Holthöfer*, Die Geschlechtsvormundschaft, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 390, 393 f; *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 573 f.

251 *Kempin*, Die Ehefrau, 1894, 6 (Hervorhebungen im Original).

252 *Repgen*, Soziale Aufgabe, 2001, 409.

253 *Ehrlich*, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 79.

Das haben zeitgenössische Kritikerinnen des BGB mit Recht bemängelt.²⁵⁴ Noch einmal *Emilie Kempin*:

„Da der Mann das gesetzliche Recht der Verwaltung ihres Vermögens hat, so ist sie, wenn auch nicht rechtlich, so doch thatsächlich unter seiner Vormundschaft [...]; setzt man die Güterverbindung als das gesetzliche Güterrecht fest, wird die Handlungsfähigkeit der Ehefrau illusorisch.“²⁵⁵

Der Grundsatz gleicher Rechts- und Handlungsfähigkeit war damit ein gegenüber der Ehefrau gebrochenes Gleichheitsversprechen.

2. Brüchige Rechtfertigungsstrategien der Ungleichbehandlung

a) Verteidigungsstrategien am Beispiel Gottlieb Plancks

Die Ungleichbehandlung der Frau in der Ehe ist im zeitgenössischen Verständnis die „Durchbrechung eines großen Princip[s]“.²⁵⁶ Wie wurde dieser Vorgang gerechtfertigt? Die Gründe dafür lieferte in bemerkenswerter Offenheit *Planck* selbst. Zwar versuchte er zunächst auf den verbreiteten Topos der „natürliche[n] Verschiedenheit des Geschlechts“²⁵⁷ zu rekurrieren.²⁵⁸ Auch die Entscheidungsgewalt des Mannes wurde damit gerechtfertigt. Solche Argumente trugen ihren Verfechtern bereits 1876 einen bissigen Kommentar von *Hedwig Dohm* (1831-1919)²⁵⁹ ein:

„Die Gesetze, die Männer gemacht haben, sind der reine und unverfälschte Ausdruck ihrer Gesinnung in Bezug auf die Frau, alles Andere ist Lug und Trug, Phrase und Affektation.“²⁶⁰

Dass er es nicht damit belassen konnte, dürfte *Planck* gesehen haben.²⁶¹ Er begründete die Entscheidungsgewalt des Mannes in dem berühmten Vortrag über die rechtliche Stellung der Frau von 1896 schließlich auch historisch-soziologisch damit, dass sie der „christlichen²⁶² und deutschen Auffassung der Ehe“²⁶³ entspreche. Er räumte auch ein, dass der Gedanke der Gleichberechtigung – und da-

254 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 468 ff; kritisch auch *Ehrlich*, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 89 ff.

255 *Kempin*, Die Ehefrau, 1894, 7 f (Hervorhebung hinzugefügt).

256 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 111 (dort gemünzt auf die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit der Frau).

257 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 5.

258 Weitere Beispiele aus der Debatte im 19. Jahrhundert bei *Schwab*, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 87-92.

259 Zur Person näher *Henke*, Gleichheit und Gerechtigkeit, in: Meder/Dunker/Czelk, Frauenrecht und Rechtsgeschichte, 2006, 182 ff.

260 *Dohm*, Der Frauen Natur und Recht, 1876, 100.

261 So auch die Einschätzung von *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 545 f.

262 Vermutlich nimmt er damit Bezug auf 1. Buch Mose, 3, 16 und Epheser 5, 22-24; vgl. *Schwab*, Gleichberechtigung der Geschlechter, in: Cordes/Lück/Werkmüller, Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II, Spalte 390 ff.

263 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 11.

mit der Gleichheit der Geschlechter – theoretisch eine selbständige Vermögensverwaltung nahelegen würde.²⁶⁴ Was aber sprach dann noch dagegen? *Plancks* Antwort darauf:

„Die persönliche Rechtsstellung der Frau in der Ehe ist durch die Vorschriften des B.G.B. so vollständig gesichert, wie die Natur der ehelichen Lebensgemeinschaft und die dem Manne in derselben gebührende Stellung irgend gestattet.“²⁶⁵

Dahinter steht *Plancks* Grundüberzeugung von dem *sittlichen Wesen* der Ehe als ein Verhältnis, das auf *sittlichen Grundlagen* beruht und primär *sittliche Pflichten* erzeugt.²⁶⁶ Das Gleichberechtigungsverlangen als Forderung des Rechts konnte letztlich nur soweit gehen, wie es den Status des Ehemannes in der Ehe als sittlich gegebenes Faktum nicht grundsätzlich tangierte.²⁶⁷ Dieses Denken haben die Vertreter einer radikaleren Gleichstellungspolitik als das bezeichnet, was es war. *Carl Bulling* (1822-1906), der aus seiner Praxiserfahrung als Richter schrieb und zu einem bedeutenden Verfechter der Frauenbewegung wurde,²⁶⁸ sprach von der „Herrschaft des Mannes“.²⁶⁹ *Marianne Weber* sekundierte

„[D]er Mann soll herrschen, eben weil er der Mann ist.“²⁷⁰

und spöttelte über die „immer wiederkehrende Rücksicht auf die männliche Geschlechtseitelkeit“.²⁷¹ Ungleichheit als Instrument der Statussicherung; dieser Topos wird uns noch häufiger begegnen.²⁷² Der hergebrachte Status des Mannes und die „dem Mann gebührende Stellung“ wurden aber schon um 1900 immer weniger selbstverständlich. Das zeigt die Begründung, mit der *Andreas von Thur* im Jahr 1910 die Entscheidungsgewalt des Mannes rechtfertigte. Wie *Planck* wies er darauf hin, dass ein Ehegatte nun mal entscheiden müsse, wenn man nicht immer das Vormundschaftsgericht involvieren wolle:²⁷³

„Für den Ehemann spricht im Durchschnitt der Fälle die natürliche Überlegenheit des höheren Alters und der Geschäftskunde und vor allem der Umstand, daß er der erwerbende Teil zu sein pflegt und den ehelichen Aufwand trägt.“²⁷⁴

264 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 23.

265 *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I, 1897, 19 (Hervorhebung hinzugefügt).

266 *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 402; vgl. dazu Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 15 ff.

267 So auch die Einschätzung von *Reppen*, Soziale Aufgabe, 2001, 486; kritischer *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1103.

268 Zu Leben und Person näher *Koujouie*, Frauenfrage als Menschheitsfrage, in: Meder/Duncker/Czelk, Frauenrecht und Rechtsgeschichte, 2006, 193 ff.

269 *Bulling*, Die deutsche Frau, 1896, 7f.

270 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 437.

271 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 412.

272 Siehe dazu unten § 3 I 4 a) und III 2 b) sowie § 6 I 2.

273 Kritisch zu dieser Prämisse *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 544 f.

274 *von Thur*, Der Allgemeine Teil, Bd. I, 1910, 398 (Fn. 6) (Hervorhebung hinzugefügt); ähnlich bereits *Kempin*, Grenzlinien der Frauenbewegung (1897), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 594, 593, wo sie das Entscheidungsrecht des Mannes mit seinem „wirtschaftlichen Übergewicht“ rechtfertigt.

Dahinter verbirgt sich ein interessanter Strategiewechsel: Die generelle „natürliche Ungleichheit“ zwischen den Geschlechtern ist als Begründung endgültig untragbar geworden. Stattdessen wird mit der Berücksichtigung der durchschnittlichen oder typischen Sachverhalte ein neuer Rechtfertigungstopos eingeführt, der zum Klassiker einer statusrechtlichen Ungleichbehandlung wird. Aber selbst die typische Unterlegenheit genügt *v. Thur* als Begründungselement nicht. Er sah sich offensichtlich gezwungen, ein zusätzliches Argument zu liefern: die unterschiedliche *soziale* Stellung der Geschlechter. Der Gegensatz zur „natürlichen Ungleichheit“ könnte größer nicht sein. Während diese vorgegeben und damit Steuerungsabläufen entzogen ist, ist jene offen für soziale Wandlungsprozesse. Die „soziale Stellung“ kann – auch durch gesetzliche Steuerung – verändert werden. Das eröffnet Räume zur Kritik.

b) „....denn die Frau ist auch ein Mensch“

Darin zeigt sich die langfristige Auswirkung der im Naturrecht der Aufklärung wurzelnden Gleichheitsidee, auch wenn man von einer vollständigen Umsetzung der allgemeinen Gleichheit noch weit entfernt war: Gleichheit wurde zum akzeptierten Grundsatz, Differenzierungen zur Ausnahme.²⁷⁵ Die zeitgenössische Gleichsetzung des „Individuums“ mit dem Mann²⁷⁶ wurde brüchig, „denn die Frau ist auch ein Mensch“²⁷⁷. Wenn man Frauen als prinzipiell gleiche Menschen anerkennt, dann haben sie die prinzipiell gleichen Rechte der Menschheit.²⁷⁸ Dazu zählt die Zuweisung gleicher Freiheit. Der Gleichheitsrechten immanente Freiheitsbezug war dem zeitgenössischen Publikum bereits bekannt. Nennen möchte ich hier *Ludwig Wachler* (1835-1908), der die Stellung der Frau in seiner 1869 erschienenen Broschüre „Zur rechtlichen Stellung der Frauen“ erstmals *rechtswissenschaftlich* untersuchte.²⁷⁹ Er verwies wiederholt auf die in der Verfassung angesprochene Gleichheit aller Preußen und bezog diese nicht nur auf Standesunterschiede sondern auch auf das Geschlecht:²⁸⁰

„[Unsere Frauen] haben ein Recht darauf zu verlangen, daß alle Ausnahmen fallen und das gesetzlich anerkannte natürliche Prinzip der Rechtsgleichheit in seiner Reinheit durchgeführt werde.“²⁸¹

275 Duve in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 9.

276 Vgl. *Becker-Cantarino*, Schriftstellerinnen der Romantik, 2000, 42 f.

277 *Bulling*, Die deutsche Frau, 1896, 26.

278 Vgl. *Schwab*, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 79 ff.

279 Näher dazu *Riedel*, Gleiches Recht für Mann und Frau, 2008, 40 ff.

280 *Wachler*, Zur rechtlichen Stellung der Frauen (1869), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 842, 847 f.

281 *Wachler*, Zur rechtlichen Stellung der Frauen (1869), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 842, 848.

Ein Vierteljahrhundert später setzte sich *Carl Bulling* leidenschaftlich für das gleiche Recht von Männern und Frauen auf selbstbestimmtes Handeln ein.²⁸² *Marianne Weber* wird das einige Jahre später „ethischen Individualismus“²⁸³ nennen.

Wird Gleichbehandlung zum Grundsatz, verschiebt sich die Argumentationslast: Nicht mehr die Gleichbehandlung ist begründungsbedürftig, vielmehr wird die Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Damit geht ein Begründungszwang einher, der die Beibehaltung des *status quo* in Frage stellt und einem andauernden Rechtfertigungszwang unterwirft.²⁸⁴ Selbst wenn das grundsätzliche Bekenntnis zur Gleichheit im historischen Kontext zunächst hauptsächlich als eine Regel aufgefasst wurde, von der Abweichungen möglich sind, ist „der emanzipatorische Ansatz [...] gewissermaßen ein schlafender Inhalt dieser Regeln.“²⁸⁵ Wer an der Erhaltung des *status quo* interessiert war, musste Strategien entwickeln, um die Autorität und Priorität des Mannes in Staat, Gesellschaft und Ehe zu sichern.²⁸⁶ An erster Stelle stand dabei das Argument der „natürlichen Ungleichheit“ der Frau. Die „natürliche Ordnung“ der Geschlechter wurde im Lauf des 19. Jahrhunderts zugleich als „sittliche“ und daher geschichtlich gegebene Anforderung konzipiert und bildet die klassische Floskel der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.²⁸⁷ Wie gesehen folgt *Planck* diesem Muster.²⁸⁸ Allerdings lassen sich, wie *Marianne Weber* richtig erkannte, weder aus der „Natur“ noch einem geschichtlich gegebenen Zustand „irgend welche positiven Direktiven für die Gestaltung rechtlicher und sozialer Beziehungen der Menschen“ ableiten.²⁸⁹ Die später an seine Stelle tretende Begründung der unterschiedlichen sozialen Stellung der Geschlechter und der daraus folgenden typischen Überlegenheit des Mannes weist bereits auf den sozialen und damit gesellschaftspolitischen Bezug jeder Differenzierung von Menschen hin. Wird eine Ungleichbehandlung unter Verweis auf eine bestehende soziale Struktur gerechtfertigt, ist sie zwangsläufig einem steigenden Rechtfertigungsdruck ausgesetzt: bestehende Strukturen sind änderbar und ein mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbarer, aber veränderbarer Zustand wird dem Änderungsdruck auf Dauer nicht standhalten können.

Der rationale Diskurs alleine genügt dafür allerdings nicht. Auch dafür steht die Entwicklung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Geschlechter. Eine der

282 *Bulling*, Die deutsche Frau, 1896, 21 ff.

283 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 500.

284 *Dölemeyer*, Frau und Familie, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 633, 638; *Schwab*, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 87.

285 *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 285 f.

286 Dazu ausführlich *Schwab*, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 87 ff.

287 *Schwab*, Gleichberechtigung und Familienrecht, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 795.

288 Oben § 2 II 2 a).

289 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 401; vgl. auch dasselbst, S. 437.

hartnäckigsten Wurzeln der Ungleichbehandlung ist „schlichte Macht“.²⁹⁰ Man würde zu kurz greifen, „Macht“ nur als politische Macht im Staat zu verstehen. Es geht auch um Definitionshoheiten. Das juristische²⁹¹ Frauen- und Ehebild war bis zum Ende des 19. Jahrhunderts ein Bild männlicher Autoren.²⁹² Die mangelnde Vertretung von Frauen in den mit dem langwierigen Gesetzgebungsprozess vertrauten Institutionen war wohl eine der Ursachen dafür, dass sich die zeitgenössischen Reformvorstellungen nur zu geringen Teilen durchsetzen konnten.²⁹³ *Emilie Kempin*, eine der wenigen weiblichen Stimmen der Debatte, formuliert die vorhandenen Optionen hellsichtig:

„Nun können die Frauen zwar an diesem wichtigen Werke [gemeint ist das BGB] nicht mitarbeiten, ihre „Partei“ ist in keiner Gesetzgebungskommission vertreten, aber sie können Stimmung machen, sie können sich über ihre Rechte Klarheit verschaffen, sich über den wünschenswerten Reformen Rechenschaft geben, die öffentliche Meinung beeinflussen und damit indirekt sich selbst die ihnen genehmen Rechtssätze schaffen.“²⁹⁴

Der Gleichheitsgrundsatz und die daraus folgenden Rechtfertigungszwänge erleichtern einen gesellschaftlichen Mobilisierungsprozess. Die von der Ungleichheit Betroffenen können sich als Gruppe konstituieren und das Recht für sich mobilisieren. Das entbehrt nicht einer gewissen Ironie: Die Zuschreibung von Andersartigkeit aufgrund bestimmter Merkmale ermöglicht es den davon betroffenen Individuen, die Gemeinsamkeit dieser Erfahrung von Andersartigkeit anzunehmen und sich als Gruppe zu konstituieren, um gegen die ungleiche Behandlung vorzugehen. Dieser Prozess kann – wenn er glückt – auf politischer Ebene Veränderungen bewirken, die ihrerseits wieder zurück in die Gesellschaft wirken.

c) Die „hinkende“ Gleichheit als Prinzip des einfachen Rechts

Die Entwicklung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufgrund des Geschlechts steht exemplarisch für den grundlegenden Bedeutungswandel, den der Gleichbehandlungsgrundsatz im juristischen Diskurs im Lauf des 19. Jahrhunderts durchlief.²⁹⁵ Im Allgemeinen Landrecht hieß es noch:

„Die Rechte beyder Geschlechter sind einander gleich, so weit nicht durch besondere Gesetze, oder rechtsgültige Willenserklärungen, Ausnahmen bestimmt worden sind.“²⁹⁶

²⁹⁰ *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1101 ff.

²⁹¹ Darauf beschränkt sich die Aussage. Insbesondere das literarische Frauenbild wurde seit dem Ende des 18. Jahrhunderts verstärkt auch von Frauen geprägt, dazu statt vieler *Becker-Cantarino*, Schriftstellerinnen der Romantik, 2000.

²⁹² *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1053 ff.

²⁹³ Ähnlich die Einschätzung von *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 321 f.

²⁹⁴ *Kempin*, Die Rechtsstellung der Frau (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 507, 147 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁹⁵ Zum Folgenden *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 286 ff.

²⁹⁶ PrALR I 1 § 24, abgedruckt bei *Hattenbauer*, Allgemeines Landrecht, 1970, 55.

Damit war Gleichheit eine Grundregel von der jederzeit und unproblematisch Ausnahmen möglich waren. Abweichungen sind aufgrund „natürlicher“ Unterschiede selbstverständlich. 100 Jahre später lässt sich ein erheblicher Bedeutungswandel feststellen:²⁹⁷ Abweichungen von der Grundregel sind nicht mehr ohne weiteres möglich, sondern bedürfen einer näheren Begründung. Unterschiede in der rechtlichen Geschäftsfähigkeit der Frau konnten schon damals nicht mehr gerechtfertigt werden. Dagegen konnte die ungleiche Behandlung der Frau in der Ehe mit erheblichem Begründungsaufwand noch verteidigt werden. Der latent vorhandene emanzipatorische Ansatz von Gleichbehandlungsregeln ist aus seinem Schlaf erwacht – ein Vorgang, auf den wir im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz immer wieder stoßen werden.²⁹⁸ Andererseits können diese „Prinzipien“ im 19. Jahrhundert die volle Rechtsgleichheit noch nicht gewährleisten, wie die Stellung der Ehefrau im BGB zeigt. Als Prinzipien des Privatrechts sind sie kontinuierlich Abwägungsprozessen ausgesetzt und offen für Rationalisierungsversuche zur Rechtfertigung hergebrachter Ungleichheiten. Diesen Zirkel konnten erst Gleichheitssätze durchbrechen, die in Grund- und Menschenrechten verankert waren und die auf einer Grundrechtstheorie basierten, die in ihnen nicht lediglich Programmsätze sah, sondern sie als anwendbare Rechtsnormen auffasste.²⁹⁹

Die Entwicklung des Eherechts unter dem Grundgesetz belegt diese These eindrucksvoll.³⁰⁰ Ausgangspunkt ist Art. 3 Abs. 2 GG idF v. 1949:

„Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“

Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass weder die Aufnahme dieses Gleichbehandlungsgebots noch seine Formulierung selbstverständlich waren.³⁰¹ Das Gleichberechtigungsgebot war vor allem gegen die Ungleichbehandlungen der Frau im Familienrecht gerichtet. Die Formulierung stammt von der SPD-Abgeordneten *Elisabeth Selbert* (1896-1986).³⁰² Das zeigt wie wichtig es ist, dass Frauen an maßgeblicher Stelle in den Institutionen vertreten waren. Sie hielt das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts in Art. 4 Abs. 3 Entwurf (= Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) für nicht ausreichend, „um später im bürgerlichen Recht, insbesondere

297 Zurückhaltender in der Einschätzung *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 287.

298 Dazu im Zusammenhang mit dem Gleichheitsversprechen der *Declaration of Independence* und der Sklaverei unten § 3 II 1. Ein anderes Beispiel ist die zunehmende Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft; vgl. BVerfGE 125, 199, BVerfGE 126, 400.

299 Deutlich zu diesem Zusammenhang im Kontext der Geschlechtergleichberechtigung die Studie von *Floßmann*, Gleichheit und Ungleichheit, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 293 ff.

300 Vgl. dazu *Schwab*, Gleichberechtigung und Familienrecht, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 790, 805 ff.; *Frank*, AcP 2000 (2000), 401, 404 ff.

301 *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 313 ff.; *Sacksofsky*, Gleichberechtigung, 1996, 323 ff.

302 Vgl. 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 206.

im Familienrecht – ich denke zunächst nur an dieses Rechtsgebiet –, die Gleichberechtigung zu verwirklichen.“³⁰³ Folge dieses Gleichberechtigungsgebots war eine Modernisierung des bestehenden Rechts.³⁰⁴ Dazu die Abg. *Selbert*:

*„In allen Punkten, in denen die Gleichberechtigung nicht besteht, muß das Familienrecht, müssen überhaupt alle gesetzlichen Bestimmungen, die dem Grundsatz entgegenstehen, geändert werden. Es bedarf keiner Frage, daß dieser Schritt getan werden muß.“*³⁰⁵

Diese Rechtsfolge wollten viele vermeiden. Der CDU-Abgeordnete *Hermann von Mangoldt* (1895-1953) sah schon „das bisher geltende Recht [...] in sich zusammenfallen und nichts würde an seine Stelle treten.“³⁰⁶ Nachdem die Ablehnung des Antrags publik geworden war, reagierte die Öffentlichkeit, insbesondere die Frauenverbände, und es kam zu einem „Sturm der Empörung“.³⁰⁷ Daraufhin knickte die Opposition gegen den Antrag ein und er wurde schließlich, wie von der SPD vorgeschlagen, verabschiedet.³⁰⁸ Das Bundesverfassungsgericht stellte bereits 1953 klar, dass Art. 3 Abs. 2 GG aF nicht lediglich ein unverbindlicher Programmsatz, sondern eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes und damit eine echte Rechtsnorm ist.³⁰⁹ Im Wortlaut:

*„Die politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben – worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind –, ist damit verfassungskräftig verneint. Ob der Geschlechtsunterschied heute noch als rechtlich erheblich anzusehen ist, kann daher nicht mehr gefragt werden; diese Frage überhaupt stellen hieße, in einem circulus vitiosus die vom Grundgesetz bereits getroffene politische Entscheidung in die Hände des einfachen Gesetzgebers zurückzuspielen und Art. 3 Abs. 2 (3) GG seiner rechtlichen Bedeutung zu entkleiden.“*³¹⁰

Das entgegenstehende, mit Inkrafttreten des GG verfassungswidrig gewordene Recht galt nach Art. 117 Abs. 1 GG bis zum 31.3.1953 weiter, um dem Gesetzgeber Zeit für seine Anpassung zu geben.³¹¹ Weil der einfache Gesetzgeber diesem Verfassungsauftrag bis zum Ablauf des Stichtages nicht nachgekommen war, trat das gleichheitswidrige Ehe- und Familienrecht mit Ablauf des 31.3.1953 außer Kraft.³¹² Das Bundesverfassungsgericht konnte 8 Monate später

303 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 206.

304 So Abg. *Renner* (KPD), 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 206.

305 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 207.

306 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 206.

307 *Sacksofsky*, Gleichberechtigung, 1996, 327 f mwN.

308 *Sacksofsky*, Gleichberechtigung, 1996, 329 ff.

309 BVerfGE 3, 225, 239 f.

310 BVerfGE 3, 225, 240.

311 BVerfGE 3, 225, 238.

312 BGHZ 10, 266, 268 ff; BVerfGE 3, 225, 248.

feststellen, dass ein befürchtetes Rechtsanwendungschaos ausgeblieben war.³¹³ Der Bundesgerichtshof hatte zwischenzeitlich bereits die Unwirksamkeit des im BGB noch vorgesehenen gesetzlichen Güterstandes festgestellt:

„Zu den Rechtssätzen, die mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht vereinbar sind, gehören im Bereich des ehelichen Güterrechts die Bestimmungen, die beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung das eingebrachte Gut der Frau kraft Gesetzes der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterstellen. Mögen diese Bestimmungen auch nicht nur den Interessen des Mannes dienen, sondern auch den Schutz der Frau bezwecken und in der Pflicht des Mannes, den ehelichen Aufwand zu tragen, ihr Äquivalent und ihre innere Rechtfertigung finden, so sind sie doch Ausfluß einer Auffassung von der Ehe, bei der der Mann das Haupt und der Herr der Familie ist und seine Stellung gegenüber der der Frau überwiegt.“³¹⁴

Offen blieb die Rechtsfolge der Unwirksamkeit: Ausdehnung derselben Beschränkung auf den Ehemann oder Abschaffung für die Ehefrau? Der Bundesgerichtshof optiert eindeutig für die zweite Möglichkeit:

„Es würde auch der Lebensanschauung nicht entsprechen, die Gleichheit von Mann und Frau darin zu suchen, daß nunmehr der Mann in der Verfügung über sein eingebrachtes Vermögen an die Zustimmung der Frau gebunden wird. Daher kommt nur in Betracht, den Gleichheitsgrundsatz in der Weise durchzuführen, daß die Beschränkungen der Frau hinsichtlich des eingebrachten Gutes beseitigt werden.“³¹⁵

Die Passage ist bemerkenswert. Sie illustriert die freiheitserweiternde Wirkung eines ernstgenommenen Gleichheitssatzes: Sobald die konsequente Beseitigung von Ungleichbehandlungen dazu führen kann, dass einer bisher privilegierten Personengruppe eine von ihr als selbstverständlich in Anspruch genommene Freiheit entzogen werden könnte, ist diese Gruppe sofort bereit, dieselbe Freiheit auch der anderen, bisher ungleich behandelten Gruppe einzuräumen. „Soviel gleiche Freiheit wie möglich“³¹⁶ – das ist das vom Bundesverfassungsgericht zutreffend beschriebene Ziel des Art. 3 Abs. 2 GG. Aufgrund der geltenden verfassungsrechtlichen Anordnung der Gleichberechtigung von Mann und Frau wurde daher ab dem 1.4.1953 das Privatrecht unmittelbar geändert³¹⁷ und die von den Frauenverbänden bereits im 19. Jahrhundert geforderte Gütertrennung wurde vorübergehend zum gesetzlichen Güterstand.³¹⁸ Der Gesetzgeber kam seiner Anpassungspflicht erst mit dem Gleichberechtigungsgesetz v. 18.6.1957³¹⁹ nach und das auch nur teilweise, weil damit eine wirkliche Gleichbehandlung der Ehefrau

313 BVerfGE 3, 225, 245.

314 BGHZ 10, 266, 279.

315 BGHZ 10, 266, 281.

316 BVerfGE 10, 60, 81.

317 Unzutreffend *Schmoeckl* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 13, der Art. 117 Abs. 1 GG und die Rechtsprechung der 1950er Jahre (dazu *Voppel* in: Staudinger, Einl. zum FamilienR, Rn. 102 ff) offensichtlich völlig übersieht und daher zu einem falschem Urteil kommt.

318 BVerfGE 3, 225, 246.

319 BGBI. I S. 609.

nicht erreicht wurde.³²⁰ Das neue Familienrecht enthielt auch nach 1958 noch zahlreiche Bestimmungen, die dem Gleichberechtigungssatz widersprachen. Einige davon – wie etwa den Stichentscheid nach § 1628 BGB oder die grundsätzliche Vertretungsmacht des Vaters in § 1629 BGB – hat das Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG wieder aufgehoben.³²¹ Zur wirklichen Gleichberechtigung der Ehefrau bedurfte es mehrerer Anläufe des Gesetzgebers und zahlreicher verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.³²²

Diese Entwicklung führt zu einer für den Verlauf der Arbeit wichtigen These: Autonom privatrechtliches Denken und Privatrecht als solches vermögen es nicht, ihren selbstgesetzten Anspruch zu erfüllen, die gleiche rechtliche Freiheit aller Menschen zu gewährleisten. Erst die verfassungsrechtliche Absicherung der Gleichheitsidee als Diskriminierungsverbote in den Grundrechten, die unmittelbare Bindung des Privatrechts an diese und eine egalitaristische Grundrechtstheorie haben in der Vergangenheit dazu geführt, dass das Privatrecht gezwungen wurde, sein selbst gegebenes Versprechen einzulösen. Wie das Beispiel des Eherechts zeigt, lassen sich Rechtfertigungsmöglichkeiten stets in mehr oder weniger überzeugender Form anbieten. Das Ziel, Ungleichbehandlungen wegen bestimmter Merkmale auszuschließen, wird am besten durch Anknüpfungsverbote erreicht.³²³ Voraussetzung dafür ist aber, dass der Gleichheitssatz ernstgenommen wird. Im soeben genannten Urteil des Bundesgerichtshofs finden sich auch Abschnitte, die auf eine mögliche Relativierung des Gleichberechtigungsgebots hinweisen: Dort „wo der in Art. 6 Abs. 1 GG besonders anerkannte Schutz der Ehe und Familie oder die in Art. 6 Abs. 2 GG ebenda hervorgehobenen Interessen der Kinder einer völligen Gleichstellung beider Geschlechter in der Ehe Schranken setzen“ dürfe „nicht aus doktrinen Gedankengängen heraus eine formale Gleichstellung von Mann und Frau“ herbeigeführt werden.³²⁴ Der Versuch, über Art. 6 Abs. 1 GG die Zumutungen des Gleichheitssatzes zu beschränken, wird uns im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft wieder begegnen.³²⁵ Das Bundesverfassungsgericht ging demgegenüber bereits 1953 davon aus, dass Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 GG nebeneinander anwendbar sind und kommt zum Ergebnis: „auch in Ehe und Familie sind Mann und Frau gleichberechtigt.“³²⁶ Das setzt methodisch voraus,

320 Dazu *Hofmann*, Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG, 1986, 21 ff; *Schwab*, Familienrecht, in: Willoweit, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 277, 287 f.

321 BVerfGE 10, 60; weitere Nachweise bei *Sacksofsky* in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 Rn. 339.

322 Vgl. dazu den Überblick bei *Schwab*, Familienrecht, in: Willoweit, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 277, 287 ff.

323 Dazu *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 328 f.

324 BGHZ 10, 266, 277 f.

325 Siehe dazu *Grünberger*, FPR 2010, 203, 205 f.

326 BVerfGE 3, 225, 242.

dass man den Ehe- und Familienbegriff strikt gleichheitsbezogen interpretiert.³²⁷ Die seit 1953 bis heute in mehreren Stufen verlaufene Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Rechtfertigungsanforderungen von Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts³²⁸ verdeutlicht, dass es sich dabei um eine konstante Aufgabe handelt. Daraus ergibt sich eine wichtige Präzisierung der hier untersuchten These. Das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot kann nur dann Rechtfertigungsstrategien von Ungleichbehandlung im einfachen Recht wirksam hinterfragen, wenn diese Umgehungsstrategie ihrerseits nicht verfassungsrechtlich aufgeladen, sondern strikt gleichheitsbezogen interpretiert wird.

III. Paradoxien der formalen Rechtsgleichheit

Trotz aller Inkohärenzen³²⁹ bleibt die gleiche Zuweisung von Handlungsmöglichkeiten an jedes Rechtssubjekt – und damit an jeden Menschen – die große Errungenschaft des Privatrechts im 19. Jahrhundert. Der leitende Grundsatz der Privatrechtskodifikationen jener Zeit im Allgemeinen und des BGB im Besonderen ist der Grundsatz der rechtlichen Freiheit in rechtlicher Gleichheit.³³⁰ Erst der Grundsatz der formellen Rechtsgleichheit aller Menschen kann eine Privatrechtsordnung rechtfertigen, in der Privatautonomie das grundlegende Ordnungsprinzip im Verhältnis aller Individuen untereinander ist. Im Prinzip wird mit der gleichen Rechtsfähigkeit jedem eine „Eintrittskarte in die bürgerliche Gesellschaft“³³¹ ausgehändigt. Die Rechtsgleichheit aller beteiligten Akteure soll zusammen mit der Privatautonomie die individuelle Freiheit des Einzelnen in der Gesellschaft gewährleisten. Pointiert formuliert sind alle Menschen frei und gleich. Alle haben gleiche Rechte, und diese Rechte können nur durch freie und selbstbestimmte Handlungen verändert werden.

1. Der Zusammenhang von Rechtsgleichheit und tatsächlichen Ungleichheiten

Die Privatrechtstheoretiker des frühen 19. Jahrhunderts erkannten, dass sich gleiche Rechte und tatsächliche Ungleichheit in der Gesellschaft nicht zwangsläufig widersprechen.³³² Im Gegenteil, zwischen ihnen besteht ein funktioneller Zusam-

327 Vgl. BVerfGE 10, 60, 72 ff., wo implizit von einem Vorrang des Gleichberechtigungsgrundsatzes ausgegangen wird, der nur dann nicht greifen könne, wenn eine Beschränkung des Art. 3 Abs. 2 aufgrund funktional-biologischer Unterschiede gerechtfertigt werden könne.

328 Dazu instruktiv die Einteilung bei *Sacksofsky* in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 Rn. 335 ff.; vgl. auch *Osterloh* in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 272 ff.

329 Dazu *Duwe* in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 12.

330 *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 38.

331 *Paulus*, JuS 1994, 367.

332 Siehe dazu oben § 2 I 3; speziell zu *Zeiller* siehe *Schmidlin*, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: *Selb/Hofmeister*, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 192, 208.

menhang: Die Existenz tatsächlicher Ungleichheiten ist notwendig, um die abstrakt eingeräumten Freiheiten auch verwirklichen zu können.³³³ Anders formuliert: Die gleiche Rechtsfähigkeit jedes Menschen im Privatrecht und die Existenz tatsächlicher Ungleichheiten sind Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb. Nur der Mensch, der rechtsfähig ist, kann seine Bedürfnisse am Markt befriedigen. Das klingt mit, wenn *Eugen Ehrlich* in seiner kleinen Rechtsgeschichte zur Rechtsfähigkeit (1909) schrieb, dass „nicht nur der Einzelne, sondern jeder Einzelne als rechtsfähig anerkannt [wird]. Und er wird es um seiner selbst willen, um seiner individuellen Bedürfnisse willen.“³³⁴ Was damit eigentlich gemeint ist, kann man bei *Hegel* nachlesen. Der Mensch ist im Recht „Person“ und zugleich, als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, „Bürger“.³³⁵ Die bürgerliche Gesellschaft enthält die „Vermittlung des Bedürfnisses und die Befriedigung des Einzelnen durch seine Arbeit und durch die Arbeit und Befriedigung der Bedürfnisse Aller Uebrigen“.³³⁶ Dieses „System der Bedürfnisse“ ist nichts anderes als der Markt. *Hegel* rezipierte hier³³⁷ die Klassiker der modernen Ökonomie, *Adam Smith* und *David Ricardo*.³³⁸ Nur weil der Bürger als Person Träger subjektiver Rechte ist, kann er seine Bedürfnisse befriedigen und stellt seine Güter anderen zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zur Verfügung. Die Existenz gleicher subjektiver Rechte ermöglicht erst die individualistisch-rationale Ausübung der wirtschaftlich relevanten Freiheiten des Einzelnen. Zugleich entsteht dadurch mit dem Markt ein weiterer Funktionszusammenhang.³³⁹ Die Standesgesellschaft verhinderte diese gegenseitige Bedürfnisbefriedigung, war also eine Barriere einer auf Wettbewerb basierenden Wirtschaftsordnung.³⁴⁰ Es ist daher ganz konsequent, wenn *Franz Böhm* seine „Privatrechtsgesellschaft“ als Ergebnis des Gleichheitspostulats der Französischen Revolution verstand, weil erst ab 1790 jeder in der Gesellschaft den gleichen Status als Person des Privatrechts hatte.³⁴¹ Das wirft in rechtshistorischer Perspektive die Frage auf, ob man die Begriffe „Privatautonomie“ und „Vertragsfreiheit“ auch auf Gesellschaftsordnungen an-

333 Caroni, Privatrecht, 1988, 66 f; in der Sache schon Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 439.

334 Ehrlich, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 59.

335 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 190 Anm., S. 195; siehe dazu oben § 2 I 2.

336 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 188, S. 192 f.

337 Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 189 Anm S. 194.

338 Vgl. Horstmann, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, in: Siep, G.W.F. Hegel – Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1997, 193, 207; näher und differenzierend zum Einfluss Smiths auf Hegel: Henderson/Davis, 13 J. Hist. Econ. Thought 184 (1991).

339 Vgl. Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 13 f.

340 Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rn. 72; erhellend dazu schon Ehrlich, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 43 ff.

341 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 78; eingehend dazu unten § 4 I 4.

wenden kann, die den Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht kannten.³⁴² Dass in solchen Rechtsordnungen die eigenen Verhältnisse durch Verträge mehr oder weniger frei gestaltet werden konnten, besagt noch nichts darüber, ob man den Vertrag als das wesentliche Steuerungs- und Verteilungsinstrument von Gütern im Wirtschaftssystem qualifizieren kann. Es sagt auch nichts darüber aus, ob die Freiheit, solche Verträge abschließen zu können, überhaupt ein erstrebenswertes normatives Postulat ist. Unabhängig davon, welche (moderne) Gerechtigkeits-theorie man hier als Maßstab anlegt, fällt die Antwort bei gebundenen Privatrechtssystemen negativ aus: Solange nicht alle Menschen daran jedenfalls im Ausgangspunkt partizipieren können, ist die Minimalanforderung an eine gerechte Gesellschaft nicht erfüllt. Verwendet man dafür trotzdem die Begriffe Vertragsfreiheit und Privatautonomie, muss man sich darüber im Klaren sein, dass sie dort etwas ganz anderes bedeuten als in offenen Gesellschaften.

2. „Die Abstraction des Rechts von der Individualität des Menschen“

Die große Leistung des Privatrechts im 19. Jahrhundert besteht also darin, jeden Menschen als Akteur des Wettbewerbs zu mobilisieren. Das Mittel dazu ist die Gleichsetzung: Mensch – (natürliche) Person – gleiche Rechtsfähigkeit. Die „in der Lebensstellung der Individuen hervortretenden mannichfachen Ungleichheiten“³⁴³ der Menschen verschwinden im Laufe der Privatrechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts aus dem Diskurs des Wirtschaftsverkehrsrechts. „Der Mensch“ geht zeitgleich in den Begriffen der „Person“ und des „Rechtssubjekts“ auf.³⁴⁴ Gleichheitsorientierung und Personenauffassung sind unlösbar miteinander verknüpft.³⁴⁵ Jeder Mensch ist als Person ein Rechtssubjekt,³⁴⁶ das zur Konstruktion von Rechtsverhältnissen gebraucht wird³⁴⁷ und dem gleiche Freiheit zugeschrieben wird. *Georg Friedrich Puchta* beschrieb diesen Vorgang im Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen (1829) ungemein prägnant als die „ursprüngliche Abstraction des Rechts von der Individualität des Menschen“.³⁴⁸ Er fuhr fort:

342 Bejahend *Repgen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 49 ff; differenzierend zur „römischen Privatautonomie“ *Baldus*, AcP 210 (2010), 2 ff; verneinend *Grimm*, Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 165 ff und *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 5, 71.

343 *Gebhart in: Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 356.

344 Vgl. zur Entwicklung *Hattenhauer*, Grundbegriffe, 2000, 8-11.

345 Aus historisch-moralphilosophischer Perspektive: *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 50 ff.

346 Siehe *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts (Bd. I) 1803, 140 zur Gleichsetzung von Person und Rechtssubjekt.

347 Siehe *Savigny*, System, Bd. II, 1840, 1 [„Jedes Rechtsverhältnis besteht in der Beziehung einer Person zu einer anderen Person.“].

348 *Puchta*, Institutionen-Vorlesungen, 1829, 19.

„Das Recht faßt den Menschen zunächst bloß als Willenssubjekt auf, als Person, und schreibt ihm Freiheit zu, entkleidet von seinen übrigen Eigenschaften, die zusammen mit jener, der Persönlichkeit, den wirklichen Menschen in seiner vollkommenen Individualität machen.“³⁴⁹

Bereits diese frühe Passage hebt hervor, was sich beim späteren *Puchta* noch deutlicher zeigen wird: Die Gleichheit blieb inhaltlich streng auf die Freiheit bezogen.³⁵⁰ *Puchta* baute ein System der Freiheit, nicht der Gleichheit.³⁵¹ Die formale Gleichheit wird bei ihm als spezifische Eigenart des Rechts konstruiert, das von den natürlichen Ungleichheiten der Menschen und ihren materiellen Verhältnissen grundsätzlich absieht und wegen seines Regelcharakters sogar absehen muss.³⁵² Es „würde eine Zerstörung des Rechts selbst sein“, wenn es grundsätzlich auf das individuelle Wohl – und damit auf die individuellen Ungleichheiten – Rücksicht nehmen würde.³⁵³ Die formale Rechtsgleichheit zählt damit zu den Kommunikationsvoraussetzungen des Rechtssystems, das die Anschlussfähigkeit eigener Operationen erlaubt und zugleich multipliziert. Es muss daher im Grundsatz zwingend von der Berücksichtigung der Differenzen unter den Menschen absehen. Wohlgemerkt, nur im Grundsatz. *Puchta* verschließt das Recht nämlich nicht davor, solche Differenzen wahrzunehmen:

„Auf der andern Seite ist aber eben so gewiß: das Recht muß von der Beschaffenheit sein, daß das individuelle Wohl dabei bestehen kann, insoweit als ohne individuelle auch keine allgemeine Wohlfahrt existieren würde.“³⁵⁴

Das ist die Aufgabe der Billigkeit, die *Puchta* versteht als „Berücksichtigung der Individualität in den Personen und Verhältnissen.“³⁵⁵ Diese Berücksichtigung kann entweder im Recht selbst erfolgen oder als Ausnahme bzw. „Rechtswohlthat“ von außen an das Recht herangetragen werden.³⁵⁶ Seinem Verständnis von der Funktion der Privatrechtswissenschaft folgend,³⁵⁷ bevorzugt *Puchta* die erste Option, weil sie auf dem Recht der Wissenschaft und nicht lediglich auf

349 *Puchta*, Institutionen-Vorlesungen, 1829, 19. Diese Passage findet sich deutlich verknüpft im Wesentlichen auch in der 1. Aufl. des Pandektenlehrbuchs wieder, vgl. *Puchta*, Lehrbuch der Pandekten 1838, 27.

350 Dazu vertiefend *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die ‘Begriffsjurisprudenz’, 2004, 353 ff.

351 Siehe dazu oben § 2 I 3 b).

352 Dazu vertiefend *Mecke*, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, 550 ff.

353 *Puchta in: Rudorff* (Hrsg.), Vorlesungen über das heutige römische Recht (1855), Bd. I, 1853, § 31 S. 49.

354 *Puchta in: Rudorff* (Hrsg.), Vorlesungen über das heutige römische Recht (1855), Bd. I, 1853, § 31 S. 49.

355 *Puchta in: Rudorff* (Hrsg.), Vorlesungen über das heutige römische Recht (1855), Bd. I, 1853, § 31 S. 49.

356 *Puchta in: Rudorff* (Hrsg.), Vorlesungen über das heutige römische Recht (1855), Bd. I, 1853, § 31 S. 50.

357 Zum Kontextbezug dieser Passagen vgl. *Mecke*, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, 573 ff.

„äußerer Autorität“ beruht.³⁵⁸ Verlässt man den zeitgenössischen Kontext für einen Moment und spinnt diesen Gedanken weiter, erlaubt es dieses analytische Werkzeug, Gleichbehandlungsrecht als „Billigkeitsrecht“ zu konzipieren, das die formale Gleichheit des Rechts komplementiert, indem es die „Individualität in den Personen“ wieder sichtbar macht. Damit ließe sich auch die Kontroverse über seine Vereinbarkeit mit privatrechtlichen Grundsätzen erklären: Der Streit geht dann darüber, ob Gleichbehandlungsrecht im allgemeinen und das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht im besonderen ein im Privatrecht selbst wurzelndes Prinzip und daher genuiner Bestandteil des Rechtssystems ist oder es sich um eine dem Privatrecht von außen aufgedrängte „Rechtswohltat“ handelt.³⁵⁹

3. Ein zweites Gleichheitsproblem

Mit dem Grundsatz der allgemeinen Rechtsgleichheit jeder Person ist das Privatrecht im Ausgangspunkt durchaus diskriminierungsfeindlich angelegt.³⁶⁰ Jeder Mensch ist Person und als solche wie alle anderen auch rechtsfähig, unabhängig davon welches Geschlecht, welche ethnische Herkunft, welche sexuelle Orientierung, welche Religion oder Weltanschauung, welches Alter er/sie hat oder ob er/sie behindert, reich oder arm ist. „Gleichheit bedeutet daher zunächst und vor allem ein Wegsehen von tatsächlichen Unterschieden bei der rechtlichen Regelung von Lebensbedingungen von Menschen.“³⁶¹ Das gleiche Privatrecht ist also blind für die Individualität des Einzelnen. „Die Person ist die Maske der Gleichheit“.³⁶² Mit der formalen Rechtsgleichheit jeder Person hat das Recht das *erste Gleichheitsproblem* gelöst: Mit der gleichen Rechtsfähigkeit hat jeder Mensch die „Eintrittskarte in die bürgerliche Gesellschaft“³⁶³ und eine besondere noch dazu, wie *Pio Caroni* schrieb:

„Sie wird jedem Menschen auch gegen seinen Willen [...] ausgehändigt. Sie lässt ihm zudem keine Freiheit, vom Zaun oder von der Tribüne aus dem Spielgeschehen zuzuschauen, sondern sie zwingt ihn zum Mitspielen.“³⁶⁴

358 Vgl. *Puchta in: Rudorff* (Hrsg.), *Vorlesungen über das heutige römische Recht* (1855), Bd. I, 1853, § 31 S. 51.

359 Siehe dazu exemplarisch *Kainer*, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, 2011, (passim), der allgemeine Gleichbehandlungspflichten auf die *iustitia commutativa* und damit ein dem Privatrecht inhärentes Prinzip zurückführt, während er das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht als Verkörperung der privatrechtsfremden *iustitia distributiva* auffasst, näher unten § 5 IX 2 und § 8 II 2.

360 Den Begriff der „Diskriminierung“ verwenden in diesem Zusammenhang beispielsweise *Grimm*, *Bürgerlichkeit im Recht*, in: *Grimm*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 32; *Knieper*, *Gesetz und Geschichte*, 1996, 69.

361 *Eichenhofer*, FS *Pfarr*, 2010, 81, 84.

362 *Menke*, *Spiegelungen der Gleichheit*, 2004, 41 (aus moralphilosophischer Perspektive).

363 *Paulus*, JuS 1994, 367.

364 *Caroni*, *Privatrecht*, 1988, 67.

Auf dem Spielfeld begegnen sich die Spieler. In der Selbstbeschreibung des Rechtssystems ist das ein Zusammentreffen prinzipiell gleicher Personen als Träger gleicher subjektiver Rechte. In anderen Subsystemen der Gesellschaft wird die abstrakte Person wieder zum konkreten Menschen in seinen sozialen Bezügen. Die Person verschwindet und mit ihr fällt die Maske der Gleichheit. Das konkrete „Ansehen der Person“ zählt wieder.³⁶⁵ Damit können die tatsächlich vorhandenen oder vermeintlichen (zugeschriebenen) Unterschiede jedes Individuums in der jeweiligen Interaktion mit anderen Individuen relevant werden. Dies kann dazu führen, dass ein Akteur einen anderen Akteur gerade wegen seiner wahrgenommenen Andersartigkeit ungleich behandelt. Damit entsteht ein Konflikt zwischen den Interessen der Beteiligten. Dieser Konflikt wird im Rechtssystem, das auf dem Grundsatz gleicher Freiheit basiert, als solcher gar nicht mehr wahrgenommen, weil es einen so einfachen wie überzeugenden Lösungsmechanismus bereitstellt: die selbstbestimmte Entscheidung des Einzelnen und die Gleichbehandlung in der Zuweisung dieser Entscheidungskompetenz. Dieses Modell überzeugt solange und soweit prinzipiell jeder – um die Metapher fortzuführen – in Ballbesitz kommen kann. Problematisch wird es, wenn regelmäßige Angehörige bestimmter Gruppen, die nach einer von der Mehrheit wahrgenommenen oder zugeschriebenen Eigenschaft unterschieden werden, davon ausgeschlossen sind. Der Markt ist als ökonomischer Verteilungsmechanismus nicht fähig, die Orientierung an Stereotypen und Vorurteilen zu unterbinden.³⁶⁶ Dieses soziale Phänomen lässt daran zweifeln, ob mit der gleichen Fähigkeit zur Ausübung subjektiver Rechte dem Privatrecht eine abschließende Antwort des Gleichheitsproblems gelungen ist. Mit Rückert formuliert: Die mit der Rechtsgleichheit erfolgte Befreiung des Individuums als Person „löste das systematisch und historisch erste Problem der Herstellung rechtlicher Freiheit und Gleichheit“.³⁶⁷ Wie gesagt, das erste Problem von Freiheit und Gleichheit. Die Vorstellung, dass jeder Mensch Person und als solche gleichermaßen rechtsfähig ist, bildet das Fundament privatrechtlichen Denkens. Damit war aber nur der erste Schritt getan:

„Weit weniger gelöst wurde damit das Problem Freiheitsgenuß. Denn die erste Garantie erwies sich vielfach [...] als eine nur formale, wie man sagte, eine bloß rechtliche, aber nicht material faktische. [...] Das zweite Freiheitsproblem war demnach: Wieviel Freiheit braucht man, um wirklich frei zu sein?“³⁶⁸

Damit stößt man auf das bekannte Paradoxon gleicher Freiheit: Die Ausübung der gewährten Freiheit produziert materiale Ungleichheiten. Formal gleiches Recht, das auf ungleiche tatsächliche Ausgangspositionen bezogen wird, stabili-

365 Siehe dazu unten § 8 II 3.

366 Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 21.

367 Rückert in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 40; Rückert, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 32 ff.

368 Rückert, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 34 (Hervorhebungen im Original).

siert im besten Fall die ungleichen Zustände.³⁶⁹ Das haben die Zeitgenossen um 1800 deutlich erkannt.³⁷⁰ Wenige haben es so deutlich ausgesprochen wie *Fries* in seiner gleichheitsrechtlichen Rechtskonzeption.³⁷¹ Weil wir „das Eigentum und den Besitz nicht [suchen] um zu besitzen, sondern um mit Genuß zu leben“ und wir die Wahl „wie die Bedürfnisse befriedigt werden ... einem jedem für sich selbst überlassen“ müssen, ist das „erste politische Regulativ für die [gleiche] Verteilung des Eigentums: die größtmögliche Gleichheit des Genusses und der Befriedigung der Bedürfnisse zu bewirken und die größtmögliche Freyheit herzustellen für jeden in der Art, wie er leben und genießen will.“³⁷² „The pursuit of happiness“ der *Declaration of Independence* 1776³⁷³ klingt hier wohl nach. Die für *Fries* einzig geeignete Privatautonomie als Verteilungsmechanismus³⁷⁴ führte zu Ungleichheit, die er glaubte, mit dem „Unterschied von Ruhe und Geschäftigkeit im Leben des Einzelnen“³⁷⁵ begründen zu können.³⁷⁶ Das war schon für 1803 nicht ganz überzeugend, weil es bereits Anfang des 19. Jahrhunderts eine beträchtliche und seit Ende des 18. Jahrhunderts größer werdende Gruppe Armer gab.³⁷⁷ Das Problem verschärfte sich rasant und es war dann fast 20 Jahre später *Hegel*, der feststellte, dass sich die Ungleichheit in der bürgerlichen Gesellschaft bei „ungehinderter Wirksamkeit“ erheblich verschlechtern wird.³⁷⁸ Spätestens damit wurde die „soziale Frage“ auch zur Aufgabe des Rechts.³⁷⁹ Man hat dem deutschen Privatrecht und der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im 20. Jahrhundert vorgeworfen, mit dem Liberalismus des bürgerlichen Rechts weit hinter den sozialen Forderungen der Zeit zurückgeblieben zu sein. Diese Kritik stammt aus der *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952/67) von *Franz Wieacker* (1908-1994). Seine Einschätzung der Zeit³⁸⁰ prägte Geschichtsbilder.³⁸¹ Das gilt insbesondere für seine im Jahr 1951 getroffene, gedanklich aber bereits

369 Statt vieler *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, in: *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 11, 32, 43.

370 Siehe *Rückert*, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 15 ff.

371 Zu *Fries* näher oben § 2 II 3 c).

372 Alle Zitate bei *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 121 f.

373 Dazu unten § 3 I 1.

374 Dazu oben § 2 I 3 c).

375 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 122.

376 *Fries*, Philosophische Rechtslehre, 1803, 128.

377 *Nipperdey*, Deutsche Geschichte, Bd. I, 1983, 221; *Schildt*, Die Arbeiterschaft im 19. und 20. Jahrhundert, 1996, 1 ff, 70 ff; vgl. auch *Grimm*, Entwicklung zum Sozialstaat, in: *Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 138, 142.

378 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 243 S. 232.

379 Dazu jetzt im Überblick *Rückert*, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 15 ff.

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

381 Besonders nachhaltig wirkt sich das Bild aus bei *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 468 ff; das jüngste „Kind“ des Denkens in „Sozialmodellen“ ist *Singer*, FS 200 Jahre Humboldt-Universität, 2010, 981 ff.

in die 30er und 40er Jahre hineinreichende³⁸² Feststellung, das Reichsgericht habe im 20. Jahrhundert „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“.³⁸³ Sowohl die rechtshistorischen Grundlagen wie auch die Wertungen dieses Urteils sind mittlerweile im Wesentlichen widerlegt. Die neuere rechtsgeschichtliche Forschung hat gezeigt, dass man die Begrenzung dieses Prozesses bereits im 19. Jahrhundert als soziale Aufgabe des Privatrechts erkannt hat.³⁸⁴ Dabei geht es aber immer um das *zweite Freiheitsproblem*.

An Private adressierte Gleichbehandlungspflichten sind dagegen ein Versuch, das *zweite Gleichheitsproblem* zu lösen. Die formale Rechtsfähigkeit jeder Person war, wie oben dargestellt, die Antwort des Rechts auf das erste Gleichheits- und das erste Freiheitsproblem. Daneben gibt es aber noch ein zweites, häufig übersehenes, Gleichheitsproblem. In (rein) terminologischer Anlehnung an *Rückerts* Formulierung des zweiten Freiheitsproblems³⁸⁵ lautet das zweite Gleichheitsproblem: Wieviel rechtliche Gleichheit braucht man, um wirklich gleich zu sein? Das zweite Gleichheitsproblem sensibilisiert das Recht für die fortbestehenden Ungleichbehandlungen der privaten Akteure in seiner Umwelt. Das zweite Gleichheitsproblem ist keine Erfindung des 20. Jahrhunderts. Die Fragestellung wurde bereits im 19. Jahrhundert erkannt. Voraussetzung dafür war, dass das Gleichheitsproblem *als Problem rechtlicher Gleichheit* überhaupt sichtbar werden konnte. Dafür bedurfte es der Erkenntnis, dass es zwischen den Polen der „abstrakten Rechtsperson“ und dem „wirklichen Menschen in seiner vollkommenen Individualität“³⁸⁶ ein Mittelding gab: Die selbst definierte und/oder fremd zugeschriebene Gruppenidentität, die zwar auf individuellen Merkmalen beruht, aber von einem Kollektiv geteilt wird. In Deutschland war es die Frauenfrage, die diesen Vorgang sichtbar machte. Die Debatte um die Stellung der (Ehe-)Frau im bürgerlichen Recht verdeutlichte die statusrechtliche Einteilung der „abstrakten Rechtsperson“ in zwei Gruppen: Mann und Frau. Mit der gleichheitsrechtlichen Formulierung konnte man nämlich auf die ungleiche Verteilung von Freiheitsrechten hinweisen. Ich erinnere an die oben angesprochene emanzipatorische Kritik von *Kempin* an der Verwaltungsgemeinschaft als gesetzlichem Güterstand: Trotz gleicher Rechtsfähigkeit sei deswegen die „Handlungsfähigkeit der Ehefrau

382 Vgl. *Rückert*, JZ 2010, 1.

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

384 *Haferkamp* in: HKK-BGB, § 138 Rn. 5 ff; *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 42, 79; *Duwe* in: HKK-BGB, § 242 Rn. 21 ff [jeweils mwN]; weiterführend *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, 2001, 275 ff; *Reppen*, Soziale Aufgabe, 2001, 490 ff. Zur modernen „Materialisierungsdebatte“ siehe unten § 8 III 1 b).

385 *Rückert*, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 34, der das Problem aber lediglich als Freiheitsproblem konzipiert.

386 *Puchta*, Institutionen-Vorlesungen, 1829, 29. Diese Passage findet sich deutlich verknappt im Wesentlichen auch in der 1. Aufl. des Pandektenlehrbuchs wieder, vgl. *Puchta*, Lehrbuch der Pandekten 1838, 27.

illusorisch“.³⁸⁷ Damit meinte sie die faktische Beschränkung der Ehefrau, von ihren subjektiven Rechten auch tatsächlich Gebrauch machen zu können. Das freiheitsrechtliche Argument wurde dazu eingesetzt, die fehlende Gleichheit der Ehefrau mit dem Ehemann zu kritisieren. Diese kategoriale Unterscheidung blieb nicht auf das Personen- und Familienrecht beschränkt. Sie wirkte in die Gesellschaft hinein. Das lässt sich anhand des klassischen Beispiels der unterschiedlichen Entlohnung von Frauen im Vergleich zu Männern zeigen. Bereits Ende des 19. Jahrhunderts haben Frauen darauf aufmerksam gemacht und es als Gleichheitsproblem thematisiert. Beispielhaft dafür ist wiederum *Emilie Kempin* im Jahr 1896/97:

„Die Unverehelichten aber und die Verheirateten für einen bestimmten Zeitraum vermögen ebensoviel zu leisten wie der Mann, und um da die Konkurrenz zu einem gleichmäßigen ehrlichen Kampfe zu gestalten, müssen wir für gleiche Arbeit von Mann und Frau gleiche Löhne fordern und die arbeitende Frau mit allen Mitteln in den Stand setzen, diesem Gebote nachzuleben. Hier hat die Frauenbewegung einzusetzen.“³⁸⁸

Die Forderung nach „gleichem Lohn für gleiche Arbeit“ unabhängig vom Geschlecht, ist genuin gleichheitsrechtlicher Natur. Das wird nach der Verabschiedung von Art. 3 Abs. 2 GG in der 1949/50 geführten Debatte deutlich sichtbar³⁸⁹. Und mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Defrenne II* im Jahre 1976³⁹⁰ war es letztlich ein Gleichheitsgrundrecht (Art. 119 EWGV), das der Forderung im Privatrecht zum Durchbruch verhalf.³⁹¹

Drängender als in Deutschland stellte sich das zweite Gleichheitsproblem in den U.S.A. Das lag an der „*peculiar institution*“ der Sklaverei und der zwischen 1863 und 1865 erfolgenden Sklavenbefreiung (*emancipation*). Der U.S.-amerikanischen Gesellschaft stellten sich das erste und das zweite Gleichheitsproblem gleichzeitig: Zunächst glaubte man, die gleiche Rechtsfähigkeit genüge, um das Freiheits- und Gleichheitsproblem der befreiten Sklaven zu lösen.³⁹² Das war ein Irrtum. Der befreite Sklave blieb für die weißen Akteure in der Gesellschaft „Schwarzer“ und damit in der sozialen Hierarchie unter ihnen stehend.³⁹³ Dieser Vorgang ließ sich nicht verallgemeinernd als „soziale Frage“ oder „Klassenfrage“ formulieren. Eine rein freiheitsrechtliche Problembeschreibung verfehlt das spezifische Element: Arm waren auch Weiße; in der Öffentlichkeit ungleich behandelt wurden nur Schwarze. Diese Ungleichbehandlung aufgrund der zugeschriebenen „Rasse“ einer Person machte das zweite Gleichheitsproblem schlag-

387 *Kempin*, Die Ehefrau, 1894, 7 f (Hervorhebung hinzugefügt); siehe dazu oben § 2 II 1 b).

388 *Kempin*, Grenzlinien der Frauenbewegung (1897), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 594, 588 f.

389 Dazu unten § 4 I 2 b.

390 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455.

391 Dazu unten § 4 II 3.

392 Dazu eingehend unten § 3 III 2 a).

393 Siehe unten § 3 III 2 b).

artig *sichtbar*. In den U.S.A. der 1870er Jahre entwickelte sich als Antwort darauf das moderne Nichtdiskriminierungsrecht. Historisch betrachtet ist es ein zunächst gescheiterter³⁹⁴ und erst seit Mitte des 20. Jahrhunderts erfolgreicher Versuch,³⁹⁵ das zweite Gleichheitsproblem zu lösen, indem Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung zu zentralen Pfeilern der Privatrechtsordnung werden.

Diese Lösung des zweiten Gleichheitsproblems wird traditionell als Beschränkung der privaten Autonomie der einzelnen Akteure empfunden.³⁹⁶ Die Einschränkung klassischer Freiheiten in der Sozialsphäre wird also traditionell „auf die Interferenz *anderer* Rechtsprinzipien (wie sozialer Gerechtigkeit oder sozialer Verantwortung) zurückgeführt“³⁹⁷ und damit als Störung der Eigenrationalität des Privatrechts³⁹⁸ wahrgenommen. Es ist das zweite Gleichheitsproblem, das diese Irritation des Privatrechts auslöst. Es stellt dem Recht eine wichtige Frage: Gibt es „ein allgemeines Gleichheitsrecht, eben das Recht auf Gleichbehandlung gemäß Normen, die Rechtsinhaltsgleichheit verbürgen“³⁹⁹ als Strukturprinzip des Privatrechts? Dieser Frage gehen die folgenden Abschnitte nach.

394 Dazu § 3 III 4.

395 Siehe § 3 IV und § 4 II.

396 Dazu bereits oben § 1 I; zuletzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 IV 2 c) und § 6 II 2.

397 Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f (Hervorhebung im Original).

398 Besonders deutlich zuletzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 8 (eine Ausweitung des Nichtdiskriminierungsrechts führe zu seiner „Veröffentlichung“ des Privatrechts und „perspektivisch zu seinem Ende“; ähnlich bereits Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 14 (der die „Totenglocke“ des Privatrechts läuten hört).

399 Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 483 f (Hervorhebung im Original).

§ 3 Entstehung, Scheitern und Wiederkehr des modernen Nichtdiskriminierungsrechts

I. „The negro race had been doomed to slavery“

1. Das gebrochene Versprechen der Gleichheit in der Declaration of Independence

„Gleichheit“ wurde in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts zur politischen Kernforderung in den amerikanischen Kolonien der englischen Krone. Wichtigstes Dokument dafür ist die am 4.7.1776 vom *Continental Congress* verabschiedete *Declaration of Independence*:

„We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness“.

Diese Gleichheit war aber primär eine nach außen, an den englischen König *George III* (1738-1820) gerichtete Forderung.¹ Ihre Einbettung in die *Declaration* verbindet diese Gleichheitskonzeption mit dem politischen Selbstverständnis der Kolonisten, Anspruch auf dieselben politischen Rechte zu haben, wie die britischen Staatsbürger. Die ideengeschichtlichen Wurzeln der amerikanischen Kolonisten sind breit gestreut; den europäischen Aufklärern, insbesondere *John Locke* und *Samuel Pufendorf* kommt dabei – neben vielen anderen – eine prominente Rolle zu.² Unmittelbares Vorbild der *Declaration* ist die *Virginia Bill of Rights* vom 12.6.1776.³ Deren Article I lautet:

„That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.“

„All men are created equal“ und „all men are by nature equally free“ – das war ein für die Zukunft gegebenes Versprechen: Frauen und Schwarze waren 1776 offensichtlich nicht gemeint.⁴ Die Frau war personenrechtlich nicht dem Mann gleichgestellt und alle Kolonien kannten und akzeptierten die Sklaverei Schwarzer⁵. Die Unabhängigkeitserklärung schweigt über die Sklaverei. Sie wich inso-

1 *Damm*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 112-113.

2 Dazu grundlegend *Bailyn*, The Ideological Origins of the American Revolution (1967), 1992, 22 ff; zur Bedeutung der Literatur der Aufklärung des 18. Jhdts. siehe auch *Reck*, 44 Review of Metaphysics 549 (1991).

3 *Maier*, American Scripture, 1997, 125-126.

4 Zum Problembereich zuletzt *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 9 ff.

5 Weiterführend zur Entwicklung der Sklaverei in der Kolonialzeit *Higginbotham*, In the Matter of Color, 1980, 19 ff; *Franklin/Moss*, From Slavery to Freedom, 2000, 64 ff.

weit von *Thomas Jeffersons* (1743-1826) Entwurf der *Declaration* ab. Dort wies *Jefferson*, der die Sklaverei moralisch zwar verurteilte, selbst aber Sklavenhalter war,⁶ letztlich der englischen Krone die Verantwortung für Sklaverei und Sklavenhandel zu.⁷ Das eigentliche Verbrechen des Königs sei es, so *Jefferson*, dass er den Kolonisten zunächst die Sklaverei oktroyiert habe und jetzt diese Sklaven zum Aufstand gegen die weißen Kolonisten aufhetzte.⁸ Der Kongress hat auf diesen Abschnitt in der endgültigen Fassung nach ausführlicher Diskussion verzichtet.⁹ Damit verschwand der Begriff der Sklaverei aus der Unabhängigkeitserklärung. Seitdem bietet die *Declaration* zwei Lesarten: die historisch dem Zeitgeist ihrer Verfasser entsprechende Interpretation, nach der Schwarze (und Frauen) nicht erfasst waren und eine Auffassung, die darin ein in die Zukunft gerichtetes Versprechen an alle Menschen erblickte. Der *Supreme Court* thematisierte beide Aspekte in seiner berüchtigten Entscheidung *Scott v. Sandford* (1857)¹⁰ und bezog klar Position:

„The language of the Declaration of Independence [...] would seem to embrace the whole human family, and if they were used in a similar instrument at this day would be so understood. But it is too clear for dispute, that the enslaved African race were not intended to be included, and formed no part of the people who framed and adopted this declaration [...]. Yet the men who framed this declaration [...] perfectly understood the meaning of the language they used, and how it would be understood by others; and they knew that it would not in any part of the civilized world be supposed to embrace the negro race, which, by common consent, had been excluded from civilized Governments and the family of nations, and doomed to slavery.“¹¹

2. Die Verankerung der Sklaverei in der Verfassung von 1787

Zwischen 1776 und 1787 schafften einige Bundestaaten die Sklaverei ab (Vermont, New Hampshire, Pennsylvania, Massachusetts)¹² und es begann sich bereits die für das 19. Jahrhundert maßgebliche Dichotomie zwischen den sklaven-

6 Weiterführend zu den Gegensätzen in *Jeffersons* Standpunkt zur Sklavenfrage *Finkelman*, *Slavery and the Founders*, 2001, 129 ff.

7 Die Passage lautet: „He has waged cruel war against human nature itself, violating its most sacred rights of life and liberty in the persons of a distant people who never offended him, captivating and carrying them into slavery in another hemisphere, or to incur miserable death in their transportation thither“, abgedruckt bei *Armitage*, *The Declaration of Independence*, 2007, 161.

8 Im Wortlaut: „[The king] is now exciting those very people to rise in arms among us, and to purchase that liberty of which he has deprived them, by murdering the people upon whom he also obtruded them: thus paying off former crimes committed against the liberties of one people, with crimes which he urges them to commit against the lives of another“, abgedruckt bei *Armitage*, *The Declaration of Independence*, 2007, 162.

9 Dazu *Higginbotham*, *In the Matter of Color*, 1980, 380 ff.

10 Statt *Sandford* müsste es richtigerweise *Sanford* heißen; der Name eines Verfahrensbeteiligten wurde in den Gerichtsdokumenten fälschlich mit „Sandford“ angegeben, vgl. *Fehrenbacher*, *Slavery, Law and Politics*, 1981, 127.

11 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 409-410 (1857).

12 Zu den Einzelheiten siehe *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 41 ff.

freien und industrialisierten Nordstaaten einerseits und den sklavenhaltenden und agrarischen Südstaaten andererseits zu entwickeln. Damit einher ging der Grundkonflikt jeder föderalen Verfassungsordnung: Wieviel staatliche Gewalt verbleibt bei den einzelnen Staaten zur Regelung der eigenen, inneren Angelegenheiten (*state autonomy*) und welche Kompetenzen werden dem *federal government* übertragen? Diese Fragen wurden immer auch mit Bezug auf die Sklaverei gestellt und es ging grundsätzlich darum, wer über die Zulässigkeit und Rechtsfolgen der Sklaverei entschied – der einzelne Staat oder Washington – und ob die Entscheidung eines Staates von anderen Bundesstaaten zu akzeptieren ist. Die Verfassung von 1787 muss daher als ein Kompromisspapier gelesen werden: die Akzeptanz der Sklaverei in den Südstaaten war der Preis für ihre Verabschiedung.¹³ „We the people [...] in order to form a more perfect Union, establish justice, [...] promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity...“,¹⁴ auch das war ein Versprechen, das nicht gegenüber allen gegeben wurde: Schwarze und Frauen blieben weiterhin ausgeschlossen.¹⁵ Auch die Verfassung änderte nichts am Institut der Sklaverei,¹⁶ im Gegenteil: Es wurde mehrfach in sie eingeschrieben. Das Wort „slave“ wird man in der Verfassung von 1787 zwar nicht finden.¹⁷ Es wurde von den Verfassern bewusst vermieden, „from a sensitive feeling“, wie man später sagen wird.¹⁸ Der Text lässt jedoch wenig Zweifel daran, dass die Verfassung Sklaverei als Status voraussetzt, akzeptiert und teilweise schützt.¹⁹

a) Sklavenhandel

Der erste Punkt betraf den Sklavenhandel. Interpretiert man die *commerce clause*²⁰ so wie der *Supreme Court* in *Gibbons v. Ogden* (1824),²¹ wäre er möglicherweise in ihren Anwendungsbereich und damit in die Gesetzgebungskompetenz

13 Dazu vertiefend Maltz, 36 Am. J. Leg. Hist. 466 (1992); Tsesis, *We Shall Overcome*, 2008, 33 ff.

14 U.S. Const. preamble.

15 Marshall, 101 Harv. L. Rev. 1, 2 (1987); siehe auch *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 286 (Goldberg, J., conc.): „The Constitution of the new Nation, while heralding liberty, in effect declared all men to be free and equal-except black men who were to be neither free nor equal.“

16 Vgl. *State v. Post*, 20 N.J.L. 368, 376 (N.J. 1845): „[I]t has been often adjudged, both by the State and Federal courts, that slavery still exists; that the master's right of property in the slave has not been affected either by the declaration of independence, or the constitution of the United States.“

17 Zu den Hintergründen Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 68 ff.

18 *Smith v. Turner*, 48 U.S. (7 How.) 283, 543 (Woodbury, J., diss.)(1849).

19 Vgl. dazu weiterführend Finkelman, *Slavery and the Founders*, 2001, 3 ff; anders aber Belz, *The Constitution and Reconstruction*, in: Anderson/Moss, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 189, 214 f mwN, der mit einer mich nicht überzeugenden Argumentation u.a. aus dem fehlenden Wort „Sklaverei“ eine moralische Verurteilung dieses Instituts ableiten will.

20 U.S. Const. art. I § 8 cl. 3: „Congress shall have power ... To regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes“.

21 *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

der Union gefallen.²² Obwohl der Sklavenhandel 1787 auch in den Südstaaten kontrovers diskutiert wurde,²³ gab es in der verfassungsgebenden Versammlung keine gesicherte Mehrheit für eine föderale Lösung. Ein sofortiges Verbot hätte aus Sicht einiger Südstaaten ihre ökonomische Entwicklung erheblich beeinträchtigt.²⁴ Daher einigte man sich darauf, den Kongress als föderales Gesetzgebungsorgan zu ermächtigen, frühestens im Jahr 1808 die „migration or importation of such persons as any of the states now existing shall think proper to admit“ zu verbieten.²⁵

b) Fortdauer des Statusverhältnisses beim Aufenthaltswechsel des Staates?

(1) Ein ungeklärtes Thema

Der zweite Punkt betraf eine für die sklavenhaltenden Südstaaten zentrale Frage:²⁶ Was geschieht mit den Sklaven, die sich entweder zusammen mit ihrem „Master“ in einem sklavenfreien Staat aufhalten oder die dorthin fliehen? Ausgangspunkt ist die *privileges and immunities clause* in Art. IV § 2 U.S.-Verf.²⁷ Sie enthält in der Sache ein an jeden Staat adressiertes Gleichbehandlungsgebot, Angehörige eines anderen Staates wie die eigenen Angehörigen zu behandeln.²⁸ Dazu der *Supreme Court* in *Scott v. Sandford*:²⁹

„[The union] gave to each citizen rights and privileges outside of his State which he did not before possess, and placed him in every other State upon a perfect equality with its own citizens as to rights of person and rights of property; it made him a citizen of the United States.“³⁰

Darunter fällt insbesondere auch die gleiche Möglichkeit, Eigentum zu erwerben und zu besitzen.³¹ Offen blieb, ob das nur für Eigentum an Sachen oder auch an Personen – und damit für die Sklaverei – galt.³² Die dazu vertretenen Auffassun-

22 Vgl. dazu *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 503-508 (McLean, J.) (1841) (verneinend) mit *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 513-516 (Baldwin, J.) (bejahend).

23 *Tsesis, We Shall Overcome*, 2008, 31 f.

24 *Maltz*, 36 Am. J. Leg. Hist. 466, 469 (1992).

25 U.S. Const. art. I § 9 cl. 1.

26 Zum Folgenden vgl. *Maltz*, 36 Am. J. Leg. Hist. 466, 469-471 (1992).

27 „The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states.“

28 Vgl. *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168, 180 (1868): „It was undoubtedly the object of the clause in question to place the citizens of each State upon the same footing with citizens of other States, so far as the advantages resulting from citizenship in those States are concerned.“

29 Zum Sachverhalt und den verschiedenen Entscheidungsbegründungen siehe statt vieler *Tsesis, We Shall Overcome*, 2008, 77 ff.

30 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 407 (1857).

31 *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168, 180 (1868): „it insures to them in other States the same freedom possessed by the citizens of those States in the acquisition and enjoyment of property and in the pursuit of happiness; and it secures to them in other States the equal protection of their laws“.

32 Vgl. *Finkelman, Imperfect Union*, 1981, 33 f.

gen änderten sich im Laufe der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts radikal:³³ Noch 1823 ging ein Bundesgericht davon aus, dass die Verfassung auch den Status des Sklaven als Eigentum im Nicht-Sklavenstaat schütze.³⁴ In der Sache interpretierte es die Bestimmung als Beschränkungsverbot. Vor Ausbruch des Bürgerkrieges hatte sich die Einschätzung komplett geändert. Der *Court of Appeals* des Staates New York interpretierte die *Privileges and Immunities Clause* als reines Diskriminierungsverbot: Weil kein Bürger des Staates New York Sklavenhalter sein könne, könne sich auch der Bürger eines Sklavenhalterstaates nicht darauf berufen.³⁵ Der *Supreme Court* musste vor 1861 dazu nicht entscheiden. In einer Entscheidung *post bellum* teilte er das Verständnis der *Privileges and Immunities Clause* als Diskriminierungsverbot:

„But the privileges and immunities secured to citizens of each State in the several States, by the provision in question, are those privileges and immunities which are common to the citizens in the latter States under their constitution and laws by virtue of their being citizens. Special privileges enjoyed by citizens in their own States are not secured in other States by this provision.“³⁶

(2) Schutzpflicht zugunsten des Masters eines flüchtigen Sklaven

Die vermeintlich größte Gefahr – der *fugitive slave* – wurde sogar in der Verfassung selbst geregelt:

„No person held to service or labor in one state, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labor, but shall be delivered up on claim of the party to whom such service or labor may be due.“³⁷

Nach Auffassung des *Supreme Court* in *Prigg v. Pennsylvania* (1842)³⁸ war diese Klausel entscheidend für die Verabschiedung der Verfassung 1787.³⁹ Ihr Zweck bestand darin,

„to secure to the citizens of the slave-holding states the complete right and title of ownership in their slaves, as property, in every state in the Union into which they might escape from the state where they were held in servitude.“⁴⁰

Sie enthielt „a positive, unqualified right on the part of the owner of the slave, which no state law or regulation can in any way qualify, regulate, control or re-

33 Zum Ganzen *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981.

34 Siehe *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas. 546 (E.D. Pa. 1823) (No. 3230).

35 *Lemmon v. People*, 20 N.Y. 562, 609-611 (1860).

36 *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168, 180 (1868).

37 U.S. Const. art. IV § 2 cl. 3.

38 Zum Verständnis dieser schwierigen Entscheidung siehe *Maltz*, 36 *Am. J. Leg. Hist.* 466, 473 ff (1992).

39 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 611 (1842).

40 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 611.

strain.“⁴¹ Daraus folgte das Gericht eine – wie man heute sagen würde⁴² – an die Bundesgewalt adressierte Schutzpflicht zur Verwirklichung dieses Rechts.⁴³ Dem ist bereits der zweite Kongress mit dem „Act respecting fugitives from justice, and persons escaping from the service of their masters“ von 12.2.1793 (*Fugitive Slave Act 1793*) in verfassungskonformer Weise nachgekommen.⁴⁴ Entgegenstehende Gesetze von Nicht-Sklavenstaaten, die „a forcible removal of a colored person out of the state“ verbieten, waren danach verfassungswidrig, wenn sie auch auf entflohene Sklaven angewendet werden.⁴⁵ Andererseits waren die einzelnen Staaten nicht verpflichtet, das Bundesgesetz selbst durchzusetzen.⁴⁶ Damit war die effektive Durchsetzung des „Eigentumsrechts“ am Sklaven erschwert. Dieses Problem sollte mit dem *Fugitive Slave Act* von 1850 weitestgehend beseitigt werden.⁴⁷ In der Realität blieb es allerdings beim Vollzugsdefizit, weil die meisten Nordstaaten entgegenstehende Gesetze zum Schutz vor Entführungen mit gerichtlichen Rechtsbehelfen einführten und diese vielfach auch durchsetzten.⁴⁸

(3) Sonstiger Aufenthaltswechsel von Sklaven und Schwarzen

Die zweite Frage – welche Auswirkungen hat ein mit Zustimmung des *Masters* vorgenommener, vorübergehender Aufenthalt eines Sklaven in einem Nicht-Sklavenstaat nach seiner Rückkehr in den Sklavenstaat? – ergab sich nur teilweise aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung und der verbliebenen Souveränität der Einzelstaaten.⁴⁹ Den Grundsatz formulierte der *Supreme Court* in *Strader v. Graham* (1850):

„Every state has an undoubted right to determine the status, or domestic and social condition, of the persons domiciled within its territory; except in so far as the powers of the states in this respect are restrained, or duties and obligations imposed upon them, by the Constitution of the United States. [...] And the condition of the negroes, therefore, as to freedom or slavery, after their return, depended altogether upon the laws of that state, and could not be influenced by the laws of [a non slave holding state].“⁵⁰

41 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 612.

42 Vgl. Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 133 f.

43 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 614-at 616.

44 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 616-at 622.

45 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) at 625; zum Problem näher *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 669-70 (1842)(McLean, J.).

46 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.), 539, 615-616 (1842).

47 Tsesis, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 27 ff.

48 Näher Finkelman, Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 1, 13 ff.

49 Dazu vertiefend *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 458-59 (1857)(Nelson, J., conc.).

50 *Strader v. Graham*, 51 U.S. (10 How.) 82, 93-94 (1850).

Aus der Kompetenzverteilung der Verfassung von 1787 entnahm der *Supreme Court* in *Dred Scott* schließlich einen weiteren elementaren Grundsatz, wonach der Bundesstaat keine Kompetenz habe,

„to interfere for any other purpose but that of protecting the rights of the owner, leaving it altogether with the several States to deal with this race, whether emancipated or not, as each State may think justice, humanity, and the interests and safety of society, require.“⁵¹

Die Gesamtkonzeption der Kompetenzen der Bundesgewalt war darauf angelegt, die einfachrechtliche Abschaffung der Sklaverei zu verhindern.⁵² Das war in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts – trotz anderslautender Positionen mancher *Abolitionists* – juristisches Gemeingut. Deutlich formuliert *Justice Nelson* in *Dred Scott*:

„It must be admitted that Congress possesses no power to regulate or abolish slavery within the States; and that, if this act had attempted any such legislation, it would have been a nullity.“⁵³

Die Verfassung ermöglichte es allerdings auch den Nicht-Sklavenstaaten, selbst über den Status der sich in ihnen aufhaltenden Sklaven – mit Ausnahme der flüchtigen – zu entscheiden.⁵⁴ Das führte zu erheblichen Unsicherheiten für Sklavenhalter, die mit ihren Sklaven reisten und sich im Laufe des 19. Jahrhunderts nicht mehr sicher sein konnten, dass der im Heimatstaat begründete Status des Sklaven als Eigentum bei vorübergehenden Aufenthalten in Nicht-Sklavenstaaten respektiert wurde. Die Frage war juristisch gesprochen ein Problem des Internationalen Privatrechts: Gilt die *lex fori* und damit das Recht des Staates, der keine Sklaverei kennt oder gilt das Recht des Staates, dem der Sklavenhalter angehört und in dem das Statusverhältnis zum Sklaven begründet worden ist?⁵⁵ Bei der Lösung dieses Problems waren drei Quellen maßgeblich: (1.) die Verfassung und Bundesrecht, die nur den Status des flüchtigen Sklaven adressierten, (2.) Verfassung, Common Law und Gesetze des entscheidenden Staates, also das, was man heute zum nationalen *ordre public* zählen würde und (3.) allgemeine Prinzipien des Völkerrechts und das Prinzip der *comity*.⁵⁶

Paul Finkelman hat nachgewiesen, dass um 1830/1840 ein erheblicher Wandel in der Beantwortung dieser Fragen einsetzte.⁵⁷ In der Zeit zwischen 1787 und 1830 akzeptierten die sklavenfreien Staaten im Wesentlichen die Statusbeziehung des Masters zum Sklaven, obwohl sie auf eigenem Territorium die Sklaverei abschafften. Exemplarisch dafür stehen die Gesetze in Pennsylvania und New

51 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 426.

52 *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 28 ff.

53 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 464 (1857)(Nelson, J., conc).

54 Näher *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 30 ff.

55 Grundlegend zum Problem *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 3 ff.

56 Zu den Optionen siehe *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 13 ff.

57 *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981.

York. Hielten sich auswärtige Sklavenhalter nur vorübergehend in diesen Staaten auf, wobei dieser Zeitraum gesetzlich auf 6 bzw. 9 Monate festgelegt war, blieb der mitgebrachte Sklave in Unfreiheit.⁵⁸ Im Gegenzug akzeptierten die sklavenhaltenden Staaten die Statusänderung, die ein darüber hinausgehender Aufenthalt bewirkte: Der ehemalige Sklave wurde auch im Süden als *freedman* anerkannt.⁵⁹ Das änderte sich ab 1830 im Zuge der immer schärfer werdenden nationalen Debatte über die Sklaverei.

Vorbildfunktion für die meisten Nordstaaten⁶⁰ hatte *Commonwealth v. Aves* (1836).⁶¹ Dieser Fall reflektiert auch die Auffassung über Sklaverei, die sich im Norden ab 1800 durchgesetzt hat und eignet sich daher besonders gut, mit der zeitgenössischen Konzeption der Sklaverei in den Südstaaten⁶² verglichen zu werden. *Med*, ein 6 Jahre altes Sklavenmädchen, wurde von ihrer Mistress aus New Orleans nach Boston mitgenommen, als sie für vier bis fünf Monate ihren dort lebenden Vater, *Thomas Aves*, besuchte. Die *Boston Female Antislavery Society* initiierte ein *habeas corpus*-Verfahren mit dem Ziel, die Freilassung *Meds* zu erreichen.⁶³ Bei der Lösung dieses Falles war das Bundesrecht nicht einschlägig, weil *Med* keine flüchtige Sklavin war.⁶⁴ Nach der Verfassung des Staates Massachusetts war Sklaverei dagegen grundsätzlich unzulässig:

„It is now to be considered as an established rule, that by the constitution and laws of this Commonwealth, before the adoption of the constitution of the United States, in 1789, slavery was abolished, as being contrary to the principles of justice, and of nature, and repugnant to the provisions of the declaration of rights, which is a component part of the constitution of the State.“⁶⁵

Damit war das Problem noch nicht gelöst, weil die Sklaverei zwar „contrary to natural right, to the principles of justice, humanity and sound policy“ sei, zugleich aber als positiv geltendes Recht in anderen Staaten völkerrechtlich anerkannt werden musste.⁶⁶ Damit rezipiert das Gericht⁶⁷ *Lord Mansfields* Entscheidung in *Somerset v. Stewart* (1772).⁶⁸ Daraus resultierte die Frage, ob sich das Statusverhältnis des Sklaven nach dem international-privatrechtlichen Sachenrecht richtet und *comity* dazu verpflichtet, eine im Heimatstaat bestehende Ei-

58 Finkelman, Imperfect Union, 1981, 46.

59 Finkelman, Imperfect Union, 1981, 339.

60 Finkelman, Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 1, 13.

61 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) 193 (1836).

62 Dazu unten § 7 I 4.

63 Zum Sachverhalt siehe Finkelman, Imperfect Union, 1981, 103 f.

64 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) 193, 219-224 (1836).

65 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) at 208.

66 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) at 215.

67 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) at 198-201.

68 *Somerset v. Stewart*, [1772] Eng. Rep. 499 (1772). Zum Einfluss dieser Entscheidung auf die amerikanische Sklavereidebatte vgl. Higginbotham, In the Matter of Color, 1980, 313 ff; Finkelman, Imperfect Union, 1981, 38 ff, jeweils mwN.

gentumsbeziehung auch im Entscheidungsstaat anzuerkennen.⁶⁹ Das gilt besonders vor dem Hintergrund, dass es sich bei Louisiana nicht um irgendeinen auswärtigen Staat handelte, sondern um einen Schwesterstaat in der Union unter einer Verfassung, die Sklaverei als solche anerkennt.⁷⁰ Dagegen macht das Gericht den *ordre public* geltend:

„That the law arising from the comity of nations cannot apply; because if it did, it would follow as a necessary consequence, that all those persons, who, by force of local laws, and within all foreign places where slavery is permitted, have acquired slaves as property, might bring their slaves here, and exercise over them the rights and power which an owner of property might exercise, and for any length of time short of acquiring a domicile; that such an application of the law would be wholly repugnant to our laws, entirely inconsistent with our policy and our fundamental principles, and is therefore inadmissible.“⁷¹

Med war frei, weil ihre Mistress in Massachusetts keine rechtliche Kontrolle über sie ausüben konnte. Nach dem in *Commonwealth v. Aves* etablierten Prinzip ist die Herrschaftsbeziehung zwischen Master und Sklave ausschließlich im positiven Recht eines Staates begründet und außerhalb davon unwirksam. Dieses Prinzip hat der *Supreme Court* in *Prigg v. Pennsylvania* (1842) implizit bestätigt. Danach war die *Fugitive Slave Clause* verfassungsrechtlich notwendig, weil ohne sie der Grundsatz gilt, dass jeder Staat in seinem Hoheitsgebiet selbst über den Status auswärtiger Sklaven entscheiden kann.⁷² Der bis dahin unangefochten auf die durchreisenden Sklaven angewandte Grundsatz der *interstate comity*⁷³ und der Berücksichtigung der Interessen der Sklavenstaaten wurde mit *Aves* an zentraler Stelle und mit Präcedenzwirkung für fast den ganzen Norden aufgeweicht. Um 1860 wurden Sklaven, die sich mit Zustimmung ihres Masters in einem sklavenfreien Staat aufhielten – mit der Ausnahme von New Jersey und Illinois – frei.⁷⁴

Im Süden bewirkte verlief die Entwicklung spiegelverkehrt: Während die Gerichte in den Südstaaten bis um 1830-1840 die Statuswirkungen eines Aufenthalts des Sklaven in einem sklavenfreien Staat akzeptierten, änderte sich das in der darauf folgenden Periode deutlich. Der im Norden freigewordene Schwarze wurde im Süden regelmäßig⁷⁵ sofort wieder als Sklave angesehen.⁷⁶ Die mit dem Aufenthalt in einem sklavenfreien Staat verbundene Nichtanerkennung des Statusverhältnisses und die statusrechtliche Anerkennung des früheren Sklaven als *freedman* wurde in den Sklavenstaaten nicht mehr akzeptiert. Das berühmteste

69 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) 193, 216 (1836).

70 Zu diesem Aspekt vgl. *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 104 ff.

71 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) at 217-at 218.

72 *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 548 (1842).

73 Zur Rechtslage in den einzelnen Nordstaaten siehe *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 70 ff.

74 Vgl. *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 178 f.

75 Differenzierend entschied man diese Fälle in Kentucky, dazu *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 190-205.

76 Zum Ganzen *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 181-235.

Beispiel ist der Fall *Scott v. Emerson* (1852),⁷⁷ der unter *Scott v. Sandford* (1857)⁷⁸ letztlich den *Supreme Court* erreichte. *Dred Scott* war der Sklave von *John Emerson*, und hielt sich mit diesem über mehrere Jahre in Illinois und im *Missouri Territory* auf, das ursprünglich Teil des 1803 von Frankreich erworbenen *Louisiana Territory* war und in dem aufgrund des *Missouri Compromise* von 1820 Sklaverei durch Bundesgesetz verboten war.⁷⁹ Sicher ist, dass *Scott* mit *Emerson* diese Gebiete wieder verließ und letztlich in Missouri, einem Sklavenstaat, nach dem Tod *Emersons* von dessen Witwe als Sklave angesehen wurde.⁸⁰ Im Jahr 1846 klagten *Dred Scott* und seine Frau *Harriet* auf Feststellung ihrer Freiheit aufgrund ihres Aufenthalts in den genannten sklavenfreien Gebieten.⁸¹ Die Klage war nach dem Stand der damaligen Rechtsprechung in Missouri Erfolg versprechend. Der *Missouri Supreme Court* hatte mehrfach entschieden, dass der Master den Sklaven mit seiner Verbringung in ein Gebiet, in dem die Sklaverei verboten war, freilässt und es an einem Rechtsgrund für eine „Wiederversklavung“ nach Rückkehr fehlte.⁸² Zwischenzeitlich hatte sich freilich die politische Stimmung im Süden erheblich verschärft und *Dred Scotts* Klage scheiterte vor den staatlichen Gerichten. Justice *William Scotts* Entscheidungsbegründung weist zahlreiche Probleme auf.⁸³ Dass es ihm letztlich um eine politische Stellungnahme geht, wird am Ende der Entscheidung mehr als deutlich:⁸⁴

„*Times are not now as they were when the former decisions on this subject were made. Since then not only individuals but States have been possessed with a dark and fell spirit in relation to slavery, whose gratification is sought in the pursuit of measures, whose inevitable consequences must be the overthrow and destruction of our government. Under such circumstances it does not behoove the State of Missouri to show the least countenance to any measure which might gratify this spirit. She is willing to assume her full responsibility for the existence of slavery within her limits, nor does she seek to share or divide it with others.*“⁸⁵

Dred Scotts Klage war auch vor den Bundesgerichten nicht erfolgreich. Die Möglichkeit, seinen Fall überhaupt dort vorzubringen, verdankt er einem Zufall des Sachverhalts: Weil die Witwe erneut heiratete und nach dem Testament die Ver-

77 *Scott v. Emerson*, 15 Mo. 576 (Mo. 1852).

78 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

79 Näher dazu zuletzt *Forbes*, *The Missouri Compromise and its Aftermath*, 2007, 69 ff.

80 Zu den Fakten siehe näher *Fehrenbacher*, *Slavery, Law and Politics*, 1981, 121 ff.

81 Vertiefend dazu *Fehrenbacher*, *Slavery, Law and Politics*, 1981, 128 ff.

82 Vgl. *Scott v. Emerson*, 15 Mo. 576 (1852)(Gamble, J., diss.) mwN; vgl. auch dazu *Fehrenbacher*, *Slavery, Law and Politics*, 1981, 130; *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 217 ff.

83 Zur Kritik im Einzelnen siehe *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 223 ff.

84 Deutlich kritisch daher *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 594-595 (1857)(Curtis, J., diss): „... in my opinion, it is not within the province of any judicial tribunal to refuse such recognition from any political considerations...“.

85 *Scott v. Emerson*, 15 Mo. 576 (1852).

waltung des Erbes in diesem Fall auf ihren Bruder, *John F. A. Sanford*⁸⁶ übergang und dieser zwischenzeitlich nach New York gezogen war, nutzte *Scott* die Möglichkeit, ihn wegen *diversity of citizenship*⁸⁷ vor den Bundesgerichten zu verklagen. Der *Supreme Court* verneinte bereits die Voraussetzung für die Zuständigkeit der Bundesgerichtsbarkeit: *Scott* konnte, selbst wenn man unterstellt, dass er jetzt frei ist, als Schwarzer nicht *citizen* und damit nicht Bürger der U.S.A. sein.⁸⁸ In der Sache akzeptierte er die Entscheidung des staatlichen Gerichts, den Status von *Dred Scott* autonom zu bestimmen. Dabei musste er zwei Aspekte trennen. Aus *Strader v. Graham*⁸⁹ folgte, dass der Aufenthalt von *Scott* in Illinois für die Statusbestimmung in Missouri irrelevant ist.⁹⁰ Problematisch war, ob das auch für die statusrechtlichen Wirkungen des Aufenthalts in den sklavenfreien Gebieten des Missouri Territory galt. Immerhin wurde der Status hier vom *federal law* bestimmt, das als „supreme Law of the Land“⁹¹ Vorrang genießt. Die festgestellte Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes beseitigte auch diese Hürde.⁹²

Dred Scott war politischer Sprengstoff in den ohnehin schon gespannten Beziehungen innerhalb der Bundesstaaten und Parteien zur Sklavenfrage. Die Entscheidung hatte das Potential, die sklavenfreien Staaten zu zwingen, das Statusverhältnis des Sklaven zum Master anerkennen zu müssen.⁹³ Das zeigt die zustimmende Meinung von *Justice Nelson*:

„A question has been alluded to, on the argument, namely: the right of the master with his slave of transit into or through a free State, on business or commercial pursuits, or in the exercise of a Federal right, or the discharge of a Federal duty, being a citizen of the United States, which is not before us. This question depends upon different considerations and principles from the one in hand, and turns upon the rights and privileges secured to a common citizen of the republic under the Constitution of the United States.“⁹⁴

Die Freiheit der Sklavenhalter, mit ihren Sklaven zu verreisen, war in der Tat beschränkt, wenn sie Gefahr laufen mussten, ihr Eigentum zu verlieren, sobald sie den Boden eines sklavenfreien Staates betraten. Das erfuhren *Jonathan Lemmon* und seine Familie, die 1852 von Virginia (einem Sklavenstaat) über New York (einen sklavenfreien Staat) nach Texas (einem Sklavenstaat) reisten und ihre acht Sklaven bei dem Zwischenstopp in New York mit an Land nahmen. Der *New York Court of Appeals* entschied in *Lemmon v. People* (1860), dass die acht Per-

86 Der Name wurde in den Gerichtsdokumenten fälschlich mit „Sandford“ angegeben, vgl. *Fehrenbacher, Slavery, Law and Politics*, 1981, 127.

87 Vgl. U.S. const. art. III § 2: The judicial Power of the United States ... shall extend to all cases between Citizens of different States....

88 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 403-427 (1857), dazu unten § 3 I 3 b).

89 *Strader v. Graham*, 51 U.S. (10 How.) 82, 93-94 (1850).

90 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 452 (1857).

91 U.S. const. art. 6 cl. 2.

92 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 452.

93 Vgl. *Finkelman, Imperfect Union*, 1981, 281 ff.

94 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 468-469 (Nelson, J., conc.).

sonen nach dem verfassungskonformen Recht des Staats New York damit zu freien Personen geworden waren.⁹⁵ An sich gewährleistete die Verfassung also Symmetrie zwischen Sklavenstaaten und sklavenfreien Staaten: „[T]he law of the State is supreme over the subject of slavery within its jurisdiction“, schrieb *Justice Nelson* in seiner zustimmenden Meinung in *Dred Scott*.⁹⁶ Davon machten die Staaten ab 1830 vermehrt Gebrauch, zugunsten ihres jeweils unterschiedlichen Verständnisses von Freiheit: der Freiheit Schwarzer von der Sklaverei einerseits und der „Freiheit“ des Master, über Sklaven als Eigentümer verfügen zu können. *Dred Scott* drohte, dieses Gleichgewicht zugunsten der Sklaverei zu kippen. Darauf macht bereits *Justice McLean* in seiner abweichenden Meinung aufmerksam:

„[T]he principle laid down will enable the people of a slave State to introduce slavery into a free State, for a longer or shorter time, as may suit their convenience; and by returning the slave to the State whence he was brought, by force or otherwise, the status of slavery attaches, and protects the rights of the master, and defies the sovereignty of the free State.“⁹⁷

Es war nach *Dred Scott* auch nicht mehr völlig ausgeschlossen, dass der *Supreme Court* der Verfassung weitere Einschränkungen der Regelungskompetenz in der Sklavenfrage entnehmen werde. *Justice Nelsons* vielsagender Hinweis in der Entscheidung („except in cases where the power is restrained by the Constitution of the United States“⁹⁸) ließ Raum zur Interpretation, ob neben der *Fugitive Slave Clause* andere Bestimmungen das Recht der sklavenfreien Staaten einschränken könnten.⁹⁹ *Abraham Lincoln* (1809-1865) griff diese Befürchtung in seinen politischen Reden ab 1858 mehrfach auf, so auch in seiner berühmten Rede in Springfield, Illinois am 16.6.1858 („House Divided Speech“). Er sieht in *Dred Scott* den Samen für eine zukünftige Beschränkung der Freiheit in den sklavenfreien Staaten.¹⁰⁰ Der Ausbruch des Bürgerkriegs 1861 sorgte schließlich dafür, dass die Probleme radikal zugunsten der Freiheit der Sklaven gelöst wurden.¹⁰¹

c) Property oder Person?

Die dritte Bestimmung der Verfassung von 1787, mit der die Sklaverei als Faktum akzeptiert wird, findet sich an einer für eine repräsentative Demokratie zentralen Stelle. In der verfassungsgebenden Versammlung in Philadelphia (1786/87) wurde darüber gestritten, nach welchem Verhältnis man die Anzahl der jedem

95 *Lemmon v. People*, 20 N.Y. 562 (1860).

96 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 459 (Nelson, J., conc.).

97 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 559 (McLean, J., diss.).

98 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 459 (Nelson, J., conc.).

99 Siehe *Finkelman*, *Imperfect Union*, 1981, 283.

100 *Lincoln*, *Speeches and Writings 1832-1858*, 1989, 426 ff.

101 Dazu unten § 3 III 1 und 2.

Staat zustehenden Mitglieder des Repräsentantenhauses bestimmen soll. Legte man dafür die Bevölkerungsanzahl zugrunde, stellte sich das Problem, ob man die Sklaven mitzählte oder nicht.¹⁰² Behandelte man die Sklaven als Personen und zählte sie mit, wäre das politische Gewicht der *slave states* gestiegen; handelte es sich um Sachen und wären sie daher nicht berücksichtigt worden, dasjenige der Nordstaaten. Man einigte sich auf einen weiteren Kompromiss: Zu der „*whole number of free persons*“ werden „*three fifths of all other persons*“ addiert.¹⁰³ Seine Auswirkungen waren enorm, weil er dem Süden bis weit ins 19. Jahrhundert hinein die politische Kontrolle in Washington sicherte.¹⁰⁴ Die Erklärung, die *James Madison* (1751-1836) in den *Federalist Papers* No. 54 (1788) dafür liefert, und sie einem „*southern brethren*“ in den Mund legt, steht beispielhaft für die Wahrnehmung des Sklaven Ende des 18. Jahrhunderts in den U.S.A. und ist deshalb in voller Länge zu zitieren:

„*But we must deny the fact, that slaves are considered merely as property, and in no respect whatever as persons. The true state of the case is, that they partake of both these qualities: being considered by our laws, in some respects, as persons, and in other respects as property. In being compelled to labor, not for himself, but for a master; in being vendible by one master to another master; and in being subject at all times to be restrained in his liberty and chastised in his body, by the capricious will of another – the slave may appear to be degraded from the human rank, and classed with those irrational animals which fall under the legal denomination of property. In being protected, on the other hand, in his life and in his limbs, against the violence of all others, even the master of his labor and his liberty; and in being punishable himself for all violence committed against others – the slave is no less evidently regarded by the law as a member of the society, not as a part of the irrational creation; as a moral person, not as a mere article of property. The federal Constitution, therefore, decides with great propriety on the case of our slaves, when it views them in the mixed character of persons and of property. This is in fact their true character. It is the character bestowed on them by the laws under which they live; and it will not be denied, that these are the proper criterion; because it is only under the pretext that the laws have transformed the negroes into subjects of property, that a place is disputed them in the computation of numbers; and it is admitted, that if the laws were to restore the rights which have been taken away, the negroes could no longer be refused an equal share of representation with the other inhabitants.*“¹⁰⁵

Der Sklave war also hauptsächlich *property*, aber zugleich auch Mensch und daher in bestimmten Aspekten auch *Person*. Diese Beschreibung *Madisons* sollte sich in der Praxis durchsetzen. Noch im Jahr 1858 wird *Thomas R. R. Cobb* (1823-1862), selbst ein *southern brethren*,¹⁰⁶ in seinem Lehrbuch über *the Law of Negro Slavery* diese Auffassung als in den Südstaaten allgemein anerkannt

102 Zum Folgenden vgl. *Maltz*, 36 Am. J. Leg. Hist. 466, 468-69 (1992).

103 U.S. Const. art. I § 2 cl. 3.

104 *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 35 f.

105 *Madison* in: *The Federalist*, No. 54, p. 303.

106 Näher zu *Cobb* unten § 3 I 4.

darstellen.¹⁰⁷ Die Verfassung von 1787 ließ die Frage letztlich aber offen und sie blieb in der Nation umstritten, wie die Entscheidung des *Supreme Court* in *Groves v. Slaughter* (1841)¹⁰⁸ zeigt. Einig war man sich über eines:

„The power over slavery belongs to the states respectively. It is local in its character, and in its effects; and the transfer or sale of slaves cannot be separated from this power. It is, indeed, an essential part of it.“¹⁰⁹

McLean, J. war der Auffassung, der Sklave sei verfassungsrechtlich Person und werde lediglich von den Rechten einzelner Staaten – von ihm als *local law* bezeichnet – als *property* behandelt.¹¹⁰ Baldwin, J., beharrt dagegen darauf,

„to consider slaves as property, by the law of the states, before the adoption of the constitution, and from the first settlement of the colonies; that this right of property exists independently of the constitution, which does not create, but recognises and protects it from violation“.¹¹¹

Daraus leitet er den verfassungsrechtlichen Schutz des Sklavenhalters gegenüber jeder einschränkenden Maßnahme des *federal government* ab.¹¹² Damit skizzierte Baldwin, J., im Wesentlichen die klassische Rechtfertigungsstrategie zugunsten der Sklaverei der Jahre 1776-1800. Die Klassifizierung von Sklaven als *property* war zentraler Bestandteil im Selbstverständnis der Sklavenhalter in dieser Zeit.¹¹³ Der eigentliche Akt der Versklavung wurde davon abstrahiert und die Verantwortung dafür anderen – Georg III. bei Jefferson¹¹⁴ – zugeschoben. Die wichtigste Aufgabe von Staatsgewalt, ja der eigentliche Grund ihrer Existenz, bestand in der Sicherung des Eigentums. Daran, so der Gedankengang, scheiterte die britische Krone,¹¹⁵ und die *raison d'être* der neuen, amerikanischen Regierungsgewalt lag ausschließlich darin, diese Aufgabe besser zu erfüllen. Der *Supreme Court* verneinte daher in *Dred Scott* jeden verfassungsrechtlichen Unterschied zwischen „property in a slave and other property“.¹¹⁶

„[T]he right of property in a slave is distinctly and expressly affirmed in the Constitution. The right to traffic in it, like an ordinary article of merchandise and property, was guar-

107 Cobb, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 83 ff.

108 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449 (1841).

109 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 508 (McLean, J.); *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 508 (Taney, C.J.); *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 515 (Baldwin, J.).

110 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 506-07 (McLean, J.).

111 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 513 (Baldwin, J.).

112 *Groves v. Slaughter*, 40 U.S. (15 Pet.) 449, 515 (Baldwin, J.): „Being property, by the law of any state, the owners are protected from any violations of the rights of property by congress, under the fifth amendment of the constitution“.

113 Zum Folgenden vertiefend Lewis, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 267 ff.

114 Siehe oben § 3 I 1.

115 Vgl. *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 407 (1857): „the people or citizens of a State, whose rights and liberties had been outraged by the English Government; and who declared their independence, and assumed the powers of Government to defend their rights by force of arms.“

116 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 451 (1857).

anted to the citizens of the United States, in every State that might desire it, for twenty years.¹¹⁷ And the Government in express terms is pledged to protect it in all future time, if the slave escapes from his owner.¹¹⁸ This is done in plain words – too plain to be misunderstood. And no word can be found in the Constitution which gives Congress a greater power over slave property, or which entitles property of that kind to less protection than property of any other description. The only power conferred is the power coupled with the duty of guarding and protecting the owner in his rights.¹¹⁹

Damit greift man in der Sache auf die Naturrechtslehre *John Lockes* zurück.¹²⁰ Weil der Sklave (1.) *property* seines *masters* ist und (2.) es die Aufgabe der Regierung ist, dieses Eigentum zu schützen, folgt daraus für die Verteidiger der Sklaverei, dass (3.) der Sklave nicht gleich und nicht gleich frei ist.¹²¹ Die Überzeugungskraft dieses Arguments hing gegenüber dem zeitgenössischen Publikum davon ab, dass es seine Prämissen teilte. Sobald einzelne Staaten die Sklaverei und damit das *property right* ihrer Angehörigen an anderen Menschen abschafften, sobald man ernsthaft darüber nachzudenken begann, dass auch Sklaven primär Menschen und daher Personen sind, schwand die Überzeugungskraft des *property*-Arguments. Seit dem Unabhängigkeitskrieg wuchs vor allem im Norden die Opposition zur Sklaverei.¹²² Der *Supreme Judicial Court of Massachusetts* begründete beispielsweise 1836 das Verbot der Sklaverei in Massachusetts mit der dort geltenden *Declaration of Rights*, die in ihrem Wortlaut der Unabhängigkeitserklärung folgt:

„The terms of the first article of the declaration of rights are plain and explicit. ‘All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights, which are, the right of enjoying and defending their lives and liberties, that of acquiring, possessing, and protecting property.’ It would be difficult to select words more precisely adapted to the abolition of negro slavery. [...] That the description was broad enough in its terms to embrace negroes, and that it was intended by the framers of the [Mass.] constitution to embrace them, is proved by the earliest contemporaneous construction, by an unbroken series of judicial decisions, and by a uniform practice from the adoption of the constitution to the present time.“¹²³

117 Taney, C.J., nimmt hier Bezug auf U.S. Const. art. I § 9 cl. 1, dazu oben § 3 I 2 a).

118 Damit wird auf U.S. Const. art. IV § 2 cl. 3 Bezug genommen, siehe § 3 I 2 b) (2).

119 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.), 393, 451-452 (1857).

120 Lewis, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 273; differenzierend zum Gebrauch von *property* und *estate* bei Locke dagegen Tsesis, We Shall Overcome, 2008, 18 ff. Zur Würdigung von Lockes Position zur Sklavenfrage aufgrund seiner prinzipiellen Verneinung der Rechtmäßigkeit der Sklaverei einerseits und seines persönlichen Engagements im Sklavenhandel andererseits siehe Glausser, Locke and Blake, 1998, 62 ff.

121 Vgl. *Dew*, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 288, 387 ff.

122 Vgl. dazu *Franklin/Moss*, From Slavery to Freedom, 2000, 91 ff; Tsesis, We Shall Overcome, 2008, 25 ff.

123 *Commonwealth v. Aves*, 18 Pick (Mass.) 193, 210 (1836).

Damit setzte sich im Norden die zweite, zukunftsgerichtete Lesart der *Declaration of Independence* durch.¹²⁴ Das Versprechen gleicher Freiheit begann, seinen Siegeszug anzutreten.

3. Rassistische Legitimationsstrategien ab 1800

Die Befürworter der Sklaverei – dazu zählten um 1800 lange nicht alle Südstaatler¹²⁵ – bedurften daher einer zusätzlichen Legitimationsstrategie. Man musste begründen, warum die Sklaven Amerikas keine wirklichen Personen sein können.¹²⁶ Was lag näher, als an das Offensichtliche anzuknüpfen? *Madison* sprach es in der oben zitierten Stelle aus dem *Federalist* bereits an: „the laws have transformed the *negroes* into subjects of property“.¹²⁷ Sklaverei in den Kolonien war bereits seit dem späten 17. Jahrhundert und vor allem im 18. Jahrhundert eine ausschließlich Schwarze treffende Institution.¹²⁸ *Native Americans* waren seit der 1. Hälfte des 18. Jahrhunderts grundsätzlich nicht mehr in der Sklaverei zu finden.¹²⁹ Sklaverei war der zentrale Baustein eines tief greifenden Systems rechtlicher Beziehungen, die ausschließlich nach Rassen geordnet waren.¹³⁰ Amerikas „original sin of slavery“¹³¹ war daher nicht nur ein Freiheits-, sondern vor allem ein Gleichheitsproblem.

a) Die Beschränkung der Sklaverei auf Schwarze

Nur Schwarze konnten Sklaven sein. Umgekehrt galt die Regel freilich nicht überall: Schwarze konnten beispielsweise in South Carolina Sklavenhalter sein,¹³² während das in anderen Staaten wie Georgia, Mississippi oder Delaware ausgeschlossen war¹³³. Die freiheitsrechtlichen Auswirkungen der Sklaverei waren in den Südstaaten gravierend. Das begann bereits mit einer an die Hautfarbe anknüpfenden Statutsvermutung:

124 Siehe dazu oben § 3 I 1.

125 Vgl. dazu vertiefend *Lewis*, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 276 ff.

126 *Lewis*, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 294 f.

127 *Madison* in: The *Federalist*, No. 54, p. 303.

128 *Higginbotham*, In the Matter of Color, 1980, 19 ff.

129 Vertiefend und differenzierend *Morris*, Southern Slavery and the Law 1619-1860, 1996, 19 ff.; aufschlussreich auch die Fälle bei *Wheeler*, Law of Slavery, 1837, 13 ff.

130 Weiterführend *Morris*, Southern Slavery and the Law 1619-1860, 1996, 29 ff.

131 Barack Obama, A more perfect Union, Rede in Philadelphia am 18.3.2008, abrufbar unter <http://www.nbcnews.com/id/23690567/#.UYkULZU2umc> [Stand: 31.12.2012].

132 Vgl. dazu vertiefend *Koger*, Black Slaveowners, 1985; *Johnson/Roark*, Black Masters: A Free Family of Color in the Old South, 1986.

133 *Tushnet*, The American Law of Slavery 1810-1860, 1981, 139 ff.

„In a state where slavery is allowed, every colored person is presumed to be a slave; and on the same principle, in a non-slave-holding state, every person is presumed to be free, without regard to color.“¹³⁴

Die Auswirkungen der Sklaverei lassen sich über zeitgenössische Literatur erschließen. Das dabei bestehende methodische Risiko, die vom jeweiligen politischen Standpunkt des Autors (*pro-slavery* vs. *anti-slavery*) gefilterte Wahrnehmung zu übernehmen,¹³⁵ möchte ich minimieren, indem hier das Buch *The American Slave Code* (1853) von William Goodell (1792-1878), einem prinzipiellen Gegner der Sklaverei, parallel gelesen wird mit *Inquiry into the Law of Negro Slavery* (1858), verfasst von Thomas R. R. Cobb, einem Südstaatler und leidenschaftlichen Verfechter der Institution. Nach beiden Quellen war der Status eines (schwarzen) Sklaven ein Status der völligen Unfreiheit. Sklaven waren Eigentum ihres *Masters*, sie konnten von ihm verkauft und vererbt werden und waren im Wesentlichen der Willkür und Gewalt des *Masters* ausgeliefert. Sie selbst konnten kein Eigentum erwerben,¹³⁶ nicht vererben („being in him no inheritable blood“¹³⁷), keine Verträge mit Wirkung für sich abschließen,¹³⁸ daher auch nicht heiraten¹³⁹ und keine Familien gründen¹⁴⁰. Pointiert Goodell:

„A slave is a chattel and chattels do not marry.“¹⁴¹

Cobb versucht es eleganter auszudrücken. Der Sklave sei zwar auch „Person“ aber keine natürliche, sondern eine juristische (*artificial*) Person. Das Recht mache danach den Sklaven in bestimmter Hinsicht zum Zurechnungssubjekt von Handlungen, im Übrigen halte es aber an seinem Status als *property* fest;

„[h]ence, the conclusion, that statutory enactments, never extend to or include the slave, neither to protect nor to render him responsible, unless specifically named, or included by necessary implication.“¹⁴²

Die statusrechtliche Regulierungsaufgabe übernahmen die sog. *Slave Codes*, die jeden Aspekt im Leben eines Sklaven umfassend und repressiv adressierten.¹⁴³

134 *Prigg. v. Pennsylvania*, 41 U.S. (16 Pet.) 539, 669 (1842)(McLean, J., conc. & diss. in part). Zur Anwendung und den Auswirkungen dieser Vermutung weiterführend *Morris*, *Southern Slavery and the Law 1619-1860*, 1996, 21 ff und *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 139 ff.

135 Zu dieser Gefahr beim Rückgriff auf Goodell siehe *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 8 f.

136 Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, 1853, 89; Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 253.

137 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 238.

138 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 240 ff.

139 Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, 1853, 105 ff; Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 242 ff; vgl. dazu auch *Morris*, *Southern Slavery and the Law 1619-1860*, 1996, 29.

140 Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, 1853, 113 ff.

141 Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, 1853, 105.

142 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 91.

143 Dazu *Franklin/Moss*, *From Slavery to Freedom*, 2000, 140 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 46.

Das Ergebnis dieser Regelungen ist eindeutig: Der Sklave war nicht rechtsfähig.¹⁴⁴ Er konnte daher auch nicht am Markt für sich agieren.¹⁴⁵

b) Die freiheitsrechtlichen Beeinträchtigungen freier Schwarzer

Die rassistische Erklärung konnte nur tragen, wenn ihr generelle Geltung zukam und sie sich nicht nur auf den Status des Sklaven beschränkte. Dessen war man sich vor allem im Süden bewusst. Der *Supreme Court of Mississippi* zeichnete 1859 daher ein durch und durch rassistisches Bild der Gesellschaft:

„It was only the intention of the legislature so to provide, that neither slaves, free negroes, or free persons of color, nor mulattoes, should be classed with the white race. Under our statutes, they are divided into three classes: 1st. Slaves, or those lawfully held to service for life, and the descendants of the females of them; 2d. Free negroes, or free persons of color, as manumitted slaves and their descendants, or African negroes who have never been subjected to slavery; 3d. Mulattoes, [...], or such as are descended from free white mothers, but have one-fourth or more of negro blood.“¹⁴⁶

Diese hierarchisch gegliederte Sozialordnung wurde von freien Schwarzen aus Staaten der Union, die keine Sklaverei kannten, bedroht. Nach der *Privileges and Immunities Clause* mussten ihnen als Bürger der U.S.A. im Süden dieselben Rechte wie Weißen zustehen.¹⁴⁷ Der *Supreme Court* löste dieses Problem in *Scott v. Sandford* auf dramatische Weise: Personen,

„whose ancestors were negroes of the African race, and imported into this country, and sold and held as slaves, [...] when they shall be emancipated, or [...] are born of parents who had be come free before their birth“

konnten nicht *citizen of the U.S.* sein¹⁴⁸. Selbst *native Americans* konnten den Status eines Bürgers der U.S.A. erwerben,¹⁴⁹ Schwarzen war es dagegen grundsätzlich verwehrt, weil dem Bund insoweit keine Kompetenz zustand.¹⁵⁰ Mit der gedanklichen Trennung von *state-citizenship* und *citizenship of the U.S.*¹⁵¹ wurde der Anwendungsbereich der *Privileges and Immunities Clause* – und damit der den Schwarzen in der Union zustehenden Freiheit – erheblich eingeschränkt: Selbst wenn Schwarze Bürger (*citizen*) eines Nicht-Sklavenstaates waren, konnten sie nicht Bürger der U.S.A. sein. Weil sie nicht Bürger der U.S.A. waren, waren die Sklavenstaaten nicht gehindert, sie im Vergleich zu weißen Bürgern anderer Staaten zu diskriminieren.¹⁵² Es ist nicht zuletzt die vom Gericht dafür

144 Vgl. die Fälle bei *Wheeler*, Law of Slavery, 1837, 190 ff.

145 *Davies*, 51 Stan. L. Rev. 221, 243 (1999).

146 *Heirn v. Bridault*, 37 Miss. 209 (Miss. 1859).

147 Siehe dazu oben § 3 I 2 b).

148 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 403-428 (1857).

149 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 403.

150 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 420.

151 Dazu *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 405-406.

152 So in der Sache *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 416-417.

gegebene Begründung, der die Entscheidung ihren Ruf als schlimmste in der Geschichte des Gerichts verdankt:

„[T]hat unfortunate race [...] had for more than a century before [the time of the Declaration of Independence, and when the Constitution of the United States was framed and adopted] been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect; and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit. He was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever a profit could be made by it. This opinion was at that time fixed and universal in the civilized portion of the white race. [...] The legislation of the different colonies [...] still in force when the Revolution began, [...] show that a perpetual and impassable barrier was intended to be erected between the white race and the one which they had reduced to slavery, and governed as subjects with absolute and despotic power, and which they then looked upon as so far below them in the scale of created beings, that intermarriages between white persons and negroes or mulattoes were regarded as unnatural and immoral, and punished as crimes [...]”¹⁵³. The unhappy black race were separated from the white by indelible marks, and laws long before established, and were never thought of or spoken of except as property, and when the claims of the owner or the profit of the trader were supposed to need protection.“¹⁵⁴

4. Fallstudie: Thomas R.R. Cobbs *Inquiry into the Law of Negro Slavery*

Schwarze waren danach als Mitglieder einer *unfortunate race* zwar Menschen, zugleich aber *beings of an inferior order*. Der Status als Sklave komme nicht nur dem Master, sondern letztlich auch dem Sklaven selbst zugute. Die Passage „for his benefit“ ist zwar nicht so eindeutig, weil sie sich auch auf den Vorteil des *white man* beziehen kann. Die Unklarheit lichtet sich, wenn man sie mit zeitgenössischer Literatur vergleicht. Besonders aufschlussreich ist Thomas R. R. Cobbs Buch *An Inquiry into the Law of Negro Slavery* (1858). Cobb, geboren 1823, war Anwalt im Bundesstaat Georgia, ein wortreicher Verteidiger der Sklaverei, Anhänger der Sezessionsbewegung in den Südstaaten (1860/61), Abgeordneter des *Confederate Congress* und schließlich General der Konföderierten Staaten von Amerika, als er 1862 in der Schlacht von Fredericksburg starb.¹⁵⁵ In der historischen Einleitung seines Buches versuchte er nachzuweisen, dass Sklaverei

153 Insoweit zitiert das Gericht an anderer Stelle anti-miscegenation-Vorschriften aus Nicht-Sklavenstaaten und sieht in diesen Eheverboten „a mark of degradation“, *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 413. Erst 111 Jahre später wird der *Supreme Court* solche Eheverbote als verfassungswidrig aufheben, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

154 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) at 407-410.

155 Näher *McCash*, Thomas R.R. Cobb – The Making of a Southern Nationalist, 2004.

im Allgemeinen ein historisches Phänomen aller Zeiten sei¹⁵⁶ und dass die Sklaverei Schwarzer dabei immer eine besonders hervorgehobene Rolle gespielt habe.¹⁵⁷ Er wandelte damit auf den üblichen Pfaden der *pro-slavery*-Vertreter.¹⁵⁸ Auch die Gerichte waren bemüht, der Sklaverei ihren festen Platz im moralischen Wertesystem des herkömmlichen Rechts zuzuweisen.¹⁵⁹ Cobb folgte in der Sache prominenten Vorbildern wie Thomas R. Dew (1802-1846) und seinem einflussreichen Essay *In Favor of Slavery*¹⁶⁰ (1832). Dew zählte – anders als Cobb¹⁶¹ – noch zu der Generation, die den Sklavenhandel verurteilte und daraus die Konsequenz zog, dass „slavery in our hemisphere was based upon injustice in the first place.“¹⁶² Dew und Cobb historisieren den eigentlichen Akt der Versklavung und weisen die Verantwortung dafür anderen zu, um sich und ihre Zeitgenossen zu entlasten: den schwarzen Sklavenhaltern in Afrika, den Händlern, die Sklaven kauften und transportierten,¹⁶³ nach Jeffersons Vorbild¹⁶⁴ auch den Engländern,¹⁶⁵ und den Staaten Neu-Englands als Profiteure des Sklavenhandels¹⁶⁶.

Cobb beschrieb in seiner großangelegten Apologie der Sklaverei Schwarze als „gross and stupid, lazy and superstitious“ und sah ihr Glück darin, „from the slavery of a savage to that of a civilized and Christian master“ wechseln zu können.¹⁶⁷ Darin erblickte er auch die eigentliche Antwort auf die Frage „[b]y what law or authority does the dominion of one man over the other exist?“¹⁶⁸ Er rechtfertigte die Sklaverei – wie andere Vertreter der *pro-slavery*-Fraktion zu-

156 Vgl. Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, vi: „In every organized community there must be a laboring class, to execute the plans devised by wiser heads: to till the ground, and to perform the menial offices necessarily connected with social life. This class has generally been slaves, and, in the opinion of Puffendorf (sic!), their bondage naturally arose, in the infancy of society, from their occupation. The poorer and less intelligent applied to the more opulent and intelligent for employment.“

157 Vgl. Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, xl, xli, xlv, liv, lxvii.

158 Vgl. etwa Dew, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 294 ff.

159 Tushnet, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 23.

160 Dew, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288 ff.

161 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, clv f.

162 Dew, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 347 f.

163 Dew, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 317 ff.

164 Siehe oben § 3 I 1.

165 Dew, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 346 ff; Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, cvii ff.

166 Simms, *The Morals of Slavery*, in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 175, 200.

167 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, cli f.

168 Cobb, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 4.

vor¹⁶⁹ – als ein Institut des „law of nature“, wobei *Cobb* darunter sehr eigenwillig Verpflichtungen eines jeden Menschen gegenüber den anderen Mitgliedern der Gesellschaft verstand, „to shape his course as to attain the greatest happiness, and arrive at the greatest perfection of which *his nature* is susceptible.“¹⁷⁰ Dabei wurde klar nach „Rassen“ differenziert:

„[S]lavery may be utterly inconsistent with the law of nature when applied to one race of men, and yet be perfectly consistent with the nature of others.“¹⁷¹

Daher hing alles ab von der „besonderen“ Natur des Schwarzen.¹⁷² *Cobb* definierte den *negro* übereinstimmend mit den zeitgenössischen pseudowissenschaftlichen Theorien¹⁷³ aufgrund bestimmter körperlicher Eigenschaften,¹⁷⁴ die ihn für die Sklaverei prädestinieren.¹⁷⁵ Aufgrund derselben Stereotypen entschieden die Gerichte auch, ob die aus der Rasse folgende Vermutung für den Status als Sklave¹⁷⁶ widerlegt werden konnte.¹⁷⁷ Der *Supreme Court of Arkansas* ließ beispielsweise die Aussage eines Sachverständigen als Beweismittel zu, nach der die „Rasse“ eines vermeintlichen Sklaven aufgrund seiner Fußform bestimmt werden könne:

„The experience of every intelligent observer of the race, whether in the instances of mixed or unmixed negro blood will doubtless attest the truth of the testimony of the professional witnesses. No one, who is familiar with the peculiar formations of the negro foot, can doubt, but that an inspection of that member would ordinarily afford some indication of the race-though the evidence of race, thus afforded, would, of course, be stronger or weaker, according to the extent of the admixture of the blood.“¹⁷⁸

Nicht nur sein äußeres Erscheinungsbild prädestinierte den Schwarzen in den Augen der weißen Sklavenhalter zum Sklaven. Er sei auch „mentally inferior“ gegenüber dem Weißen.¹⁷⁹ Vor allem der „moral character of the negro race [...] adapts them for a state of slavery“.¹⁸⁰ Zwei Eigenschaften betonte *Cobb*: Schwarze seien „von Natur aus“ *thievish* und *lascivious*.¹⁸¹ Das ist ein sich seit dem Ende des 18. Jahrhunderts verbreitetes rassistisches Leitmotiv.¹⁸² Der

169 *Dew*, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 288, 308 ff (Begründung der Sklaverei durch Krieg unter Berufung auf *Grotius* und *Locke*).

170 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 16 f (Hervorhebung hinzugefügt).

171 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 13.

172 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 21 ff.

173 Dazu *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 53 f.

174 Vgl. *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 22.

175 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 23 ff.

176 Dazu oben § 3 I 3 a.

177 Vertiefend *Tushnet*, The American Law of Slavery 1810-1860, 1981, 139 ff.

178 *Daniel v. Guy*, 23 Ark. 50 (Ark. 1861).

179 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 28 ff.

180 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 36 ff.

181 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 40 f.

182 Vgl. dazu die Fallstudie von *Williams*, Slavery & Freedom in Delaware 1639-1865, 1996, 71 ff.

Status als Sklave zähme diese negativen Eigenschaften (a) zum Wohl der Gesellschaft und (b) zum eigenen Wohl des Sklaven.

a) *Sklaverei als soziale Institution*

„Master and slave [...] stood to each other as the protector and the protected. The relation became patriarchal.“¹⁸³ Und, ganz im aristotelischen Sinne,¹⁸⁴ entstehe daraus eine Gesellschaftsordnung („a social institution“):

„[Slavery] was upheld and maintained not for gain solely, but because it had become, as it were, a part of the social system, a social necessity.“¹⁸⁵

Als solche sei sie nicht nur vom *Master* gegenüber seinem Sklaven zu verteidigen, sondern von jedem Weißen gegenüber dem ungehörigen schwarzen Sklaven.¹⁸⁶ *Cobb* würdigte die Sklaverei gerade auch vor dem Hintergrund einer wirtschaftlich ungleichen Gesellschaft und sieht in ihr den Kitt, der auseinander driftende soziale Schichten zusammenhält:

„The poorest meets the richest as an equal [...] and sits on the same social platform [because] he is not of inferior race.“¹⁸⁷

Nach *Dew* ermögliche der aufgrund der Sklaverei hergestellte „spirit of equality [...] among the whites“ erst wirklichen „republican spirit“ in den Südstaaten.¹⁸⁸ „Weißsein“ (*whiteness*) war daher ein sozialer Status, der sich aus der Macht gegenüber Schwarzen speiste.¹⁸⁹ Damit überdeckte die Sklaverei den auch im Süden bestehenden sozialen Konflikt und verschärfte ihn sogar, weil Weiße, die keine Sklavenhalter waren, ihre Arbeit auf einem Markt anbieten mussten, in dem sie mit schwarzen Sklaven konkurrieren mussten.¹⁹⁰

183 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, clx; siehe auch S. ccxvii ff; zur kritischen Würdigung dieser Beschreibung siehe *Lewis*, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 288 f.

184 Vgl. *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 17.

185 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, clx.

186 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, 106 ff.

187 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, ccxiii.

188 *Dew*, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 461, dazu vertiefend *Lewis*, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 290 ff.

189 Vgl. *Tsesis*, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 19 f.

190 *Tsesis*, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 19 f.

Die Verteidigung der Sklaverei in den Südstaaten basierte auch auf harten wirtschaftlichen Fakten. Wie viele seiner Zeitgenossen¹⁹¹ hielt *Cobb* den Norden und Osten der U.S.A. ungeeignet für Sklaverei:

„*The sun is as necessary to negro perfection as it is to the cotton plant.*“¹⁹²

Aufgrund ihrer primär agrarischen Ausrichtung und des damit zusammenhängenden Bedarfs an einfachen, den klimatischen Bedingungen angepassten (!) Arbeitskräften sei Sklaverei im Süden die billigste Arbeitskraft¹⁹³ und an Effizienz einem freien Arbeitsmarkt überlegen.¹⁹⁴ *Friedrich Kapp* (1824-1884), in den U.S.A. lebender deutscher Kritiker der Sklaverei, hat den Zusammenhang von Baumwolle, Aufkommen und Verbreitung von *cotton engines* und Sklaverei aus zeitgenössischer Perspektive eindrucksvoll beschrieben.¹⁹⁵ Ob seine und die bis weit ins 20. Jahrhundert hineinreichende These, diese Expansion sei vor allem auf die von *Eli Whitney* 1798 erfundene Baumwollverarbeitungsmaschine (*cotton gin*¹⁹⁶) zurückzuführen, zutrifft, wird von der jüngeren Forschung bezweifelt.¹⁹⁷ Am Gesamtzusammenhang zwischen dem ständig steigenden Bedarf an Baumwolle, steigendem Baumwollanbau in den Südstaaten, der sozialen Struktur und Sklaverei ändert das freilich wenig.¹⁹⁸ Nicht zufällig kam es gerade in der Zeit von 1790 bis 1840 zu einer enormen Ausweitung der Sklaverei in den U.S.A.¹⁹⁹ Sie war das ökonomische Fundament des Südens und – aufgrund der engen Verzahnung der dortigen landwirtschaftlichen Nachfrage mit dem industriellen Angebot des Nordens – der gesamten U.S.A.²⁰⁰

b) Sklaverei als moralische Anstalt zur Verbesserung der Schwarzen

Die Sklaverei war nach zeitgenössischen Vorstellungen eine moralische Anstalt zur Verbesserung der Schwarzen. Die Sklaverei zähmte angeblich die von Schwarzen in einer Gesellschaft ausgehenden Gefahren zugunsten der Gesell-

191 Vgl. *Simms*, The Morals of Slavery, in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 175, 200 f.

192 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, clxx.

193 *Cobb*, An Inquiry into the Law of Negro Slavery, 1858, ccxvi f.

194 *Dew*, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 362 ff, 422 ff.

195 Siehe *Kapp*, Die Geschichte der Sklaverei in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1861, 100 ff.

196 Dazu *Lakwete*, Inventing the Cotton Gin, 2003, 47 ff.

197 *Franklin/Moss*, From Slavery to Freedom, 2000, 145 ff; *Lakwete*, Inventing the Cotton Gin, 2003, vii ff, 177 ff.

198 Zu diesem Zusammenhang vgl. die Fallstudie zu South Carolina von *Ford Jr.*, Origins of Southern Radicalism, 1988, 5 ff, 215 ff.

199 *Rockman*, The Unfree Origins of American Capitalism, in: Matson, The Economy of Early America, 2006, 335, 346.

200 Dazu jetzt vertiefend *Rockman*, The Unfree Origins of American Capitalism, in: Matson, The Economy of Early America, 2006, 335 ff.

schaft und zum Vorteil der moralischen Besserung des Schwarzen selbst.²⁰¹ Ganz deutlich in diese Richtung deutet eine Passage in einer zornigen Verteidigungsrede von *William Gilmore Simms* (1806-1870), einem bekannten Schriftsteller im Süden der U.S.A.:

*„Providence has placed him in our hands, for his good, and has paid us from his labour with our guardianship.“*²⁰²

Ganz ähnlich *Cobb*:

*„In mental and moral development, slavery [...] has advanced the negro race.“*²⁰³

Die Abschaffung der Sklaverei führe weder zur Verbesserung der sozialen Struktur einer Gesellschaft, noch zur wirklichen Befreiung des Schwarzen, was *Cobb* anhand der Geschichte des Sklavenaufstandes auf Haiti²⁰⁴ und der sozialen Situation Schwarzer in den Nordstaaten²⁰⁵ belegen wollte:

*„But remove the restraining and controlling power of the master, and the negro becomes, at once, the slave of his lust, and the victim of his indolence, relapsing, with wonderful rapidity, into his pristine barbarism.“*²⁰⁶

Dew sprach es noch prägnanter aus:

*„[T]he slaves, in both an economical and moral point of view, are entirely unfit for a state of freedom among the whites.“*²⁰⁷

Das wurde getragen von rassistischen Motiven, die das Ende der Sklaverei lange überdauern werden:

*„In the free black, the principle of idleness and dissipation triumphs over that of accumulation and the desire to better our condition; the animal part of the man gains the victory over the moral, and he, consequently, prefers sinking down into the listless, inglorious repose of the brute creation.“*²⁰⁸

Aus diesen Prämissen folgte für *Cobb* ein zwingender Schluss:

*„That the negro [enjoys in a state of bondage] the greatest amount of happiness, and arrives at the greatest degree of perfection of which his nature is capable. And, consequently, that negro slavery, as it exists in the United States, is not contrary to the law of nature.“*²⁰⁹

201 Vgl. auch den Überblick zu den Rechtfertigungsbemühungen bei *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 51 ff.

202 *Simms*, *The Morals of Slavery*, in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 175, 274 (im Original ist der ganze Satz hervorgehoben).

203 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 49.

204 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, cxcvi ff.

205 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, cci ff.

206 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 43.

207 *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 421 f.

208 *Dew*, *An Essay in Favor of Slavery* (1832), in: Anonymous, *The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states*, 1853, 288, 429 f.

209 *Cobb*, *An Inquiry into the Law of Negro Slavery*, 1858, 51.

Cobb war ein typischer Vertreter für die allgemeine Einstellung der Sklavenhalter in den Südstaaten ab ca. 1830. Sie waren überzeugt davon, dass Sklaverei einerseits für die Betroffenen im Laufe der Zeit „milder“ geworden ist und dass es sich um eine Institution handle, die auf Dauer angelegt sei, weil sie als „inherently and intrinsically good“ bewertet wurde.²¹⁰ Die Abschaffung der Sklaverei (*emancipation*) oder die Deportation aller freizulassenden Sklaven nach Afrika, insbesondere Liberia (*colonisation*)²¹¹ war aus ihrer Sicht zwangsläufig – wie sich Thomas R. Dew ausdrückt – „utterly subversive to the interests, security and happiness of both, the blacks and the whites, and consequently, hostile to every principle of expediency, morality and religion.“²¹² Sein Ergebnis klingt apodiktisch:

„The blacks have now all the habits and feelings of slaves, the whites have those of masters; the prejudices are formed, and mere legislation cannot improve them. [...] Declare the negroes of the South free tomorrow, and vain will be your decree, until you have prepared them for it; you depress, instead of elevating. The law would, in every point of view, be one of the most cruel and inhuman which could possibly be passed. The law would make them freemen, and custom or prejudice, we care not which you call it, would degrade them to the condition of slaves“.²¹³

Dabei handelt es sich nicht um die vereinzelte Aussage eines besonders rassistischen oder fanatischen Sklavenhalters. Sie spiegelt den Geist der Zeit exakt wieder,²¹⁴ den Geist auch in den Köpfen der Richter. Dazu ein letztes, abschließendes Beispiel. Der *Supreme Court of Georgia* verneinte 1853 die Frage, ob Joseph Nunez, „a free person of color“, in Georgia seinerseits über Sklaven verfügen dürffe:

„[T]he status of the African in Georgia, whether bond or free, is such that he has no civil, social or political rights or capacity, whatever, except such as are bestowed on him by Statute; that he can neither contract, nor be contracted with; [...] that he is in a state of perpetual pupilage or wardship“.²¹⁵

210 Lewis, The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: König, Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, 1995, 265, 289 ff.

211 Zur Entwicklung der Colonization Society vgl. Franklin/Moss, From Slavery to Freedom, 2000, 187 ff.

212 Dew, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 288, 293.

213 Dew, An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous, The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, 1853, 288, 435 f.

214 Vgl. zu einem Gesetzesvorschlag in South Carolina 1859/60, alle freien Schwarzen, die den Staat nicht innerhalb einer bestimmten Frist verlassen, wieder zu versklaven Koger, Black Slaveowners, 1985, 187 ff.

215 Bryan v. Walton, 14 Ga. 185 (Ga. 1853)

Das wurde in dieser Breite von anderen Südstaaten nicht geteilt: „[F]ree negroes may own lands and make contracts“, so der *Supreme Court of Arkansas*,²¹⁶ nur Sklaven könne er nicht zu Eigentum erwerben:

„[Slavery] has its foundation in an inferiority of race.“²¹⁷

Beide Entscheidung denken das Institut der Sklaverei und seiner rassistischen Begründung konsequent zu Ende. Die Freilassung eines Sklaven (*manumission*)²¹⁸ gibt diesem zwar Bewegungsfreiheit, ändert seinen Status (!) als Schwarzer aber nicht. „Rasse“ und Status werden gleichgesetzt.²¹⁹ Daran, so der *Supreme Court of Georgia* abschließend, wird sich niemals etwas ändern, auch und gerade nicht durch eine *emancipation*:

„In no part of this country, whether North or South, East or West, does the free negro stand erect and on a platform of equality with the white man. He does, and must necessarily feel this degradation. To him there is but little in prospect, but a life of poverty, of depression, of ignorance, and of decay. He lives amongst us without motive and without hope. His fancied freedom is all a delusion. All practical men must admit, that the slave who receives the care and protection of a tolerable master, is superior in comfort to the free negro. Generally, society suffers, and the negro suffers by manumission. I am fully persuaded that the State ought sternly to withhold its assent to domestic emancipation; and that the true policy, is not to seek to elevate the black man in our midst, to a condition of equality which it is impossible for him to exercise wisely for himself or the community. Civil freedom among the whites, he can never enjoy. To this isolated class, it will ever be but a name.“²²⁰

II. Exkurs: Sklaverei als Rechtsproblem in Deutschland

1. Von der Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren (1780) zum letzten Sklavenprozess in Deutschland (1854)

In dem dem Jahr der Entscheidung in *Dred Scott* — 1856 — beurteilte man die Frage in Deutschland und Österreich im Ausgangspunkt dezidiert anders: „Sklaverei soll in den Königlichen Staaten nicht geduldet werden“²²¹ bestimmte das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) bereits 1794 und § 16 S. 2 ABGB regelte 1811:

„Sklaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.“

216 *Ewell v. Tidwell*, 20 Ark. 136 (Ark. 1859).

217 *Ewell v. Tidwell*, 20 Ark. 136 (Ark. 1859).

218 Zur in vielen Staaten eingeschränkten Zulässigkeit und den Begrenzungen der *manumission* vgl. *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 191 ff.

219 *Tushnet*, *The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 152 ff.

220 *Bryan v. Walton*, 14 Ga. 185 (Ga. 1853).

221 II 5 § 198 ALR, abgedruckt in *Hattenhauer*, *Allgemeines Landrecht*, 1970, 425.

Die Festlegung des ALR liest sich als Echo auf die *Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren* (1780).²²² Das Kammergericht zu Berlin musste im Jahr 1780 über eine an *Friedrich II.* gerichtete Bitte (Supplik) eines „Mohren“ und dessen „Befugniß zur Freyheit“²²³ entscheiden. *Joachim Erdmann von Arnim* (1741-1804), *Achim von Arnims* (1781-1831) Vater,²²⁴ hatte den namentlich nicht bezeichneten „Mohren“, bei dem es sich vermutlich um einen Schwarzen von der Westküste Afrikas handelte, 1773 oder 1774²²⁵ während seiner Zeit als preußischer Gesandter in Kopenhagen gekauft und nach Preußen mitgebracht.²²⁶ In Preußen angekommen, hatte der „Mohr“ „sein Bewußtsein, ein Sklave zu sein, an den Nagel gehängt.“²²⁷ Er bat den König,

„daß er von dem Joche der Knechtschaft befreyet, und dem von Armin seine vorhabende anderweitige Veräußerung untersaget würde.“²²⁸

Zur Begründung fügte er an, „daß er, als ein zeitiger Unterthan“ des Königs „eine Befugniß zur Freyheit habe“ und dass v. Arnim ihn unter der Bedingung gekauft habe, ihn nach zwei Jahren freizulassen.²²⁹ Es ging also um die „Frage über den Stand der Knechtschaft oder der Freyheit eines aus fremden Landen in hiesige Staaten eingeführten Sklaven“.²³⁰ Das Dilemma, in dem sich das Kammergericht sah, erinnert an die Diskussion der Sklavereifrage in den U.S.A. im späten 18. Jahrhundert:²³¹

„Auf der einen Seite scheint es unbillig zu seyn, einen Eigentümer in der Ausübung der Wirkungen seines Eigenthumsrechts über einen rechtmäßig erworbenen Sklaven, zu hindern: auf der anderen Seite gewinnt es einen Anschein der Härte und Grausamkeit, den Menschen, das edelste Geschöpf, so tief unter seinen wahren Werth herunter zu setzen, daß er, gleich dem von Vernunft entblößten Thiere, behandelt, und aus einer Hand in die andere verkauft werden soll.“²³²

Das Kammergericht sah sich im Ergebnis gezwungen, gegen die Freiheit und für die Knechtschaft des „Mohren“ zu entscheiden:

222 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296 ff. Siehe dazu *Werner*, JR 1967, 81 ff; *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391 ff; *Kiefner*, Zur „Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren“, in: *Erichsen/Kollhosser/Welp*, Recht der Persönlichkeit, 1996, 105 ff.

223 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296.

224 Vgl. *Kiefner*, Zur „Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren“, in: *Erichsen/Kollhosser/Welp*, Recht der Persönlichkeit, 1996, 105, 109 mwN.

225 Vgl. *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296, 297: „vor 7 Jahren“ bzw. „vor 6 Jahren“.

226 Zum Ganzen *Kiefner*, Zur „Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren“, in: *Erichsen/Kollhosser/Welp*, Recht der Persönlichkeit, 1996, 105, 109 ff.

227 *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 392.

228 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296.

229 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 296.

230 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 298.

231 Oben § 3 I 2 b) (3).

232 *Hymmen*, Beiträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 309.

„In Ermangelung vaterländischer Gesetze sind wir auf das Römische Recht zurück zu gehen angewiesen, welches aber, in Absicht der Knechtschaft, auf den Zustand in Deutschland nicht so ganz passend noch anwendbar ist. Es ist daher nur noch die erste Quelle aller Gesetze, das Recht der Natur, übrig, nach welchem, [...] dem von Armin nicht verwehret werden könnte, seinen erkauften Sklaven weiter zu verhandeln.“²³³

Ganz allgemein führt das Gericht aus:

„Wir glauben mit Grunde behaupten zu können: daß die Knechtschaft (*Servitus*) dem Rechte der Natur nicht zuwiderlaufend, sondern vielmehr darin gegründet sey.“²³⁴

Dazu zitierte das Gericht eine ganze Reihe klassischer Naturrechtler.²³⁵ Das war 1780 noch ganz konsequent. Das ältere deutsche Naturrecht der Aufklärung legitimierte Abstufungen der Freiheit des Einzelnen über die Leibeigenschaft hin zur Sklaverei, indem sie als Ergebnis (stillschweigend) vereinbarter Verträge aufgefasst wurden.²³⁶ Die *libertas naturalis* war mit dem Gedanken eines Naturzustandes (*status naturalis*) verbunden, der als Gegensatz zum Zustand gesellschaftlicher Ordnung (*status civilis*) konzipiert wurde.²³⁷ Die Freiheit ist schon im Naturzustand keine unveränderliche Eigenschaft:

„Wenn ich sage: *homines a natura sunt liberi*, so wird verstanden, daß sie *aequales*, keiner hat über den anderen ein *imperium* oder *dominium*. Denn *dominium* und *imperium* kommen *ex pacto*.“²³⁸

Insbesondere die *societas herilis*, die Gesellschaft zwischen Herrn (*dominus*) und Diener (*servus*), war das vertragsrechtliche Instrument, Unfreiheiten des Einzelnen zu legitimieren.²³⁹ Dazu *Christian Wolff* (1679-1754):

„Weil nun alsdann die Knechtschaft aus einem Vertrag entsteht, welche man die freywillige nennt: so sind in der freywilligen Knechtschaft die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Vertrag zu ermesen: und vermöge der natürlichen Freyheit muß man einem jedem zulassen, daß er sich nach seinem Gefallen in die Knechtschaft begiebt, folglich auch verkauft, oder auf jede andere Weise veräußert.“²⁴⁰

233 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 309.

234 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, 1780, 298.

235 Vgl. die Nachweise bei Bros, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 395 Fn. 16.

236 Vertiefend Klippel, Der Lohnarbeitsvertrag in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhundert, in: Köbler/Heinze/Schapp, Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Festschrift für Alfred Söllner, 1990, 161, 165-68; Klippel, Persönliche Freiheit und Vertrag, in: Kervégan/Mohnhaupt, Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 1999, 121 ff.

237 Nachweise bei Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, 35 ff, 57 ff.

238 Gundling, Ausführlicher Discours über das Natur- und Völkerrecht, 1747, §§ 11-19, S. 63.

239 Klippel, Der Lohnarbeitsvertrag in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhundert, in: Köbler/Heinze/Schapp, Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Festschrift für Alfred Söllner, 1990, 161, 166 ff; Klippel, Persönliche Freiheit und Vertrag, in: Kervégan/Mohnhaupt, Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 1999, 127 ff.

240 Wolff, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), 1769, § 948 S. 673.

Die *libertas naturalis* als ein Beispiel der dem Menschen angeborenen Rechte (*iura connotata*) war also veräußerlich.²⁴¹ Dem schloss sich das Kammergericht an: Neben Krieg,²⁴² Verbrechen²⁴³ und Geburt²⁴⁴ werden Knechte durch Verträge erworben „und ein solches Versprechen ist nach Naturrechte so erlaubt als verbindlich“.²⁴⁵ Weil die Versklavung des „Mohren“ nicht naturrechtswidrig war, könne man den Sklaven nicht gegen den Willen des Herren freilassen ohne seinerseits das Naturrecht zu verletzen.²⁴⁶ Die Konsequenz daraus, dass der Herr den Sklaven auch verkaufen dürfe,²⁴⁷ war allerdings nicht unumstritten. *Samuel Pufendorf* (1632-1694) war der Auffassung, dass ein Knecht, der sich freiwillig für immer in den Dienst eines anderen begibt, nicht gegen seinen Willen einem anderen Herrn verkauft werden durfte.²⁴⁸ Dagegen kann nach *Christian Wolff* der Herr den Knecht „wie und wem er will, veräußern, z. E. verkaufen.“²⁴⁹

Ganz wohl war dem Gericht offensichtlich nicht mit seiner Entscheidung. Es beschrieb und kritisierte den „so genannten Neger- oder Sklavenhandel“²⁵⁰ und referierte zustimmend die Rechtslage im europäischen Ausland, insbesondere Hollands, das die Emanzipation der Sklaven auch gegen den Willen des Herrn vorsah.²⁵¹ Weil es an solchem, vom Naturrecht abweichenden, positiven Recht in Preußen fehlte,²⁵² sah es sich am Ende gebunden, nicht ohne den König anheimzustellen:

„Ob nicht durch ein Gesetz in Dero Staaten, in Ansehung der Sklaverey, die oberwähnte Holländische Rechte für die Zukunft einzuführen?“²⁵³

Das geschah dann auch 1794 im Allgemeinen Landrecht. „Slavery“ soll nicht geduldet werden (II 5 § 196 ALR), lassen sich Fremde in Preußen nieder oder bringen sie „auswärts erkaufte Sklaven in hiesige Lande [...] hört die Sklaverey auf“ (II 5 § 200 ALR). Umsonst war die Freiheit für den Sklaven freilich nicht zu haben: Er musste ab Freilassung „dem Herrn ohne Lohn so lange dienen, bis er denselben dadurch für die auf seinen Ankauf etwa verwendeten Kosten entschädigt hat.“ (II 5 § 202 ALR).

241 Instrukтив zur Bedeutung der *iura connotata* für die Entwicklung des Menschenrechtsgedankens *Klippel*, Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland, in: Mohnhaupt, Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990), 1991, 348, 354 ff mwN.

242 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 300.

243 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 301.

244 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 301 f; dazu *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), 1769, § 659 S. 678; *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen (1673), 1994, Kap. 4 § 6, S. 158.

245 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 300.

246 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 303.

247 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 303.

248 *Pufendorf*, Über die Pflicht des Menschen (1673), 1994, Kap. 4 § 3 S. 156 f.

249 *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), 1769, § 957, S. 677.

250 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 304 ff.

251 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 306 f.

252 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 309.

253 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 310.

Anders regelte das ALR den nur vorübergehenden Aufenthalt:

„Fremde, die sich nur eine Zeitlang in Königlichen Landen befinden, behalten ihre Rechte über die mitgebrachten Sklaven.“ (II 5 § 198 ALR).

Damit entschied sich das ALR für eine sehr zurückhaltende und die Interessen des Heimatstaats des Sklavenhalters berücksichtigende Lösung der statusrechtlichen Auswirkungen des Aufenthaltswechsels eines Sklaven. Das Problem war seit *Somerset v. Stewart*²⁵⁴ ein Klassiker des internationalen Privatrechts jener Zeit und Gegenstand zahlreicher Entscheidungen in den U.S.A.²⁵⁵ Die Querverbindungen reichen allerdings weiter. So diskutierte man am *Supreme Court* in *Dred Scott* die von Preußen gefundene Lösung als eine von mehreren Alternativen.²⁵⁶ Preußen nahm 1792 zusätzlich Rücksicht auf den nach wie vor existierenden Sklavenhandel und das Interesse der eigenen Versicherungswirtschaft, daran zu verdienen:

„Bei Negersklaven haftet der Versicherer nicht für das Leben derselben, wenn sie an Krankheit sterben; oder sich selbst umbringen; oder eine Revolte anfangen und dabey Schaden leiden.“²⁵⁷

In Österreich wurde in § 1 der Beylage zum Hofdecret vom 19.8.1826²⁵⁸ bestimmt, dass jeder Sklave frei wird, sobald er österreichischen Boden oder ein österreichisches Schiff betritt oder einem österreichischen Unterthan „unter was immer für einem Titel“ überlassen wird. In Preußen dauerte es noch einmal 30 Jahre länger, bis die Sklaverei als Statusverhältnis endgültig abgeschafft wurde. Auslöser dafür war der „letzte Sklavenprozeß in Deutschland“ 1854, in dem das Kammergericht den Sklavenstatus des Marcellino als Sklave des Dr. Ritter, der sich vorübergehend in Berlin aufhielt, bejahte.²⁵⁹ § 1 des daraufhin ergangenen Gesetzes v. 9.3.1857²⁶⁰ bestimmte:

„Sklaven werden von dem Augenblicke an, wo sie Preußisches Gebiet betreten, frei. Das Eigentumsrecht des Herrn ist von diesem Zeitpunkte an erloschen.“

Zugleich werden die entgegenstehenden Vorschriften des ALR (II 5 §§ 198-208) aufgehoben, § 2 des Gesetzes. Ist es eine bittere Ironie der Geschichte, dass die Entscheidung in *Dred Scott* nur wenige Tage vorher erging?

254 *Somerset v. Stewart*, [1772] Eng. Rep. 499.

255 Siehe oben § 3 I 2 b) (3).

256 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 591 (1857)(Curtis, J., diss.).

257 ALR II 8 § 2227, abgedruckt in *Hattenhauer*, Allgemeines Landrecht, 1970, 526.

258 Justizgesetzessammlung (JGS) 1826 Nr. 2215 [abrufbar unter <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?apm=0&aid=jgs&datum=10170003&seite=00000042&zooom=2>] [Stand: 31.12.2012].

259 Dazu *Stammeler*, Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit, Bd. 2: Deutsches Rechtsleben während des 19. Jahrhunderts, 1928, 265 ff.

260 Gesetzessammlung für die König. Preuß. Staaten 1857, S. 160.

2. Die Sklaverei als Thema im jüngeren Naturrecht

Die Sklaverei war auch Gegenstand von Auseinandersetzungen im jüngeren Naturrecht.²⁶¹ Die angeborenen Rechte, gerade auch die Freiheit und Gleichheit der Person, wurden als unveräußerlich angesehen.²⁶² Kant lokalisierte das Problem in der *societas herilis*. Der Herr sei nie Eigentümer des Dieners (*dominus servi*),

„weil er nur durch Vertrag unter seine Gewalt gebracht ist, ein Vertrag aber, durch den ein Theil zum Vortheil des anderen auf seine ganze Freiheit Verzicht thut, mithin aufhört Person zu sein, [...] in sich selbst widersprechend, d.i. null und nichtig ist.“²⁶³

Dieses Denken hatte Auswirkungen auf die Behandlung der Sklaverei in der naturrechtlichen Literatur. Obwohl es am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch Stimmen gab, die Sklaverei als grundsätzlich mit dem Naturrecht vereinbar ansahen,²⁶⁴ sprach sich der größte Teil dagegen aus.²⁶⁵ Karl Ignaz Wedekind (1769-1837) fragte sich beispielsweise „über den berühmten Negerhandel, über den Zustand der Sklaverei der auf den Englischen Kolonien sich befindlichen Negern“²⁶⁶

„ob wohl der Mensch sich freiwillig, vermög eines Vertrages in die Sklaverei begeben könne? ob das nicht gegen die angebohrne Menschenpflicht streite, daß der Mensch freiwillig seiner Freiheit entsagen wollte? ob das nicht ein so unveräußerliches Kleinod sei, daß er gar nicht darüber Verfügungen treffen könne? ob nicht ein solcher Vertrag, vermög der natürlichen Menschenrechte als unverbindlich angesehen werden müßte?“²⁶⁷

Die unveräußerliche Freiheit des Einzelnen wurde zum zentralen Argument gegen die Sklaverei. Auch in diesem Zusammenhang fällt die gleichheitsrechtliche Argumentation von Jakob Friedrich Fries (1773-1843) auf:²⁶⁸

„[D]adurch, daß ein Mensch ohne sein Verschulden, wie eine Sache Eigenthum eines anderen werden könnte, würde seine Gleichheit mit dem Herrn wider die erste Forderung des Rechts gänzlich vernichtet.“²⁶⁹

Mit Karl David August Röder (1806-1879) scheint schließlich ein später Vertreter des Naturrechts im 19. Jahrhundert dem *Supreme Court* unmittelbar zu antworten: Die „an den Unterschied der”Rasse” zu knüpfende Rechtsungleichheit“ dürfe nie „die feste, durch die gleiche allgemein menschliche Bestimmung und Fähigkeit aller Grundstämme und durch ihre gleiche Menschenwürde gezogene

261 Zum Begriff oben § 2 I 1.

262 Siehe § 2 I 1.

263 Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), Bd. VI, <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>, S. 283.

264 Nachweise bei Klippel, *Persönliche Freiheit und Vertrag*, in: Kervégan/Mohnhaupt, *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie*, 1999, 135 Fn. 43.

265 Nachweise bei Klippel, *Persönliche Freiheit und Vertrag*, in: Kervégan/Mohnhaupt, *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie*, 1999, 135 Fn. 46.

266 Wedekind, *Von dem besonderen Interesse des Naturrechts*, 1793, 62.

267 Wedekind, *Von dem besonderen Interesse des Naturrechts*, 1793, 64.

268 Zu Fries bereits oben § 2 I 3 c).

269 Fries, *Philosophische Rechtslehre*, 1803, 138.

Gränze“ überschreiten.²⁷⁰ Der von ihm diagnostizierte „Abstand der Rassen“ sei „die Hauptursache der Negersklaverei geworden“, deren „Abscheulichkeit“ selbst „im Alterthum [...] nicht ihres Gleichen gehabt haben mag.“²⁷¹ Röder steht hier exemplarisch für eine sich in Deutschland ab 1830 langsam verbreitende Tendenz in der Behandlung der Sklavenfrage. Das Sklavenproblem wurde zunehmend als ein – vermeintlich – anthropologisch zu erklärendes Problem des Verhältnisses von Weißen und Schwarzen aufgefasst.²⁷² Parallel zur U.S.-amerikanischen Debatte wurde auch im deutschen Diskurs die klassisch-liberale Verteidigungslinie von Sklaverei als Gebot des Eigentumsschutzes – die *Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren* steht paradigmatisch dafür – von einer rassistischen Anschauungsweise abgelöst.

Die Empörung gegen die Sklaverei war insgesamt groß. Soweit sie sich explizit gegen die „Negersklaverei“ richtete, war sie – zugespitzt formuliert – billig zu haben. Bei aller Verurteilung wusste man sich im 19. Jahrhundert gewissermaßen frei von einer unmittelbaren Beteiligung an den moralischen und ökonomischen Friktionen der Sklavenstaaten und der Sklavenhandel betreibenden Nationen.²⁷³ Daher wurde die Kritik der Sklaverei als Chiffre verwendet, um generell nach Legitimation und Grenzen einer privatrechtlich begründeten Herrschaft von Menschen über Menschen zu fragen.²⁷⁴ Der neuen naturrechtlichen Argumentation folgte beispielsweise das Oberappellationsgericht zu Dresden in einer Entscheidung über die Freiheit von *Nikita Fedoroff*, Leibeigener des in Rußland wohnhaften Grafen *Friedrich von Buxhöden*:²⁷⁵

„Denn obwohl der Status eines Menschen und die damit verbundenen persönlichen Verhältnisse nach den Gesetzen des Landes, in welchem derselben seinen eigentlichen Wohnsitz hat, und nicht nach den Gesetzen des Orts, allwo der Rechtshandel anhängig ist, oder ein solcher Mensch bloß auf eine gewisse Zeit sich aufhält, zu beurtheilen sind, so können dennoch die Gesetze auswärtiger Staaten in einem andern Lande nur insoweit angewendet werden, als selbe keine Verordnung wider das Naturrecht enthalten. Das Naturrecht verbietet aber jeden Vertrag, wodurch man auf seine ganze Freyheit Verzicht thut, und wirklich aufhöret eine Person zu seyn.“²⁷⁶

Daran kritisierte *Gustav Hugo* die mangelnde Konsequenz, weil das Gericht nicht bereit war, seine Lehre „im Lande selbst“ anzuwenden.²⁷⁷ Das ist nicht ganz zutreffend. Das Gericht berücksichtigte die „in einigen Gegenden Deutsch-

270 Röder, Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, 1863, 115.

271 Röder, Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie, 1863, 115 f.

272 Vertiefend dazu Koch, HZ 1976, 529, 572 ff.

273 Koch, HZ 1976, 529, 533.

274 Koch, HZ 1976, 529, 533.

275 Kind, Quaestiones forenses observationibus ac praesertim decisionibus Sax. Supremi Provocationum Tribunalis collustratae, Bd. 2, 1807, 385 ff.

276 Kind, Quaestiones forenses observationibus ac praesertim decisionibus Sax. Supremi Provocationum Tribunalis collustratae, Bd. 2, 1807, 390.

277 Hugo, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 31 S. 38.

lands“ übliche Leibeigenschaft, grenzt diese aber von der russischen dadurch ab, dass sie es dem Herrn gerade nicht erlaube, „ganz nach Willkür und eigenem Belieben über seine Leibeigenen zu verfügen“.²⁷⁸ Hugo war dagegen der Auffassung, dass Unfreiheit und Sklaverei vielfach positives Recht sind und auch zulässiger Inhalt des positiven Recht sein können.²⁷⁹ Ihm ging es auch in diesem Zusammenhang explizit darum, gegen die Ansprüche des jüngeren Naturrechts auf unmittelbare Berichtigung des positiven Rechts zu argumentieren.²⁸⁰ Seine Position zum „Unterschied zwischen Freyen und Unfreyen“ im Allgemeinen und zu Sklaverei im Besonderen²⁸¹ löste eine Polemik aus und muss insgesamt differenziert behandelt werden.²⁸² Im peremptorischen, also idealen, Zustand von Recht gebe es keine Sklaverei.²⁸³ Weil sie im positiven Recht nun einmal existiere, „befiehlt uns die Vernunft, die Härte der Unfreyheit, nach und nach zu mildern, aber nicht sie mit einem Mahle aufzuheben.“²⁸⁴ Dass er vom ethischen Standpunkt aus in der „Sclaverey der Neger, die allergrausamste und ausgedachteste, besonders wegen des Slavenhandels“ sah, wird deutlich, weil ihre Umstände, u.a. „ihre Behandlung wegen der Verschiedenheit der Rasse [...] alles menschliche Gefühl *empören*“.²⁸⁵ Nur sah er nicht so recht ein, warum man deshalb „*alle* Unfreiheit für widerrechtlich zu erklären“²⁸⁶ habe. Das Kammergericht war 1780 noch bemüht, deutlich zu unterscheiden zwischen den „Leibeigenen und den Römischen Knechten“.²⁸⁷ Diese Differenzierung ging später verloren. Diskutierte man über die Naturrechtswidrigkeit der Sklaverei, so wurden hier auch die Weichen gestellt für rechtspolitische Überlegungen zur „Bauernbefreiung“.²⁸⁸ Karl Ignaz Wedekind bezeichnet beispielsweise die Leibeigenschaft als „unsere deutsche[...] Sklaverei“.²⁸⁹ Es ging also um Leibeigenschaft, Hörigkeit, Erbuntertänigkeit. Diese Formen abgestufter Unfreiheit endeten in Preußen mit § 12 des „Edikts den erleichterten Besitz und den freien Gebrauch des Grundeigentums sowie die persönlichen Verhältnisse der Landbewohner betreffend“ vom

278 *Kind*, Quaestiones forenses observationibus ac praesertim decisionibus Sax. Supremi Provocationum Tribunalis collustratae, Bd. 2, 1807, 392.

279 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, §§ 189, 195, S. 249, 259.

280 Vgl. *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 30 S. 35 f.; dazu *Rückert*, „das dies nicht das Feld war, auf der er seine Rosen pflücken konnte“? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Dreier, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts – ARSP Beiheft 37, 1990, 94, 113 ff.

281 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 186 ff, S. 242 ff.

282 Dazu *Rückert*, „das dies nicht das Feld war, auf der er seine Rosen pflücken konnte“? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Dreier, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts – ARSP Beiheft 37, 1990, 94, 121 f.

283 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 189, S. 249.

284 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 195, S. 259.

285 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 186, S. 243 (Hervorhebung hinzugefügt).

286 *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts (Nachdr. 1971), 1819, § 186, S. 243 (Hervorhebung hinzugefügt).

287 *Hymmen*, Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preussischen Staaten, Bd. 6, 1780, 308.

288 *Klippel*, Persönliche Freiheit und Vertrag, in: Kervégan/Mohnhaupt, Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 1999, 139.

289 *Wedekind*, Von dem besonderen Interesse des Naturrechts, 1793, 74.

9.10.1807 (sog. Martini-Edikt).²⁹⁰ Diese Reform geht im Wesentlichen auch auf die Kritik am wirtschaftlichen Nachteil unfreier Arbeit im Vergleich zu freier Arbeit zurück, wie sie zuerst von *Christian Garve* (1742-1798), dem Übersetzer vom *Smiths Wealth of Nations* (Untersuchung über die Natur und die Ursachen des Nationalreichthums, Breslau 1794-96) in seinen Vorlesungen *Ueber den Charakter der Bauern* (1786) angestellt wurden.²⁹¹ Gegen Sklaverei und sonstige Formen abgestufter Unfreiheit sprachen in der aufkommenden Marktwirtschaft gewichtige Gründe. Diese Einschätzung wird traditionell auf *Karl Marx* und *Max Weber*²⁹² zurückgeführt.²⁹³ Sie findet sich jedoch schon um 1800. 1802 hat *August Ferdinand Lueder* (1760-1819) im zweiten Band seines Lehrbuchs *Ueber Nationalindustrie und Staatswirtschaft* eine ganze Reihe ökonomischer Gründe gegen die Sklaverei vorgebracht.²⁹⁴ Es wäre allerdings zu kurz gegriffen, wenn man — wie *Marc Bros*²⁹⁵ — die Opposition gegen die Sklaverei allein ökonomischen Zwängen und den Bedürfnissen der aufkommenden Industrialisierung zuzuschreiben. Gegen *Bros* möchte ich seinen eigenen Zeugen,²⁹⁶ *Max Weber*, ihn ins Feld führen:

„Maßgebend für die gänzliche Beseitigung der persönlichen Unfreiheit aber waren letztlich überall starke naturrechtliche ideologische Vorstellungen.“²⁹⁷

Es war das Prinzip gleicher Freiheit. Diesseits und jenseits des Atlantik.

III. Aufstieg und Fall des Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert

1. Die Wiederentdeckung des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung

Das sozial- und rechtspolitisch revolutionäre Potenzial des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung hat sich im Lauf des 19. und 20. Jahrhunderts durchgesetzt.²⁹⁸ *All men are created equal* – das hatte als Prinzip Zukunftspotential.²⁹⁹ Es nimmt in *Abraham Lincolns* (1809-1865) politischem Schaffen einen prominenten Platz ein. Im Oktober 1854 hielt *Lincoln* in Peoria, Illinois, eine Rede gegen den *Kansas-Nebraska-Act 1854*. Dieses Gesetz erlaubte es den Siedlern dieser Territorien, nach dem Prinzip der *popular sovereignty* darüber

290 Dazu *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rn. 119 ff.

291 *Garve*, Ueber den Charakter der Bauern, 1786, 67 ff.

292 Vgl. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 415.

293 Siehe *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405.

294 Dazu vertiefend *Koch*, HZ 1976, 529, 541 ff.

295 *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405.

296 *Bros*, Rechtshistorisches Journal (15) 1996, 391, 405 Fn. 58.

297 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 415.

298 Zum Folgenden vgl. *Higginbotham*, In the Matter of Color, 1980, 383 ff.

299 Siehe dazu auch oben § 3 I 1.

abzustimmen, ob sie die Sklaverei einführen wollten. Dagegen wandte sich *Lincoln* unter Berufung auf die Worte in der Unabhängigkeitserklärung:

„But if the negro is a man, is it not to that extent, a total destruction of self-government, to say that he too shall not govern himself? When the white man governs himself that is self-government; but when he governs himself, and also governs another man, that is more than self-government – that is despotism. If the negro is a man, why then my ancient faith teaches me that ‘all men are created equal’ and that there can be no moral right in connection with one man’s making a slave of another. [...] What I do say is, that no man is good enough to govern another man, without that other’s consent. I say this is the leading principle – the sheet anchor of American republicanism.“³⁰⁰ [...] Near eighty years ago we began by declaring that all men are created equal; but now from that beginning we have run down to the other declaration, that for some men to enslave others is a ‘sacred right of self-government.’ These principles can not stand together.³⁰¹

Das Thema zieht sich als Leitmotiv durch *Lincolns* politische Beiträge.³⁰² In einem Brief an *Joshua F. Speed* v. 22.8.1855 brachte er es auf den Punkt: „As a nation we began by declaring that ‘all men are created equal’. We now practically read it ‘all men are created equal except negroes.’“³⁰³ Diesen Gedanken führte er in seiner großen Rede gegen die *Dred Scott*-Entscheidung des *Supreme Court* v. 26.6.1857³⁰⁴ weiter aus. Es ging ihm offensichtlich darum, das in der Unabhängigkeitserklärung gegebene Versprechen endlich auch den Schwarzen gegenüber, den versklavten wie den freien, einzulösen:

„[The Framers] meant simply to declare the right, so the enforcement of it might follow as fast as circumstances should permit. They meant to set up a standard maximum for a free society, which should be familiar to all; constantly looked to, constantly labored for, and even though never perfectly attained, constantly approximated, and thereby constantly spreading and deepening its influence, and augmenting the happiness and value of life to all people of all colors everywhere. The assertion that ‘all men are created equal’ [...] was for future use.“³⁰⁵

Allerdings verfiel auch *Lincoln* der Dialektik des Gleichheitsversprechens. Obwohl er im Namen des Gleichheitsprinzips Freiheitsrechte für die Schwarzen ein-

300 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 328.

301 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 339.

302 Vgl. Brief an George Robertson v. 15.8.1855, *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 359; Brief an Josuah F. Speed v. 22.8.1855 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 363; Speech at a Republican Banquet, Chicago, Ill., *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 385 f.

303 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 363.

304 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 390 ff.

305 *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 388 f.; wiederholt in der Rede v. 15.10.1858 in Alton, Ill., Angle (Hrsg.), *Lincoln-Douglas Debates* 1858, 1958, 379. *Lincoln* argumentiert hier aber nicht für Befreiung und Gleichstellung schlechthin. Er teilt die Bedenken seines Publikums gegen eine „Vermischung“ (*amalgamation*) der Rassen und argumentiert für eine Trennung der Rassen (*separation*), die er letztlich nur in einer Form der *colonization* verwirklicht sieht, *Lincoln*, Speeches and Writings 1832-1858, 1989, 401 f.

forderte, strebte er – wohl auch aus wahltaktischen Erwägungen – keine weitergehende politische und gesellschaftliche Gleichstellung an:

„I will say then I am not, nor ever have been, in favor of bringing about in any way the social and political equality of the white and black races, that I am not nor ever have been in favor of making voters or jurors of negroes, nor of qualifying them to hold office, nor to intermarry with white people; and I will say in addition to this that there is a physical difference between the white and black races which I believe will forever forbid the two races living together on terms of social and political equality. And inasmuch as they cannot so live, while they do remain together there must be the position of superior and inferior, and I as much as any other man am in favor of having the superior position assigned to the white race. I say upon this occasion I do not perceive that because the white man is to have the superior position the negro should be denied everything. I do not understand that because I do not want a negro woman for a slave I must necessarily want her for a wife. My understanding is that I can just let her alone.“³⁰⁶

Diese Bemerkungen sind vor dem Hintergrund zahlreicher Regelungen in den sklavenfreien Staaten zu sehen, mit denen Schwarze gegenüber Weißen diskriminiert wurden. Das rassistische Fundament der Sklaverei strahlte in diese Staaten aus und beengte die tatsächliche und rechtliche Freiheit der Schwarzen dort.³⁰⁷ Vor allem bei Wohnraum, Erziehung und auf dem Arbeitsmarkt waren Schwarze im Norden Adressaten staatlicher und privater Diskriminierung, die sie größtenteils am unteren Ende der Leiter des sozialen Aufstiegs festhielt.³⁰⁸ *Paul Finkelman* konnte allerdings nachweisen, dass das Bild im Ganzen durchaus komplizierter war. Obwohl man von einer modernen Konzeption von Gleichheit im historischen Kontext der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht sprechen kann, verbesserte sich die rechtliche Situation Schwarzer im Norden ab 1830 graduell und wurde ab 1865 damit zum Nährboden für die *Abolitionists*³⁰⁹ und die *Radical Republicans* und deren Politik.³¹⁰

Lincoln war letztlich kein Reformier. Obwohl er Sklaverei aus moralischen Gesichtspunkten und die Ausdehnung der Sklaverei auf die neuen Territorien ablehnte, war er kein *Abolitionist* und wollte an der Ordnung in den Südstaaten festhalten.³¹¹ Als der Bürgerkrieg (*civil war*) 1861 ausbrach, ging es ihm zunächst hauptsächlich darum, die Union als solche wiederherzustellen.³¹² Die Befreiung

306 Speech at Charleston, Ill., 11.9.1858 in: Angle (Hrsg.), *Lincoln-Douglas Debates 1858*, 1958, 235.

307 Dazu *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 21 f.

308 *Finkelman*, *Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment*, in: Anderson/Moss, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 1, 3.

309 Zu ihrem Einfluss siehe *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 56 ff.

310 *Finkelman*, *Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment*, in: Anderson/Moss, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 1, 4 ff.

311 *Fehrenbacher*, *Abraham Lincoln – A Documentary Portrait Through His Speeches and Writings*, 1964, xiii; *Morais*, „Doing Less“ and „Doing more“ in: Holzner, *The Emancipation Proclamation*, 2006, 48 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 84 ff.

312 *Fehrenbacher*, *Abraham Lincoln – A Documentary Portrait Through His Speeches and Writings*, 1964, xiii.

der Schwarzen in den abtrünnigen Südstaaten war 1861 nicht primäres Kriegsziel.³¹³ Das änderte sich im Lauf des Jahres 1862. Aufgrund des politischen Einflusses der *Abolitionists* und der *Radical Republicans* und aus militärischer Notwendigkeit erfolgte schließlich die *Emancipation Proclamation*.³¹⁴ Mit dem vorläufigen Teil der Proklamation vom 22.8.1862 wurde festgelegt, dass ab dem 1.1.1863

*„all person held as slaves within any State, or any designated part of a State, the people whereof shall then be in rebellion against the United States shall be then, thenceforward, and forever, free“.*³¹⁵

In der endgültigen Proklamation am 1.1.1863 wurden die 10 betroffenen Staaten³¹⁶ benannt und die Rechtsfolge ausgesprochen:

*„I do order and declare that all persons held as slaves within said designated States, and parts of States, are, and henceforward shall be free; and that the Executive government of the United States, including the military and naval authorities thereof, will recognize and maintain the freedom of said persons.“*³¹⁷

Die Befreiung der Sklaven und die Abschaffung der Sklaverei insgesamt war damit zum Kriegsziel geworden.³¹⁸ In seiner Ansprache in Gettysburg am 19.11.1863, Ort einer der blutigsten Schlachten des Krieges, griff *Lincoln* das 1776 gegebene Versprechen wieder auf:

*„Fourscore and seven years ago our fathers brought forth on this continent a new nation, conceived in liberty and dedicated to the proposition that all men are created equal. Now we are engaged in a great civil war, testing whether that nation, or any nation, so conceived and so dedicated, can long endure.“*³¹⁹

Damit war der Weg gewiesen. Die 1776 verkündete Gleichheit läutet 1863 das Ende der Sklaverei ein. Das sich daran anschließende Unterfangen, Amerika nach den Erschütterungen des Bürgerkriegs wieder als eine Nation aufzubauen, kann man als den Versuch lesen, das in der Unabhängigkeitserklärung gegebene, aber

313 Foner, Reconstruction, 1988, 4 f.

314 Vertiefend dazu statt vieler Foner, Reconstruction, 1988, 5 ff und *Morais*, „Doing Less“ and „Doing more“ in: Holzner, The Emancipation Proclamation, 2006, 54 ff.

315 Zugreifbar unter http://www.archives.gov/exhibits/american_originals_iv/sections/transcript_preliminary_emancipation.html [Stand: 31.12.2012]. Zum Kontext vgl. näher *Guelzo*, „Sublime in Its Magnitude“: The Emancipation Proclamation, in: Holzer/Vaughn Gabbard, Lincoln and Freedom, 2007, 65, 73 ff.

316 Im Wesentlichen die Gebiete von South Carolina, Mississippi, Florida, Alabama, Georgia, Louisiana, Texas, Virginia, Arkansas, North Carolina.

317 Zugreifbar unter http://www.archives.gov/exhibits/featured_documents/emancipation_proclamation/transcript.html [Stand: 31.12.2012].

318 *Tsesis*, The Thirteenth Amendment and American Freedom, 2004, 36 ff; *Morais*, „Doing Less“ and „Doing more“ in: Holzner, The Emancipation Proclamation, 2006, 65 f.

319 *Fehrenbacher*, Abraham Lincoln – A Documentary Portrait Through His Speeches and Writings, 1964, 244.

in der Verfassung von 1787 gebrochene, Versprechen gleicher Freiheit endgültig in der Verfassung zu verankern.³²⁰

2. Die Reconstruction Amendments und die Civil Rights Acts von 1866, 1870 und 1871

a) „The one pervading purpose: the freedom of the slave race“

Bereits gegen Ende des Bürgerkriegs begann eine Ära, die von 1865 bis 1877 reicht und als *Reconstruction* bezeichnet wird.³²¹ Im Kern ging es in dieser Zeit darum, unter welchen Voraussetzungen die Sezessionsstaaten wieder vollwertige Mitglieder der Union werden und wie der rechtliche und soziale Status des befreiten Sklaven (*freedman*) gesichert werden kann. Voraussetzung dafür war die endgültige Abschaffung der Sklaverei. Die Verwerfungen des Bürgerkriegs bedeuteten zwar ihr tatsächliches Ende;³²² jetzt aber galt es, diesen Zustand auch rechtlich abzusichern.

(1) Amendment XIII

Diese Aufgabe übernimmt das 1865 vom Kongress verabschiedete und von einer ausreichenden Anzahl von Staaten angenommene (ratifizierte) *Amendment XIII* (1865):³²³

„Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.“³²⁴

Was damit gemeint ist, hat der *Supreme Court* in den *Slaughterhouse Cases* (1873), der ersten umfassenden Auseinandersetzung³²⁵ mit den *Reconstruction*

320 Grundlegend zu dieser Interpretation *tenBroek*, *Equal Under Law* (1955), 1965, 15 und passim.

321 Im Folgenden muss ich auf jede historische Analyse verzichten; dazu immer noch grundlegend *Foner*, *Reconstruction*, 1988.

322 *Foner*, *Reconstruction*, 1988, 7 ff. Zur Entstehungsgeschichte ist die von *tenBroek*, *Equal Under Law* (1955), 1965, 157-208 gegebene Erzählung zum im 20. Jahrhundert einflussreichsten Narrativ geworden; aus neuerer Zeit *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 37-57.

323 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 68-69 (1873); zur Entstehungsgeschichte vgl. jetzt *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 37 ff; *Vorenberg*, *The Thirteenth Amendment Enacted*, in: *Holzer/Vaughn Gabbard*, *Lincoln and Freedom*, 2007, 180 ff; zu den verfassungsrechtlichen Fragen dieser Verfassungsergänzung siehe *Belz*, *The Constitution, the Amendment Process and the Abolition of Slavery*, in: *Holzer/Vaughn Gabbard*, *Lincoln and Freedom*, 2007, 160 ff.

324 U.S. Const. amend XIII, § 1.

325 Die erste Auseinandersetzung mit dem *Civil Rights Act* 1866 erfolge in *Blyew v. U.S.*, 80 U.S. 581 (1871). Das Gericht schränkte seinen Anwendungsbereich auf die unmittelbar Betroffenen ein und schloss daher seine Anwendung auf das Recht Schwarzer, als Zeuge in einem anderen Verfahren gehört zu werden, aus; dazu *Higginbotham*, *Shades of Freedom*, 1996, 79 f.

Amendments ausgeführt. Ironischerweise wurde nicht um die Rechte Schwarzer, sondern um die Geschäftsinteressen weißer Metzger in Louisiana gestritten:³²⁶

„*The word servitude is of larger meaning than slavery, as the latter is popularly understood in this country, and the obvious purpose was to forbid all shades and conditions of African slavery.*“³²⁷

Um dieses Ziel zu erreichen, wurde der Bund mit einer zusätzlichen Gesetzgebungskompetenz ausgestattet.³²⁸ Die Sklaven wurden *freedmen*. Sie übten ihre Freiheit aus, ganz praktisch:³²⁹ Bewegungsfreiheit, die Freiheit, eine rechtlich anerkannte Familie zu gründen, die Freiheit, sich mit ihresgleichen zu organisieren und die Freiheit, gegen Entgelt zu arbeiten. Es ging ihnen, anders ausgedrückt um „*autonomy as individuals and as members of a community*“.³³⁰ Die Auswirkungen der Verfassungsänderung waren erheblich:³³¹ Die Struktur der U.S.-Verfassung wurde modifiziert. Vor der Ratifikation des 13. Verfassungszusatzes schützte die Verfassung das Institut der Sklaverei,³³² danach war es verboten. Der Zusatz veränderte auch das Kompetenzgefüge zwischen Bund und Einzelstaaten. Der Kongress konnte in den traditionell den Einzelstaaten vorbehaltenen Bereich eingreifen, um die Bürgerrechte aller sicherzustellen.

(2) Civil Rights Act 1866

Die Aufgabe war damit noch nicht beendet. Die Abschaffung der Sklaverei stellte die Plantagenwirtschaft des Südens vor die Herausforderung, die Arbeitsleistung der ehemaligen Sklaven sicherzustellen. Dies war die wichtigste Aufgabe der sog. *Black Codes*, die in mehreren Südstaaten 1865 und 1866 ergangen sind.³³³ Sie passten im Wesentlichen den Status des Sklaven an die ihm jetzt rechtlich gegebene Freiheit an. Inhaltlich begründeten sie aber weitreichende Einschränkungen der Freiheit des *freedman*. Damit sollte im Ergebnis gewährleistet werden, dass die vormals bestehende Sozial- und Wirtschaftsstruktur und die Diskriminierung Schwarzer trotz *Emancipation* unverändert fortgeführt werden konnte. Besonders weit ging Florida: Politische Rechte Schwarzer waren inexistent, sie durften nur in Gerichtsverfahren gegen Schwarze als Zeugen gehört werden, konnten nicht Mitglied einer Jury sein, durften keine Feuerwaffen tragen, waren Subjekt spezieller Strafvorschriften, indem sie statt einer Geld- oder Gefängnisstrafe auch

326 Dazu Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 83 f.; Howard, *The Shifting Wind*, 1999, 88 ff.

327 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 69 (1873).

328 U.S. Const. amend XIII, § 2.

329 Zum Folgenden Foner, *Reconstruction*, 1988, 77 ff.

330 Foner, *Reconstruction*, 1988, 78.

331 Dazu Tsesis, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 12.

332 Siehe oben § 3 I 2.

333 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 366-367 (1969); Foner, *Nothing but Freedom*, 1983, 48 ff.

ausgepeitscht werden durften.³³⁴ Daneben verfolgte der *Florida Black Code* das Konzept der Rassentrennung: Personen unterschiedlicher Rassen durften sich nicht versammeln oder dieselben Eisenbahnwagen benutzen, für Schwarze wurden getrennte Schulen errichtet, deren Finanzierung die Schwarzen selbst übernehmen mussten.³³⁵ Besonders freiheitseinschränkend waren die Regelungen zum Arbeitsverhältnis: Nicht arbeitende Schwarze waren Subjekt besonderer Strafvorschriften, die Arbeitsverträge Schwarzer mussten schriftlich abgeschlossen werden und verpflichteten den Arbeitnehmer zu unbedingtem Gehorsam gegenüber seinem Dienstherrn.³³⁶ Floridas Code verfolgt letztlich einen ganz bestimmten Zweck und steht insoweit beispielhaft für die Gesetzgebung ehemaliger Südstaaten in dieser Zeit: Er sicherte die bestehende soziale Hierarchie, in der dem schwarzen ein deutlich schlechterer Platz zugewiesen wurde als dem weißen Bürger, rechtlich ab. Eine Rückkehr zur Sklaverei war aufgrund des 13. Verfassungszusatzes zwar ausgeschlossen. Daher blieb nur die Alternative, den Schwarzen erneut der Aufsicht des Weißen zu unterwerfen. An die Stelle des *Master* trat jetzt der Staat, der durch seine Organe die *white supremacy* garantierte.³³⁷

Es bedurfte daher weitergehender Maßnahmen auf Bundesebene, die gleiche Freiheit Schwarzer zu sichern.³³⁸ Daher machte der Kongress von der ihm in Amend. XIII § 2 gegebenen Gesetzgebungskompetenz sofort Gebrauch. Mit dem *Civil Rights Act* vom 9.4.1866³³⁹ wurden „all persons born in the United States“ zu Bürgern (*citizens*) der U.S.A. erklärt³⁴⁰ und diesen Bürgern wurde eine Liste gleicher Rechte eingeräumt.³⁴¹ Die Liste der in Sec. 1 *Civil Rights Act* of 1866 enthaltenen Rechte ist weitreichend:³⁴² Das erste – to make and enforce contracts – sichert die Befugnis jeder Person, Arbeits- und Geschäftsbeziehungen sowie alltägliche Transaktionen über Verträge zu regeln; das zweite – the right to inherit, purchase, sell and hold property – ist das Grundrecht in einer marktwirtschaftlichen Ordnung schlechthin, ohne das Freiheit nicht gelebt werden kann; das dritte – to sue, be parties and give evidence – enthält den Justizgewährleistungsanspruch, ohne den die beiden substantiellen Rechte ausgehöhlt werden könnten; das vierte – full and equal benefit of the laws for the security of person and property – garantiert schließlich den Gleichheitsbezug der drei erstgenannten Rechte. Sec. 1 *Civil Rights Act* von 1866 ist die U.S.-amerikanische Variante des pri-

334 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 373-374 (1969).

335 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 374 (1969).

336 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 374-375 (1969).

337 Richardson, 47 Flor. Hist. Quart. 365, 375 (1969).

338 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 70 (1873); vgl. dazu Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 75 ff.

339 An Act to protect all Persons in the United States in their Civil Rights, and furnish the Means of their Vindication, 14 Stat. 27 (1866).

340 *Civil Rights Act* of 1866, § 1.

341 *Civil Rights Act* of 1866, § 1.

342 Zum Folgenden *tenBroek*, *Equal Under Law* (1955), 1965, 178.

vatrechtlichen Grundprinzips³⁴³ der gleichen Freiheit jeder Person. Geht eine Beeinträchtigung dieser Rechte auf einen unmittelbaren oder mittelbaren staatlichen Einfluss zurück, werden sie in Sec. 2 *Civil Rights Act* 1866 zusätzlich strafrechtlich abgesichert.³⁴⁴ Die Durchsetzung dieser Rechte wurde den bundesstaatlichen District Courts zugewiesen.³⁴⁵ Im Ergebnis unternahm der *Civil Rights Act* von 1866 „a full elevation of African Americans to the equivalent and identical status of whites in many aspects of citizenship.“³⁴⁶ Mit dem *XIIIth Amendment* und seinem Ausführungsgesetz,³⁴⁷ dem *Civil Rights Act* von 1866 glaubte man, die Gleichstellung Schwarzer auf politischer und gesellschaftlicher Ebene erreicht zu haben.

(3) Amendment XIV

Um verfassungsrechtliche Zweifel an der Reichweite der erfassten *civil* und *political rights* zu beseitigen,³⁴⁸ verabschiedete der Kongress 1866 das 1869 ratifizierte³⁴⁹ *XIVth Amendment*. Als Verfassungszusatz hebt es die Entscheidung des *Supreme Court* in *Dred Scott*³⁵⁰ endgültig auf³⁵¹ und weist jeder in den U.S.A. geborenen oder eingebürgerten *Person* – damit auch allen Schwarzen in Nord- und Südstaaten – den politischen Status als U.S. *citizen* zu.³⁵² Zugleich wurde der verfassungsrechtliche Schutz der U.S. Bürger vor Beeinträchtigungen ihrer Rechte durch die Einzelstaaten abgesichert:

„No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.“³⁵³

Diese Bestimmung enthält mit der (zweiten)³⁵⁴ *Privileges and Immunities Clause*, der *Due Process Clause* und der *Equal Protection Clause* drei getrennte verfassungsrechtliche Garantien des Bundes zugunsten aller U.S. *citizens* bzw. aller Einwohner eines Einzelstaates gegenüber beeinträchtigenden Handlungen des

343 Oben § 2 I 4.

344 *Civil Rights Act* of 1866, § 2.

345 *Civil Rights Act* of 1866, § 3.

346 Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 76.

347 *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 55, bezeichnet den *Civil Rights Act* 1866 als „case study into the practical effects that the amendment’s framers intended it to have.“

348 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 96-97 (Field, J., diss.)(1873); Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 81; zu den Zweifeln siehe *U.S. v. Rhodes*, 27 F. Cas. 785 (Ky. 1866)(No. 16151); dazu Kaczorowski, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 11 ff.

349 Zur komplizierten Entstehungsgeschichte vgl. *Foner*, *Reconstruction*, 1988, 251 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 99 ff.

350 Oben § 3 I 3 b).

351 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) at 73.

352 U.S. Const. amend XIV, § 1 cl. 1.

353 U.S. Const. amend XIV, § 1 cl. 2.

354 Zur ersten oben § 3 I 2 b) (1).

Einzelstaates. Der wichtigste Regelungszweck dieses Verfassungszusatzes wurde in *Strauder v. West Virginia* (1880) so beschrieben:

„At the time when they were incorporated into the Constitution, it required little knowledge of human nature to anticipate that those who had long been regarded as an inferior and subject race would, when suddenly raised to the rank of citizenship, be looked upon with jealousy and positive dislike, and that State laws might be enacted or enforced to perpetuate the distinctions that had before existed. Discriminations against them had been habitual. It was well known that, in some States, laws making such discrimination then existed, and others might well be expected. [...] [The colored race, as a race] especially needed protection against unfriendly action in the States where they were resident. It was in view of these considerations the Fourteenth Amendment was framed and adopted. It was designed to assure to the colored race the enjoyment of all the civil rights that, under the law, are enjoyed by white persons, and to give to that race the protection of the general government in that enjoyment whenever it should be denied by the States. It not only gave citizenship and the privileges of citizenship to persons of color, but it denied to any State the power to withhold from them the equal protection of the laws and authorized Congress to enforce its provisions by appropriate legislation.“³⁵⁵

Damit wird die in § 5 vorgesehene Gesetzgebungskompetenz des Bundes angesprochen.³⁵⁶ Im Übrigen hebt Amendment XIV § 2 die 3/5-Regelung zur Bestimmung der Anzahl der Abgeordneten³⁵⁷ auf³⁵⁸ und enthält einen Kompromiss zur Wahlberechtigung Schwarzer: Sollte das Wahlrecht eines männlichen Einwohners in einem Staat beschränkt sein, wird sich das negativ auf die Anzahl der Abgeordneten auswirken.³⁵⁹

(4) Amendment XV

Das war letztlich eine unzureichende Maßnahme, um das gleiche Bürgerrecht Schwarzer auch an der Wahlurne zu verwirklichen. Das letzte der *Reconstruction Amendments*, Amendment XVth (verabschiedet 1869, angenommen 1870),³⁶⁰ sieht daher vor, dass das Wahlrecht eines U.S. Bürgers „shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of race, color, or previous condition of servitude.“³⁶¹

„The negro having, by the fourteenth amendment, been declared to be a citizen of the United States, is thus made a voter in every State of the Union.“³⁶²

355 *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 306-307 (1880).

356 U.S. Const. amend XIV § 5.

357 Dazu oben § 3 I 2 c).

358 U.S. Const. amend XIV § 2 cl. 1.

359 U.S. Const. amend XIV § 2 cl. 2. Dazu *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 74 (1974) (Marshall, J., diss.).

360 Zur Entstehungsgeschichte siehe *Tsesis, We Shall Overcome*, 2008, 105 ff.

361 U.S. Const. amend XV § 1.

362 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 71 (1873).

Das *Amendment* hat eine lange Vorgeschichte.³⁶³ Nicht nur im Süden, auch im Norden war man zunächst nicht gewillt, den Schwarzen als politisch ganz Gleichen anzusehen.³⁶⁴ Von der zugleich erteilten Gesetzgebungskompetenz³⁶⁵ machte der Kongress mit dem *Enforcement Act* vom 31.5.1870 Gebrauch.³⁶⁶ Damit sollte sichergestellt werden, dass die demokratischen Beteiligungsrechte Schwarzer auch tatsächlich durchgesetzt werden können. Daneben enthält der Act eine Regelung, mit der Bestimmungen des *Civil Rights Act* von 1866 ersetzt wurden und die bis heute in Kraft ist:³⁶⁷

„[A]ll persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory in the United States to make and enforce contracts, to sue, be parties, give evidence, and to the full and equal benefit of all laws and proceedings for the security of person and property as is enjoyed by white citizens, and shall be subject to like punishment, pains, penalties, taxes, licenses, and exactions of every kind, and none other, any law, statute, ordinance, regulation, or custom to the contrary notwithstanding.“³⁶⁸

(5) Gleiche Freiheit durch Recht

Die *Reconstruction Amendments* und die dazu bis 1870 ergangene Gesetzgebung führten insgesamt zu einer Neujustierung von Bundesgewalt und *state sovereignty* im Verhältnis zum einzelnen Bürger. Wie weit aber reichte diese Änderung? War es eine Anpassung der bestehenden oder sollte es eine neue Verfassung sein, die hier entworfen wurde?³⁶⁹ Darauf wurden im Lauf des 20. Jahrhunderts mehrere Antworten gegeben; alternative Geschichtsentwürfe, die jeweils vor ihrem konkreten zeitgeschichtlichen Hintergrund gesehen werden müssen.³⁷⁰ Insbesondere der Umfang der Gesetzgebungskompetenz des Bundes besaß ab 1869 die Möglichkeit, sich als weitreichende Änderung des hergebrachten Kräfteverhältnisses zwischen Bund und Einzelstaaten herauszustellen. Das hat der *Supreme Court* in den *Slaughterhouse Cases* (1873) klar erkannt. Eine Revolution sah er in den Amendments allerdings nicht. Die Würdigung dieser Entscheidung hängt eng zusammen mit der generellen Bewertung der *Reconstruction Amendments* aus historischer Sicht. Zutreffend dürfte es sein, sie als

363 Dazu Gillette, *Retreat from Reconstruction*, 1979, 3-24.

364 Gillette, *Retreat from Reconstruction*, 1979, 6 ff.

365 U.S. Const. amend XV § 2.

366 „An Act to enforce the Right of Citizens of the United States to vote in the several States of this Union, and for other purposes“, 16 Stat. 140 (1870).

367 Enforcement Act of 1870, § 18.

368 Enforcement Act of 1870, § 16.

369 So beispielsweise Marshall, 101 Harv. L. Rev 1, 4 (1987): „While the Union survived the civil war, the Constitution did not. In its place arose a new, more promising basis for justice and equality, the fourteenth amendment, ensuring protection of the life, liberty, and property of all persons against deprivations without due process, and guaranteeing equal protection of the laws.“

370 Dazu im Überblick und weiterführend Belz, *The Constitution and Reconstruction*, in: Anderson/Moss, *The Facts of Reconstruction*, 1991, 189 ff.

Konkretisierung der Prinzipien von Freiheit und Gleichheit zu sehen, wie sie bereits im Wortlaut – wenn auch nicht dem zeitgenössischen Verständnis – der Unabhängigkeitserklärung angelegt waren und die in der Verfassung von 1787 – wenn auch gebrochen – zum Ausdruck kamen.³⁷¹ Berücksichtigt man das zeitgenössische verfassungsrechtliche Verständnis föderaler Prinzipien, wird die Entscheidung des *Supreme Court* nachvollziehbar.³⁷² Dem Gericht ging es darum, die hergebrachte Balance der Kompetenzverteilung und die Aktionssphäre der Einzelstaaten so weit wie möglich zu bewahren und zugleich die Durchsetzung der *Civil Rights* gegenüber staatlicher Diskriminierung zu sichern. Danach führten die Verfassungszusätze zu „additional guarantees of human rights, additional powers to the Federal government; additional restraints upon those of the States“.³⁷³ *Additional restraints* – ja, aber der alltägliche Schutz der Bürger blieb nach 1866 in der Kernkompetenz des Einzelstaats.³⁷⁴ In der Entscheidung sezierte der *Supreme Court* die Rechtsentwicklung *ante bellum* und den in ihr eingebetteten Grundsatz einer *black inferiority*, beschrieb die sog. *Black Codes* in den Südstaaten *post bellum* als Reaktion auf die erfolgte Sklavenbefreiung und schilderte die Geschichte der *Amendments*. Das ist, um mit A. L. Higginbotham zu sprechen, „of profound significance for understanding how the precept of inferiority could be embedded into law and then extracted.“³⁷⁵ „[T]he one pervading purpose“ dieser Gesetzgebung, so der *Supreme Court*,

„found in them all, lying at the foundation of each, and without which none of them would have been even suggested; we mean the freedom of the slave race, the security and firm establishment of that freedom, and the protection of the newly made freeman and citizen from the oppressions of those who had formerly exercised unlimited dominion over him.“³⁷⁶

Ein entscheidender Schritt zur Erfüllung des Versprechens – *all men are created equal*³⁷⁷ – war geleistet: Das Eigentumsregime an Sklaven endete. Der Sklave wurde in jedem Staat *Person* und Bürger. *Adrianne Davis* differenziert diesbezüglich zwischen einer *political personality* und einer *economical personality*.³⁷⁸ Die Rechtsetzung bis 1870 glaubte beides erreichen zu können. Der *freedman* – das ist wörtlich zu nehmen: wegen des erstmals in der Verfassung genannten

371 Belz, The Constitution and Reconstruction, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 189, 212.

372 Dazu näher *Les Benedict*, 1978 Sup. Ct. Rev. 39 (1978).

373 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 67-68 (1873).

374 *Les Benedict*, 1978 Sup. Ct. Rev. 39, 48-49 (1978).

375 Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 84 ff.

376 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) at 71. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht ausdrücklich eine Beschränkung der gewährten Rechte auf Schwarze ablehnt (*Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) at 72). In *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) wurde daher *Amend. XIV* ganz selbstverständlich zugunsten chinesischer Immigranten angewendet.

377 Zur These, dass die Reconstruction Amendments direkt Bezug nehmen zur *Declaration* vgl. *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 43.

378 *Davies*, 51 Stan. L. Rev. 221, 243 (1999).

Wortes „male“ waren Frauen davon jetzt bis auf weiteres ausgeschlossen³⁷⁹ – wurde auf föderaler, staatlicher und lokaler Ebene zum politischen Bürger, zum *citoyen*, theoretisch zumindest.³⁸⁰ Der *freedman* wurde zugleich zum prinzipiell gleichen Akteur auf dem freien Markt. Die bisher in der Gesellschaft bestehende zweifache Struktur zur Organisation sozialer Beziehungen – Sklaverei als totale Herrschaftsbeziehung einer Person über einen anderen Menschen einerseits und Markttransaktionen zwischen zwei gleichberechtigten Personen andererseits³⁸¹ – wurde zugunsten des Marktparadigmas und des Prinzips *free labor* vereinheitlicht. Privatrechtlich mussten daher Konsequenzen aus der neugewonnenen Freiheit gezogen werden: „All persons ... shall have the same right ... to make and enforce contracts, to sue“³⁸² „... as is enjoyed by white citizens“.³⁸³ Als Person kam dem befreiten Sklaven gleiche Rechtsfähigkeit und gleiche Parteifähigkeit im Zivilprozess zu. Damit wurde der *freedman* zum gleichen Akteur in privatrechtlichen Beziehungen. Theoretisch zumindest.

b) Strategien zur Perpetuierung der Ungleichheit

In der Praxis blieb er *a person of color*. Die rassistische Rechtfertigung der Sklaverei im Süden *ante bellum*³⁸⁴ und die rassistischen Vorbehalte gegen eine Gleichstellung Schwarzer mit Weißen im Norden³⁸⁵ stellten sich als kaum überwindbare Hindernisse heraus, das Versprechen, als Gleicher in der Gesellschaft handeln zu können, auch tatsächlich einzulösen. Das begann schon mit der Begrenzung des Anwendungsbereichs des *Civil Rights Acts*: Er sollte nicht für die Ehe gelten.

(1) Gleiche Anwendung rassistischen Rechts

An Personen verschiedener „Rassen“ gerichtete Eheverbote (*miscegenation statutes*) gab es in ganz Amerika bereits vor dem Krieg. Sofern sie in den Südstaaten nicht ausdrücklich verankert waren, wurden sie ab 1865 überall eingeführt.³⁸⁶

379 Zu den Folgen für die Koalition von Abolitionists und Frauenbewegung siehe *Foner, Reconstruction*, 1988, 255 f.

380 Zu der tatsächlichen Durchsetzung aktiver und passiver Wahlrechte im Süden instruktiv die Fallstudie von *McDonald, A Voting Rights Odyssey: Black Enfranchisement in Georgia*, 2003, 15 ff. Zum bis in die jüngste Vergangenheit andauernden Konflikt um die bundesgesetzliche Herstellung effektiver Wahlrechtsgleichheit siehe *Northwest Austin Municipal Utility District No. One v. Holder*, 557 U.S. 193 (2009) und zuletzt *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. (2013).

381 Dazu *Tushnet, The American Law of Slavery 1810-1860*, 1981, 6.

382 *Civil Rights Act of 1866* § 1 as amended by *Enforcement Act of 1870*, § 16.

383 *Civil Rights Act of 1866* § 1 [Originalfassung].

384 Oben § 3 I 3 und 4.

385 Oben § 3 III 1.

386 *Berry*, 78 J. Am. Hist. 835, 839-40 (1991).

Der *Civil Rights Act* von 1866 stellte diese Gesetzgebung allerdings in Frage.³⁸⁷ Bezeichnend für das gescheiterte Versprechen rechtlicher und tatsächlicher Gleichheit ist die Entwicklung der Rechtsprechung des *Supreme Court of Alabama*. Vor 1865 konnten Schwarze als Sklaven grundsätzlich nicht heiraten, weil sie rechtsunfähig waren und die Ehe als ein Vertrag angesehen wurde. Dazu der *Supreme Court of Alabama* in *Melinda & Sarah v. Gardner* (1854):

„*Melinda and Sarah could not claim as heirs proper of their father,*³⁸⁸ *for the reason that both the father and mother were slaves, and persons in that condition are incapable of contracting marriage, because that relation brings with it certain duties and rights, with reference to which it is supposed to be entered into. But the duties and rights which are deemed essential to this contract, are necessarily incompatible with the nature of slavery, as the one cannot be discharged, nor the other be recognized, without doing violence to the rights of the owner. In other words, the subjects of the contracts must cease to be slaves, before the incidents inseparable to the relation of marriage, in its proper sense, can attach.*“³⁸⁹

In *Burns v. State* (1872) zog dasselbe Gericht nach der Verfassungsänderung den nahe liegenden Schluss:

„*Marriage is a civil contract, and in that character alone is dealt with by the municipal law. The same right to make a contract as is enjoyed by white citizens, means the right to make any contract which a white citizen may make. The [Civil Rights Act] intended to destroy the distinctions of race and color in respect to the rights secured by it. It did not aim to create merely an equality of the races in reference to each other.*“³⁹⁰

In *Green v. State* (1877) machte das Gericht eine radikale Kehrtwendung. Es rechtfertigte das Verbot gemischter Ehen, weil es einerseits schon am Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot fehle:

„*What the law declares to be a punishable offense, is marriage between a white person and a negro. And it no more tolerates it in one of the parties than the other--in a white person than in a negro or mulatto; and each of them is punishable for the offense prohibited, in precisely the same manner and to the same extent. There is no discrimination made in favor of the white person, either in the capacity to enter into such a relation, or in the penalty.*“³⁹¹

Der *Supreme Court* übernahm diesen Ansatz in *Pace v. Alabama* (1883) und hielt daher eine strengere Bestrafung außerehelichen Geschlechtsverkehrs bei Partnern verschiedener Rassen für verfassungsgemäß.³⁹² Dieses *equal-applicati-*

387 Vgl. die Begründung zu Präsident *Andrew Johnsons* Veto, abgedruckt bei *Grossberg*, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America*, 1985, 136.

388 Zum Fall vertiefend *Davies*, 51 *Stan. L. Rev.* 221, 237-41 (1999).

389 *Melinda v. Gardner*, 24 *Ala.* 719, 4 (1854).

390 *Burns v. State*, 48 *Ala.* 195 (1872).

391 *Green v. State*, 58 *Ala.* 190 (1877).

392 *Pace v. Alabama*, 106 *U.S.* 583 (1883).

on-Argument³⁹³ wurde bis in die 1960er Jahre verwendet, um das Verbot gemischtrassischer Ehen zu verteidigen.³⁹⁴ Die Besonderheit des *equal-application*-Arguments besteht darin, dass es lediglich auf die formal gleiche Behandlung jeder Rasse abstellt. Damit verdeckt es die entscheidende Ungleichbehandlung: Nicht die Individuen werden ungleich behandelt, sondern das sich aus ihnen zusammensetzende Paar als Einheit. Eine Einheit, die sich aus zwei Partnern verschiedener Rassen zusammensetzt, wird anders behandelt, als eine Einheit, die aus zwei Partnern derselben Rasse besteht.³⁹⁵ Die Ungleichbehandlung der Paar-kombination hat deshalb ausschließlich rassistische Gründe.³⁹⁶ Das *equal-application*-Argument ermöglichte es aber, den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots auszuhebeln.

(2) Civil Rights v. Social Rights

Damit war das Problem aber nicht endgültig gelöst:

*„Laws forbidding the intermarriage of the two races may be said in a technical sense to interfere with the freedom of contract [...]“*³⁹⁷

Wenn es sich daher bei der Ehe „nur“ um einen Vertrag handelte, wäre es möglich gewesen, dass in diesen Gesetzen nicht nur ein Gleichheitsverstoß, sondern auch ein Freiheitsverstoß läge. Um diesem Problem zu entgehen, änderten die Gerichte im Süden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ihre Ehekonzeption.³⁹⁸ Das gleiche Recht, einen Vertrag abzuschließen, gelte nicht für die Ehe. Bei dieser handle es sich nicht „nur“ um einen Vertrag, sondern um – wie man später sagen würde – die „Keimzelle“ der Gesellschaft und des Staates.³⁹⁹ Es handle sich um eine *social* und *domestic* relationship, die außerhalb des Anwendungsbereichs des *Civil Rights Acts* sei und daher ausschließlich vom jeweiligen Staat geregelt werden könne.⁴⁰⁰ Noch deutlicher formulierte es der *Supreme Court of North Carolina* in *State v. Hairston* (1869):

„[N]either the Civil Rights Bill, nor our State Constitution was intended to enforce social equality, but only civil and political rights. This is plain from their very terms; but if the

393 Zum Begriff *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), S. 17 ff.

394 Die Verfassungswidrigkeit dieser Eheverbote wurde in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) endgültig festgestellt.

395 Vertiefend dazu *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships.

396 *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), passim.

397 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 545 (1896).

398 Vgl. *Davies*, 51 Stan. L. Rev. 221, 274-275 (1999).

399 Vgl. *Green v. State*, 58 Ala. 190 (1877); vgl. auch *State v. Gibson*, 36 Ind. 389 (1871): „In fact, society could not exist without the institution of marriage, for upon it all the social and domestic relations are based.“

400 *Green v. State*, 58 Ala. 190 (1877).

*terms were doubtful, the policy of prohibiting the intermarriage of the two races is so well established, and the wishes of both races so well known, that we should not hesitate to declare the policy paramount to any doubtful construction. The marriage relation is a peculiar and important one. The Courts treat it as a contract, only in the sense that contract-consent of parties-precedes it, and is essential to its validity. But when formed, it is more than a civil contract, it is a relation, an institution, affecting not merely the parties, like business contracts, but offspring particularly, and society generally.*⁴⁰¹

Gerade weil die Ehe die Gesellschaft so nachhaltig berührt, musste das Recht hier Grenzen ziehen, die die betroffenen Individuen selbst nicht freiwillig ziehen wollten. Um nicht in Konflikt mit dem *Civil Rights Act* 1866 zu kommen, musste ein vormals vertraglich konzipiertes Institut in ein soziales transformiert werden. Als *social right* wurde es dann von den *civil rights* abgegrenzt und aus dem Anwendungsbereich des *Civil Rights Act* ausgeschieden.⁴⁰² Das geschah ganz im Geist der Zeit. Die Gleichheitsgarantie in den *Reconstruction Amendments* und dem *Civil Rights Act* von 1866 muss mit Blick auf die zeitgenössische Differenzierung zwischen *civil rights*, *social rights* und *political rights* gesehen werden, die theoretisch klar getrennt werden konnten: Zu den *civil rights* zählte die gleiche Rechts- und Prozessfähigkeit und die Möglichkeit, als Zeuge und Jurymitglied aufzutreten, zu den *social rights* zählte das Recht, sich seine Gesellschaft und damit auch seine Vertragspartner auszusuchen und zu den *political rights* zählte vor allem das Wahlrecht.⁴⁰³

Man war sich im Wesentlichen darüber einig, dass die Gesetzgebung keinen Einfluss auf die *social rights* haben sollte. Wie sie aber abzugrenzen waren und in welcher Beziehung sie zueinander stehen, war ungeklärt und blieb folglich umstritten.⁴⁰⁴ Die hier skizzierte Behandlung „gemischtrassiger“ Ehen zeigt die Flexibilität dieses Konzepts: Versteht man die Ehe als Vertrag, ist sie im Anwendungsbereich der *civil rights* (*to make contracts*) und führt zur Erweiterung von Gleichheitsbereichen; wird sie dagegen zur sozialen Sphäre gezählt, schrumpft die Reichweite des Gleichheitsversprechens. Die Extension von *social rights* wirkt daher prinzipiell zugunsten des *status quo*.⁴⁰⁵ Diese Strategie sollte sich bis in die Mitte der 1960er-Jahre hinein als erfolgreich erweisen.

401 *State v. Hairston*, 63 N.C. 451 (1869).

402 Zu diesem Vorgang Siegel, 49 Stan. L. Rev. 1111, 1119-1122 (1997) und Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1694-1696 (2005) (jeweils mwN).

403 *Tushnet*, 74 J. Am. Hist. 884, 886 (1987).

404 *Tushnet*, 74 J. Am. Hist. 884, 886-890 (1987).

405 Dazu vertiefend Siegel, 49 Stan. L. Rev. 1111, 1119-1129 (1997).

3. Die moderne Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem: der Civil Rights Act von 1875

a) Die Inklusion Schwarzer in eine von Weißen dominierte Gesellschaft

Das Recht war allerdings nur ein Faktor zur Sicherstellung rassistischer Barrieren. Ein anderer war nackte Gewalt. Mit der Gründung und Verbreitung des *Ku Klux Klan* ab 1865 überzog den Süden eine bis 1871 ansteigende Welle politisch motivierter Gewalt.⁴⁰⁶ Kernanliegen des Klans war es, in allen sozialen Beziehungen von Staat und Gesellschaft, politischen wie privaten, die „white supremacy“ wieder herzustellen.⁴⁰⁷ Weil die lokalen und staatlichen Behörden vielfach damit sympathisierten oder jedenfalls nicht ausreichend davor schützten, reagierte der Kongress mit dem sog. *Ku Klux Klan Act* v. 20.4.1871.⁴⁰⁸ „It is abundantly clear“, so der *Supreme Court* 1961,

„that one reason the legislation was passed was to afford a federal right in federal courts because, by reason of prejudice, passion, neglect, intolerance or otherwise, state laws might not be enforced and the claims of citizens to the enjoyment of rights, privileges, and immunities guaranteed by the Fourteenth Amendment might be denied by the state agencies.“⁴⁰⁹

Der *Act* führte zusätzliche bundesrechtliche Strafvorschriften ein. Danach wurde u.a. das Verhalten von zwei oder mehreren Personen bestraft, wenn sie „conspire together, or go in disguise upon the public highway or upon the premises of another for the purpose, either directly or indirectly, of depriving any person or any class of persons of the equal protection of the laws, or of equal privileges or immunities under the laws“.⁴¹⁰ Damit beanspruchte der Kongress eine Kompetenz des Bundes, die derart als *civil rights* zusammengefassten Rechte der *U.S. citizens* vor einer Beeinträchtigung durch Private zu schützen.⁴¹¹ Die Durchsetzung dieser Rechte sollte sich aber in der Praxis als schwierig erweisen.⁴¹² Das lag auch an politischen Grundkonflikten,⁴¹³ nicht zuletzt, weil der Schutz solcher persönli-

406 *Perman*, Counter Reconstruction, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 121, 121 ff (dort auch zu historischen Interpretationsmöglichkeiten); *Kaczorowski*, The Politics of Judicial Interpretation (1985), 2005, 43 ff; allgemein zur Entstehungsgeschichte des Klans, *Chalmers*, Hooded Americanism: The History of the Ku Klux Klan, 1981, 8 ff; *Wade*, The Fiery Cross: The Ku Klux Klan in America (1987), 1998, 31 ff.

407 *Foner*, Reconstruction, 1988, 425 f.

408 An Act to enforce the Provisions of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States, and for other Purposes, 17 Stat. 13 (1871). Zur Entstehungsgeschichte und Interpretation grundlegend *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167 (1961).

409 *Monroe v. Pape*, 365 U.S. at 180.

410 Enforcement Act 1871, § 2.

411 Vgl. *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 154 ff.

412 Dazu und zu den Ursachen *Kaczorowski*, The Politics of Judicial Interpretation (1985), 2005, 46 ff.

413 *Kaczorowski*, The Politics of Judicial Interpretation (1985), 2005, 51 ff.

chen Rechte traditionellerweise als Domäne der Einzelstaaten angesehen wurde.⁴¹⁴

Der Kongress wollte also mit Hilfe der Rechtsdurchsetzungsorgane der Bundesgewalt sicherstellen, dass Schwarze auf dem Highway nicht mehr zusammengeschlagen werden. Noch viel praxisrelevanter war aber eine andere Frage: Wie können Schwarze überhaupt eine Übernachtungsmöglichkeit am Highway finden? Allgemein ausgedrückt: Wie kann in einer von rassistischen Stereotypen geprägten Gesellschaft die Beteiligung des *Anderen* als *Gleicher* erreicht werden? Die entscheidende Frage an das Recht lautete damals wie heute, ob es sich dazu indifferent verhalten oder ob es intervenieren soll. Die Brisanz dieser Fragestellung wird sichtbar, wenn das Statusrecht in der Vergangenheit selbst anhand desselben Merkmals differenziert hat und insoweit eben nicht dem Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit, sondern einem Konzept abgestufter Rechtsfähigkeit bis hin zur Rechtsunfähigkeit gefolgt war. Entschließt sich eine Rechtsordnung dann, das Prinzip der personalen Gleichheit im Personenrecht unbeschränkt zu verwirklichen, steht sie vor einer grundlegenden Entscheidung: Genügt der Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit oder bedarf es der Implementierung von Gleichbehandlungspflichten Privater? So kann man in wenigen Worten die Entscheidungsoptionen zusammenfassen, die im 19. Jahrhundert in den U.S.A. zur Geburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts geführt haben.

Die Herstellung von Rechtsgleichheit mit der Beseitigung der Sklaverei im *XIIth Amendement* und der Garantie im *Civil Rights Act 1866*, dass jeder das selbe Recht hat „to make and enforce contracts“, hat das erste Problem der Herstellung rechtlicher Freiheit und Gleichheit gelöst.⁴¹⁵ Zugleich hat das Ende des Bürgerkriegs und der Ruf nach *free labor* statt Sklaverei das im *Common Law* der jeweiligen Einzelstaaten im 19. Jahrhundert bereits verankerte Prinzip der Vertragsfreiheit (*freedom of contract*) gefestigt.⁴¹⁶ Daher war aus vertragsrechtlicher Perspektive eigentlich alles gesagt. Den Reformern im Kongress war selbstverständlich bewusst, dass die Herstellung gleicher Rechtsfähigkeit alleine nicht genügt, um den *freedman* als privatrechtliches Subjekt in die Gesellschaft zu integrieren. Um ihm den Übergang von der Sklaverei zu der am Markt angebotenen Leistung zu erleichtern, gründete der Kongress 1865 das *Bureau of Refugees, Freedmen, and Abandoned Lands (Freedman's Bureau)*.⁴¹⁷ Es handelt sich um die erste *federal social welfare agency*.⁴¹⁸ Das Muster ist bekannt: Einerseits wird privatrechtlich gleiche Freiheit hergestellt und – soweit diese nicht ausreicht –

414 Kaczorowski, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 46.

415 Siehe zu den beiden Gleichheitsproblemen oben § 2 III 3.

416 Instrukтив zu diesem Zusammenhang McEvoy, *Freedom of Contract, Labor and the Administrative State*, in: Scheiber, *The State and Freedom of Contract*, 1998, 198, 201 ff.

417 An Act to establish a Bureau for the Relief of Freedmen and Refugees v. 3.3.1865, 14 Stat. 507 (1865); vertiefend Foner, *Reconstruction*, 1988, 153 ff.

418 Kaczorowski, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 21.

wird andererseits öffentlich-rechtlich interveniert.⁴¹⁹ Das *Freedman's Bureau* ist an seiner Aufgabe allerdings gescheitert.⁴²⁰

Der nächste Versuch, die Inklusion Schwarzer in die Privatrechtsgesellschaft abzusichern, war der *Civil Rights Act* von 1875.⁴²¹ Verabschiedet von der republikanischen Mehrheit des 43. Kongresses, bevor der von den reformfeindlichen Demokraten kontrollierte 44. Kongress seine Arbeit aufnehmen konnte, war es die letzte engagierte Maßnahme zur Herstellung gleicher Freiheit für die Schwarzen und zugleich die am weitesten in die traditionelle Gewaltenteilung zwischen *federal* und *state level* eingreifende.⁴²²

„[A]ll persons within the jurisdiction of the United States shall be entitled to the full and equal enjoyment of the accommodations, advantages, facilities, and privileges of inns, public conveyances on land or water, theaters, and other places of public amusement; subject only to the conditions and limitations established by law, and applicable alike to citizens of every race and color, regardless of any previous condition of servitude.“⁴²³

Das Ziel war es, jede aktive und passive Form von Diskriminierungen Privater zu verhindern.⁴²⁴ Das konnte zumindest in der Zeit unmittelbar nach Inkrafttreten auch erreicht werden, wenn man als Indikator die Fälle betrachtet, in denen Schwarze von ihrem Recht Gebrauch machten.⁴²⁵ Damit war das moderne privatrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht geboren. Gleichheit bedeutet danach der Schutz vor Diskriminierung in der öffentlichen Sphäre.⁴²⁶ *John Marshall Harlan* (1833-1911) hat das in seiner *dissenting opinion* in den *Civil Rights Cases* (1883)⁴²⁷ klar erkannt:

„The purpose of the first section of the act of Congress of March 1, 1875, was to prevent race discrimination in respect of the accommodations and facilities of inns, public conveyances, and places of public amusement. It does not assume to define the general conditions and limitations under which inns, public conveyances, and places of public amusement may be conducted, but only declares that such conditions and limitations, whatever they may be, shall not be applied so as to work a discrimination solely because of race, color, or previous condition of servitude.“⁴²⁸

419 Siehe oben § 2 I 3 b).

420 Vertiefend zu den Ursachen *Kaczorowski*, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 21 ff; zum vom Bureau erreichten Erfolg im Bildungswesen siehe *Franklin/Moss*, *From Slavery to Freedom*, 2000, 255 ff.

421 18 Stat. 335 (1875).

422 Zu den Hintergründen *Gillette*, *Retreat from Reconstruction*, 1979, 259 ff; *Foner*, *Reconstruction*, 1988, 553 ff.

423 *Civil Rights Act* 1875, § 1, 18 Stat. 335 (1875).

424 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 59 (2005).

425 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 76 (2005).

426 *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 114.

427 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

428 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 26-27 (1883)(Harlan, J., diss.).

b) Diskriminierungsverbote und ihre Wurzeln in Gleichbehandlungspflichten des Common Law

Adressaten der Gleichbehandlungspflicht waren Privatrechtssubjekte (*corporations and individuals*).⁴²⁹ Verstießen sie das Gleichbehandlungsgebot, mussten sie \$ 500 an den Verletzten für jede einzelne Verletzungshandlung zahlen.⁴³⁰ Von der Pflicht zur Gleichbehandlung waren nur folgende Handlungen in der öffentlichen Sphäre („the exercise of their public or quasi-public functions“)⁴³¹ erfasst:

- Gaststätten und der Öffentlichkeit zugängliche Beherbergungsmöglichkeiten;⁴³²
- Transportmöglichkeiten, weil es sich bei dem Recht „of a colored person to use an improved public highway upon the terms accorded to freemen of other races“ um ein grundlegendes Freiheitsrecht handle;⁴³³
- öffentliche Vergnügungsstätten, bei denen es sich nicht um „a purely private matter“ handle, weil sie benutzt werden „in a manner to make them of public consequence and to affect the community at large.“⁴³⁴

Diese Reihenfolge ist nicht etwa beliebig gewählt. Gaststätten und Transportunternehmen unterlagen bereits nach traditionellem *Common Law* einer Pflicht, grundsätzlich jeden Reisenden aufzunehmen.⁴³⁵ Das beruhte auf dem Gedanken, dass denjenigen, der seine Dienste der Öffentlichkeit anbietet, eine korrespondierende Pflicht trifft, grundsätzlich mit jedem Mitglied dieser Öffentlichkeit zu kontrahieren.⁴³⁶ Nicht völlig geklärt ist, ob sich diese Pflicht auf die genannten Handelszweige beschränkte, oder ob sie jeden betraf, der seine Leistungen und Dienste öffentlich anbot.⁴³⁷ Historisch geht diese Pflicht zurück auf einen englischen Fall. In *Lane v. Cotton* (1701)⁴³⁸ war über die Frage zu entscheiden, ob der *Postmaster* für den Verlust eines Briefs, der Schatzscheine enthielt, haftete. Die Mehrheit der Richter lehnte eine Haftung ab. *Lord Holt* befürwortete sie unter Rückgriff auf eine aus dem *Common Law* folgende Pflicht, die von den übrigen

429 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 43 (1883) (Harlan, J. diss.).

430 *Civil Rights Act* 1975, § 2, 18 Stat. 335 (1875).

431 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 43 (Harlan, J. diss.).

432 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 40 f (Harlan, J. diss.).

433 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 39 (Harlan, J. diss.).

434 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 42 (Harlan, J. diss.).

435 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 296-300 (1964)(Goldberg, J., conc.); *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 62-69 (2005); aus zeitgenössischer Sicht *Story*, *Commentaries on the Law of Bailments*, 1856, § 476, S. 449.

436 Zur Entwicklung dieses Instituts im englischen und U.S.-amerikanischen *Common Law* siehe *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1303-1348 (1996).

437 Zur Diskussion vgl. *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1321-1331 (1996), der die Frage nachdrücklich bejaht; anders aber *McCrea v. Marsh*, 78 Mass (12 Gray) 211 (1858), wonach die Pflicht der Sache nach auf diese Unternehmen beschränkt wird.

438 *Lane v. Cotton*, 88 Eng. Rep. 1458 (K.B. 1701).

Richtern insoweit nicht bestritten wurde. *Lord Holt* begründete diese Pflicht aus dem spezifischen Zusammenhang solcher öffentlichen Angebote:

„[W]here-ever any subject takes upon himself a public trust for the benefit of the rest of his fellow-subjects, he is eo ipso bound to serve the subject in all the things that are within the reach and comprehension of such an office, under pain of an action against him [...]. If on the road a shoe fall off my horse, and I come to a smith to have one put on, and the smith refuse to do it, an action will lie against him, because he has made profession of a trade which is for the public good, and has thereby exposed and vested an interest of himself in all the King's subjects that will employ him in the way of his trade. If an innkeeper refuse to entertain a guest where his house is not full, an action will lie against him, and so against a carrier, if his horses be not loaded, and he refuse to take a packet proper to be sent by a carrier; and I have known such actions maintained, though the cases are not reported. [...] If the inn be full, or the carrier's horses laden, the action would not lie for such refusal; but one that has made profession of a public employment, is bound to the utmost extent of that employment to serve the public.“⁴³⁹

In der Sache handelt es sich um eine Pflicht zur Gleichbehandlung. Diese Pflicht traf nicht jeden, sondern nur denjenigen, der ein *public employment* übernommen hatte. Was aber unterschied dieses von einem *private undertaking*? Eine Antwort darauf findet sich in einer späteren Entscheidung der King's Bench, *Gisbourn v. Hurst* (1710).⁴⁴⁰ Es handelte sich um eine Herausgabeklage, mit der die Freigabe gepfändeten Käses begehrt wurde. Dieser sollte von Richardson für den Kläger von London nach Birmingham transportiert werden und wurde vom Beklagten als Vermieter des Richardson für eine ausstehende Miete des Wohnhauses gepfändet. Das Gericht ging von der Regel aus, dass Sachen, die von einer Person in Ausübung ihres *public trade* oder *employment* transportiert werden, nicht vom Vermieterpfandrecht erfasst werden. Problematisch war, dass Richardson kein lizenzierter *common carrier* war, sondern lediglich ein privates Fahrgeschäft betrieb. Weil die Privilegierung dem Interesse des Handeltreibenden und nicht dem Interesse des Transportunternehmens diene, wurde entschieden, dass

„any man undertaking for hire to carry the goods of all persons indifferently, as in this case, is, as to this privilege, a common carrier.“⁴⁴¹

Public employment wird damit gleichgesetzt mit dem an die Öffentlichkeit gerichteten Angebot eines privaten Unternehmers.⁴⁴² Entscheidend für die Gleichbehandlungspflicht war also, dass jemand seine Dienste öffentlich anbot. Diese Pflicht zur Gleichbehandlung und ihre Begründung war Mitte des 19. Jahrhunderts auch in den U.S.A. anerkannt;⁴⁴³ beispielhaft sei hier *Joseph Story* genannt:

439 *Lane v. Cotton*, 88 Eng. Rep. 1458, 1464-1465 (Holt, C.J., diss.).

440 *Gisbourn v. Hurst*, 91 Eng. Rep. 220 (K.B. 1710).

441 *Gisbourn v. Hurst*, 91 Eng. Rep. 220 (K.B. 1710).

442 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1307 (1996).

443 Vertiefend *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1312-1321 (1996).

„[Not] every person who undertakes to carry goods for hire that is deemed a common carrier. A private person may contract with another for the carriage of his goods, and incur no responsibility beyond that of any ordinary bailee for hire, that is to say, the responsibility of ordinary diligence. To bring a person within the description of a common carrier, he must exercise it as a public employment; he must undertake to carry goods for persons generally; and he must hold himself out as ready to engage in the transportation of goods for hire as a business, [...]. A common carrier has therefore been defined to be one who undertakes for hire or reward to transport the goods of such as choose to employ him from place to place.“⁴⁴⁴ [...] „One of the duties of a common carrier is to receive and carry all goods offered for transportation by any persons whatsoever, upon receiving a suitable hire. This is the result of his public employment as a carrier; and according to the custom of the realm, if he will not carry goods for a reasonable compensation, upon a tender of it, and a refusal of the goods, he will be liable to an action, unless there is a reasonable ground for the refusal.“⁴⁴⁵

Dasselbe galt im Wesentlichen auch für die Betreiber von Gasthäusern. Der *leading case* im 19. Jahrhundert war *Markham v. Brown* (1837).⁴⁴⁶ Markham war Inhaber einer Gaststätte, die Knotenpunkt des Postkutschenbetriebs der Gegend war. Er hatte mit den Postkutschenbetreibern Verträge über die Nutzung seiner Einrichtungen abgeschlossen. Nicht so mit Brown, der gleichwohl die Gaststätte anfuhr, um dort Kunden für sein Unternehmen zu finden. Wohl aus Rücksicht auf die Konkurrenzunternehmen verbot Markham ihm, die Gaststätte weiter aufzusuchen. Die Entscheidung beginnt mit einer Beschreibung der Pflichten eines Gaststättenbetreibers, die wiederum an das öffentliche Angebot (*holding out*) anknüpfen:

„An innkeeper holds out his house as a public place to which travellers may resort, and of course surrenders some of the rights which he would otherwise have over it. Holding it out as a place of accommodation for travellers, he cannot prohibit persons who come under that character, in a proper manner, and at suitable times, from entering, so long as he has the means of accommodation for them.“⁴⁴⁷

Diese Pflicht erstreckte sich auch auf die Personen, die Geschäfte mit den Reisen den abschließen wollen. Damit ging das Gericht in New Hampshire über die traditionellen Grenzen der Betriebspflichten eines Gastwirts hinaus.⁴⁴⁸ Wenn der Eigentümer es einigen Transportunternehmen erlaube, die Räume zu betreten, um dort Kunden zu akquirieren, müsse er Konkurrenzunternehmen ebenfalls aufnehmen:

„There seems to be no good reason why the landlord should have the power to discriminate in such cases, and to say that one shall be admitted and another excluded, so long as each has the same connection with his guests – the same lawful purpose – comes in a like

444 Story, Commentaries on the Law of Bailments, 1856, § 495, S. 466-69.

445 Story, Commentaries on the Law of Bailments, 1856, § 508, S. 490 f.

446 *Markham v. Brown*, 8 N.H. 523 (1837).

447 *Markham v. Brown*, 8 N.H. at 528.

448 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 71 (2005).

*suitable condition, and with as proper a demeanor; any more than he has the right to admit one traveller and exclude another, merely because it is his pleasure.*⁴⁴⁹

Markham v. Brown würde man heute kartellrechtlich lösen können, weil es sich bei Markhams Gaststätte um eine *essential facility* handelt.⁴⁵⁰ Das ändert nichts am zugrunde liegenden Problem, das nach wie vor als eines des gleichen Zugangs und damit als Gleichbehandlungsproblem zu beschreiben ist. *Markham* lässt sich genauso wie *Storys* Begründung als klassische Konzeption einer allgemeinen Gleichbehandlungspflicht lesen: Gleichbehandlung ist danach der Grundsatz, Ungleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Bei der Einordnung dieser Gleichbehandlungspflichten ist allerdings Vorsicht geboten. Bis um die Mitte des 19. Jahrhunderts konnte man sie grundsätzlich nicht als subjektives Recht des Reisenden auffassen. Es handelte sich vielmehr um traditionelle Beschränkungen des Eigentumsrechts, in denen sich das Konzept der – wie *William J. Novak* formuliert – „Common Law vision of a well regulated society“⁴⁵¹ manifestiert.⁴⁵² Die beiden zentralen Wörter bei *Story* und in *Markham* sind *common* und *public*. Das ist nach *Novak* kein Zufall:

„'Common' was a constant ingredient in nineteenth-century political and legal discourse. Though still a rich word today, it was especially layered with meanings then. It was a synonym for 'public', identifying objects, goals, traits, of a general nature, belonging to the whole. It stressed those things shared rather than individually possessed, binding society and mankind together, rather than pulling it apart.“⁴⁵³

Dieses Verständnis begann sich um 1850 zu ändern. *Markham v. Brown* kündigt diese Veränderung schon an, indem mit der Pflicht Markhams konsequent ein Recht Browns korrespondiert; genauer: ein „equal and lawful right, to enter the plaintiff's inn“.⁴⁵⁴ Darin reflektiert sich eine von liberalen Gedanken getragene Neukonzeption dieser Rechtsgebiete, die vor dem Hintergrund der zunehmenden Mobilisierung der amerikanischen Gesellschaft gesehen werden kann.⁴⁵⁵

Der *Civil Rights Act* von 1875 konnte an diese Entwicklungen anknüpfen und den Grundgedanken des gleichberechtigten Zugangs bei Angeboten an die Öffentlichkeit auf Vergnügungsstätten ausdehnen.⁴⁵⁶ Es handelt sich bei allen im *Civil Rights Act* 1875 genannten Einrichtungen zwar um privat betriebene Einrichtungen, ihnen kommt aber wegen des Öffentlichkeitsbezugs der angebotenen Waren und Dienstleistungen ein besonderer öffentlicher Status zu.⁴⁵⁷ Aus Sicht

449 *Markham v. Brown*, 8 N.H. 523 (1837).

450 Zum kartellrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch unten § 5 IV.

451 Zum Begriff und zur Funktion siehe *Novak*, *The People's Welfare*, 1996, 19-50.

452 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 66-67 (2005).

453 *Novak*, *The People's Welfare*, 1996, 41.

454 *Markham v. Brown*, 8 N.H. 523 (1837).

455 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 69-74 (2005).

456 Zum Ganzen *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53 (2005).

457 Betont von *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 37-43 (1883) (Harlan, J., diss.).

der Mehrheit im Kongress war es deshalb ein zwingendes Gebot, dass daran jeder ohne Rücksicht auf seine Rasse und Hautfarbe partizipieren konnte. Dazu war es notwendig, diese Faktoren als mögliche Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung – als *reasonable grounds*, um in der Diktion von *Story* zu bleiben – auszuschließen. Das Common Law vor 1863 ist diesbezüglich nicht eindeutig. Wie *Joseph W. Singer* in einer Untersuchung der Materialien dieser Zeit herausgefunden hat, lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen, (1.) ob der Gleichbehandlungsanspruch auf Schwarze überhaupt Anwendung fand, (2.) ob ihre Anwesenheit aufgrund der negativen Reaktion anderer Gäste einen vernünftigen Grund für ihren Ausschluss bildete und (3.) ob dem Gleichbehandlungsanspruch mit einem nach Rassen getrennten Zugang genügt werden konnte.⁴⁵⁸ Einer der wenigen überhaupt vorhandenen Fälle zeigt diese Ambiguitäten. In *State v. Kimber* (1859)⁴⁵⁹ wurde der Zugbegleiter Henry Kimber verurteilt, weil er Mary Fawcett gewaltsam aus dem Zug entfernt hatte. Seine Verteidigung, es handelte sich bei ihr um eine Schwarze, die vom Unternehmen nicht transportiert werden müsse, war erfolglos. Obwohl sich der Richter auf eine der wenigen Stimmen in der Literatur stützte, nach denen Rasse kein Ausschlusskriterium sein könne,⁴⁶⁰ bleibt am Ende ein zwiespältiger Eindruck:

*„It is not pretended that the passenger was in any way disorderly, that she refused to pay her fare, that there was any lack of room for her accommodation, that any of the passengers objected to her being received, or that there was any objection to her whatever but her complexion. As she appears upon the stand she seems to be about as much of the white as African race – in fact a mulatto, and apparantly one of the better portion of her class.“*⁴⁶¹

Ungelöst bleibt, ob er gleich entschieden hätte, wenn es sich nicht um eine „Mulatta“, sondern um einen „dunklen“ Farbigen gehandelt hätte.⁴⁶² Nach der von *Singer* durchgeführten Untersuchung ändert sich das ab 1865.⁴⁶³ Der *Civil Rights Act* von 1875 sollte diesen vorsichtigen Trend bestätigen und bundesrechtlich absichern. Die vom Common Law in der Vergangenheit gesicherte Gleichbehandlung sollte Schwarze inkludieren. Diese Operation fand auf drei Stufen statt: (1.) Der Anspruch auf Gleichbehandlung wurde als ein vom Bundesrecht ausdrücklich gewährleistetetes Recht verankert. (2.) Rasse und Hautfarbe wurden als Rechtfertigungsgründe einer Ungleichbehandlung ausgeschieden. (3.) Zum Adressaten des Diskriminierungsverbots wurden im Einzelnen näher bestimmte Privatrechtssubjekte. Darin liegt ein historisch früher Fall der Instrumentalisie-

458 Dazu vertiefend *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1331-1345 (1996).

459 *State v. Kimber*, 3 Ohio Dec. Reprint 197 (Ct. Common Pleas, 1859).

460 *Pierce*, A Treatise on American Railroad Law, 1857, 489 (zitiert nach *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1334-35 (1996)).

461 *State v. Kimber*, 3 Ohio Dec. Reprint at 198.

462 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1336 (1996).

463 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1357-1360 (1996).

rung des Privatrechts, um ein gesellschaftspolitisches Ziel nicht nur im Verhältnis Bürger-Staat, sondern auch im Verhältnis der Bürger untereinander zu erreichen. Der *Civil Rights Act* von 1875 ist daher nicht nur das erste moderne Nicht-Diskriminierungsrecht, sondern belegt auch den grundlegenden Zusammenhang von allgemeiner Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot.⁴⁶⁴

c) Verfassungsrechtliche Legitimation

Verfassungsrechtliche Grundlage des Diskriminierungsverbots sind nach Auffassung des Kongresses und nach *Harlan, J.*, die Gesetzgebungskompetenzen in Amend. XII § 2 und in Amend. XIV § 5.⁴⁶⁵ Das Diskriminierungsverbot bei der Inanspruchnahme der *civil rights* ist danach ein in der Bundesverfassung verankertes Recht des Einzelnen und „fundamental in citizenship in a republican government“.⁴⁶⁶ Der Kongress hatte nach dieser Ansicht auch die Kompetenz,⁴⁶⁷ die Gefahr eine Diskriminierung aufgrund der Rasse „from the hostile action of corporations and individuals in the States“ abzuwenden.⁴⁶⁸ Nach *Harlan, J.*, ist die Gleichbehandlung auch in vertragsrechtlichen Beziehungen, soweit sie Öffentlichkeitsbezug haben, Ausdruck gleicher bürgerlicher Rechte:

„What the nation, through Congress, has sought to accomplish in reference to that race is what had already been done in every State of the Union for the white race – to secure and protect rights belonging to them as freemen and citizens, nothing more. It was not deemed enough ‘to help the feeble up, but to support him after.’ The one underlying purpose of congressional legislation has been to enable the black race to take the rank of mere citizens.“⁴⁶⁹

4. Das Scheitern: Die *Civil Rights Cases* (1883)

a) Begrenzung von Gleichbehandlungspflichten auf state action

Die Mehrheit am *Supreme Court* sah das 1883 ganz anders. Sie trug das erste moderne Nichtdiskriminierungsrecht zu Grabe. Das kam nicht ganz überraschend. Bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes war der politische Wille zur Fortführung der *Reconstruction* nicht mehr gegeben.⁴⁷⁰ Zudem hatte das Gericht in vorangegangenen Entscheidungen eine Tendenz erkennen lassen, die *Reconstruction Amendments* äußerst eng auszulegen, um die tektonischen Verschie-

464 Zur Diskussion darüber siehe unten § 7 II.

465 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 33-39, 43-62 (1883).

466 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 56.

467 *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 150 f, sieht darin weitergehend eine Schutzpflicht.

468 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 54 (1883)(*Harlan, J. diss.*).

469 Vgl. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 61 (1883)(*Harlan, J. diss.*).

470 *Foner, Reconstruction*, 1988, 553 ff.

bungen im Verhältnis Bundeskompetenz und *state sovereignty* so gering wie möglich zu halten.⁴⁷¹ Nach Auffassung des *Supreme Court* fehlte dem Kongress die Gesetzgebungsbefugnis zum Erlass des *Civil Rights Act* 1875.⁴⁷² Amend. XIV § 5 sei nicht einschlägig, weil es den Kongress ausschließlich berechnete, gegen *state action* einzuschreiten.⁴⁷³ Unter *state action* muss man jedes Verhalten verstehen, das dem Staat zurechenbar ist.⁴⁷⁴ Damit wird der gesamte nicht-staatliche („private“) Bereich aus dem Adressatenkreis des XIVth Amend. ausgegrenzt:

„*Individual invasion of individual rights is not the subject matter of the amendment.*⁴⁷⁵ [...] [C]ivil rights, such as are guaranteed by the Constitution against State aggression, cannot be impaired by the wrongful acts of individuals, unsupported by State authority in the shape of laws, customs, or judicial or executive proceedings. The wrongful act of an individual, unsupported by any such authority, is simply a private wrong, or a crime of that individual, an invasion of the rights of the injured party [...] vindicated by resort to the laws of the State for redress.“⁴⁷⁶

Das geht in der Sache zurück auf *United States v. Cruikshank* (1875):

*The fourteenth amendment prohibits a State from denying to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws; but this provision does not [...] add any thing to the rights which one citizen has under the Constitution against another. The equality of the rights of citizens is a principle of republicanism. Every republican government is in duty bound to protect all its citizens in the enjoyment of this principle, if within its power. That duty was originally assumed by the States; and it still remains there. The only obligation resting upon the United States is to see that the States do not deny the right. This the amendment guarantees, but no more.*⁴⁷⁷

Dahinter stand die Sorge, dass eine unmittelbar an die Privatrechtssubjekte adressierte Gesetzgebung des Bundes die an sich dafür vorgesehene Kompetenz der Einzelstaaten verdrängt und schließlich ersetzt.⁴⁷⁸ Dieses Argument wird heute vielfach zu schnell als ein Vorwand für blanken Rassismus gesehen.⁴⁷⁹ Das ist zu einfach und verkennt, dass man 1883 die Sicherung von Rechten Einzelner grundsätzlich nicht beim *federal government* verankert sah, sondern bei den Einzelstaaten und im Common Law.⁴⁸⁰ *Justice Bradley* nimmt in der Entscheidung

471 Vgl. *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873); *U.S. v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875); *U.S. v. Reese*, 92 U.S. 214 (1875); zu dieser Entwicklung vgl. *Higginbotham*, *Shades of Freedom*, 1996, 87 ff; *Howard*, *The Shifting Wind*, 1999, 88 ff; *Kaczorowski*, *The Politics of Judicial Interpretation* (1985), 2005, 140 ff.

472 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

473 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 11.

474 Vgl. dazu *Chemersinsky*, *Constitutional Law*, 2007, 507 und *Giegerich*, *Privatwirkung der Grundrechte*, 1992, 3 ff.

475 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 11.

476 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 17.

477 *U.S. v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 554-55 (1875).

478 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 19.

479 Exemplarisch etwa *Ugarte*, 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 481, 496-501 (2006).

480 *Chemersinsky*, 80 Nw. U. L. Rev. 503, 511-515 (1985).

ausdrücklich auf die hier schon angesprochene Pflicht von Gaststättenbetreibern Bezug:

*„Innkeepers and public carriers, by the laws of all the States, so far as we are aware, are bound, to the extent of their facilities, to furnish proper accommodations to all unobjectionable persons who in good faith apply for them.“*⁴⁸¹

Was das Gericht allerdings verkannte – oder bewusst ausblendete⁴⁸² – war, dass diese Pflicht zum damaligen Zeitpunkt bereits umstritten und ihre Anwendung auf die im *Civil Rights Act* von 1875 ebenfalls erfassten Vergnügungsstätten unklar war.

b) Die Neudefinition von Eigentumsrechten zulasten von Gleichbehandlungspflichten

Seit ca. 1850 wurde die Gleichbehandlungspflicht von Transportunternehmern und Gastwirten zunehmend aus liberaler Warte gezähmt.⁴⁸³ Danach gehörte es zur Vertrags- und Eigentumsfreiheit des Betreibers, wen er beherbergen und bedienen möchte. Bezeichnend dafür ist *Oliver Wendell Holmes* (1841-1935), der bereits 1879 die zeitgenössische Anwendung des in *Lane v. Cotton* geschilderten Prinzips als „monstrous“ bezeichnete.⁴⁸⁴ Wie stark sich in kurzer Zeit die Konzeption dieser Gleichbehandlungspflichten verändert hatte, zeigt die Entscheidung des *Supreme Court of Pennsylvania* in *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles* (1867):

*„The private means [the carrier] uses belong wholly to himself, and imply the right of control for the protection of his own interest, as well as the performance of his public duty. He may use his property, therefore, in a reasonable manner. It is not an unreasonable regulation to seat passengers so as to preserve order and decorum, and to prevent contacts and collisions arising from natural or well-known customary repugnancies, which are likely to breed disturbances by a promiscuous sitting. This is a proper use of the right of private property, because it tends to protect the interests of the carrier as well as the interests of those he carries. If the ground of regulation be reasonable, courts of justice cannot interfere with his right of property.“*⁴⁸⁵

In der Sache lag darin eine Neudefinition von Eigentumsrechten: Was vorher eine Pflicht des Betreibers solcher Unternehmen war und dann ein korrespondierendes Recht des einzelnen Mitglieds der Öffentlichkeit begründete, wurde zum Recht des Unternehmers, ausschließlich selbst bestimmen zu dürfen, wem er Zutritt zu seinem Eigentum gewährt.⁴⁸⁶ Im Übrigen würde der Wettbewerb dafür

481 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 25.

482 So die Interpretation von *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1398-1399 (1996).

483 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 73-74 (2005).

484 *Holmes*, 13 Am. L. Rev. 609, 629 (1879).

485 *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles*, 55 Pa. 209 (1867).

486 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1295 (1996).

sorgen, dass ein im Wesentlichen gleicher Zugang gewährleistet bleibe.⁴⁸⁷ Im Kongress wiesen die Gegner des *Civil Rights Acts* auf das private Eigentum insbesondere der Inn-Eigner und auf das Funktionieren des Marktes hin.⁴⁸⁸ Die von der Rechtsordnung gewährten Freiheitsrechte sind also auch in den U.S.A. des 19. Jahrhunderts Instrumente zur Verwirklichung des Marktmechanismus.⁴⁸⁹ Mit der Konzeption der Tätigkeit dieser Unternehmen als rein private machten die *Civil Rights Cases* den ersten grundlegenden Schritt zur Begrenzung von Gleichheitsansprüchen durch konkurrierende Freiheits- und Eigentumsrechte. Die negative Auswirkungen auf die gleiche Freiheitsausübung Schwarzer waren erheblich. Beispielhaft dafür ist die Entscheidung in *Bowlin v. Lyon* (1885).⁴⁹⁰ Die Betreiber eines Eislaufplatzes gewährten dem Kläger keinen Zutritt, weil er Schwarzer war. Zu Recht, wie der *Supreme Court of Iowa* entschied:

„It may be said, as a general rule, that the law does not undertake to govern or regulate the citizen in the conduct of his private business. In all matters of mere private concern he is left free to deal with whom he pleases, and to make such bargains as he is able to make with those with whom he does deal.“⁴⁹¹ [...] Defendants were using their own property in conducting the business, and were carrying it on according to their own notions. When members of the public entered the building, they did so by permission of defendants, or under a contract with them. When they invited the members of the public to go to the place, they offered simply to extend to them permission to enter or to contract with them for that permission. We see no reason why they might not have limited their invitation to certain individuals or classes. As the place belonged to them, and was under their exclusive control, and the business was a private business, it cannot be said, we think, that any person had the right to demand admission to it. They had the right, at any time, to withdraw the invitation, either as to the general public, or as to particular individuals.“⁴⁹²

Das Angebot an die Öffentlichkeit („*holding out*“) begründete also keinen besonderen Status des Unternehmens mehr.⁴⁹³ Daraus folgten keine Gleichbehandlungsansprüche. Der Eigentümer bestimmte erst im Zeitpunkt des Vertragschlusses, ob und mit wem er kontrahiert. Er war völlig frei, seinen Vertragspartner zu wählen. Das betraf hier, so das Gericht, „zufällig“ den Kläger, könnte aber genauso gut einen vergleichbaren Weißen treffen. Merkwürdig nur, dass es gerade einen Schwarzen traf. Das Gericht sah sich aber immerhin noch gezwungen, am Gleichbehandlungsanspruch für Transportunternehmen und Gasthofbetreiber festzuhalten.⁴⁹⁴ Das änderte sich – im Süden zumindest – ab 1875. Mehrere Staaten führten Gesetze ein, deren Ziel es war, den Anwen-

487 Vgl. *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 74 (2005) unter Berufung auf diesbezügliche Gerichtsentscheidungen.

488 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 74-76 (2005).

489 Dazu bereits oben § 2 III 1.

490 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. 536 (Iowa 1885).

491 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. at 767.

492 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. at 768.

493 Vgl. dazu oben § 3 III 3 b).

494 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. at 767-768.

dungsbereich des im Common Law wurzelnden Gleichbehandlungsanspruchs weitgehend einzuschränken.⁴⁹⁵ Um den Konflikt mit dem 14. Verfassungszusatz zu vermeiden, mussten diese Gesetze rassenneutral formuliert werden. Es lag jetzt nur mehr in der Entscheidungsgewalt des Einzelnen, ob er diskriminiert oder nicht. Daher wurde auch das aus dem Gleichbehandlungsanspruch folgende Zugangsrecht des Weißen eingeschränkt, theoretisch zumindest. In der Praxis wirkten sich die neutral formulierten Gesetzesänderung allerdings nur auf Schwarze aus.

Allerdings war es 1883 noch zu früh, eine staatlich verordnete Pflicht zur Gleichbehandlung an verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechten scheitern zu lassen. *Freedom of contract* war zu diesem Zeitpunkt noch kein gefestigter verfassungsrechtlicher Topos. Der Versuch, wirtschaftliche Freiheiten in den *Reconstruction Amendments* zu verankern,⁴⁹⁶ wurde vom *Supreme Court* in den *Slaughterhouse Cases* noch explizit abgelehnt.⁴⁹⁷ Erst mit der Entscheidung in *Lochner v. New York* (1905)⁴⁹⁸ wurde Vertragsfreiheit zum wesentlichen Schutzgegenstand des XIVth Amendments.⁴⁹⁹

c) „The special favorite of the laws“

Der Interpretation der Reichweite der vom 14. Verfassungszusatz begründeten Gesetzgebungskompetenz in den *Civil Rights Cases* kommt heute noch Präjudizwirkung zu.⁵⁰⁰ Dagegen sind die Aussagen des Gerichts zum XIIth Amendment aus dogmatischer Sicht mittlerweile überholt.⁵⁰¹ Sie sind aber historisch von besonderer Bedeutung, weil sie die Grundlage dafür legten, dass die rassistisch geprägte Gesellschaftsordnung bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts hinein unangefochten Bestand hatte. Der *Supreme Court* beschränkte die aus der Beseitigung von „slavery and its incidents“⁵⁰² folgenden Kompetenzen des Bundes, indem er sie strikt vom Schutzbereich des XIVth Amendments unterschied⁵⁰³ und ganz eng interpretierte:

„[W]e are forced to the conclusion that [the act of a mere individual, the owner of the inn, the public conveyance or place of amusement, refusing the accommodation] has nothing to do with slavery or involuntary servitude, and that, if it is violative of any right of the party, his redress is to be sought under the laws of the State, or, if those laws are

495 Singer, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1383-1387 (1996).

496 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36, 96-111 (Field, J., diss.).

497 *Slaughterhouse-Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

498 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

499 Vertiefend zur Entwicklung McEvoy, *Freedom of Contract, Labor and the Administrative State*, in: Scheiber, *The State and Freedom of Contract*, 1998, 212 ff.

500 Vgl. nur *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

501 *Chemerinsky*, *Constitutional Law*, 2007, 291 ff mwN.

502 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 23 (1883).

503 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 23-24.

*adverse to his rights and do not protect him, his remedy will be found in the corrective legislation which Congress [adopts according to the Fourteenth Amendment]. It would be running the slavery argument into the ground to make it apply to every act of discrimination which a person may see fit to make as to the guests he will entertain, or as to the people he will take into his coach or cab or car, or admit to his concert or theatre, or deal with in other matters of intercourse or business.*⁵⁰⁴

Das Gericht ließ offen, ob XIIIth Amend. § 2 als ausschließliche Grundlage für den *Civil Rights Act* von 1866 in Betracht kommt.⁵⁰⁵ Jedenfalls erfasse dieses Gesetz nicht „what may be called the social rights of men and races in the community“.⁵⁰⁶ Das sei im *Civil Rights Act* von 1875 anders. Dafür biete das XIIIth Amend. dann aber keine Grundlage mehr. Damit wird die Breite des Konzepts von *social rights* sichtbar.⁵⁰⁷ Das im *Civil Rights Act* von 1866 garantierte Recht *to make and enforce contracts* wird vom Gericht noch als ein *civil right* aufgefasst. Dagegen ist der konkrete Vertragsschluss mit einem anderen Akteur, soweit er Unterkunft, Verpflegung, Transport und Vergnügungsstätten betrifft, ausschließlich in der sozialen und nicht mehr der bürgerlichen Sphäre beheimatet. In dieser sozialen Sphäre bedürfe der *freedman* keines besonderen bundesgesetzlichen Schutzes mehr. In der Begründung klingt ein, in der Debatte über Diskriminierungsverbote immer wieder kehrendes, Leitmotiv an:

„When a man has emerged from slavery, and, by the aid of beneficent legislation, has shaken off the inseparable concomitants of that state, there must be some stage in the progress of his elevation when he takes the rank of a mere citizen and ceases to be the special favorite of the laws and when his rights as a citizen or a man are to be protected in the ordinary modes by which other men's rights are protected.“⁵⁰⁸

Damit war jeder Einfluss des Bundes auf den – vom *Supreme Court* so elegant bezeichneten – Bereich der „social rights of men and races in the community“⁵⁰⁹ für Jahrzehnte ausgeschlossen. Die Mehrheit differenzierte hier – wie später auch in *Plessy v. Ferguson*⁵¹⁰ – anhand der Begriffe *legal* und *social*. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot betreffe nur die politischen Beziehungen des Einzelnen zum Staat und gelte gerade nicht für die sozialen Beziehungen des Einzelnen. Auch dagegen opponierte *Harlan, J.* Es ging ihm hier – wie später in *Plessy v. Ferguson*⁵¹¹ – um Gleichheit als verfassungsrechtliches Grundprinzip und weniger um eine persönliche Überzeugung von tatsächlicher Gleichheit zwischen

504 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 24-25.

505 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 22; das ermöglichte dessen „Wiederentdeckung“ ab 1960; vgl. dazu unten § 3 IV 3.

506 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 22.

507 Zu den Trennung bereits oben § 3 2 b) (2).

508 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 25.

509 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 22.

510 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 544 (1896).

511 Siehe unten § 3 III 5 c).

den Rassen, die ihm wohl eher fremd war.⁵¹² In der Sache differenzierte *Harlan* bereits zwischen der schutzwürdigen sozialen Sphäre einerseits und dem öffentlichen Raum andererseits:

*„I agree that government has nothing to do with social, as distinguished from technically legal, rights of individuals. No government ever has brought, or ever can bring, its people into social intercourse against their wishes. Whether one person will permit or maintain social relations with another is a matter with which government has no concern. I agree that, if one citizen chooses not to hold social intercourse with another, he is not and cannot be made amenable to the law for his conduct in that regard, for even upon grounds of race, no legal right of a citizen is violated by the refusal of others to maintain merely social relations with him. What I affirm is that no State [...] nor any corporation or individual wielding power under State authority for the public benefit or the public convenience, can, consistently either with the freedom established by the fundamental law or with that equality of civil rights which now belongs to every citizen, discriminate against freemen or citizens in those rights because of their race, or because they once labored under the disabilities of slavery imposed upon them as a race. The rights which Congress, by the act of 1875, endeavored to secure and protect are legal, not social, rights. The right, for instance, of a colored citizen to use the accommodations of a public highway upon the same terms as are permitted to white citizens is no more a social right than his right under the law to use the public streets of a city or a town, or a turnpike road, or a public market, or a post office, or his right to sit in a public building with others, of whatever race, for the purpose of hearing the political questions of the day discussed.“*⁵¹³

Justice Harlan's Dissent wurde erst ab Mitte des 20. Jahrhunderts wieder verstärkt gewürdigt und rezipiert.⁵¹⁴ Die *Civil Rights Cases* waren die Gelegenheit für den *Supreme Court*, eine bedeutende Rolle bei der Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Rasse einzunehmen. Das Gericht entschied sich – bis auf *Harlan* – dagegen. Indem es den Schwarzen auf den Rechtsschutz vor den Gerichten der einzelnen Bundesstaaten verwies, verschloss das Gericht die Augen vor der sozialen Realität existierender Ungleichbehandlungen.⁵¹⁵ Die retrospektiv zu ziehende Bilanz ist ernüchternd:

*„The cases were about whether the Supreme Court was willing to assure a level of equal dignity to African Americans in public accommodations. The clear answer that emerged was that the Court was not willing to make that assurance. Presented with a chance to repudiate the slavery jurisprudence inferiority precept, the Supreme Court declined.“*⁵¹⁶

512 Dazu *Beth*, John Marshall Harlan, 1992, 228 f und Przybyszewski, 18 Law & Soc. Inq. 453 (1993).

513 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 59-60.

514 Vgl. Przybyszewski, 18 Law & Soc. Inq. 453, 454-455 (1993).

515 Dazu Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 98 ff.

516 Higginbotham, *Shades of Freedom*, 1996, 104.

5. *Equal but separate* – *Plessy v. Ferguson* (1896)

Der Sargnagel für das zweite Versprechen der Gleichheit folgte einige Jahre später mit *Plessy v. Ferguson* (1896).⁵¹⁷ Der Supreme Court hielt ein Gesetz des Staates Louisiana für verfassungsgemäß, das „equal but separate accommodations for the white and colored races“ in Eisenbahnen anordnete.⁵¹⁸ Gestritten wurde also über eine staatlich angeordnete unterschiedliche Behandlung und nicht über eine von einer Privatperson ausgehende Diskriminierung. Bezug nehmend auf die *Civil Rights Cases* führte der *Supreme Court* aus:

„A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races – a distinction which is founded in the color of the two races and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color – has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or reestablish a state of involuntary servitude.“⁵¹⁹

a) Die Karriere von „equal but separate“ von 1866 bis 1896

In *Railroad Company v. Brown* (1873)⁵²⁰ sah es das noch ganz anders. Ein Eisenbahnunternehmen erhielt vom Kongress 1863 die Erlaubnis, eine Eisenbahn im *District of Columbia* zu betreiben, unter der Bedingung, „that no person shall be excluded from the cars on account of color“.⁵²¹ Anders als in *Plessy*, war eine ungleiche Behandlung also ausdrücklich verboten. Als *Catharine Brown*, „a colored woman“, 1868 den Wagen betreten wollte, der „for white ladies, and gentlemen accompanying them“ vorgesehen war, wurde sie von einem Angestellten daran gehindert und auf den Wagen verwiesen, der für „colored persons“ vorgesehen war.⁵²² Auf ihre Klage erwiderte der Betreiber, dass er nicht gegen die Auflagen verstoßen habe, weil er alle Personen in seinem Zug transportiere.⁵²³ Das überzeugte den *Supreme Court* 1873 nicht:

„This is an ingenious attempt to evade a compliance with the obvious meaning of the requirement. It is true the words taken literally might bear the interpretation put upon them by the plaintiff in error, but evidently Congress did not use them in any such limited sense. There was no occasion in legislating for a railroad corporation to annex a condition to a grant of power [...]. [The right of colored persons to ride in its cars] had never been refused, nor could there have been in the mind of any one an apprehension that such

517 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); zur Geschichte des Falles *Lofgren*, *The Plessy Case*, 1987; *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 262 ff.

518 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 540-541; zu den möglichen Ursachen dieser Gesetze siehe *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 18.

519 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 543.

520 *R.R. Co. v. Brown*, 84 U.S. 445 (1873).

521 An Act: To extend the charter of the Alexandria and Washington Railroad Company, and for other purposes, § 1, 12 Stat. 805 (1863).

522 *R.R. Co. v. Brown*, 84 U.S. at 447-448.

523 *R.R. Co. v. Brown*, 84 U.S. at 452.

*a state of things would ever occur, for self-interest would clearly induce the carrier – south as well as north – to transport, if paid for it, all persons, whether white or black, who should desire transportation. It was the discrimination in the use of the cars on account of color, where slavery obtained, which was the subject of discussion at the time, and not the fact that the colored race could not ride in the cars at all.*⁵²⁴

1873 war *Reconstruction* noch lebendig und das Gericht entschied zutreffend, dass *equal-but-separate* eine unzulässige Diskriminierung sei. Allerdings spielte der Sachverhalt 1873 im *District of Columbia* und warf damit keine Fragen der Kompetenzverteilung im föderalen System auf, wie sie noch im gleichen Jahr in den *Slaughterhouse Cases* diskutiert werden sollten. Abgesehen davon, hatte man sich 1896 ganz generell, im Norden wie im Süden, weit vom Programm der *Reconstruction* entfernt. Das ist einem zwischenzeitlich eingetretenen Wandel ökonomischer und politischer Verhältnisse auf allen Ebenen der U.S.A. zuzuschreiben.⁵²⁵ Die Diskrepanz zwischen *Railroad Co. v. Brown* und *Plessy* muss vor diesem Hintergrund gesehen werden. Beispielsweise lässt sich feststellen, dass in der Zeit unmittelbar nach 1866 – dem Inkrafttreten des *Civil Rights Acts* 1866 – Schwarze vielfach gleichen Zugang zu Eisenbahnwaggons hatten.⁵²⁶ Das lag nicht zuletzt daran, dass ihn die Gesetzgebung auf staatlicher Ebene in diesen Jahren teilweise explizit gewährte,⁵²⁷ genauso wie sie vielfach den gleichen Zugang zu *public accommodations* vorschrieb.⁵²⁸ Mit dem Ende der *Reconstruction* 1877, und dem Verlust an politischem Einfluss reformfreundlicher Kräfte, erwiesen sich die Gleichbehandlungsrechte auf der Ebene der Einzelstaaten als zunehmend ineffektiv. Soweit Gleichbehandlung nach den im *Common Law* verankerten Prinzipien begehrt wurde,⁵²⁹ begann man die dort schon immer enthaltenen Einschränkungen der *reasonable regulations and accommodations* zu aktivieren.⁵³⁰ Diese erlaubten es den Gerichten, einerseits Schwarzen wie Weißen Zugang zu gewähren, diesen aber zu trennen: *equal, but separate*. Den Trend setzte der schon oben angesprochene Fall *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles* (1867).⁵³¹ Mary E. Miles, „a colored woman“, weigerte sich, den ihr vom Zugbegleiter nach den Bestimmungen des Unternehmens zugewiesenen Platz für Schwarze am Ende des Waggons einzunehmen. Der *Supreme Court of Pennsylvania* war der Auffassung, dass die nach Rassen getrennte Platzierung nicht gegen das Recht auf gleichen Zugang verstieß, weil es sich um eine *reasonable regulation* handle: Einerseits werde dadurch das Eigentumsrecht des Eisenbahnun-

524 *R.R. Co. v. Brown*, 84 U.S. at 452-453.

525 Dazu Klarman, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 10 ff.

526 Zum Folgenden siehe Lofgren, The Plessy Case, 1987, 9 ff.

527 Lofgren, The Plessy Case, 1987, 18 ff.

528 Singer, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1355-1356, 1374-75 (1996); Sandoval-Strausz, 23 L. Hist. Rev. 53, 58 (2005).

529 Siehe oben § 3 III 3 b).

530 Dazu Singer, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1367-1373 (1996).

531 *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles*, 55 Pa. 209 (1867).

ternehmens gewährt und zugleich habe die Öffentlichkeit „an interest in the proper regulation of public conveyances for the preservation of the public peace“.⁵³² Versteht man den *Civil Rights Acts* von 1875 als den Versuch, an die Gleichbehandlungspflicht im *Common Law* anzuknüpfen,⁵³³ kann man damit auch erklären, dass er vor der Entscheidung in den *Civil Rights Cases* vielfach ähnlich interpretiert wurde: *equal-but-separate* verstieß nach der Auffassung zeitgenössischer Gerichte nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.⁵³⁴

Dieser freiheitsrechtliche und gesellschaftsregulierende Ansatz erklärt auch die Entscheidung des *Supreme Court* in *Hall v. De Cuir* (1877).⁵³⁵ Louisiana hatte ein Gesetz erlassen, das es Transportunternehmen verbot, aufgrund der Rasse und Hautfarbe zu diskriminieren, was vom *Louisiana Supreme Court* als strikte Gleichbehandlung an Deck von Schiffen ausgelegt wurde.⁵³⁶ Das verletzte nach Auffassung des *Supreme Court* die föderale Kompetenzverteilung im zwischenstaatlichen Handel:⁵³⁷

„While [the statute] purports only to control the carrier when engaged within the State, it must necessarily influence his conduct to some extent in the management of his business throughout his entire voyage. His disposition of passengers taken up and put down within the State, or taken up within to be carried without, cannot but affect in a greater or less degree those taken up without and brought within, and sometimes those taken up and put down without. A passenger in the cabin set apart for the use of whites without the State must, when the boat comes within, share the accommodations of that cabin with such colored persons as may come on board afterwards, if the law is enforced.“⁵³⁸

Streng genommen ergab dieses Argument nur Sinn, wenn der Staat, in dem das Schiff aufbrach, die Rassentrennung zwingend vorschrieb. Das war aber 1877 diesbezüglich in keinem Staat der Fall.⁵³⁹ Daher kann man diese Entscheidung nur so verstehen, dass Louisiana mit seinem Gesetz etwas verbot, was vom *Common Law* der angrenzenden Staaten erlaubt wurde. Mit seiner Entscheidung sicherte das Gericht also den Vorrang der freiheitsrechtlichen Befugnis zur Diskriminierung bei der Leistungserbringung im zwischenstaatlichen Handel. Die Ausübung subjektiver Rechte wurde vor einer staatlichen Intervention geschützt, weil die privaten Akteure selbstregulatorisch soziale Statushierarchien konstruierten. Ab 1887 setzte dann die hier untersuchte Eisenbahngesetzgebung in allen Südstaaten ein.⁵⁴⁰ Was vorher dem Einzelnen „lediglich“ erlaubt war, wird jetzt vorgeschrieben: *equal, but separate*. An die Stelle staatlich geschützter Selbstre-

532 *West Chester & Philadelphia Railroad Co. v. Miles*, 55 Pa. 209 (1867).

533 Siehe oben § 3 III 3 b).

534 Dazu die Nachweise bei *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1383-1386 (1996).

535 *Hall v. De Cuir*, 95 U.S. 485 (1877).

536 *Hall v. De Cuir*, 95 U.S. at 485.

537 U.S. const. art. I § 8 cl. 3.

538 *Hall v. De Cuir*, 95 U.S. at 489.

539 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1395 (1996).

540 *Lofgren*, *The Plessy Case*, 1987, 20 ff.

gulierung trat eine staatliche Regulierung der „sozialen“ Beziehungen zwischen den Rassen. Des handelt sich dabei um ein Beispiel der *Jim Crow*-Gesetzgebung in den Südstaaten, deren Ziel es war, Schwarze von Weißen durchgehend zu trennen, im Alltag zu diskriminieren und ihnen die Ausübung des Wahlrechts weitestgehend zu erschweren. Obwohl diese Gesetze den zwischengliedstaatlichen Handel erheblich beeinträchtigten, weil etwa Eisenbahnunternehmen gezwungen wurden, zusätzliche Waggons anzukuppeln,⁵⁴¹ sah der *Supreme Court* darin keine Verletzung der *Commerce Clause*.⁵⁴² Das ist mit *Hall v. De Cuir* nicht zu vereinbaren: Wenn eine staatliche Norm Rassentrennung verbietet und darin angeblich eine Beeinträchtigung des zwischengliedstaatlichen Handels liegt, ist es unerklärlich, warum das für eine Norm, die das Gegenteil anordnet, nicht gelten soll.⁵⁴³ Man muss auch hier die unterschiedliche Anwendung desselben föderalen Prinzips vor dem Hintergrund der geänderten politischen Verhältnisse sehen: 1877 fand *Jim Crow* auf Transportunternehmen noch keine Anwendung und daher musste man die selbstregulatorischen Ansätze zur Rassentrennung schützen. 1890 hatte sich das grundlegend geändert.⁵⁴⁴ Jetzt galt es, die staatliche Regulierung gegenüber verfassungsrechtlichen Angriffen abzusichern.

b) „*The Strange Career of Jim Crow*“

Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob diese Gesetzgebung „nur“ nachvollzog, was ohnehin schon gesellschaftliche Praxis war, oder ob sie diese reflexiv verstärkte. Das war auch Gegenstand einer Kontroverse, die C. Vann Woodward mit seinem Buch *The Strange Career of Jim Crow* 1955 auslöste.⁵⁴⁵ Danach war die Rassentrennung ein Produkt der *Jim Crow*-Gesetze ab den späten 1880er Jahren und vor allem nach 1890.⁵⁴⁶ Das war so wohl zu generalisierend und dürfte mittlerweile nicht mehr haltbar sein. Howard N. Rabinowitz beschrieb den zwischenzeitlich erreichten Konsens:

„It is clear that during Reconstruction segregation was a widespread factor in southern life [...] Much of this segregation, moreover, was the result of voluntary action of the part of blacks, as found in churches and an impressive array of associations. Other instances, as in public schools, welfare institutions, cemeteries, and militia units often were agreed upon mutually by whites and blacks, although such separation frequently was enforced by law. Still other examples of segregation, as in public conveyances, restaurants, hotels, theaters, and the like, were the result of de facto arrangements that had a greater degree in flexibility in some cases – although by no means in very many, especially given the ten-

541 Vgl. *Louisville, N.O. & T. Ry. Co. v. State of Mississippi*, 133 U.S. 587, 588 (1890).

542 *Louisville, N.O. & T. Ry. Co. v. State of Mississippi*, 133 U.S. 587 (1880).

543 *Louisville, N.O. & T. Ry. Co. v. State of Mississippi*, 133 U.S. 587, 594 (1890)(Harlan, J., diss).

544 Vertiefend Harris, 7 U. Pa. J. Const. L. 867, 873-876 (2005).

545 Ein exzellenter Überblick über die Debatte bei Rabinowitz, Segregation and Reconstruction, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 79 ff.

546 Woodward, The Strange Career of Jim Crow (1955) 2002, 7 (und passim).

*dency of courts to uphold separate, ostensibly equal arrangements. Whatever its source, segregation often constituted an improvement over a previous policy of excluding blacks from the area in question.*⁵⁴⁷

Daran knüpfte *Michael J. Klarman* an. Nach seiner Auffassung ersetzt die gesetzlich vorgeschriebene Rassentrennung in Eisenbahnen die informell bereits gehandhabte Trennung.⁵⁴⁸ Seine These lautet:

„Most Jim Crow laws merely described white supremacy, they did not produce it. Legal disenfranchisement measures and de jure railroad segregation played relatively minor roles in disenfranchisement and segregating southern blacks. Entrenched social mores, reinforced by economic power and the threat and reality of physical violence, were primarily responsible for bolstering the South's racial hierarchy. Legal instantiation of these norms was often more symbolic than functional.“⁵⁴⁹

Klarman griff hier die bereits mehrfach angesprochene Trennung von *legal* und *social rights* auf. Die Passage verdeutlicht zugleich, dass diese Dichotomie zu sehr vereinfacht, weil sie die Bedeutung der Wechselwirkungen unterschätzt. Daran trifft sicher zu, dass *Jim Crow* um 1900 so tief in die soziale Struktur des Südens eingewoben war, dass es schwer fällt, festzustellen, ob das Recht die soziale Praxis prägte oder ob es lediglich die von existierenden sozialen Strukturen vorgegebene Rassentrennung nachvollzog. Gleichwohl vernachlässigte *Klarman* den sozialen Kommunikationsgehalt von einschränkenden Rechtsnormen vor dem Hintergrund einer föderalen Gleichheits- und Freiheitsgarantie. Die Frage, die man sich stellen muss, lautet: Warum wurde es um 1890 notwendig, selbstregulatorische Praktiken zu verrechtlichen?⁵⁵⁰ *Charles A. Lofgren* erklärte das Aufkommen dieser Gesetzgebung mit einer ganzen Reihe von sozialen Faktoren.⁵⁵¹ Mit der Sklaverei entfiel ein Institut, das für einen sozialen Kitt zwischen den brüchigen Klassen innerhalb der weißen Mehrheitsgesellschaft sorgte;⁵⁵² die erzwungene Rassentrennung stellte dieses auf Kosten der Schwarzen wieder her. Zugleich wurde eine Generation Schwarzer erwachsen, die in der Freiheit geboren wurde und denen die sozialen und rechtlichen Restriktionen aus der Zeit vor 1866 unbekannt waren. Ihre Beanspruchung gleicher Freiheit löste auf der Gegenseite die von *Klarman* beschriebenen gewaltsamen Reaktionen aus. Diese waren ihrerseits getragen von den klassischen rassistischen Stereotypen aus der Zeit vor dem Bürgerkrieg.⁵⁵³ Das Recht intervenierte hier im Vorfeld, indem es den sozialen Status eines Schwarzen in der Gesellschaft verbindlich definierte. Diese

547 *Rabinowitz*, Segregation and Reconstruction, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 79, 91 f.

548 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 18 und öfters.

549 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 59 f.

550 *Rabinowitz*, Segregation and Reconstruction, in: Anderson/Moss, The Facts of Reconstruction, 1991, 79, 92.

551 Vgl. *Lofgren*, The Plessy Case, 1987, 24 ff.

552 Dazu oben § 3 I 4 a).

553 Siehe oben § 3 I 3.

Definitionsleistung wurde notwendig, weil die Durchsetzung dieses Status aufgrund der zunehmenden Mobilisierung auch der schwarzen Bevölkerung der *Master* auf der Plantage nicht mehr gewährleisten konnte. Das Recht erlaubte es dem Staat, effektive Kontrolle über den Freiheitsgebrauch Schwarzer zu gewinnen und durchzusetzen. Damit kommunizierte das Recht mit verbindlicher Kraft, dass die Gesellschaft insgesamt nach dem Konzept der *White Supremacy* organisiert wird.⁵⁵⁴ Solange man davon ausgeht, dass alle den sozialen Code der Rassentrennung strikt befolgen, können Gesetze, die das zur Pflicht machen, in der Tat als lediglich symbolisch erscheinen. Die *Miscegenation statutes*⁵⁵⁵ belegen aber eindrucksvoll, dass man damit nicht rechnen konnte.⁵⁵⁶ Individuen beider „Rassen“ widersetzten sich den Anschauungen ihrer jeweiligen Gruppe. *Jim Crow* musste daher mit den Mitteln des Rechts dafür sorgen, dass der Kontakt zwischen Weißen und Schwarzen auf ein Minimum reduziert blieb und damit gewährleistet blieb, dass soziale Interaktion die sozialen Stereotype nicht erodieren konnte.⁵⁵⁷

c) *Plessy als Bindeglied zwischen den Civil Rights Cases und Lochner (1906)*

(1) Konsequente Fortführung der Civil Rights Cases in *Plessy*

Zwischen *Plessy* und den *Civil Rights Cases* gibt es einen engen Zusammenhang.⁵⁵⁸ In den *Civil Rights Cases* wurde die Regulierung privaten Verhaltens durch den Bund ausgeschlossen. In *Plessy* wurde letztlich die staatlich verordnete Rassentrennung akzeptiert. Ob eine anders lautende Entscheidung 1896 hätte durchgesetzt werden können, bleibt dabei natürlich fraglich.⁵⁵⁹ Vor diesem Hintergrund hat sich die Mehrheit des *Supreme Court* im Ergebnis für den *status quo* entschieden. Dieses Ergebnis ließ sich wohl mit Wortlaut, Entstehungsgeschichte und – vor allem – den eigenen Präjudizien vereinbaren.⁵⁶⁰ Zwingend war es freilich nicht. Das verdeutlicht *Justice Harlan*s abweichende Meinung.⁵⁶¹ Diesbezüglich war der ehemalige Sklavenhalter *Harlan* aber in der Minderheit,⁵⁶² so wie *Albion Winegar Tourgée* (1838-1905), der als Vertreter *Homer Plessys* in

554 Vgl. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 7 (1967).

555 Oben § 3 III 2 b).

556 Näher *Pascoe*, 83 J. Am. Hist. 44 (1991).

557 Ähnlich *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 129.

558 *Ugarte*, 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 481, 484 (2006).

559 *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 48 ff.

560 *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 18 ff.

561 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 552 (1896) (Harlan, J., diss.).

562 Vgl. die Nachweise zur Reaktion auf das Urteil bei *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 292.

dem Verfahren vor dem Supreme Court auftrat.⁵⁶³ Auf *Tourgée* geht auch *Harlans* berühmtester Satz zurück;⁵⁶⁴ ein Satz, der damals ein unbedingtes Einstehen zugunsten wirklicher Gleichheit für Schwarze bedeutete und der heute ironischerweise als Instrument gegen Diskriminierungsverbote und *affirmative action* verwendet wird:⁵⁶⁵

„Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens.“⁵⁶⁶

Weil eine staatliche Regelung eine unterschiedliche Behandlung vorschrieb, musste das Gericht begründen, warum der in Amend. XIV § 1 verankerte Gleichheitsgrundsatz nicht verletzt war. Den Schlüssel dazu lieferte die scharfe Trennung von *legal equality* und *social equality*, die bereits in den *Civil Rights Cases* anklang:⁵⁶⁷

„The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either.“

„Unsatisfactory to either“ — das ist die zeitgemäße Variante der paternalistischen Rechtfertigung der Sklaverei, die ja auch und gerade dem Interesse der Schwarzen dienen sollte.⁵⁶⁸ *Tourgée* stellte daher einen Zusammenhang her zwischen der Sklaverei und der erzwungenen Rassentrennung; diese „stamps the colored race with a badge of inferiority“.⁵⁶⁹ Das Argument stammte in der Sache aus *Strauder v. West Virginia* (1880). Dort hatte der *Supreme Court* dem Amend. XIV § 1 ein Recht, „most valuable to the colored race“, entnommen:

„[T]he right to exemption from unfriendly legislation against them distinctively as colored – exemption from legal discriminations, implying inferiority in civil society, lessening the security of their enjoyment of the rights which others enjoy, and discriminations which are steps towards reducing them to the condition of a subject race.“⁵⁷⁰

Die Mehrheit in *Plessy* sah das anders, weil es nach ihrer Auffassung in *Strauder* um politische Gleichstellung und hier um soziale Gleichbehandlung ging:⁵⁷¹

„If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it.“⁵⁷²

563 Dazu *Medley*, *We as Freeman*, 2003, 53 ff; *Lofgren*, *The Plessy Case*, 1987, 148 ff; *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 262 ff.

564 *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 4.

565 *Elliott*, *Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality*, 2006, 4 f.

566 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896) (Harlan, J., diss).

567 Siehe oben § 3 III 4 c).

568 Dazu oben § 3 I 4 b).

569 Vgl. die Wiedergabe des Arguments in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551 (1896).

570 *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, 308 (1880).

571 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 445 (dazu gleich im Text).

572 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 551.

Justice Harlan teilte dagegen die Einschätzung *Homer Plessys* und *Tourgées*,⁵⁷³ indem er den sozialen Kontext der Maßnahme berücksichtigte:

*„Everyone knows that the statute in question had its origin in the purpose not so much to exclude white persons from railroad cars occupied by blacks as to exclude colored people from coaches occupied by or assigned to white persons. [...] The thing to accomplish was, under the guise of giving equal accommodation for whites and blacks, to compel the latter to keep to themselves while traveling in railroad passenger coaches.“*⁵⁷⁴

Harlan erkannte auch das freiheitsrechtliche Defizit der von der Mehrheit vorgenommenen Konzeption der *equal protection clause*. Danach lag keine Diskriminierung vor, weil es sich um eine Regel handelte, die gleichermaßen für Weiße und Schwarze galt. Weil diese Regel aber vor dem Hintergrund einer bestimmten Gesellschaftsstruktur angewandt wurde, führt sie dazu, dass sie nur eine Gruppe benachteiligte. *Harlan* verknüpfte das Diskriminierungsverbot mit dem Freiheitsrecht und sah zutreffend, dass sich die Diskriminierung freiheitsbeschränkend auswirkte:

*„The fundamental objection, therefore, to the statute is that it interferes with the personal freedom of citizens. [...] If a white man and a black man choose to occupy the same public conveyance on a public highway, it is their right to do so, and no government, proceeding alone on grounds of race, can prevent it without infringing the personal liberty of each.“*⁵⁷⁵

Der *Supreme Court* verwendete dagegen zwei Argumentationsmuster, um den Bezug zur Sklaverei und eine ungleiche Behandlung zu verneinen: (1.) Die vermeintlich „natürlichen“ Unterschiede zwischen den „Rassen“ rechtfertigten eine ungleiche Behandlung. Was als „natürlich“ deklariert wurde, war jedoch ausschließlich rechtlich determiniert. Der *Supreme Court* maskierte eine vom Recht gezogene Trennlinie als eine vermeintlich natürlich vorgegebene. Das wird am Ende der Begründung offensichtlich, wo sich das Gericht mit der Frage beschäftigte, wann jemand *colored* ist. Das Gericht musste dazu Stellung nehmen. *Tourgée* hatte für die von ihm und dem *Comité des Citoyens* in New Orleans geplante verfassungsrechtliche Prüfung ganz bewusst *Homer Plessy* aufgrund seiner hellen Hautfarbe ausgewählt.⁵⁷⁶ Die Begründung des Gerichts zeigt, wie rechtlich determiniert eine angeblich „natürliche“ Unterscheidung war:

„It is true that the question of the proportion of colored blood necessary to constitute a colored person, as distinguished from a white person, is one upon which there is a difference of opinion in the different States, some holding that any visible admixture of black blood stamps the person as belonging to the colored race; others that it depends upon the

573 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 562 (1896)(*Harlan*, J., diss.).

574 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 557 (1896)(*Harlan*, J., diss.).

575 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 557 (1896)(*Harlan*, J., diss.).

576 *Woodward*, The Case of the Louisiana Traveler, 1964, <http://www.soc.umn.edu/~samaha/cases/van%20woodward,%20plessy.htm>; *Elliott*, Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality, 2006, 264 ff.

*preponderance of blood; and still others that the predominance of white blood must only be in the proportion of three-fourths. But these are questions to be determined under the laws of each State [...].*⁵⁷⁷

(2.) Es beschränkte die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf politische, nicht aber auf soziale Gleichheit.⁵⁷⁸ Der *Supreme Court* griff dafür auf eine Entscheidung des *Supreme Judicial Court of Massachusetts* aus dem Jahr 1850 zurück. Darin ging es um die Frage, ob der Unterricht schwarzer Kinder in ausschließlich dafür vorgesehenen Schulen mit der *equal protection clause* in der Verfassung des Staates Massachusetts vereinbar war.⁵⁷⁹ Das Gericht bejahte, indem es die Doktrin des *equal-but-separate* der Sache nach erstmals entwickelte:

*„It is urged, that this maintenance of separate schools tends to deepen and perpetuate the odious distinction of caste, founded in a deep-rooted prejudice in public opinion. This prejudice, if it exists, is not created by law, and probably cannot be changed by law.“*⁵⁸⁰

Diesen Grundgedanken wird der *Supreme Court* später übernehmen. Erneut sind es angeblich nur die physischen, d.h. „natürlichen“ Unterschiede, aus denen die Einzelnen Konsequenzen ableiten. Weil das Recht damit nichts zu schaffen habe – die Maskerade wirkt! – könne es sie zwangsläufig auch nicht beseitigen. Der soziale Kontext wurde vollständig ausgeblendet:

*„The argument also assumes that social prejudices may be overcome by legislation, and that equal rights cannot be secured to the negro except by an enforced commingling of the two races. We cannot accept this proposition. If the two races are to meet upon terms of social equality, it must be the result of natural affinities, a mutual appreciation of each other's merits, and a voluntary consent of individuals. [...] Legislation is powerless to eradicate racial instincts or to abolish distinctions based upon physical differences, and the attempt to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation.“*⁵⁸¹

Soziale oder gesellschaftliche Gleichheit sei also ausschließlich ein Produkt privater Präferenzen. Staatliche Intervention in diese, der Gesellschaft zugewiesenen, Freiheitsräume sei unnütz und schädlich. Dieses Denken von individuellen Freiheitsräumen her lag bereits im Geist der Zeit.⁵⁸²

577 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. at 552.

578 Dazu Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1699-1701 (2005).

579 *Roberts v. Boston*, 59 Mass. 198 (1850).

580 *Roberts v. Boston*, 59 Mass. at 209.

581 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551-52 (1896).

582 Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1701 (2005).

(2) Schutz privatautonomer und Begrenzung staatlicher Diskriminierungen in Lochner

Plessy ist nämlich auch mit Blick auf die kurz darauf ergangene Entscheidung in *Lochner v. New York* (1905)⁵⁸³ zu lesen.⁵⁸⁴ Man erkennt daran die Grundstruktur des klassischen Arguments gegen Diskriminierungsverbote im Privatrecht: Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Diskriminierungsverbot beschränke sich ausschließlich auf die politische Ebene. Nur der jeweilige Staat und seine Organe seien Adressaten des Diskriminierungsverbots. Auf der sozialen Ebene, also in der Gesellschaft, gelte er nicht. Hier regiere das Prinzip des *voluntary consent*. Soweit die Personen in rechtlich-ökonomische Beziehungen zueinander treten, gelte als deren Subprinzip der Grundsatz von *freedom of contract*. Das Privatrecht der einzelnen Bundesstaaten wahre mit der grundsätzlich allen eingeräumten gleichen Freiheit diese Balance. Der Bundesstaat habe dagegen keine Kompetenz, in das privatrechtliche Gefüge zum Schutz Einzelner einzugreifen. Das verletze die Kompetenzverteilung im föderalen System und – von *Lochner* aus betrachtet – die verfassungsrechtlich gesicherte Vertragsfreiheit.

Geht man von *Lochner* aus, ist es fraglich, ob und wie man es rechtfertigen konnte, dass *Jim Crow* die Vertragsfreiheit privater Akteure zur Sicherung der Rassentrennung einschränkte.⁵⁸⁵ Daher ist es auf den ersten Blick naheliegend, wenn sich *Richard Epstein* gerade auf die mit *Lochner* assoziierte Tradition berief, um diskriminierende Regelungen zu Fall zu bringen.⁵⁸⁶ Diese Interpretation wird gestützt von *Buchanan v. Warley* (1917).⁵⁸⁷ Zu entscheiden war über einen Bebauungsplan (*zoning ordinance*) in Louisville, Kentucky, der es Schwarzen wie Weißen verbot, in einen Block zu ziehen, der hauptsächlich von Angehörigen der anderen Bevölkerungsgruppe bewohnt war, und entgegenstehende Kaufverträge für nichtig erklärte.⁵⁸⁸ Nach Auffassung des *Supreme Court* war die Bestimmung unter Anwendung der *Lochner*-Prinzipien verfassungswidrig, weil sie unmittelbar das Eigentumsrecht des Hauseigentümers beschränkte und die damit verfolgte Rassentrennung *insoweit* keine ausreichende Rechtfertigung bot.⁵⁸⁹ Amend. XIV § 1 und der § 1 *Civil Rights Act* von 1866

„operate to qualify and entitle a colored man to acquire property without state legislation discriminating against him solely because of color.“⁵⁹⁰

583 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

584 Vgl. Klarman, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 23 („the *Plessy* era is also the *Lochner* era“); Balkin, 26 Card. L. Rev. 1689, 1701-02 (2005); aus deutscher Perspektive dazu zuletzt Maultzsch, JZ 2012, 1040, 1043.

585 Singer, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1389-1390 (1996).

586 Epstein, Forbidden Grounds, 1992, 91 ff.

587 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. 60 (1917).

588 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 69.

589 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 82.

590 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 79.

Das war allerdings nur der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt für die eigentliche Fragestellung:

„In the face of these constitutional and statutory provisions, can a white man be denied, consistently with due process of law, the right to dispose of his property to a purchaser by prohibiting the occupation of it for the sole reason that the purchaser is a person of color intending to occupy the premises as a place of residence?“⁵⁹¹

Eine nähere Analyse des Urteils zeigt, dass es dem Gericht nicht um *civil rights*, sondern ausschließlich um den Schutz von *property rights* ging.⁵⁹² Es folgte dem herkömmlichen Ansatz und differenzierte zwischen *social rights* und *legal rights* und kam konsequent zu dem Ergebnis, dass es sich bei Eigentum um ein *legal right* handelte.⁵⁹³ Im Übrigen hielt es an *Plessy fest*. *Buchanan* kann nicht als ein vollständiger *civil rights*-Ersatz interpretiert werden. Damit würde man verkennen, dass solche Regelungen vielfach die soziale Struktur ihrer Zeit widerspiegeln. Diskriminierungen, die nicht zwingend vorgeschrieben sind, sondern auf der Entscheidung des Einzelnen beruhen, konnten damit schon im Ansatz nicht beseitigt werden.⁵⁹⁴ Das zeigt die Entwicklung der *racially restrictive covenants* vor allem in der Zwischenkriegszeit.⁵⁹⁵ Dabei handelt es sich um Verträge unter Hauseigentümern einer Wohngegend, mit denen sie sich gegenseitig mit dinglicher Wirkung verpflichteten, nicht an Schwarze zu verkaufen, teilweise auch nicht an Schwarze zu vermieten. Sie sind mit der deutschen Grunddienstbarkeit zu vergleichen.⁵⁹⁶ Der *Supreme Court* musste erstmals in *Corrigan v. Buckley* (1926) entscheiden, ob ein solcher Vertrag nichtig ist, weil er gegen das XIIIth und XIVth Amend.⁵⁹⁷ und § 1 *Civil Rights Act* von 1866⁵⁹⁸ verstieß. Das Gericht verneinte unter Rückgriff auf die Entscheidungsgrundsätze der *Civil Rights Cases*: Das XIIIth Amend. beseitige nur die Sklaverei und schütze im übrigen keine individuellen Rechte des Einzelnen und das XIVth Amend. bedürfe einer staatlichen Handlung, an der es bei einem Vertragsabschluss offensichtlich fehle.⁵⁹⁹ Dasselbe gelte für den *Civil Rights Act* von 1866.⁶⁰⁰ Auf das eigentliche Problem der gerichtlichen Durchsetzung dieser Verträge musste das Gericht 1926 nicht eingehen, weil es diese Frage über einen prozessualen Trick ausblenden

591 *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 78.

592 Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 79 ff.

593 Vgl. *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. at 78.

594 Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 82; Bowne-Marshall, *Race, Law, and American Society*, 2007, 52.

595 Dazu und zum Folgenden Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 143 ff.

596 Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, 647, der übrigens als erster diese Fallgruppen im deutschen Schrifttum umfassend behandelt hat, vgl. S. 647 ff.

597 Weil es sich um einen Sachverhalt im District of Columbia handelte, ging es zusätzlich auch um U.S. const. amend. V; vgl. *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. 326, 330 (1926).

598 Publiziert unter Sec. 1977-79 Revised Statutes.

599 *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. at 330.

600 *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. at 331.

konnte.⁶⁰¹ Nach dem Krieg wird es daran festhalten, dass weder die Verfassung noch der *Civil Rights Act* gegen die freiwillige Einhaltung dieser diskriminierenden Verträge mobilisiert werden können.⁶⁰² Die Wirksamkeit der ausschließlich freiheitsrechtlichen Begründung von Diskriminierungsverboten endete also dort, wo sich kein Weißer findet, der mit Schwarzen kontrahiert. Eine staatliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung verstößt dann aber gegen das liberale Verständnis von Vertragsfreiheit und Eigentumsschutz. Darin liegt das Dilemma des klassischen Liberalismus:

*„The struggle for civil rights exposed a profound contradiction: political liberalism had generated demands that legal liberalism could not satisfy. The very idea of equal treatment under law was itself a product of classical liberal thought, yet it was liberal social theory that provided the surest ideological defense of private discrimination, and it was liberal legalism that furnished the means to obstruct possible remedies.“*⁶⁰³

IV. Renaissance der Diskriminierungsverbote

1. *Brown v. Board of Education* (1954)

*Justice Harlan*s Prophezeiung, *Plessy* werde von späteren Generationen so bewertet werden, wie *Dred Scott* von seiner,⁶⁰⁴ hat sich erfüllt. In *Brown v. Board of Education* (1954) entschied der *Supreme Court*, dass die Rassentrennung (*segregation*) von Schulkindern gegen das XIVth Amend. verstieß:⁶⁰⁵

*„Separate educational facilities are inherently unequal.“*⁶⁰⁶

In deutlicher Abweichung zu *Plessy* räumte der *Supreme Court* ein, dass *segregation* Schwarzen einen minderwertigen Status zuweise:

*„To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.“*⁶⁰⁷

Brown v. Board of Education gilt heute als eine der wichtigsten Entscheidungen des *Supreme Court*. Obwohl einstimmig getroffen, war *Brown* 1954 noch ein umstrittenes Urteil.⁶⁰⁸ Text, Entstehungsgeschichte und die Auslegung des XIVth

601 Vgl. *Corrigan v. Buckley*, 271 U.S. at 331-332 mit *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 8-9 (1948) und *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. 24, 28-29 (1948).

602 Siehe unten § 3 IV 2.

603 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 94 (2005).

604 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896) (Harlan, J., diss.).

605 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

606 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. at 495.

607 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. at 494.

608 Näheres zum zeitgeschichtlichen Kontext und zur Problematik der Entscheidungsfindung bei *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 290 ff; *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 252 ff; die Transkripte der mündlichen Verfahren 1952 und 1953 finden sich abgedruckt bei Friedmann (Hrsg.), *Brown v. Board*, 2004, 9 ff, 177 ff.

Verfassungszustatzes – vor allem beeinflusst durch *Plessy* – waren ernstzunehmende Hindernisse. Der gewichtigste Vorwurf war, die Entscheidung könne sich nicht auf neutrale Prinzipien stützen.⁶⁰⁹ *Brown* kam aber nicht über Nacht. *Brown* war ein Erfolg der langfristig angelegten Strategie der im Jahr 1909 gegründeten⁶¹⁰ NAACP (National Association for the Advancement of Colored People), die Rassentrennung im Bildungswesen – auf Universitätsebene zunächst⁶¹¹ – gerichtlich zu bekämpfen.⁶¹² Zugleich hatte sich die amerikanische Gesellschaft, im Norden vor allem, seit den 1930er Jahren – und verstärkt ab dem Kriegseintritt 1941 – erheblich verändert.⁶¹³ Die Prämisse von Sklaverei und *Jim Crow*, dass es eine biologische Differenz zwischen Weißen und Schwarzen gebe, erodierte zunehmend.⁶¹⁴ Dazu hat auch die offen rassistische Politik des nationalsozialistischen Deutschlands und Japans, der Kriegsgegner der U.S.A., beigetragen.

2. Reichweite und Grenzen verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr

Der *Supreme Court* erklärte ab 1954 in rascher Abfolge Rassentrennung in öffentlichen Räumen für verfassungswidrig. Aufgrund der seit den *Civil Rights Cases* fest verankerten *state-action*-Doktrin⁶¹⁵ musste es sich jeweils um eine dem Staat zurechenbare Diskriminierung handeln.⁶¹⁶ *Shelley v. Kraemer* (1948) verdeutlicht diesen Grundsatz:

„That Amendment erects no shield against merely private conduct, however discriminatory or wrongful.“⁶¹⁷

In *Evans v. Newton* (1966) wurde explizit unterschieden zwischen dem Recht des Einzelnen, seinen Umgang nach eigenen Präferenzen selbst zu wählen einerseits, und staatlicher Diskriminierung andererseits:

„A private golf club, however, restricted to either Negro or white membership is one expression of freedom of association. But a municipal golf course that serves only one race

609 Grundlegend *Wechsler*, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959).

610 <http://www.naacp.org/about/history/index.htm> [Stand: 31.12.2012].

611 Grundlegend war *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Dort entschied der Supreme Court, dass *Heman Marion Sweatt* zur bisher ausschließlich für Weiße zugänglichen University of Texas Law School zugelassen werden muss, weil eine gleichwertige Ausbildung in einer nur für Schwarze ausgerichteten Institution prinzipiell nicht gewährleistet werden kann.

612 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 204 ff; *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 202 ff; siehe auch *Bowne-Marshall*, Race, Law, and American Society, 2007, 25 f.

613 Zum Kontext *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 173 ff; *Tsesis*, We Shall Overcome, 2008, 181 ff, 210 ff.

614 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 188.

615 Siehe oben § 3 III 4 a.

616 *Klarman*, From Jim Crow to Civil Rights, 2004, 147 ff, 160 ff; die Nachweise der Entscheidungen bei *Bowne-Marshall*, Race, Law, and American Society, 2007, 70 f.

617 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 13 (1948).

*is state activity indicating a preference on a matter as to which the State must be neutral.*⁶¹⁸

Die verfassungsrechtliche Problematik spitzte sich dabei auf die Frage zu, wann von *state action* gesprochen werden kann:

„What is ‘private’ action and what is ‘state’ action is not always easy to determine. Conduct that is formally ‘private’ may become so entwined with governmental policies or so impregnated with a governmental character as to become subject to the constitutional limitations placed upon state action.“⁶¹⁹

a) *Burton v. Wilmington Parking Authority* (1961)

Das war beispielsweise der Fall in *Burton v. Wilmington Parking Authority* (1961). *William Burton* wurde in einem Restaurant nicht bedient, weil er Schwarzer war.⁶²⁰ Das Restaurant stützte sich auf eine Norm, wonach in Delaware Betreiber von Restaurants und anderen der Öffentlichkeit zugänglichen Einrichtungen, nicht verpflichtet waren, „persons whose reception or entertainment by him would be offensive to the major part of his customers, and would injure his business“ zu bedienen.⁶²¹ Diese Bestimmung wurde 1953 (!) erlassen, um eventuell aus dem *Common Law* folgenden Pflichten, schwarze Gäste bedienen zu müssen, zuvorzukommen.⁶²² Der *Supreme Court* verneinte eine rein private Handlung, weil das Restaurant integraler Bestandteil eines staatlich betriebenen Parkhauses war und den Restaurantbetreiber daher dieselben Pflichten trafen, wie sie auch für die übrige Anlage galten.⁶²³ Obwohl es im konkreten Fall Ausweichmöglichkeiten für *Burton* gab und der Wettbewerb insoweit funktionierte, interpretierte der *Supreme Court* die *equal protection clause* offensichtlich als ein selbstständiges Gleichheitsrecht. Diesem Verständnis wird in der Entwicklung des Nichtdiskriminierungsrechts eine zentrale Bedeutung zukommen.

b) *Bell v. Maryland* (1964)

Kam es dagegen zu rein privaten Diskriminierungen, die keiner staatlichen Stelle zurechenbar waren, kann das XIVth Amendment nicht greifen. Das Problem wird besonders deutlich in *Bell v. Maryland* (1964).⁶²⁴ 12 Schwarze veranstalteten 1960 ein *sit-in* im Hooper’s Restaurant in Baltimore. Auf Anweisung des Inhabers wurden sie aufgrund ihrer Rasse nicht bedient und, als sie der Aufforde-

618 *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 299 (1966).

619 *Evans v. Newton*, 382 U.S. at 299.

620 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715, 716 (1961).

621 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. at 717.

622 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 83-84 (2005), siehe dazu oben § 3 III 3 b) und 4 b).

623 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. at 724-726.

624 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226 (1964).

rung, das Restaurant zu verlassen, nicht nachgekommen waren, wegen Hausfriedensbruchs vorläufig festgenommen und schließlich dafür bestraft.⁶²⁵ Der *Supreme Court* hatte zu entscheiden, ob diese Bestrafung gegen Amend. XIV § 1 der Verfassung verstieß. Er vermied die Entscheidung in der Sache, weil er davon ausging, dass aufgrund mittlerweile in Kraft getretener Civil-Rights-Gesetze in Maryland die Verurteilung aufgehoben werde würde.⁶²⁶ Innerhalb des Gerichts bildeten sich zwei Lager, die für beide Wege stehen, diesen Fall *verfassungsrechtlich* zu lösen. *Justice Douglas* und *Justice Goldberg* sahen in der Verurteilung *state action*, während *Justice Black* in der staatlichen Durchsetzung der *trespassing laws* keine *state action* erkennen wollte. Nach Auffassung von *Justice Black*

„[does] the Fourteenth Amendment of itself [...] not compel either a black man or a white man running his own private business to trade with anyone else against his will. We do not believe that Section 1 of the Fourteenth Amendment was written or designed to interfere with a storekeeper's right to choose his customers or with a property owner's right to choose his social or business associates, so long as he does not run counter to valid state or federal regulation.“⁶²⁷

Daraus leitete *Black* die zwingende Folge ab, dass der Staat dieses Recht auch schützen und durchsetzen dürfe:

„It would betray our whole plan for a tranquil and orderly society to say that a citizen, because of his personal prejudices, habits, attitudes, or beliefs, is cast outside the law's protection and cannot call for the aid of officers sworn to uphold the law and preserve the peace.“⁶²⁸

Genau darüber war man sich uneinig. *Justice Douglas* und *Justice Goldberg* sahen einen wesentlichen Unterschied zwischen der Entscheidung eines Restaurantbetreibers, wen er bedient und wen nicht, und der eines Privatmanns, wen er in sein Haus lässt und wen nicht:⁶²⁹

„Prejudice and bigotry in any form are regrettable, but it is the constitutional right of every person to close his home or club to any person or to choose his social intimates and business partners solely on the basis of personal prejudices including race. These and other rights pertaining to privacy and private association are themselves constitutionally protected liberties. [...] We deal here, however, with a claim of equal access to public accommodations. This is not a claim which significantly impinges upon personal associational interests; nor is it a claim infringing upon the control of private property not dedicated to

625 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 227-228

626 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 228.

627 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 342-343 (1964)(Black, J., diss.).

628 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 327-328 (Black, J., diss.). Hinzuweisen ist darauf, dass *Justice Black* daraus nicht ableitet, dass *Congress* selbst eine Kompetenz hat, in zulässiger Weise diese Fragen zu regeln, vgl. S. 343.

629 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 252-254 (1964)(Douglas, J., conc.); *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 312-315 (Goldberg, J., conc.).

*public use. A judicial ruling on this claim inevitably involves the liberties and freedoms both of the restaurant proprietor and of the Negro citizen.*⁶³⁰

Beide Richter knüpften also an die alte Differenzierung zwischen *social rights* und *legal* bzw. *civil rights* an, füllten sie aber mit ganz anderem Inhalt als in den *Civil Rights Cases* und in *Plessy*: Das Recht einer Person, in einem Restaurant nicht aufgrund ihrer Rasse diskriminiert zu werden, ist ein *civil right*. Der *Supreme Court* hat die *verfassungsrechtliche* Frage, wie gesagt, nicht entschieden, weil er sie vom Gesetzgeber im *einfachen* Recht beantwortet sah. Darin zeigt sich eine für das Verständnis des U.S.-Nichtdiskriminierungsrechts fundamentale Unterscheidung zwischen einem verfassungsrechtlich problematischen und dem einfachrechtlich möglichen Schutz vor Diskriminierungen durch Private.

c) *Shelley v. Kraemer* (1948)

Justice Douglas und *Justice Black* diskutieren die Anforderungen an *state action* anhand eines berühmten Falles: *Shelley v. Kraemer* (1948)⁶³¹. *Shelley* betraf wie in *Corrigan v. Buckley*⁶³² die Frage, ob ein *racially restrictive covenant* von den übrigen Unterzeichnern gegenüber dem schwarzen Erwerber des Grundstücks – der nicht Partei dieses Vertrages ist – durchsetzbar ist. Im Unterschied zu *Buchanan v. Warley*⁶³³ ging es hier nicht um eine gesetzliche Regelung. Daher konnte eine *state action* nur über die Beteiligung des Staates bei der Durchsetzung dieser Grunddienstbarkeit konstruiert werden.⁶³⁴

Solange die vertragliche Bindung von allen Beteiligten eingehalten wurde, lag keine *state action* vor.⁶³⁵ Das Problem in einem der entschiedenen Fälle war, dass mit *Fitzgerald* einer der Unterzeichner des *covenants* gegen dessen Bedingungen verstoßen und das Grundstück willentlich an *Shelley*, eine schwarze Familie, veräußert hatte. Die anderen Parteien des *covenants* beantragten (1.) eine Unterlassungsverfügung (*injunction*), die *Shelley* daran hindern sollte, das Grundstück in Besitz zu nehmen und (2.) eine Verfügung, mit der *Shelley* jedes Eigentumsrecht am Grundstück (*title*) wieder entzogen und auf den Veräußerer bzw. einer dritten Person übertragen wird.⁶³⁶ Der *Supreme Court* interpretierte die beantragte Maßnahmen der Gerichte als ausreichende *state action*:

„We hold that in granting judicial enforcement of the restrictive agreements in these cases, the States have denied petitioners the equal protection of the laws and that, therefore, the

630 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 313-314 (Goldberg, J., conc.).

631 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948); aus deutscher Perspektive dazu zuletzt *Maultzsch*, JZ 2012, 1040, 1043 f.

632 Siehe dazu § 3 III 5 c).

633 Dazu oben § 3 III 5 c).

634 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. at 13.

635 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. at 13.

636 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. at 5-6.

*action of the state courts cannot stand. We have noted that freedom from discrimination by the States in the enjoyment of property rights was among the basic objectives sought to be effectuated by the framers of the Fourteenth Amendment. That such discrimination has occurred in these cases is clear. Because of the race or color of these petitioners they have been denied rights of ownership or occupancy enjoyed as a matter of course by other citizens of different race or color.*⁶³⁷

Shelley wirft eine schwierige Frage auf: Warum ist die gerichtliche Durchsetzung eines zwischen Privatpersonen abgeschlossenen Vertrages eine dem Staat zurechenbare Diskriminierung und nicht lediglich die staatliche Anerkennung der Vertragsabschluss- und -inhaltsfreiheit des Einzelnen?⁶³⁸ Dass staatliche Organe bei der Rechtsdurchsetzung eingeschaltet werden, kann der maßgebliche Grund nicht sein, weil dann jede private Handlung, die gerichtlich durchgesetzt wird, dem Staat zurechenbar wäre.⁶³⁹ Dieses Problem führte zu der Meinungsverschiedenheit von *Justice Douglas* und *Justice Black* in *Bell v. Maryland*. *Douglas* sah eine gemeinsame Linie von *Shelley* zu *Bell*, weil es in beiden Fällen um die Durchsetzung von *property rights* gehe.⁶⁴⁰ Bei *Bell* komme noch dazu, dass der Staat das soziale Konstrukt der Rassentrennung mit seinen Polizeikräften, Staatsanwälten und Gerichten durchgesetzt habe.⁶⁴¹ *Justice Black* unterschied dagegen die gerichtliche Durchsetzung im Zweipersonenverhältnis, wo es an einer *state action* fehle, von dem gerichtlichen Einschreiten auf Veranlassung einer dritten Person, wo er sie bejahte.⁶⁴² Die von *Justice Black* vorgenommene Differenzierung findet sich bereits in *Shelley*:

„We have no doubt that there has been state action in these cases in the full and complete sense of the phrase. The undisputed facts disclose that petitioners were willing purchasers of properties upon which they desired to establish homes. The owners of the properties were willing sellers; and contracts of sale were accordingly consummated. It is clear that but for the active intervention of the state courts, supported by the full panoply of state power, petitioners would have been free to occupy the properties in question without restraint.“⁶⁴³

Der im gleichen Jahr entschiedene Fall *Hurd v. Hodge*⁶⁴⁴ bestätigt diese Interpretation. Streitgegenstand war dort freilich nicht die Verfassung selbst, sondern die mehrfach geänderte Version des *Civil Rights Acts* von 1866. Weil dieser unmittelbar auf der Gesetzgebungskompetenz in Amend. XIII § 2 bzw. Amend. XIV § 5 beruht, sind die Ausführungen allerdings auch für die verfassungsrechtliche Einschätzung von Bedeutung:

637 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. at 20-21.

638 Grundlegend die Kritik von *Wechsler*, 73 Harv. L. Rev. 1, 29 (1959).

639 *Chemerinsky*, *Constitutional Law*, 2007, 528. Siehe dazu weiterführend unten § 8 IV 2.

640 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 259 (1964) (*Douglas, J., conc.*).

641 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. at 257 (*Douglas, J., conc.*).

642 *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 326-335 (1964) (*Black, J., diss.*).

643 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 19 (1948).

644 *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. 24 (1948).

„We may start with the proposition that the statute does not invalidate private restrictive agreements so long as the purposes of those agreements are achieved by the parties through voluntary adherence to the terms. The action toward which the provisions of the statute under consideration is directed is governmental action.“⁶⁴⁵

Justice Black zog daher eine überzeugende Linie von *Buchanan v. Warley* zu *Shelley v. Kraemer*:

„(1) When an owner of property is willing to sell and a would-be purchaser is willing to buy, then the Civil Rights Act of 1866 [...] prohibits a State [...] from preventing the sale on the grounds of the race or color of one of the parties. (2) Once a person has become a property owner, then he acquires all the rights that go with ownership [...]. This means that the property owner may, in the absence of a valid statute forbidding it, sell his property to whom he pleases and admit to that property whom he will; so long as both parties are willing parties, then the principles stated in *Buchanan* and *Shelley* protect this right. But equally, when one party is unwilling, as when the property owner chooses not to sell to a particular person or not to admit that person, then [...] he is entitled to rely on the guarantee of due process of law [...] to protect his free use and enjoyment of property and to know that only by valid legislation, passed pursuant to some constitutional grant of power, can anyone disturb this free use.“⁶⁴⁶

d) Das Problem der „unwilling party“

Diese Interpretation ist deshalb besonders wichtig, weil sie die Grenzen des verfassungsrechtlichen Schutzes aus dem 14. Verfassungszusatz und dem *Civil Rights Act* von 1866 absteckt und zugleich den Bedarf für einen darüber hinausgehenden einfachgesetzlichen Schutz gegenüber der Diskriminierung der *unwilling party* aufzeigt. *Black, J.*, gelang eine zutreffende Beschreibung des um 1960 erreichten Zustands: (1.) Zwei Vertragsparteien wurden über XIVth Amend. § 1 und den *Civil Rights Act* 1866 § 1 idF des Enforcement Act v. 1870 § 16⁶⁴⁷ freiheitsrechtlich geschützt, wenn der Staat unter diskriminierenden Gründen in die vertragliche Regelung eingriff (*Buchanan*). (2.) Die Vertragsparteien wurden über dieselben Normen gleichheitsrechtlich geschützt, wenn der Eingriff von Dritten ausging, die sich dafür der staatlichen Rechtsdurchsetzung bemühten (*Shelley*). (3.) Begehrte dagegen nur eine potentielle Vertragspartei den Vertragsabschluss und verweigerte ihn die andere aus diskriminierenden Gründen, bestand weder verfassungsrechtlicher noch einfachgesetzlicher Schutz.

Ich möchte diese These mit *Evans v. Abney* (1970)⁶⁴⁸ belegen. U.S. Senator Augustus O. Bacon (1839-1914) übertrug in seinem Testament 1911 ein Stück Land seiner Heimatstadt Macon als *trustee* und verpflichtete sie, es als „park

⁶⁴⁵ *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. at 31.

⁶⁴⁶ *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 331 (1964)(Black, J., diss.).

⁶⁴⁷ Mittlerweile kodifiziert unter 42 U.S.C. § 1981.

⁶⁴⁸ *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435 (1970).

and pleasure ground“ zu verwenden. Zugleich enthielt das Testament die Bedingung, dass dieser nur für Weiße zugänglich sein durfte. Der Park dürfe unter keinen Umständen einem anderen Zweck gewidmet, insbesondere nicht für Schwarze geöffnet werden, weil beide „Rassen“

„should be forever separate and that they should not have pleasure or recreation grounds to be used or enjoyed, together and in common“.⁶⁴⁹

Die Stadt begann um 1960, den Park für Schwarze zu öffnen, weil sie der Auffassung war, in einer öffentlich zugänglichen städtischen Einrichtung nicht diskriminieren zu dürfen.⁶⁵⁰ Auf die Klage, die Stadt als *trustee* des Parks zu entbinden, entschied der *Supreme Court* in *Evans v. Newton* (1966), dass die Stadt beim Betrieb des Parks nicht diskriminieren darf.⁶⁵¹ Im Anschluss kam es zu einem weiteren Verfahren, in dessen Verlauf der *Supreme Court of Georgia* anordnete, dass der Trust aufgelöst und das Grundstück an die Erben zurückgegeben werde. Der Trust sei gescheitert, weil der explizite Wille des Erblassers jetzt nicht mehr durchgeführt werden könne.⁶⁵² Darin, so der *Supreme Court*, liege keine *state action*, weil das Gericht lediglich den Willen des Erblassers soweit wie möglich umsetze.⁶⁵³ *Justice Brennan* argumentierte dagegen, dass die Entscheidung eine rassistisch motivierte Einschränkung durchsetze, „that keeps apparently willing parties of different races from coming together in the park“.⁶⁵⁴ Er las *Shelley* so,

„that where parties of different races are willing to deal with one another a state court cannot keep them from doing so by enforcing a privately devised racial restriction.“⁶⁵⁵

Damit verkannte er allerdings den springenden Punkt. In der Sache liegt ein Zwei-Parteien-Verhältnis zwischen Testator als Begründer des Trusts und den Nutzern des Parks vor. Zwischen diesen beiden fehlt es an einem übereinstimmenden Willen: schwarze Nutzer wollen, dass ihnen der Park wie Weißen offensteht, der Testator hat das ausdrücklich untersagt. Der *Supreme Court of Georgia* setzte hier also nicht die Interessen Dritter gegen den übereinstimmenden Willen der Parteien durch, sondern den Willen des Testators. Die Frage, die man sich hätte stellen müssen, lautet daher, ob dieser Wille durchgesetzt werden konnte. Dafür bietet der unmittelbare Rückgriff auf das U.S.-amerikanische Verfassungsrecht bei fehlender *state action* keine Handhabe. Privates Verhalten, das dem Staat und seinen Organisationen nicht zugerechnet werden kann, ist außerhalb des Anwendungsbereichs des 14. Verfassungszusatzes.

649 Zitiert nach *Evans v. Abney*, 396 U.S. at 442.

650 *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 487 (1966).

651 *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296 (1966).

652 *Evans v. Abney*, 396 U.S. at 442-444.

653 *Evans v. Abney*, 396 U.S. at 444-445.

654 *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435, 455 (1970) (Brennan, J., diss.).

655 *Evans v. Abney*, 396 U.S. at 456 (Brennan, J., diss.).

Die *state-action*-Doktrin ist auch Grundlage eines weiteren Prinzips des U.S.-amerikanischen Verfassungsrechts. Es kennt keine dem deutschen Verfassungsrecht vergleichbare Schutzpflicht.⁶⁵⁶ Das hat der *Supreme Court* in *DeShaney v. Winnebago County* (1989) deutlich formuliert:

„Consistent with these principles, our cases have recognized that the Due Process Clauses generally confer no affirmative right to governmental aid, even where such aid may be necessary to secure life, liberty, or property interests of which the government itself may not deprive the individual. If the Due Process Clause does not require the State to provide its citizens with particular protective services, it follows that the State cannot be held liable under the Clause for injuries that could have been averted had it chosen to provide them. As a general matter, then, we conclude that a State's failure to protect an individual against private violence simply does not constitute a violation of the Due Process Clause.“⁶⁵⁷

Zusammengenommen schließen diese Prinzipien einen unmittelbar verfassungsrechtlich begründeten Schutz gegenüber Diskriminierungshandlungen Privater aus.⁶⁵⁸ Damit war die Grenze zwischen privat und öffentlich anhand der staatlichen Beteiligung zu bestimmen. Das führte vor allem im Süden zu einer Reorganisation vormals öffentlicher in privat betriebene Einrichtungen. Die Privatisierung öffentlicher Räume hatte primär den Zweck, der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Gleichbehandlung entgehen zu können.⁶⁵⁹

3. Wiederkehr des *Civil Rights Acts* von 1866

a) *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* (1968) und das zweite Gleichheitsproblem

Diskriminierende Handlungen Privater können daher nur über das einfache Recht adressiert werden. Diese Aufgabe übernahm in den 1960er Jahren verstärkt der Kongress als Bundesgesetzgeber. Darauf werde ich gleich zurückkommen. Allerdings gab es bereits seit 100 Jahren den *Civil Rights Act* von 1866 idF

656 Dazu umfassend aus rechtsvergleichender Perspektive Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, und aus jüngerer Zeit vor allem Grimm, The protective function of the state, in: Nolte, European and US Constitutionalism, 2005, 137 ff; Michaelmann, The protective function of the state in the United States and in Europe: the constitutional question, in: Nolte, European and US Constitutionalism, 2005, 156 ff.

657 *DeShaney v. Winnebago County Dep't of Soc. Servs.*, 489 U.S. 189, 196-197 (1989) [Zitate wurden weggelassen]; dazu auch Grünberger, 24 Cardozo Arts & Ent. L.J. 617, 662-63 (2006).

658 Vgl. dazu kritisch Ugarte, 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 481, 483-84 (2006): „The Civil Rights Cases and the state action doctrine established two continuing principles of constitutional jurisprudence. First, conduct that the Court labels "private activity" — any activity which is non-governmental in character — is shielded from constitutional scrutiny regardless of the impact or pervasiveness of the activity. Thus, the right to equality effectively depends on the identity of the perpetrator, and there is no constitutional violation if the perpetrator is a private actor. Second, the state has no affirmative duty to protect persons from private actors who deny Fourteenth Amendment rights, including the right to equality. Accordingly, the state may simply sit and watch as "private" action, in the form of intentional, pervasive, and systematic acts, erects a society grounded in racial subordination.“

659 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 82 (2005) mwN.

des Enforcement Acts von 1870.⁶⁶⁰ Die Ausführungen des *Supreme Court* zum XIIIth Amend. in den *Civil Rights Cases*⁶⁶¹ bewirkten, dass der *Civil Rights Act* von 1866 in der Folgezeit als ein unter XIVth Amend. § 5 fallendes Gesetz interpretiert und daher immer unter der Voraussetzung einer *state action* gelesen wurde. Das gilt für *Buchanan v. Warley*⁶⁶² und für *Hurd v. Hodge*⁶⁶³. Von diesem Verständnis hat sich das Gericht in *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* (1968)⁶⁶⁴ verabschiedet.⁶⁶⁵ Joseph Lee Jones machte Schadensersatz und Beseitigungsansprüche (*injunctive relief*) gegenüber der Alfred H. Mayer Co. geltend, weil diese ihm aufgrund seiner Rasse – er war Schwarzer – kein Haus in Paddock Woods, St. Louis County, Missouri, verkaufen wollte.⁶⁶⁶ Vor dem Hintergrund einer äußerst aktiven Bundesgesetzgebung⁶⁶⁷ entschied der *Supreme Court*, dass 42 U.S.C. § 1982⁶⁶⁸ – als geltende Fassung eines Teils von § 1 *Civil Rights Act* idF von Sec. 16 und 18 des Enforcement Acts 1870⁶⁶⁹ –

„bars all racial discrimination, private as well as public, in the sale or rental of property, and that the statute, thus construed, is a valid exercise of the power of Congress to enforce the Thirteenth Amendment.“

Das Gericht nahm den Wortlaut von § 1982 ernst:

„So long as a Negro citizen who wants to buy or rent a home can be turned away simply because he is not white, he cannot be said to enjoy ‘the same right ... as is enjoyed by white citizens ... to ... purchase (and) lease ... real and personal property.’“⁶⁷⁰

Es verankerte diese Interpretation im Wortlaut und in der Entstehungsgeschichte sowohl des XIIIth Amendments wie des *Civil Rights Acts* von 1866.⁶⁷¹ Das führte im Ergebnis zur Anwendbarkeit des 13. Verfassungszusatzes auf Private, wenn und soweit bestimmte Handlungen einfachgesetzlich verboten oder vorgeschrieben werden. Diese Interpretation war neu. Es gab dafür keine Präjudizien.⁶⁷² Die Aussagen in den *Civil Rights Cases* legten das Gegenteil nahe.⁶⁷³ In den dazwi-

660 Siehe oben § 3 III 2 a) (2) und (4).

661 Siehe oben § 3 III 4.

662 Siehe oben § 3 III 5 c).

663 Dazu oben § 3 IV 2 c).

664 *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1968).

665 Zur Abgrenzung des Falles von *Hurd v. Hodge* siehe *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. at 417-420, wo die entscheidende Passage in *Hurd* als obiter dictum eingestuft wird; zum Ganzen übersichtlich Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 415 ff.

666 *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. at 412.

667 Zum Verhältnis des älteren *Civil Rights Act* zum *Civil Rights Act* von 1968 (Fair Housing Act) vertiefend *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. at 413-417.

668 42 U.S.C. § 1982 lautet: All citizens of the United States shall have the same right, in every State and Territory, as is enjoyed by white citizens thereof to inherit, purchase, lease, sell, hold, and convey real and personal property.

669 Vgl. *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160, 168 Fn. 8 (1976).

670 *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. at 421, die Vorinstanz zitierend.

671 *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. at 422 ff.

672 Eingräumt von *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. at 437.

673 Siehe oben § 3 III 4 c).

gung der Mitgliedschaft und auf Zustimmung zur Übertragung an Freeman.⁶⁷⁹ Die Ansprüche wurden auf 42 U.S.C. § 1981 und § 1982 und damit auf den *Civil Rights Act* von 1866 idF von § 16 Enforcement Act von 1870 gestützt.

Folgt man der *Shelley*-Rechtsprechung, wirkte die Zustimmungsverweigerung wie ein *racially restrictive covenant*.⁶⁸⁰ Die Mitgliedschaft in Little Huntington Park, Inc., war *personal property* iSv § 1982, weil sie an die Stellung als Eigentümer oder Mieter in einem bestimmten Gebiet geknüpft war.⁶⁸¹ Es handelte sich dabei auch nicht um eine private Vereinigung mit geschlossener Mitgliedschaft, die vom Diskriminierungsverbot befreit sein könnte, weil die Mitgliedschaft jedem Weißen, der in der Gegend lebt, zugänglich war.⁶⁸² Sind sich Vermieter und Mieter über diese Nutzung einig, ist jede Intervention Dritter, die auf rassistischen Motiven beruht, eine Verletzung dieses Rechts. Allerdings sind Zustimmungsverweigerung und die Kündigung der Mitgliedschaft rein private Akte. Little Huntington Park, Inc., musste sich nicht an Gerichte wenden, um seine Rechtsauffassung durchzusetzen. Nach *Shelley* fehlte es eindeutig an einer *state action*. Hier griffen jetzt das XIIIth Amend. und der darauf gründende 42 U.S.C. § 1982 ein und führten die Klagen zum Erfolg.⁶⁸³ § 1982 verbietet daher alle Diskriminierungen aus Gründen der Rasse beim Verkauf oder der Vermietung von beweglichen und unbeweglichen Sachen, unabhängig, davon ob sie öffentlich oder privat erfolgen.⁶⁸⁴

c) *Von Runyon v. McCrary (1976) zu Patterson v. McLean CreditUnion (1989)*

Jones v. Alfred H. Mayer Co. unterstrich die fortdauernde Bedeutung des *Civil Rights Acts* von 1866. In *Runyon v. McCrary (1976)*⁶⁸⁵ hat der *Supreme Court* diesen Gedanken konsequent auch auf den zweiten Aspekt von Sec. 1 des *Civil Rights Acts* von 1866 (mittlerweile in 42 U.S.C. § 1981⁶⁸⁶ kodifiziert)⁶⁸⁷, ausgedehnt.⁶⁸⁸ Auslöser waren zwei Fälle in Virginia, in denen jeweils privat und ge-

679 Das wird deutlich bei *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. 229, 253 (1969) (Harlan, J., diss.).

680 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. at 236.

681 So klarstellend *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n, Inc.*, 440 U.S. 431, 437 (1972).

682 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. at 236; *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n, Inc.*, 440 U.S. at 438.

683 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. at 235-238; vgl. auch *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte, 1992, 420 ff.

684 *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409, 437, 441-443 (1968).

685 *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976).

686 42 U.S.C. § 1981 lautet: "All persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory to make and enforce contracts, to sue, be parties, give evidence, and to the full and equal benefit of all laws and proceedings for the security of persons and property as is enjoyed by white citizens, and shall be subject to like punishment, pains, penalties, taxes, licenses, and exactions of every kind, and to no other."

687 So klarstellend *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160, 168 Fn. 8 (1976).

688 So schon in *Tillman v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n, Inc.*, 440 U.S. 431, 439-440 (1972).

werbsmäßig betriebene Schulen die Einschreibung schwarzer Kinder unter Hinweis darauf ablehnten, dass sie nach Rassen trennten.⁶⁸⁹ Nimmt man § 1981 ernst, verbietet der Wortlaut jede Diskriminierung aus Gründen der Rasse im Zusammenhang mit dem Abschluss von ausschließlich privatrechtlich wirkenden Verträgen.⁶⁹⁰

*„Just as in Jones, a Negro's Sec. 1 right to purchase property on equal terms with whites was violated when a private person refused to sell to the prospective purchaser solely because he was a Negro, so also a Negro's Sec. 1 right to 'make and enforce contracts' is violated if a private offeror refuses to extend to a Negro, solely because he is a Negro, the same opportunity to enter into contracts as he extends to white offerees.“*⁶⁹¹

§ 1981 gilt dann für die Aufnahme in die private Schule genauso, wie er vor Diskriminierungen aus Gründen der Rasse in Arbeitsverhältnissen schützt.⁶⁹² Seine Anwendung auf sonstige Dienst- und Auftragsverhältnisse wird mittlerweile von den Bundesberufungsgerichten in vier Circuits bejaht.⁶⁹³ Die These, dass § 1981 Diskriminierungen aus Gründen der Rasse beim Abschluss und der Durchsetzung privater Verträge verbietet, wurde in *Patterson v. McLean Credit Union* (1989) bestätigt.⁶⁹⁴

*„Runyon is entirely consistent with our society's deep commitment to the eradication of discrimination based on a person's race or the color of his or her skin.“*⁶⁹⁵

Patterson steht allerdings auch für eine enge Auslegung des Diskriminierungsverbots. § 1981 erfasse nur diskriminierendes Verhalten vor Vertragsabschluss und solche Handlungen, die die gerichtliche Durchsetzung vertraglicher Rechte erschweren.⁶⁹⁶ Diskriminierende Verhaltensweisen nach Vertragsabschluss und während der Vertragsdurchführung – dazu zähle auch eine Belästigung aus Gründen der Rasse (*racial harassment*), fielen nicht mehr in seinen Anwendungsbereich.⁶⁹⁷ Insoweit komme den besonderen Bestimmungen des Title VII des *Civil Rights Act* von 1964⁶⁹⁸ Vorrang zu.⁶⁹⁹ Der Kongress korrigierte diese Auslegung mit dem *Civil Rights Act* of 1991⁷⁰⁰ und definierte die Bedeutung der Worte „to make and enforce contract“ so, dass davon jedes Verhalten nach Vertragsab-

689 *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. at 164-166.

690 *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. at 173.

691 *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. at 170.

692 Entschieden von *Johnson v. Railway Exp. Agency, Inc.*, 421 U.S. 454, 459-60 (1975).

693 *Brown v. J. Kaz, Inc.*, 581 F.3d 175, 181 (3rd Cir. 2009) mwN.

694 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172 (1989).

695 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. at 174.

696 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. at 176-178.

697 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 179.

698 Siehe unten § 3 III 4 a).

699 *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. at 180-182.

700 An Act to amend the *Civil Rights Act* of 1964 to strengthen and improve Federal civil rights laws, to provide for damages in cases of intentional employment discrimination, to clarify provisions regarding disparate impact actions, and for other purposes; Pub. L. 102-166, 105 Stat. 1071 (1991).

schluss erfasst wird.⁷⁰¹ Ungeklärt ist, ob § 1981 Grundlage für ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse bietet, das jeden Betreiber eines Unternehmens verpflichtet, grundsätzlich niemanden im vorvertraglichen Stadium – beispielsweise beim Betreten eines Geschäfts – zu diskriminieren.⁷⁰²

d) Verfassungsrechtliche Grenzen

Das wirft die Frage auf, ob die Norm mit diesem Inhalt verfassungsgemäß ist. Auf XIVth Amend. § 5 konnte man sich in der Tradition der *Civil Rights Cases* nicht berufen, weil der Bund auf dieser Grundlage rein privates Verhalten nicht adressieren durfte.⁷⁰³ Daher stützte sich das Gericht – im Anschluss an *Jones* – auch hier auf XIIIth Amend. § 2 und sah das vertragliche Diskriminierungsverbot als notwendig an, um die Folgen der Sklaverei zu beseitigen.⁷⁰⁴ Der zweite Aspekt betrifft die Frage, ob die Anwendung auf private Handlungen verfassungsrechtlich geschützte Positionen der Schulbetreiber verletzt. In Betracht kommt die Vereinigungsfreiheit als Bestandteil des *First Amendment*,⁷⁰⁵ das Recht der Eltern, über die Erziehung ihrer Kinder zu entscheiden und das Recht auf *privacy*.⁷⁰⁶ Keines davon war im Schulkontext einschlägig. Das ist auf andere Fallkonstellationen nicht unbedingt zu übertragen. Den maßgeblichen Gesichtspunkt arbeitete *Justice Douglas* in einer anderen Entscheidung heraus:

„My view of the First Amendment and the related guarantees of the Bill of Rights is that they create a zone of privacy which precludes government from interfering with private clubs or groups. The associational rights which our system honors permit all white, all black, all brown, and all yellow clubs to be formed. They also permit all Catholic, all Jewish, or all agnostic clubs to be established. Government may not tell a man or woman who his or her associates must be. The individual can be as selective as he desires. So the fact that the Moose Lodge allows only Caucasians to join or come as guests is constitutionally irrelevant, as is the decision of the Black Muslims to admit to their services only members of their race.“⁷⁰⁷

Die Entscheidungen in *Burton v. Wilmington Park Authority*, *Sullivan v. Little Huntington Park, Inc.*, *Tilman v. Wheaton-Haven Recreation Ass'n, Inc.* und *Runyon v. McCrary* zeigen deutlich, dass die Grenze zwischen zulässiger und verfassungswidriger Intervention in privatrechtliche Beziehungen nicht identisch

701 42 U.S.C. § 1981 (b): „For purposes of this section, the term “make and enforce contracts” includes the making, performance, modification, and termination of contracts, and the enjoyment of all benefits, privileges, terms, and conditions of the contractual relationship.“

702 Dazu vertiefend und bejahend *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1425-1435 (1996).

703 Siehe oben § 3 III 4 a).

704 Vgl. *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. at 179.

705 Grundlegend dazu *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 460-462 (1958).

706 Vgl. *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160, 175-179 (1976).

707 *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 179-180 (1972)(Douglas, Marshall, JJ., diss.).

ist mit der privatrechtlichen Organisationsform des Vertrages. Die Grenze verläuft zwischen der öffentlichen und der privaten Sphäre.⁷⁰⁸

4. Wiederkehr und Ausbau der Civil Rights Gesetzgebung

Der zweite Motor bei der Wiedergeburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts war die Politik. Eine von Präsident *Harry S. Truman* (1884-1972) eingesetzte Kommission unterbreitete bereits 1947 weitreichende Vorschläge zu notwendigen Gesetzesänderungen.⁷⁰⁹ Erst nach der von *Brown v. Board of Education* angestoßenen Debatte,⁷¹⁰ folgte der *Civil Rights Act* von 1957⁷¹¹ und der *Civil Rights Act* von 1960⁷¹². Beide Gesetze dienen im Wesentlichen der Verwirklichung des *XVth Amendments* und sollten es Schwarzen ermöglichen, ihr Wahlrecht effektiv auszuüben.⁷¹³ Die tatsächliche Diskriminierung Schwarzer wurde damit nicht effektiv genug adressiert. Der NAACP und andere Bürgerrechtsorganisationen gingen seit den 1950er Jahren zunehmend dazu über, deutlich sichtbare Protestaktionen durchzuführen. Ein Beispiel dafür ist der Montgomery Bus Boykott 1955, mit dem Schwarze gegen die Rassentrennung und erniedrigende Behandlung in öffentlichen Bussen protestierten.⁷¹⁴ Ab 1960 kam es dann im Süden vermehrt zu Protesten gegen Rassentrennung und zu einer gewaltsamen Reaktion der Bewahrer des *status quo*.⁷¹⁵ Insbesondere die blutigen Proteste in Birmingham, Alabama im Sommer 1963⁷¹⁶ bewirkten einen generellen Meinungsumschwung und ermöglichten erstmals seit 1875 eine weitreichende Civil-Rights-Gesetzgebung. Nach mehreren Anläufen gelang es Präsident *Lyndon B. Johnson* (1908-1973), den *Civil Rights Act* von 1964⁷¹⁷ erfolgreich durch den Kongress verabschieden zu lassen. Damit wurde das mit dem *Civil Rights*

708 Vgl. dazu *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 175 (1972) mit der Gegenüberstellung von *public restaurant* und *private social club*. Vertiefend zum Problem unten § 8 III 3.

709 *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 239.

710 *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 366.

711 An Act: To provide means of further securing and protecting the civil rights of persons within the jurisdiction of the United States, Pub. L. 85-315, 71 Stat. 634 (1957).

712 An Act: To enforce constitutional rights, and for other purposes, Pub. L. 86-449, 74 Stat. 86 (1960).

713 Kritisch zur praktischen Wirksamkeit *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 243.

714 Dazu *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 370 ff.

715 Zum Ganzen erneut *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 373 ff, 385 ff. Seine These, dass *Brown* die gewaltsame Reaktion des Südens verstärkt hat, ist nicht ganz frei von Widersprüchen, kann hier aber nicht näher behandelt werden.

716 *Klarman*, *From Jim Crow to Civil Rights*, 2004, 433 ff.

717 An Act to enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States of America to provide relief against discrimination in public accommodations, to authorize the Attorney General to institute suits to protect constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241.

Act 1875 begonnene Programm nach fast 100 Jahren wiederaufgenommen und dieses Mal erfolgreich weitergeführt.⁷¹⁸

a) Der Civil Rights Act of 1964

Der *Civil Rights Act* von 1964 ist in insgesamt 10 Titel untergliedert von denen sich drei im weiteren Sinne auf privatrechtliche Beziehungen auswirken können:

- Title II verbietet Diskriminierungen *in places of public accomodation*,
- Title VI verknüpft die Gewährung von Bundeszuschüssen an staatliche oder private Akteure mit einem Diskriminierungsverbot,
- Title VII verbietet Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis und etabliert das Prinzip der „*equal employment opportunity*“.

Näher betrachtet werden hier Title II und Title VII, weil sie unmittelbar Gleichbehandlungspflichten Privater statuieren. Einen privatrechtlichen Bezug weist auch Title VI auf, soweit er auf private Organisationen angewendet wird. Ich werde im Folgenden nicht auf ihn eingehen. Seine Anwendungspraxis zeigt, dass er hauptsächlich im Erziehungswesen durchgesetzt wird.⁷¹⁹ Zudem greift er nur, soweit die Organisation Bundesmittel beantragt. Dieser Mechanismus stellt – theoretisch zumindest – sicher, dass kein Privatrechtssubjekt zur Nichtdiskriminierung gezwungen wird. Genau darin bestehen die Rechtsfolgen von Title II und Title VII. Beide Normkomplexe sind mittlerweile öfters geändert worden. Besondere Bedeutung kommt dabei dem *Civil Rights Act* von 1991 zu. Zuletzt wurden einige Bestimmungen vom *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* 2009⁷²⁰ geändert. Um die Darstellung zu vereinfachen, wird hier im Wesentlichen auf die jetzt geltende Fassung Bezug genommen; zwischenzeitlich erfolgte Veränderungen werden – soweit sie relevant sind – besonders ausgewiesen.

(1) Diskriminierungsverbote bei places of public accomodations (Title II CRA 1964)

Die wichtigste Bestimmung des Title II *Civil Rights Act* 1964 ist Sec. 201 *Civil Rights Act* 1964 (42 U.S.C. § 2000a), der ein Recht auf Gleichbehandlung enthält. Der Gleichbehandlungsanspruch schützt vor jeder Ungleichbehandlung in

718 Ein knapper Überblick über die Gesetzgebungsaktivitäten bei *Tsesis*, *We Shall Overcome*, 2008, 245-250.

719 Dazu umfassend und weiterführend *Halpern*, *On the Limits of the Law: The Ironic Legacy of Title VI of the 1964 Civil Rights Act*, 1995.

720 An Act to amend title VII of the *Civil Rights Act* of 1964 and the Age Discrimination in Employment Act of 1967, and to modify the operation of the Americans with Disabilities Act of 1990 and the Rehabilitation Act of 1973, to clarify that a discriminatory compensation decision or other practice that is unlawful under such Acts occurs each time compensation is paid pursuant to the discriminatory compensation decision or other practice, and for other purposes, Pub. L. 111-2, 123 Stat. 5 (2009).

der Benutzung von *places of public accomodations*, soweit sie aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe, der Religion oder der nationalen Herkunft erfolgt.⁷²¹ Das Diskriminierungsverbot gilt für drei Kategorien von *places of public accomodations*:

1. Gruppe: Gasthöfe, Hotels, Motels oder sonstige Unterkunftsmöglichkeiten für durchreisende Gäste, es sei denn, das Gebäude hat nicht mehr als 5 Zimmer und wird zugleich vom Inhaber der Unterkunftsmöglichkeit bewohnt,⁷²²
2. Gruppe: Restaurants und andere Einrichtungen, die Lebensmittel (auch) zum Verzehr an Ort und Stelle verkaufen, sowie Tankstellen,⁷²³
3. Gruppe: Kinos, Theater, Konzerthäuser, Sportstätten und andere Ausstellungs- und Vergnügungsstätten.⁷²⁴

Wie schon beim *Civil Rights Act* 1875⁷²⁵ ist die Reihenfolge nicht zufällig. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass sich der Kongress intensiv mit den Pflichten von Gasthöfen beschäftigt hat, die aus dem *Common Law* fließen, um Kontinuität herzustellen.⁷²⁶ Die Liste ist abschließend, andere private Einrichtungen mit Öffentlichkeitsbezug, wie etwa Einzelhandelsgeschäfte, sind daher nicht erfasst.⁷²⁷ Diese können allerdings Gegenstand von Nicht-Diskriminierungsmaßnahmen der jeweiligen Bundesstaaten sein.⁷²⁸

Weil Title II jedem eine Verletzung des Gleichbehandlungsanspruchs verbietet,⁷²⁹ wird das Diskriminierungsverbot als Verletzung des Gleichbehandlungsrechts konzipiert. Rechtsfolge ist eine (vorbeugende) Unterlassungsklage, an der sich der *Attorney General* beteiligen kann.⁷³⁰ Mit dem *Civil Rights Act* 1991 wurde mit dem Schadensersatzanspruch für *compensatory* und *punitive damages* bei vorsätzlich diskriminierenden Handlungen (*unlawful intentional discrimination*) ein zusätzlicher Rechtsbehelf eingeführt.⁷³¹ Dieser Anspruch ist allerdings subsidiär gegenüber den bereits seit dem *Civil Rights Act* von 1866⁷³² bestehen-

721 42 U.S.C. § 2000a (a)(2012).

722 42 U.S.C. § 2000a (b)(1)(2012).

723 42 U.S.C. § 2000a (b)(2)(2012).

724 42 U.S.C. § 2000a (b)(3)(2012).

725 Dazu oben § 3 III 3 b.

726 *Sandoval-Strausz*, 23 L. Hist. Rev. 53, 85 (2005).

727 Vertiefend dazu und zu den Gründen einer extensiven Auslegung *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1412-1424 (1996).

728 *Karst*, 54 Duke L.J. 1591, 1595 (2005).

729 42 U.S.C. § 2000a-2 (2012).

730 42 U.S.C. § 2000a-3 (2012).

731 *Civil Rights Act* 1991, 42 U.S.C. § 1981a (2012).

732 Jetzt 42 U.S.C. § 1981 (2012).

den Ansprüchen.⁷³³ Die Rechtsdurchsetzung wird erleichtert, weil das Gericht – ähnlich einer Prozesskostenhilfe – auf Kosten etc. verzichten⁷³⁴ und die Anwaltskosten des Klägers auf die Gegenseite überwälzen kann.⁷³⁵ Diesbezüglich brachte der *Civil Rights Act* von 1991 weitere Erleichterungen mit sich.⁷³⁶ Ausschließlich zuständig sind die Bundesgerichte.⁷³⁷ Andere, weitergehende Rechte und Ansprüche sind nicht ausgeschlossen.⁷³⁸

(2) Kompetenzrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten im Bundesstaat

Im Unterschied zum *Civil Rights Act* 1875 greift das Diskriminierungsverbot nicht generell, sondern nur, wenn eine weitere Voraussetzung vorliegt: Die Einrichtung, sowie jede dabei angesiedelte sonstige Verkaufsstelle,⁷³⁹ ist nur dann Adressat des Diskriminierungsverbots, wenn sich die Tätigkeit auf den zwischen-gliedstaatlichen Handel (*interstate commerce*) auswirkt oder wenn die Diskriminierung oder Rassentrennung auf *state action* beruht.⁷⁴⁰ Für die Einrichtungen aus der 1. Gruppe gilt das *per se*;⁷⁴¹ für die Einrichtungen der 2. Gruppe, wenn sie eine erhebliche Quantität ihrer Lebensmittel an Reisende verkaufen, die staatenübergreifend reisen oder wenn sie Treibstoffe oder andere Produkte verkaufen, die ihrerseits Gegenstand des *interstate commerce* sind;⁷⁴² für Einrichtungen der 3. Gruppe, wenn die Filme, Aufführungen, Mannschaften, Ausstellungen etc. zwischen den Bundesstaaten verkehren⁷⁴³.

Diese Beschränkung beruht auf verfassungsrechtlichen Gründen. In den *Civil Rights Cases* entschied der *Supreme Court* 1883, dass der Bund keine Kompetenz zur Regelung privaten Verhaltens habe.⁷⁴⁴ In *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.* (1964)⁷⁴⁵ interpretierte der *Supreme Court* diese Entscheidung dahingehend, dass sie nur die Kompetenzen aus dem XIIIth⁷⁴⁶ und XIVth Amend. betraf und keine Aussage zu anderen Kompetenzgrundlagen, insbesondere der *commer-*

733 42 U.S.C. § 1981a (2012).

734 42 U.S.C. § 2000a-3 (a)(2012).

735 42 U.S.C. § 2000a-3 (b)(2012).

736 Vgl. *Civil Rights Act* 1991, 42 U.S.C. 1988 (2012).

737 42 U.S.C. § 2000a-6 (a)(2012).

738 42 U.S.C. § 2000a-6 (b)(2012).

739 42 U.S.C. § 2000a (b)(4)(2012).

740 42 U.S.C. § 2000a (b)(2012).

741 42 U.S.C. § 2000a (c)(1)(2012).

742 42 U.S.C. § 2000a (c)(2)(2012).

743 42 U.S.C. § 2000a (c)(3)(2012).

744 Siehe oben § 3 III 4.

745 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.*, 379 U.S. 241 (1964).

746 Zu einem modernen Versuch, U.S. const. amend. XIII § 2 als Kompetenzgrundlage für die moderne Gesetzgebung zu reaktivieren siehe *Tsesis*, *The Thirteenth Amendment and American Freedom*, 2004, 131 ff.

*ce clause*⁷⁴⁷, enthielt.⁷⁴⁸ Damit hat man elegant eine negative Präjudizwirkung der *Civil Rights Cases* beseitigt. Es kam also darauf an, ob die Anwendung des Title II auf das Heart of Atlanta Motel von der *commerce clause* gedeckt war. Es handelte sich um einen Fall der 1. Gruppe, bei dem eine Auswirkung auf den zwischengliedstaatlichen Handel immer angenommen wird. Das Motel hatte 216 Zimmer, war bequem von Interstate und State Highways aus zu erreichen, warb auf nationaler Ebene für seine Dienstleistungen und 75 % seiner Gäste kamen von außerhalb Georgias.⁷⁴⁹ Es sah sich wegen des *Civil Rights Acts* gehindert, seine frühere Politik, nur an Weiße zu vermieten, fortzuführen.⁷⁵⁰ Aufbauend auf eine seit 1937 expansiv angelegte Interpretation der *commerce clause*,⁷⁵¹ bejahte der *Supreme Court* ihre Anwendbarkeit.⁷⁵² *Commerce* sei auch der Transport und der Verkehr von Personen zwischen einzelnen Bundesstaaten. Daran ändere auch ein vermeintlich rein lokaler Charakter der Einrichtung nichts, weil sich dieser nachteilig auf *commerce* auswirken könne.⁷⁵³ Irrelevant sei schließlich auch der primäre moralische Ansatz der Gesetzgebung,

„to vindicate ‘the deprivation of personal dignity that surely accompanies denials of equal access to public establishments’“, ⁷⁵⁴

weil der Bund auf der Grundlage der *commerce clause* auch dagegen vorgehen kann.⁷⁵⁵ Die Entscheidung wird letztlich getragen von der Erkenntnis, dass es eine legitime Aufgabe der Bundesgesetzgebung ist, den Schutz (schwarzer) Reisender sicherzustellen.⁷⁵⁶ In einem am gleichen Tag entschiedenen Fall, *Katzenbach v. McClung* (1964),⁷⁵⁷ stand die Verfassungsmäßigkeit der 2. Gruppe zur Diskussion. Ollie’s Barbecue war ein familienbetriebenes Restaurant in Birmingham, Alabama, mit 220 Plätzen, das nur Weiße bediente. Es wurde nicht festgestellt, dass zwischenstaatlich Reisende zu den Gästen des Restaurants zählten. Der einzige Bezug zum *interstate commerce* war, dass ein erheblicher Teil der Lebensmittel, die dort verarbeitet wurden, von außerhalb Alabamas stammte.⁷⁵⁸ Die dem Title II zugrunde liegende Auffassung, dass Diskriminierungen in Restaurants aus Gründen der Rasse unmittelbare und nachteilige Auswirkungen auf den zwischengliedstaatlichen Handel haben, basiere nach Auffassung des *Supre-*

747 U.S. Const. art. I § 8 cl. 3.

748 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.*, 379 U.S. at 250-252.

749 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.*, 379 U.S. 243.

750 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.*, 379 U.S. 244.

751 Dazu Chemerinsky, *Constitutional Law*, 2007, 256 ff.

752 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.*, 379 U.S. at 253-257.

753 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.*, 379 U.S. at 258.

754 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.*, 379 U.S. at 250.

755 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. U. S.*, 379 U.S. at 257.

756 Sandoval-Strausz, 23 L. Hist. Rev. 53, 89-91 (2005).

757 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964).

758 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. at 296-298.

me Court auf vernünftigen Gründen (*rational basis*).⁷⁵⁹ Aus den Anhörungen im Gesetzgebungsverfahren ergebe sich,

„that established restaurants in such areas sold less interstate goods because of the discrimination, that interstate travel was obstructed directly by it, that business in general suffered and that many new businesses refrained from establishing there as a result of it.“⁷⁶⁰

Die für sich betrachtet vernachlässigenswerten Auswirkungen der Diskriminierung in Ollie's Barbecue sind irrelevant, weil es auf die Gesamtauswirkungen ähnlich situierter Fälle ankomme.⁷⁶¹ Im Ergebnis folgt daraus, dass es für die Anwendung des Title II auch auf rein lokale Einrichtungen genügt, wenn sich ein mittelbarer Bezug zum *interstate commerce* herstellen lässt. In den letzten Jahren sind allerdings Zweifel aufgetreten, ob die *commerce clause* weiterhin ein taugliches Instrument für die Civil-Rights-Gesetzgebung ist.⁷⁶² Anlass dafür sind die Entscheidungen des Supreme Court in *United States v. Lopez* (1995)⁷⁶³ und *United States v. Morrison* (2000)⁷⁶⁴. In *Lopez* erklärte das Gericht den *Gun Free School Zones Act*⁷⁶⁵ für verfassungswidrig, weil er sich nicht mehr innerhalb des Anwendungsbereichs der *commerce clause* befinde. In *Morrison* wurde eine Bestimmung des *Violence Against Woman Acts* (VAWA)⁷⁶⁶ für verfassungswidrig erklärt.⁷⁶⁷ Danach konnte das Opfer bestimmter Gewaltverbrechen (*crimes of violence motivated by gender*) die vermeintlichen Täter auf Schadensersatz verklagen.⁷⁶⁸ Der Kongress stützte seine Gesetzgebungskompetenz sowohl auf die *commerce clause* als auch auf Amend. XIV, § 5.⁷⁶⁹ Das Gericht sah das anders. Unter Berufung auf die *Civil Rights Cases* wurde die Anwendbarkeit von Sec. 5 verneint, weil es sich um eine unmittelbare Regelung privaten Verhaltens handle.⁷⁷⁰ Der Kongress könne sich auch nicht auf die *commerce clause* berufen. Das Gesetz adressiere gewaltsames und kriminelles Verhalten, das keine Auswirkungen auf den zwischengliedstaatlichen Handel habe.⁷⁷¹ Von der *commerce clause* werden seit *Lopez* im Wesentlichen nur drei Kategorien erfasst:

759 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. at 305.

760 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. at 300.

761 *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. at 300-301 unter Berufung auf einen Klassiker der neueren commerce-clause Rechtsprechung seit 1937, *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 127-128 (1942).

762 Vgl. *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 111 (2000); *Virelli/Leibowitz*, 3 U. Pa. J. Const. L. 926, 964-965 (2001).

763 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

764 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

765 18 U.S.C. § 922 (q)(1)(A) (1990).

766 42 U.S.C. §§ 13931-14040 (1994).

767 Zum Sachverhalt vgl. aus der Sicht einer Verfahrensbeteiligten *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 120-22 (2000).

768 42 U.S.C. § 13981 (2000).

769 42 U.S.C. § 13981 (a) (2000); vertiefend *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 116-119 (2000).

770 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 619-627 (2000).

771 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. at 607-619.

„First, Congress may regulate the use of the channels of interstate commerce. Second, Congress is empowered to regulate and protect the instrumentalities of interstate commerce, or persons or things in interstate commerce, even though the threat may come only from intrastate activities. Finally, Congress' commerce authority includes the power to regulate those activities having a substantial relation to interstate commerce, i.e., those activities that substantially affect interstate commerce.“⁷⁷²

Heart of Atlanta wird vom Gericht in *Lopez* als ein Beispiel der ersten Fallgruppe erwähnt.⁷⁷³ In *Morrison* ging es lediglich um die dritte Fallgruppe.⁷⁷⁴ Das Ergebnis stand für die Mehrheit fest:

„Gender-motivated crimes of violence are not, in any sense of the phrase, economic activity.“⁷⁷⁵

Dahinter steht derselbe Grundgedanke, der bereits die Auslegung der *Slaughterhouse Cases* und der *Civil Rights Cases* prägte: Es geht um die verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung in föderalistischen Systemen, die Frage nämlich, was auf nationaler Ebene und was auf einzelstaatlicher und lokaler Ebene zu regeln ist.⁷⁷⁶ Das Problem wird uns in der Debatte über die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Mangold* wieder begegnen.⁷⁷⁷ Die zivilrechtliche Sanktionierung von spezifisch geschlechtergeprägter Gewalt zählt das Gericht offensichtlich zum einzelstaatlichen Bereich. Diese Beurteilung ist nicht unproblematisch.⁷⁷⁸ Der Zweck der Civil-Rights-Gesetzgebung besteht vielfach gerade darin, das bisher vor dem Hintergrund lokaler Usancen bestehende soziale Verhalten zu ändern.⁷⁷⁹ Ollie's Barbecue in *McClung* ist dafür ein gutes Beispiel. Die gesamte Entwicklungsgeschichte der Civil-Rights-Gesetzgebung spielt sich im Spannungsverhältnis von bundesrechtlich normierten *civil rights* einerseits und *state autonomy* andererseits ab. Das Gericht setzt in *Lopez* und *Morrison* diese Grenze mit dem Unterschied von wirtschaftlich/nicht wirtschaftlich gleich.⁷⁸⁰ Nur wirtschaftliches Verhalten könne einen Einfluss auf den zwischengliedstaatlichen Handel haben.⁷⁸¹ Man kann bezweifeln, ob diese formalistisch anmutende Dichotomie theoretisch überzeugen kann und ob sie praktisch durchführbar ist.⁷⁸² Nach dieser Logik betreffen die Diskriminierungsverbote in Title II

772 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549, 558-59 (1995) (Zitate entfernt).

773 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. at 558.

774 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 609.

775 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. at 613.

776 Vgl. *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. at 617-618: „The Constitution requires a distinction between what is truly national and what is truly local.“

777 Dazu unten § 8 IV 3 b).

778 Dazu *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 129-135 (2000).

779 *Virelli/Leibowitz*, 3 U. Pa. J. Const. L. 926, 962 (2001).

780 *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 610-611 (2000)

781 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549, 560 (1995): „Where economic activity substantially affects interstate commerce, legislation regulating that activity will be sustained.“

782 Mit guten Gründen zweifelnd *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 640-645 (2000)(Souter, J., diss.); *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 656-657 (Breyer, J., diss.).

Civil Rights Act 1964 wirtschaftliche Handlungen innerhalb eines Staates, die aber in ihrer Gesamtheit Auswirkungen auf den zwischengliedstaatlichen Handel haben.⁷⁸³ Genau das ist aber so sicher nicht. Liest man *Heart of Atlanta* und *McClung* aufmerksam, spielt dort der wirtschaftliche Charakter der Diskriminierungshandlung keine Rolle. Entscheidend ist nur, dass die Diskriminierungshandlungen zusammengekommen erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaft haben.⁷⁸⁴

(3) Freiheitsrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten

Das Diskriminierungsverbot gilt nicht für private Clubs oder sonstige Einrichtungen, die der Öffentlichkeit tatsächlich nicht offen stehen und soweit sie ihrerseits nicht auch Kunden gebundener Unternehmen bedienen.⁷⁸⁵ Damit wird der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots aufgrund der verfassungsrechtlich geschützten Vereinigungsfreiheit (*freedom of association*)⁷⁸⁶ beschränkt. Diskriminierungsverbote greifen in den Schutzbereich dieses Rechts ein. Das hat der *Supreme Court* in *Roberts v. U.S. Jaycees* (1984) entschieden.⁷⁸⁷ In Minnesota galt ein weit über Title II *Civil Rights Act* 1964 hinausgehendes Verbot der Diskriminierung aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Weltanschauung, Religion, Behinderung, Geschlecht und nationaler Herkunft in allen privaten, der Öffentlichkeit zugänglichen Einrichtungen.⁷⁸⁸ Die U.S. Jaycees waren eine auf nationaler Ebene tätige Netzwerkorganisation, die nur für Männer zugänglich war.⁷⁸⁹ Ihre in Minnesota tätigen Untergliederungen wurden von den dortigen Gerichten als tauglicher Normadressat des staatlichen Diskriminierungsverbots eingestuft.⁷⁹⁰ Dagegen wandte sich die nationale Organisation und berief sich auf die Freiheit, selbst zu bestimmen, nur mit Männern soziale und rechtliche Beziehungen einzugehen. Der *Supreme Court* hat im Ergebnis eine Verletzung dieses Rechts verneint. Die Entscheidung ist besonders bedeutend, weil das Gericht zwischen zwei ganz unterschiedlichen Begründungssträngen einer *freedom of association* differenzierte: Es stellte (1.) höchstpersönliche Beziehungen als Ausfluss persönlicher Freiheit unter einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz.⁷⁹¹ Zu diesen zählte es die zentralen Beziehungen im Leben eines Menschen. Das seien Beziehungen, die ihrer Natur nach wenige Personen erfassen, von subjektiven Auswahlmaßstäben

783 *U.S. v. Lopez*, 514 U.S. 549, 559 (1995).

784 *Goldscheid*, 86 Cornell L. Rev. 109, 134 (2000); vgl. auch *U.S. v. Morrison*, 529 U.S. 598, 656-657 (Breyer, J., diss).

785 42 U.S.C. § 2000a (e)(2009).

786 Dazu *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449 (1958).

787 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984).

788 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 615.

789 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 612-614.

790 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 616.

791 Dieser Gedanke wird unten in § 8 III 3 wieder aufgegriffen.

geprägt seien und sich durch situationsbedingte Ausschließlichkeit auszeichnen.⁷⁹² Die klassischen Beispiele dafür sind Familie, Partnerschaft und Freundschaft. Davon unterschieden sich (2.) Verbindungen, die Menschen eingehen, um gemeinsam eine Meinung zu bilden und zu vertreten.⁷⁹³ Diese Vereinigungen würden als Bestandteil der Meinungsfreiheit im *First Amendment* und über das *XIVth Amendment* auch gegenüber den Einzelstaaten geschützt.⁷⁹⁴ In dieses Recht griffen Diskriminierungsverbote ein:

*„There can be no clearer example of an intrusion into the internal structure or affairs of an association than a regulation that forces the group to accept members it does not desire. Such a regulation may impair the ability of the original members to express only those views that brought them together. Freedom of association therefore plainly presupposes a freedom not to associate.“*⁷⁹⁵

Dieser Eingriff sei allerdings gerechtfertigt, wenn der Staat damit zwingende Interessen des Gemeinwohls verfolge, die nicht die Unterdrückung einer bestimmten Meinung zum Inhalt haben und soweit keine weniger beschränkenden Mittel dieses Ziel erreichen könne.⁷⁹⁶ Das Interesse,⁷⁹⁷ Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts in der Öffentlichkeit zu verhindern, genüge diesen Anforderungen:

*„By prohibiting gender discrimination in places of public accommodation, the Minnesota Act protects the State's citizenry from a number of serious social and personal harms. In the context of reviewing state actions under the Equal Protection Clause, this Court has frequently noted that discrimination based on archaic and overbroad assumptions about the relative needs and capacities of the sexes forces individuals to labor under stereotypical notions that often bear no relationship to their actual abilities. It thereby both deprives persons of their individual dignity and denies society the benefits of wide participation in political, economic, and cultural life.“*⁷⁹⁸

Die gleichberechtigte Partizipation von Frauen ändere auch nicht die kommunikative Botschaft der Organisation. Die Annahme, dass Frauen in der Vereinigung allein aufgrund ihres Geschlechts politisch andere Ansichten als die Männer vertreten, beruhe seinerseits auf verfassungsrechtlich unzulässigen Generalisierungen und Stereotypen.⁷⁹⁹

792 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 618-at 620.

793 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 622.

794 Dazu NAACP v. Alabama ex rel. Patterson, 357 U.S. 449, 460 (1958).

795 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 623.

796 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 623.

797 Der *Supreme Court* formuliert in solchen Fällen grundsätzlich aus der Warte des Staates und spricht daher immer von Interesse und nicht von Rechten Dritter. In Deutschland würde man hier mit der Schutzpflicht zugunsten der Diskriminierungsoffer operieren. Das ist im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht ausgeschlossen, weil der *Supreme Court* das Schutzpflichtkonzept grundsätzlich ablehnt, vgl. dazu oben § 3 IV 3 d) aE.

798 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 625.

799 *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. at 628.

Mehr Erfolg als die U.S. Jaycees hatten die Boy Scouts. Sie schlossen James Dale, einen langjährigen Scoutmaster wegen dessen Homosexualität aus.⁸⁰⁰ Der *Supreme Court of New Jersey* war der Auffassung, dass sie damit das auf sie als „place of public accomodation“ anwendbare staatliche Nichtdiskriminierungsrecht verletzen.⁸⁰¹ Die Mehrheit am *Supreme Court* sah das in *Boy Scouts of America v. Dale* (2000) anders. Sie teilte die Einschätzung der Boy Scouts, dass die erzwungene Mitgliedschaft eines homosexuellen Leiters es ihr unzumutbar erschwere, in der Öffentlichkeit weiterhin einen politisch-moralischen Standpunkt gegen Homosexualität einzunehmen.⁸⁰² Diesen Standpunkt nahmen die Boy Scouts in der von ihnen reklamierten Deutlichkeit aber erst während des Verfahrens ein;⁸⁰³ alle relevanten Materialien davor zeigen, dass das Thema gar nicht angesprochen wurde.⁸⁰⁴ *Stevens, J.*, kritisiert daher zu Recht die von der Mehrheit vorgenommene Zurechnung des privaten Verhaltens eines einzelnen Scoutmasters an die Organisation, dessen Mitglied er ist, als „simply mind boggling“. ⁸⁰⁵ Er formuliert auch die einzig mögliche Erklärung, warum die Mitgliedschaft von Frauen in einer Männerorganisation erzwungen werden darf, nicht aber die Mitgliedschaft eines offen homosexuellen Mannes bei den Boy Scouts:

„The only apparent explanation for the majority's holding, then, is that homosexuals are simply so different from the rest of society that their presence alone – unlike any other individual's – should be singled out for special First Amendment treatment. Under the majority's reasoning, an openly gay male is irreversibly affixed with the label “homosexual.” That label, even though unseen, communicates a message that permits his exclusion wherever he goes. His openness is the sole and sufficient justification for his ostracism. Though unintended, reliance on such a justification is tantamount to a constitutionally prescribed symbol of inferiority.“⁸⁰⁶

Unabhängig von den unterschiedlichen Ergebnissen beider Fälle sticht eine Gemeinsamkeit hervor: Diskriminierungsverbote werden freiheitsrechtlich begrenzt. Maßgeblicher Gedanke dafür ist allerdings die *freedom of association* in ihren zwei konzeptionellen Ausprägungen. Die Vertragsfreiheit des Adressaten eines Diskriminierungsverbots spielt dagegen in der Rechtsprechung des *Supreme Court* keine Rolle. Man kann in diesem Schweigen eine Nachwirkung der mittlerweile fast einhellig diskreditierten⁸⁰⁷ Entscheidung *Lochner v. New York*

800 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 644-645 (2000).

801 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 646-647.

802 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 655-659.

803 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640, 686 (2000)(Stevens, J., diss.).

804 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 684 (Stevens, J., diss.).

805 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 697 (Stevens, J., diss.).

806 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. at 696 (Stevens, J., diss.). Hier klingt bereits die maßgebliche Begründung des Nichtdiskriminierungsprinzips an, die unten § 6 II entwickelt wird.

807 Vgl. dazu statt vieler *Strauss*, 70 U. Chi. L. Rev. 373-374 (2003); eine Ausnahme ist – nicht überraschend – beispielsweise *Epstein*, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, 1985, siehe dazu bereits oben § 3 III 5 c) (2).

(1905)⁸⁰⁸ sehen. Das Problem an der mit *Lochner* bezeichneten Ära⁸⁰⁹ dürfte allerdings weniger darin liegen, dass man Vertragsfreiheit überhaupt als eine verfassungsrechtlich geschützte Freiheit und staatliche Regelungen als einen Eingriff in dieses Recht angesehen hat. Der maßgebliche Grund dürfte mit *David A. Strauss* darin zu sehen sein, dass das Gericht Vertragsfreiheit absolut gesetzt hat und nicht bereit war, inhärente Beschränkungen der eigenen Konzeption wahrzunehmen und externe Einschränkungen dieses Rechts zu akzeptieren.⁸¹⁰ Oben habe ich versucht nachzuweisen, dass das Zusammenspiel der *Civil Rights Cases* mit *Lochner* ein effektives Hindernis für jede Nichtdiskriminierungsgesetzgebung errichtete.⁸¹¹ Die Rechtsprechung des *Supreme Court* zeigt seit *Brown v. Board of Education*, dass man Freiheitsrechte nicht mehr absolut setzen kann. In *Norwood v. Harrison* (1973) blitzt dieses Verständnis durch, wenn *Burger, C.J.*, formuliert, die Verfassung „places no value on discrimination“. ⁸¹² *U.S. Jaycees* und *Dale* belegen freilich das Gegenteil. Diskriminierung kann in bestimmten Kontexten verfassungsrechtlich geschützt sein, in anderen kommt dem Gleichbehandlungsanspruch Vorrang zu. Mit einem derart kontextgebundenen Verständnis von Vertragsfreiheit lässt sich ein modernes Gleichbehandlungsregime durchaus vereinbaren.⁸¹³

(4) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (Title VII CRA 1964)

Title VII findet sich in 42 U.S.C. 2000e *et seq.* Darin werden bestimmte Praktiken im Zusammenhang eines Arbeitsverhältnisses als rechtswidrig eingestuft (*unlawful employment practice*). Dazu zählt die Nichtbegründung oder Beendigung eines Arbeitsverhältnisses oder jede Diskriminierung bei Vergütung und sonstigen Arbeitsbedingungen aus Gründen der Rasse, Hautfarbe, Religion, des Geschlecht oder der nationalen Herkunft der Person.⁸¹⁴ Verboten ist auch jede auf den genannten Merkmalen beruhende Begrenzung, Trennung oder Klassifizierung von Arbeitnehmern oder Bewerbern, die gleiche Beschäftigungsmöglichkeiten des Individuums oder seinen Status als Arbeitnehmer einschränken können.⁸¹⁵

Im Vergleich zu Title II *Civil Rights Act* 1964 wird der Katalog der Diskriminierungsverbote in Title VII um das Geschlecht erweitert. Damit wurde das Geschlecht zum zweiten Mal innerhalb kurzer Zeit zum verbotenen Merkmal. Be-

808 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

809 Dazu *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 614-621.

810 *Strauss*, 70 U. Chi. L. Rev. 373, 381-386 (2003).

811 Siehe oben § 3 V 5 c).

812 *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455, 469 (1973).

813 Darin sehe ich den Kern des Prinzips personaler Gleichheit, dazu unten § 7 IV.

814 42 U.S.C. § 2000e-2 (a)(1)(2012).

815 42 U.S.C. § 2000e-2 (a)(2)(2012).

reits ein Jahr zuvor erging der *Equal Pay Act* of 1963,⁸¹⁶ der eine Entgeltdiskriminierung aus Gründen des Geschlechts verbot.⁸¹⁷ Die Aufnahme dieses Merkmals in Title VII des *Civil Rights Act* von 1964 erfolgte erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens: Sie wurde ironischerweise auf Betreiben der National Woman's Party von einem Gegner des gesamten Gesetzesvorhabens im Repräsentantenhaus initiiert, von der Administration Präsident *Johnsons* torpediert und schließlich mit einer Mehrheit der Südstaatenabgeordneten und oppositionellen Republikaner gebilligt.⁸¹⁸ An der Gesetzgebungsgeschichte lässt sich auch ein problematisches Phänomen herauskristallisieren: Es wurde ein Gegensatz zwischen Rasse und Geschlecht hergestellt und daraus wurde gefolgert, es dürfe nicht sein, dass eine gleich qualifizierte Schwarze den Vorrang vor einer Weißen bekomme.⁸¹⁹ Wir haben es hier mit einem Fall von Diskriminierungshierarchien zu tun, der uns im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht noch beschäftigen wird.⁸²⁰ In der damaligen Debatte wurde aber verkannt, dass schwarze Frauen aus zweierlei Gründen diskriminiert werden: weil sie Frau sind und weil sie schwarz sind.⁸²¹

Verboten wird auch die Diskriminierung eines Arbeitnehmers, der sich gegen diskriminierende Praktiken zur Wehr gesetzt hat oder sonst an ihrer Aufdeckung und Sanktionierung beteiligt ist (*retaliation*).⁸²² Arbeitgeber ist, wer regelmäßig⁸²³ mehr als 15⁸²⁴ Arbeitnehmer beschäftigt und in einem Bereich tätig ist, der Auswirkungen auf den Handel (*commerce*) hat.⁸²⁵ Ausgenommen davon sind Arbeitgeber, die ausländische Staatsangehörige außerhalb des Territoriums der U.S.A. beschäftigen und religiöse Einrichtungen jeder Art bezüglich der Religion des Arbeitnehmers.⁸²⁶ Keine verbotene Diskriminierung liegt vor, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer gerade aufgrund dessen Religion, Geschlecht und nationaler Herkunft beschäftigt, wenn es sich dabei um eine „bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise“ handelt.⁸²⁷ Eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung der Gleichbe-

816 An Act to prohibit discrimination on account of sex in the payment of wages by employers engaged in commerce or in the production of goods for commerce; Pub. L. 88-39, 77 Stat. 56 (1963).

817 29 U.S.C. § 206(d).

818 Vgl. dazu umfassend die historische Studie von *Brauer*, 49 J. South. Hist. 37 (1983).

819 *Deitch*, 7 Gender & Society 183 (1993).

820 Eingehend unten § 6 III und § 7 IV 4.

821 Zum Problem der multidimensionalen Diskriminierung näher unten § 6 III 7.

822 42 U.S.C. § 2000e-3 (a)(2012); vgl. zur Konzeption der Retaliation in Dreiecksverhältnissen *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009) sowie unten § 6 IV 2 b) (1) aa); zum Maßregelverbot im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht siehe § 6 VII 1 c).

823 Zu den Kriterien siehe 42 U.S.C. § 2000e (b) (2012).

824 In der ursprünglichen Fassung waren es noch 25 Arbeitnehmer, vgl. *Civil Rights Act* 1964 § 701 (b).

825 42 U.S.C. 2000e (b)(2012). Wann eine Auswirkung auf *commerce* gegeben ist bestimmt sich nach den Definitionen in 42 U.S.C. § 2000e (g) und (h)(2012).

826 42 U.S.C. § 2000e-1 (a)(2012).

827 42 U.S.C. § 2000e-3 (e)(1)(2012).

handlungsrechte im Arbeitsrecht spielt die *Equal Opportunities Commission*.⁸²⁸ Sie ist der primäre Durchsetzungsadressat für eine behauptete Rechtsverletzung.⁸²⁹ Die Beschwerde muss schriftlich⁸³⁰ und innerhalb von 180 Tagen nach dem vermeintlichen Rechtsverstoß eingelegt werden.⁸³¹ Hält die *Commission* die Beschwerde für begründet⁸³² und hat sie innerhalb bestimmter Fristen keine ihr genügende Zusicherung des Arbeitgebers erhalten (*conciliation agreement*), kann sie gegen den Arbeitgeber vor den Bundesgerichten⁸³³ klagen.⁸³⁴ Handelt sie nicht innerhalb bestimmter Fristen, kann der Betroffene selbst gegen den Arbeitgeber klagen.⁸³⁵ Stellt das Gericht einen vorsätzlichen Rechtsverstoß fest (*intentional engagement in discriminatory employment practices*) kann es den Arbeitgeber auf Unterlassung und Beseitigung verurteilen, „which may include, but is not limited to, reinstatement or hiring of employees, with or without back pay [...], or any other equitable relief as the court deems appropriate.“⁸³⁶ Der *Civil Rights Act* von 1991 erleichterte die Rechtsdurchsetzung erheblich. Zum einen enthält er Beweiserleichterungen für die mittelbare Diskriminierung (*disparate impact*).⁸³⁷ Zum anderen genügt es seitdem nachzuweisen, dass das verbotene Merkmal ein Entscheidungsfaktor (*motivating factor*) unter mehreren war.⁸³⁸ Kann der Arbeitgeber ein rechtmäßiges Alternativverhalten nachweisen, darf das Gericht seit dem *Civil Rights Act* von 1991 keinen Schadensersatz gewähren und weder Einstellung noch Beförderung etc. des Arbeitnehmers verfügen.⁸³⁹ Eine abschließende Bemerkung zum Verhältnis zwischen Title VII und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse in Arbeitsverhältnissen nach 42 U.S.C. § 1981: Nach der Rechtsprechung des *Supreme Court* handelt es sich um inhaltlich verwandte Ansprüche, die der Bekämpfung gleichen Unrechts dienen; aufgrund der Entstehungsgeschichte handelt es sich aber um getrennte, unterschiedliche und voneinander unabhängige Rechtsbehelfe.⁸⁴⁰

828 Errichtungsgrundlage ist 42 U.S.C. 2000e-4 (2012).

829 42 U.S.C. § 2000e-5 (a) und (b)(2012).

830 42 U.S.C. § 2000e-5 (a) (2012).

831 42 U.S.C. § 2000e-5 (e)(1), zuletzt geändert durch *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* of 2009, Pub. L. 111-2, 123 Stat. 5 (2009).

832 42 U.S.C. § 2000e-5 (b)(2012).

833 42 U.S.C. § 2000e-5 (f)(3)(2012).

834 42 U.S.C. § 2000e-5 (f)(1)(2012).

835 42 U.S.C. § 2000e-5 (f)(1)(2012).

836 42 U.S.C. § 2000e-5 (g)(1)(2012).

837 Vgl. *Civil Rights Act* 1991 § 104, jetzt 42 U.S.C. § 2000e-2 (k)(2012). Zum Konzept vgl. unten § 6 V 2 b).

838 *Civil Rights Act* 1991 § 107 (a), jetzt 42 U.S.C. § 2000e-2 (m)(2012).

839 *Civil Rights Act* 1991 § 107 (b), jetzt 42 U.S.C. § 2000e-2 (g)(2)(B)(2012).

840 *Johnson v. Railway Exp. Agency, Inc.*, 421 U.S. 454, 461 (1975).

b) Ein (vorläufiger?) Siegeszug

Der *Civil Rights Act* 1964 war der Auftakt zu einer umfangreichen Civil Rights-Gesetzgebung in den 1960er Jahren. Der *Voting Rights Act* 1965⁸⁴¹ verbietet *voting qualifications* und sonstige Wahlvoraussetzungen, die dazu führen, dass das Wahlrecht aus Gründen der Rasse und Hautfarbe beschränkt wird, und sieht umfangreiche Eingriffskompetenzen der Bundesorgane zur Durchsetzung dieses Rechts vor.⁸⁴² Privatrechtlich relevant ist der *Age Discrimination in Employment Act* von 1967.⁸⁴³ Der *Civil Rights Act* von 1968⁸⁴⁴ enthält in Title VIII fünf primäre Diskriminierungsverbote im Zusammenhang mit dem Verkauf oder der Vermietung von Wohnraum, bei denen jede Diskriminierung nach Rasse, Hautfarbe, Religion oder nationaler Herkunft verboten war (*Fair Housing Act*).⁸⁴⁵ Der *Fair Housing Amendment Act* von 1988 erweiterte die Diskriminierungsverbote teilweise auf den Familienstand und die Behinderung (*handicap*).⁸⁴⁶ Zugleich wurde das Diskriminierungsverbot auf alle Unternehmen ausgedehnt (sekundäres Diskriminierungsverbot), die Dienstleistungen im Zusammenhang mit *residential real-estate transactions* ausüben.⁸⁴⁷ Das primäre Diskriminierungsverbot wird verfassungsrechtlich von der *freedom of association* im persönlichen Nahbereich begrenzt.⁸⁴⁸ Ebenfalls keine Anwendung findet es auf private Vereinigungen (*private clubs*), die der Öffentlichkeit tatsächlich nicht zugänglich sind und die im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit Räume an ihre Mitglieder vermieten.⁸⁴⁹ Schließlich sind auch religiöse Einrichtungen ausgenommen, soweit der Zugang zur Glaubensgemeinschaft nicht aus Gründen der Rasse, Hautfarbe oder nationalen Herkunft beschränkt ist und es sich nicht lediglich um rein geschäftliche Zwecke handelt.⁸⁵⁰ Als Nachzögling ist der *Americans with Disabilities Act*

841 An Act to enforce the fifteenth amendment to the Constitution of the United States, and for other purposes, Pub. L. 89-110, 79 Stat. 437 (1965).

842 Vgl. 42 U.S.C. § 1973 *et seq.* (2012). Zuletzt geändert von Military and Overseas Voter Empowerment Act von 2009, Pub. L. 111-84, 123 Stat. 2318; vgl. dazu aber jüngst *Shelby County vs. Holder*, 570 U.S. __ (2013), womit ein wesentlicher Bestandteil der föderalen Eingriffsmöglichkeiten stark beschnitten worden sind.

843 An Act to prohibit age discrimination in employment, Pub. L. 90-202, 81 Stat. 602, kodifiziert in 29 U.S.C. 621 *et seq.* (2012), zuletzt geändert von Sec. 4 *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* of 2009, Pub. L. 111-2, 123 Stat. 5 (2009). Begünstigte des Diskriminierungsverbots sind nur Personen, die mindestens 40 Jahre alt sind; Adressaten sind Arbeitgeber, die durchschnittlich 20 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen.

844 An Act to prescribe penalties for certain acts of violence or intimidation, and for other purposes, Pub. L. 90-284, 82 Stat. 73 (1968); die Namensgebung geht zurück auf Sec. 2 Fair Housing Amendments Act of 1988, Pub. L. 100-430, 102 Stat. 1619 (1988).

845 Die Namensgebung erfolgte mit Sec. 4 Fair Housing Amendments Act of 1988, Pub. L. 100-430, 102 Stat. 1619 (1988); jetzt kodifiziert in 42 U.S.C. § 3601 *et seq.* (2012).

846 Sec. 6 (b) Fair Housing Amendment Act of 1988, 42 U.S.C. § 3604 (2012).

847 42 U.S.C. § 3605 (2012).

848 Siehe dazu oben 4 a (3).

849 42 U.S.C. § 3607 (a)(2012).

850 42 U.S.C. § 3607 (a)(2012).

von 1990 (ADA) zu nennen.⁸⁵¹ Damit sollte eine eindeutige und umfassende Grundlage für die Beseitigung der Diskriminierung aus Gründen der Behinderung geschaffen werden.⁸⁵² Im Kern dehnt er die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote des *Civil Rights Acts* von 1964 auf die Diskriminierung aus Gründen der Behinderung⁸⁵³ aus. Seit dem *ADA Amendments Act* von 2008 wird jede Diskriminierung einer Person aus Gründen der Behinderung (nicht notwendig derselben Person⁸⁵⁴) verboten.⁸⁵⁵ Die ungleiche Behandlung aus Gründen der Behinderung kann damit gerechtfertigt werden, dass die beeinträchtigende Maßnahme einen direkten Bezug zur konkreten Tätigkeit hat, aus betrieblichen Gründen notwendig ist und keine vernünftige Ausweichmöglichkeit besteht (to be job-related and consistent with business necessity, and such performance cannot be accomplished by reasonable accommodation).⁸⁵⁶ Eine besondere Rechtfertigungsmöglichkeit ist erneut für Religionsgemeinschaften vorgesehen, die Personen einer bestimmten Religion bevorzugen dürfen.⁸⁵⁷ Der zweite privatrechtliche Pfeiler des ADA ist das an die Betreiber von abschließend aufgezählten *places of public accommodations*⁸⁵⁸ im zwischengliedstaatlichen Handel („travel, trade, traffic, commerce, transportation, or communication“)⁸⁵⁹ gerichtete Diskriminierungsverbot.⁸⁶⁰ Erneut ausgenommen sind private Vereinigungen sowie religiöse Organisationen.⁸⁶¹

5. Zusammenfassung und Ausblick

Das in der *Declaration of Independence* gegebene Versprechen, alle Menschen seien gleich, war mit Blick auf die zeitgenössische Konzeption, wonach Frauen

851 An Act to establish a clear and comprehensive prohibition of discrimination on the basis of disability; Pub. L. 101-336, 104 Stat. 327 (1990), kodifiziert in 42 U.S.C. § 12101 *et seq.* (2012), zuletzt geändert von ADA Amendments Act of 2008, Pub. L. 110-325, 122 Stat. 3554 (2008).

852 42 U.S.C. § 12101 (b)(2012).

853 Zur Definition siehe Sec. 3 (4)(A) ADA 1990, in der von Sec. 4 ADA Amendments Act 2008 geänderten Fassung.

854 Näher zum Problem der Drittdiskriminierung unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

855 Sec. 5 ADA Amendments Act of 2008, Pub. L. 110-325, 122 Stat. 3554 (2008).

856 42 U.S.C. § 12113 (a)(2012).

857 42 U.S.C. § 13113 (c)(2012).

858 Das sind neben den in Title II *Civil Rights Act* von 1964 [dazu oben § 3 IV 4 a) (1)] genannten Stätten alle Plätze öffentlicher Zusammenkünfte (Auditorium, Kongresscenter, Vortragssaal), alle Einzelhandelsgeschäfte (Bäckerei, Lebensmittelgeschäft, Bekleidungsgeschäft, Baumärkte, Einkaufscenter), eine ganze Reihe sonstiger Dienstleister mit Publikumsverkehr (vom Waschsalon über das Bestattungshaus und das Anwaltsbüro zum Krankenhaus), alle Einrichtungen des öffentlichen Transportwesens, jeder Ausstellungsraum (Museen, Bibliotheken, Galerien), Erholungsstätten (Zoo und Vergnügungsparks), Ausbildungsstätten (Schulen und Hochschulen), privat betriebene Sozialeinrichtungen (von der Obdachloseneinrichtung zum Adoptionszentrum) und schließlich vom Fitnessstudio bis zu Golfplätzen, alle Möglichkeiten sportlicher Betätigung; 42 U.S.C. § 12181 (7) (2012).

859 42 U.S.C. § 12181 (1) und (7)(2012).

860 42 U.S.C. § 12182 (2012).

861 42 U.S.C. § 12187 (2012).

und (schwarze) Sklaven davon ausgeschlossen waren, in die Zukunft gerichtet.⁸⁶² Die Verfassung von 1787 schreibt die Sklaverei – ohne sie ein einziges Mal zu nennen – als Bestandteil der Sozialordnung der jeweiligen Einzelstaaten fest und schützt sie gegen föderale Maßnahmen.⁸⁶³ Der erzielte Kompromiss wurde schon bald brüchig. Insbesondere die statusrechtlichen Fragen einer Aufenthaltsveränderung des Sklaven wurden ab 1830 zunehmend umstrittener, weil sich im Norden eine andere Interpretation der *Declaration* und der jeweiligen Verfassungen durchzusetzen begann. Die Sklaverei ließ sich damit nicht mehr vereinbaren. Das führte zum fortdauernden Konflikt mit den sklavenhaltenden Südstaaten.⁸⁶⁴ Dort wurde die Sklaverei ab 1800 mit einer rassistischen Begründung gerechtfertigt.⁸⁶⁵ Sowohl die Gesellschaft als Ganzes als auch der Schwarze selbst bedürfe aufgrund seiner besonderen Natur der Sklaverei, um ein erfülltes Leben führen zu können.⁸⁶⁶ Eine Gleichheit mit Weißen sei niemals möglich. In einem Exkurs gehe ich auf die Sklaverei als Rechtsproblem im Deutschland des 19. Jahrhunderts ein, um auf die Unterschiede im Prinzip und auf gemeinsame Problemlagen hinzuweisen.⁸⁶⁷ Das sich in Deutschland um 1860 fast vollständig durchgesetzte Prinzip gleicher Freiheit gelangte in den U.S.A. ab 1863 zum Durchbruch.⁸⁶⁸ Das von der *Declaration* gegebene Versprechen wurde über den Schlachtfeldern des Bürgerkrieges verwirklicht.⁸⁶⁹ Mit den *Reconstruction Amendments* wurde die Verfassung so verändert, dass Gleichheit jetzt auch für Schwarze galt, für schwarze Männer jedenfalls. Die Verfassung machte den ehemaligen Sklaven zur Person und zum Bürger und garantierte ihm gleiche Freiheit.⁸⁷⁰ Theoretisch zumindest. In der Praxis blieb er *person of color*. In den einzelnen Staaten entwickelten sich Strategien zur Perpetuierung der Ungleichheit, die im Kern darin bestanden, das Versprechen gleicher Rechte auf *civil rights* zu limitieren und *social rights* davon auszunehmen.⁸⁷¹ Der Kongress antwortete darauf mit dem *Civil Rights Act* von 1875, dem ersten modernen Nichtdiskriminierungsrecht. Er sollte – in der Tradition entsprechender Gleichbehandlungspflichten des *Common Law* – Private, die an die Öffentlichkeit adressierte Einrichtungen betrieben, zur Gleichbehandlung verpflichten.⁸⁷² Das Gesetz scheiterte wenig später am *Supreme Court*, der darin eine Regelung von *social rights* und damit eine Kompetenz-

862 § 3 I 1.

863 § 3 I 2.

864 § 3 I 2 b).

865 § 3 I 3.

866 § 3 I 4.

867 § 3 II.

868 § 3 III.

869 § 3 III 1.

870 § 3 III 2 a).

871 § 3 III 2 b).

872 § 3 III 3.

überschreitung des Bundes sah.⁸⁷³ Endgültig aufgegeben war das 1865 begonnene Projekt zur Sicherung gleicher Freiheit der Schwarzen mit der Etablierung des Grundsatzes „*equal, but separate*“.⁸⁷⁴ Erst nach dem Zweiten Weltkrieg kam es zu einer zunächst vorsichtigen, dann mit Nachdruck einsetzenden Renaissance der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Diskriminierungsverbote.⁸⁷⁵ Mit der grundlegenden Entscheidung in *Brown v. Board of Education*⁸⁷⁶ wurde es möglich, den Schutz vor Rassendiskriminierung als verfassungsrechtliche Aufgabe anzugehen. Der unmittelbar verfassungsrechtliche Schutz war allerdings auf staatliche Maßnahmen beschränkt; gegen diskriminierende Maßnahmen Privater blieb der 14. Verfassungszusatz machtlos.⁸⁷⁷ Dieser Bereich wurde einerseits aufgrund einer extensiven Interpretation der *Civil-Rights*-Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts verengt.⁸⁷⁸ Andererseits schloss der Gesetzgeber mit dem *Civil Rights Acts* von 1964 und der *Civil-Rights*-Gesetzgebung bis zum *American with Disabilities Act* von 1990 diese Lücke.⁸⁷⁹ Damit war die Neugeburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts geglückt.

Die Wiedergeburt des modernen Nichtdiskriminierungsrechts hat sich als äußerst nachhaltig erwiesen, nicht nur im nationalen Rahmen der U.S.A., sondern weit darüber hinausgehend. Title II des *Civil Rights Acts* von 1964 hat sich im Wesentlichen als erfolgreich herausgestellt.⁸⁸⁰ Was 1964 vielfach an privater Diskriminierung noch erlaubt war, wird in der U.S.-amerikanischen Gesellschaft heute als Verletzung des Gleichbehandlungsanspruchs wahrgenommen.⁸⁸¹ Schwieriger fällt angesichts der großen Menge an Entscheidungen dazu die Bewertung von Title VII.⁸⁸² Angesichts nach wie vor bestehender rassistischer Muster bei der Verteilung von Wohnraum in den Städten ist der Erfolg des *Fair Housing Acts* deutlich pessimistischer zu bewerten.⁸⁸³

Insgesamt ist das moderne Nichtdiskriminierungsrecht der U.S.A. des 20. Jahrhunderts zum Vorbild und Referenzmodell geworden für andere Rechtsordnungen, gerade auch für die europäische und damit – mittelbar – die deutsche. Das ist in Europa und Deutschland Gemeingut. Dieses Vorbild kann man aber ohne seine historischen und verfassungsrechtlichen Bezüge nicht ausreichend ver-

873 § 3 III 4.

874 § 3 III 5.

875 § 3 IV.

876 § 3 IV 1.

877 § 3 IV 2.

878 § 3 IV 3.

879 § 3 IV 4.

880 Vgl. statt vieler *Kennedy*, The Struggle for Racial Equality in Public Accommodations, in: Grofman, Legacies of the 1964 *Civil Rights Act*, 2000, 156 ff; *Karst*, 54 Duke L.J. 1591, 1593-1601 (2005); prominentester Vertreter der Gegenansicht ist *Epstein*, Forbidden Grounds, 1992, passim.

881 *Singer*, 90 Nw. U. L. Rev. 1283, 1285-1286 (1996).

882 Vgl. dazu nur die Casebooks *Friedmann*, The Law of Employment Discrimination, 2007; *Estreicher/Harper*, Employment Discrimination Law, 2008.

883 Dazu *Karst*, 54 Duke L.J. 1591, 1602-1608 (2005) mwN.

stehen und würdigen. Das moderne Nichtdiskriminierungsrecht ist keine Erfindung des 20. Jahrhunderts, sondern ein Produkt des 19. Jahrhunderts. Es ist die konsequente Fortsetzung des Prinzips gleicher Freiheit und eine Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem⁸⁸⁴.

884 Dazu oben § 2 III 3.

§ 4 Gleichbehandlungspflichten Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945

I. Gleichbehandlungspflichten zwischen 1945 und 1975 – Kontinuitäten und Umbrüche

Im Jahr 1945 beginnt in Deutschland ein neues Kapitel der Gleichheit. Den Anfang machte Art. 42a der Proklamation Nr. 2 des Kontrollrats v. 20.9.1945, der die deutschen Behörden zur Mitwirkung bei der Beseitigung solcher Gesetze verpflichtete, die „unterschiedliche Behandlung auf Grund von Rasse, Farbe, Glauben, Sprache oder politischer Meinung mit sich bring[en]“. ¹ Art. II des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 v. 20.9.1945 setzte dieses Programm um und verbat. *jede* Anwendung von Rechtsnormen, die zu einer ungleichen Behandlung führt und jemand aus Gründen der Rasse, Staatsangehörigkeit, seines Glaubens oder seiner Opposition zur NSDAP benachteiligen würde. ² Art. I der Kontrollratsproklamation Nr. 3 v. 20.10.1945 formulierte wenig später einen allgemeinen Gleichheitssatz und kombinierte diesen mit besonderen Diskriminierungsverboten:

*„Gleichheit vor dem Gesetz – Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich. Niemandem, was immer seine Rasse, Staatsangehörigkeit oder Religion sei, dürfen die ihm gesetzlich zustehenden Rechte entzogen werden.“*³

Die Alliierten wollten damit „vor allem die Verschiedenheiten der Rasse, der Religion und der Volks- und Staatsangehörigkeit vor rechtlicher Diskriminierung sichern“. ⁴ Daran ist aufschlussreich, dass dem allgemeinen Gleichheitssatz besondere Gründe beigelegt werden, die als Begründung oder Anknüpfungspunkte für Ungleichbehandlungen ausgeschlossen werden. Das ist vor der zeitgenössischen Entwicklung im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht zu sehen. Dieses hat im 19. Jahrhundert mit einem allgemeinen Gleichheitssatz auf die Ungleichbehandlungen Schwarzer reagiert und es dem einfachen Recht überlassen, Diskriminierungsverbote vorzusehen. ⁵ Im Dezember 1944 erging die Entscheidung *Korematsu v. United States*,⁶ in der der *Supreme Court* zum ersten Mal einen strengen Prüfungsmaßstab für Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse anwendet:

„It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restric-

1 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 18.

2 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 6.

3 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 29.10.1945, Nr. 1, S. 22; aufgehoben durch Erstes Gesetz zur Aufhebung des Besatzungsrechts v. 30.5.1956 (BGBl. I S. 437).

4 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 78; näher *Rückert*, KritVZ 2001, 245 ff mwN.

5 Siehe § 3 III.

6 *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944).

*tions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.*⁷

Die Entwicklung unterschiedlicher Prüfungsmaßstäbe wurde bereits einige Jahre früher in *Justice Stones* berühmter *Footnote 4* zur Entscheidung *United States v. Caroline Products C.* (1938)⁸ angekündigt. Darin wurde ein „more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment“ bzw. ein „more searching judicial inquiry“ bei solchen Gesetzen angekündigt, die sich gegen rassische Minderheiten oder bestimmte Religionen richten, die Ausübung solcher Grundfreiheiten behindern, die – wie die Meinungsfreiheit – in den ersten 10 Amendments ausdrücklich geschützt werden oder sonst Vorurteile gegen „discrete and insular minorities“ bedienen.⁹ Wendet man den Blick auf die Merkmale in den Akten des Kontrollrats sind die Parallelen zu auffällig, um zufällig zu sein: Rasse und Hautfarbe, Religion, politische Meinungsfreiheit und sonstige Minderheiten wie Anderssprachige oder Ausländer. Einige Landesverfassungen übernahmen sofort die Kataloge der alliierten Rechtsakte.¹⁰ Den Abschluss dieser Entwicklung setzten der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG und die besonderen Gleichheitsgarantien in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG (idF v. 1949), die den allgemeinen Gleichheitssatz konkretisieren und verstärken und dadurch dem Grundrechtsadressaten engste Grenzen setzen.

Die nach 1945 so vehement einsetzende Betonung von Gleichheit im Recht machte vor dem Privatrecht nicht halt. Ich werde die Debatte im Zeitraum von 1945 bis ungefähr 1975 anhand von Texten strukturieren, die die weitere Diskussion über Gleichbehandlungspflichten Privater erheblich prägten und als Meilensteine der Auseinandersetzung anzusehen sind: *Ludwig Raisers* (1904-1980) am 30.11.1946 in Göttingen gehaltene Antrittsvorlesung mit dem programmatischen Titel: „Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht“,¹¹ *Hans Carl Nipperdeys* (1895-1968) im Jahr 1950 publizierter Aufsatz „Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung“,¹² *Günter Dürigs* (1920-1996) 1956 erschienener Festschriftenbeitrag über „Grundrechte und Zivilrechtsprechung“,¹³ *Götz Huecks* (*1927) Habilitationsschrift von 1958 über den „Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht“,¹⁴ und – beispielhaft für eine bestimmte Konzeption von Freiheit und Gleichheit im Recht – *Franz Böhm*s (1895-1977) 1966 gedruckter Beitrag

7 *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. at 216.

8 *U.S. vs. Caroline Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

9 *U.S. vs. Caroline Products Co.*, 304 U.S. 144 at 52-52 n. 4; dazu statt aller *Balkin*, 83 Nw. U. L. Rev. 275 (1989) mwN.

10 Vgl. die Nachweise bei *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 324.

11 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75.

12 *Nipperdey*, RdA 1950, 121.

13 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157.

14 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958; besprochen von *Nipperdey*, RdA 1959, 32 f; *Raiser*, JZ 1959, 421 f.

„Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“,¹⁵ und — stellvertretend für die traditionell freiheitsrechtliche Lösung gleichheitsrechtlicher Probleme — Jürgen Salzwedels 1966 publizierter Beitrag zu „Gleichbehandlungsgrundsatz und Drittwirkung“.¹⁶

1. Gleichbehandlung als überpositiver Rechtsgrundsatz – Ludwig Raiser (1946/48)

Der Beitrag von *Ludwig Raiser* über den Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht¹⁷ ist ein faszinierendes Dokument eines zeitgeschichtlichen Umbruchs und zugleich als dogmatische Stellungnahme noch heute von Bedeutung¹⁸. Im Mittelpunkt steht einmal mehr die richtige Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems im Privatrecht. *Raiser* knüpfte einerseits an die im BGB gefundene Antwort an. Andererseits unternahm er einen genuin privatrechtlichen Ansatz mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der als „überpositiver, unmittelbar aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnder Rechtssatz unser ganzes öffentliches und privates Recht durchwaltet“.¹⁹ Auffällig ist, dass *Raiser* das zweite Gleichheitsproblem²⁰ und die Bedeutung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote *nicht* thematisierte.

Raiser wendete sich ganz konkret gegen die gleichheitsfeindlichen Ansätze der „deutschen Rechtswissenschaft“ der vorangegangenen 12 Jahre und stellte daher das gleichheitsrechtliche Fundament in § 1 BGB an die Spitze seiner Ausführungen.²¹ Zum Programm von Rechtswissenschaft und Praxis in der NS-Zeit zählte nämlich eine grundlegende Neudefinition der Rechtsfähigkeit.²² Ein Ziel des nationalsozialistischen Rechtsdenkens – von einer einheitlichen „Lehre“ oder Methode kann man nicht sprechen²³ – lag gerade darin, das diskriminierungsfeindliche Potential²⁴ der abstrakten Rechtsbegriffe von „Rechtsfähigkeit“ und „Person“ zu beseitigen und durch eine abgestufte und verliehene Rechtsfähigkeit zu ersetzen.²⁵ Die Gleichheit jedes Menschen wurde als Problem des neuen

15 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75.

16 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339 ff.

17 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75.

18 Vgl. dazu zuletzt die genuin rechtsdogmatische Auseinandersetzung damit bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 2, die auf eine historische Kontextualisierung verzichtet.

19 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 90.

20 Zum Gegenstand des zweiten Gleichheitsproblems siehe oben § 2 III 3.

21 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 79 ff.

22 Weiterführend mit Nachweisen *Duwe* in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 15.

23 Dazu vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 169 f; *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2008, 8 ff (jeweils mwN); anders noch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005 (passim).

24 Dazu oben § 2 III 1.

25 Näher *Rüthers*, Ideologie des Nationalsozialismus, in: Säcker, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, 17, 25 ff; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 302 ff.

Rechtsdenkens identifiziert, weil das Streben nach allgemeinen Begriffen und abstrakten Sätzen dem Gleichheitsgedanken geschuldet sei.²⁶ Die allgemeine und gleiche Rechtsfähigkeit aller Menschen galt es zu beseitigen:²⁷ „Jedenfalls ist der abstrakte Begriff „Mensch“ oder „Rechtsperson“ für uns wertlos geworden“;²⁸ schrieb Wolfgang Siebert (1905-1959) und Karl Larenz (1903-1993) benannte den „Gleichheitsgedanken als das weltanschauliche Apriori des abstrakten Personenbegriffs“²⁹ als den zu überwindenden Grund: Er erhebe „das individualistische Individuum der Aufklärung, dieses *Atom der sozialen Welt*“ zum Grundbegriff des Privatrechts³⁰:

„Was über diese Vorstellung [...] der Gleichheit aller Individuen als Personen hinausgeht, also die Zugehörigkeit des Menschen zu seinem Volke, zu einem Stande, einer Religionsgemeinschaft oder einer Familie, überhaupt alles, was ihn zu einer konkreten Persönlichkeit macht, wird bewußt als gleichgültig für die Rechtsfähigkeit angesehen.“³¹

Mit dieser Konzeption von Rechtsfähigkeit, so Larenz, „war bereits entschieden, dass der Unterschied von Volksgenosse und Fremden, von Rechtsgenosse und Nicht-Rechtsgenosse im Privatrecht keine Rolle spielen konnte.“³² Dem stellte er – mit anderen Mitgliedern der Kieler Schule³³ – die These gegenüber, dass man keine Rechte als Individuum, als Mensch schlechthin habe, sondern nur als Glied in einer Volksgemeinschaft.³⁴ Das hatte Konsequenzen:

„Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit „jedes Menschen“ aussprechenden § 1 BGB. an die Spitze einer Rechtsordnung gestellt werden.“³⁵

Die für alle gleich geltende abstrakte Rechtsfähigkeit sollte von einer nach bestimmten Eigenschaften und Fähigkeiten gestuften konkreten Rechtsfähigkeit ab-

26 Michaelis, Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen fremden Rechts, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 9, 55 ff.

27 Vgl. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 323 ff.

28 Siebert, Deutsche Rechtswissenschaft (1) 1936, 23, 28 Anm. 1.

29 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 227.

30 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 241.

31 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 229.

32 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 230.

33 Zur „Kieler Schule“ vgl. näher Eckert, Was war die Kieler Schule?, in: Säcker, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, 37 ff.

34 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 241.

35 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 241; zur normativ gemeinten Bedeutung siehe Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 329 ff.

gelöst werden.³⁶ Die konkreten Ungleichheiten der nationalsozialistischen Gesellschaft sollten sich im Recht widerspiegeln.

Dieses Programm war mit Kriegsende 1945 gescheitert. *Raisers* Aussagen verdeutlichen dies nur noch. Er selbst knüpfte daher unmittelbar an die im 19. Jahrhundert gefundene und ins BGB inkorporierte Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems³⁷ an. Ihr Potential, „jedem die Möglichkeit [zu bieten], durch eigene Initiative gestaltend in den Wirtschaftsablauf einzugreifen“ war 1946/48 wieder zukunftsfähig.³⁸ Zentraler Bestandteil des Gleichheitsgrundsatzes „in der freien Wettbewerbswirtschaft des liberalen Rechtsstaates ebenso wie bei der Bestimmung der allgemeinen Rechtsfähigkeit“ ist nach *Raiser* die formale Gleichheit, „d. h. die Allgemeingültigkeit des Vertragsrechts oder, soziologisch gesehen, die Gleichheit der Chancen aller Teilnehmer am Rechtsverkehr, ohne zugleich eine materiale Gleichheit der Güterverteilung anzustreben.“³⁹ *Raiser* thematisierte den Zusammenhang von Privatautonomie und Ungleichheiten.⁴⁰ Jene würden von der Privatautonomie „wenn nicht geradezu vorausgesetzt oder gefördert, so jedenfalls nicht beseitigt, sondern anerkannt“. ⁴¹ Anders als *Ilka Kauhausen* jüngst behauptet hat,⁴² akzeptierte *Raiser* diese Wechselbeziehung im Ausgangspunkt als „dem Geist unserer Rechtsordnung“ entsprechend.⁴³ Damit ist die Brücke zu den Systemen der Freiheit des frühen 19. Jahrhunderts⁴⁴ wieder hergestellt. Später wird *Raiser* noch deutlicher den um 1800 bereits erkannten Zusammenhang von politischer Freiheit und Privatautonomie hervorheben.⁴⁵ Die Wiederherstellung der vom Nationalsozialismus erschütterten *Kontinuität* ist das Leitmotiv seiner Ausführungen.

Andererseits war es *Raisers* Credo, dass „Begriffe und Figuren [des Zivilrechtlers] der sozialen Wirklichkeit entsprechen“ sollten.⁴⁶ Er war daher der Auffassung, dass es eine genuine Aufgabe des Privatrechts sei, das zweite Freiheitsproblem⁴⁷ oder – wie *Raiser* 1958 formulieren wird – „das dialektische Verhältnis von Freiheit und sozialer Gerechtigkeit“⁴⁸ zu meistern. Das Denken *Raisers* war hier geprägt von einer Einschätzung des 19. Jahrhunderts, wie sie exemplarisch

36 Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Larenz, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 243.

37 Dazu § 2 I 4.

38 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 80.

39 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93.

40 Dazu § 2 III 1.

41 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92.

42 *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 226.

43 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93.

44 Siehe § 2 I 2.

45 *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 66.

46 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75.

47 Dazu § 2 III 3.

48 *Raiser*, JZ 1958, 1, 6.

von *Franz Wieacker* formuliert⁴⁹ wurde.⁵⁰ Danach habe das liberalistische 19. Jahrhundert soziale Forderungen vernachlässigt. Wir wissen mittlerweile, dass die Dinge komplizierter lagen, das soziale Problem im 19. Jahrhundert erkannt war und es staatliche Interventionen gab, mit denen versucht wurde, die Spannungen der „sozialen Frage“ abzumildern.⁵¹ *Raiser* begnügte sich allerdings nicht mit der Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems. Gleiche rechtliche Freiheit, das war auch *für Raiser* der Ausgangspunkt und nicht etwa „der Feind des von ihm befürworteten ‘neuen Gleichbehandlungsgrundsatzes’“ wie jüngst behauptet wurde.⁵² Sein Thema war die Lösung des zweiten Freiheitsproblems.⁵³ Bemerkenswert ist sein Versuch, es gleichheitsrechtlich anzugehen. Gleiche Vertragsfreiheit ermöglicht nur prinzipiell gleichen Freiheitsgenuss. Funktionsvoraussetzung für „die Gerechtigkeit der vertraglichen Ordnung“⁵⁴ sei ein herrschaftsfreier Raum, der von starken wirtschaftlichen Ungleichheiten gefährdet sei.⁵⁵ Damit knüpft *Raiser* unmittelbar an *Franz Böhm*s Begriff der „herrschaftsfreien Sozialordnungen“ von 1933 an.⁵⁶ Sobald es zu solchen „Machtverhältnissen“ komme, sei die Vertragsfreiheit als Ordnungsprinzip hinfällig und werde von dem Gleichbehandlungsgrundsatz als Verteilungsprinzip abgelöst.⁵⁷

Raiser demonstrierte dieses Prinzip am Beispiel von drei Fallgruppen, die mittlerweile zu den klassischen Anwendungsfeldern eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zählen.⁵⁸ (1.) Mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Verbandsrecht knüpfte er an eine bereits in der Weimarer Zeit intensiv geführte Debatte⁵⁹ an.⁶⁰ Dieses Beispiel verdeutlicht zugleich, dass die Diskussion um allgemeine Gleichbehandlungspflichten im deutschen Privatrecht nie versiegt war. Das Leitmotiv ist erneut Kontinuität, dieses Mal zum vor 1933 erreichten Rechtszustand. (2.) *Raiser* sah im allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz auch den eigentlichen Geltungsgrund des vom Reichsarbeitsgericht erstmals 1938 entwickelten⁶¹ arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁶² Das Reichsar-

49 Siehe § 2 III 3.

50 Siehe dazu insbesondere *Raiser*, JZ 1958, 1, 2.

51 Statt vieler *Rückert*, „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, 9 ff.

52 *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 227.

53 Zum Begriff oben § 2 III 3.

54 *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 66.

55 *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 62, 66.

56 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 118 ff; zum Kontext vertiefend *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, 101 ff.

57 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93; ähnlich auch *Raiser*, JZ 1959, 421, 422; zustimmend etwa *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537, 540 f, 544 f.

58 Vgl. dazu eingehend unten § 5.

59 Vgl. dazu nur *Cohn*, AcP 132 (1930), 129 ff.

60 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 81-84.

61 RAG ARS 33, 172.

62 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 84-86.

beitsgericht stützte die Pflicht zur Gleichbehandlung auf das „Gemeinschaftsleben im einzelnen Betrieb, aus der darin wurzelnden gegenseitigen Treu- und Fürsorgepflicht des Betriebsführers“, soweit daraus „bereits konkrete Ordnungen“⁶³ erwachsen seien, mögen sie sich auch nur in einer feststehenden tatsächlichen Handhabung äußern“.⁶⁴ *Raiser* verwarf diesen Begründungsansatz. Daran störte nicht nur die Diktion, die zu deutlich an das „neue Arbeitsrecht“⁶⁵ erinnerte, das mit dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20.1.1934⁶⁶ eingeführt wurde und auf die Grundgedanken von Gemeinschaft, Ehre, Treue und Fürsorge baute.⁶⁷ Der entscheidende Konstruktionsfehler lag nach *Raiser* in der unzulässigen Verengung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, wenn man ihn mit einem bereits existierenden Treueverhältnis verknüpft.⁶⁸ Das Leitmotiv hier ist einerseits Kontinuität zur Zeit vor 1945, weil mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz eine wesentliche Errungenschaft jener Zeit gesichert werden soll, andererseits Neubeginn: Der zu sehr im nationalsozialistischen Denken wurzelnde Bezug zur Treuepflicht oder die Verankerung in „Gemeinschaftsdenken“⁶⁹ wird zugunsten des abstrakten Prinzips der Gleichbehandlung aufgegeben. (3.) Der prinzipiell weite Anwendungsbereich von Gleichbehandlungspflichten war notwendig, weil sich nach *Raiser* Kontrahierungspflichten im Wirtschaftsrecht am Besten über den Gleichbehandlungsgrundsatz erklären lassen.⁷⁰ Unter Rückgriff auf ordoliberales Denken⁷¹ sei der Gleichbehandlungsgrundsatz dort einschlägig, wo der Wettbewerb versage.⁷² Mit dem Erlass des GWB (1957) und dem darin erstmals als „Diskriminierungsverbot“ verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz, konnte sich *Raiser* 10 Jahre später mit Recht bestätigt sehen.⁷³

Schon bald wurde an der Tragfähigkeit des gemeinsamen Erklärungsansatzes aller drei Fallgruppen: der Existenz von Verteilungsmacht, gezweifelt;⁷⁴ nicht ohne Grund, wie wir noch sehen werden.⁷⁵ Zwar hat sich im Rückblick die positive Begründung einzelner Gleichbehandlungspflichten als nicht tragfähig erwiesen.

63 Zur Herkunft des Begriffs siehe *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 277 ff, 379 ff.

64 RAG ARS 33, 172, 176.

65 Dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 381 ff.

66 RGBl. I, S. 45 ff; aufgehoben vom Kontrollratsgesetz Nr. 40 v. 30.11.1946, ABl. Kontrollrat, S. 229.

67 Vgl. *Hueck*, ARS 33 (1938), 179 und zur Betonung des Treuegedankens in Rechtsverhältnissen *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Larenz*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 225, 252 f.

68 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92; noch deutlicher herausgearbeitet in *Raiser*, JZ 1959, 421, 422.

69 Vgl. *Eckert*, Was war die Kieler Schule?, in: *Säcker*, Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, 37, 61.

70 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 86-90.

71 Ausdrücklich genannt werden *Franz Böhm* und *Walter Eucken*, siehe *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93.

72 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 88 f, 93.

73 *Raiser*, JZ 1958, 1, 6 ff.

74 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 25 f, 32; weitere Nachweise bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 2 b).

75 Vgl. dazu § 5 I 3 a) und II 3 b).

Dagegen war *Raisers* mehr postulierte denn begründete Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes, „dem, recht verstanden, subsidiäre Geltung zugeschrieben werden kann“⁷⁶ zukunftsfruchtig: Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird als subsidiäres Rechtsprinzip sichtbar; ein Prinzip dem die Vertragsfreiheit als Verteilungsinstrument nur solange und soweit vorgeht, wie ihre Funktionsvoraussetzungen vorliegen. Von dieser Erkenntnis ist es nur mehr ein kleiner Schritt zur hier untersuchten These, dass Gleichbehandlung der Grundsatz und Privatautonomie ein Rechtfertigungsgrund ist.⁷⁷

Das zweite Gleichheitsproblem⁷⁸ hat *Raiser* 1946/48 noch nicht gesehen. Das verwundert angesichts des zeitgenössischen Hintergrundes seines Beitrags. Das Kontrollratsgesetz Nr. 1 wurde von *Raiser* zwar als Diskriminierungsverbot aufgefasst, aber offensichtlich nicht auf Diskriminierungen Privater bezogen. Von privaten ausgehende Ungleichbehandlungen aus Gründen der Rasse oder wegen einer Gegnerschaft zur NSDAP waren zwischen 1933 und 1945 allerdings weit verbreitet. Die Rechtsprechung rechtfertigte beispielsweise die Kürzung von Ruhegeldansprüchen jüdischer Arbeitnehmer,⁷⁹ deren fristlose Kündigung⁸⁰ oder die fristlose Kündigung wegen einer früheren politischen Betätigung für die KPD⁸¹ über die Generalklauseln des Privatrechts. Liest man Art. II Kontrollratsgesetz Nr. 1 mit dem heutigen Erfahrungshorizont, scheint der Wortlaut auch die Anwendung und Interpretation solcher Rechtsnormen zu erfassen, mit denen private Diskriminierungen rechtlich abgesichert wurden:

„No German enactment ... shall be applied judicially ... in any instance where such application would cause ... inequality ... by discriminating against any person by reason of his race, nationality, religious beliefs, or opposition to the [NSDAP]“.

Ob man die Norm auch 1945 so verstehen konnte, muss hier dahingestellt bleiben.⁸² Noch in einem zweiten Punkt hat *Raiser* das von ihm sonst so hellsehtig beschriebene revolutionäre Potential des Gleichheitssatzes nicht thematisiert. Der Gleichheitssatz sei auf „[s]oziale Gruppen, deren Glieder durch ein wesenhaft sittliches, die menschliche Persönlichkeit als Ganzes forderndes und formendes Verhältnis miteinander verbunden sind“, nicht anzuwenden.⁸³ Darunter fällt auch die Ehe, obwohl *Raiser* sie nicht beispielhaft aufzählt. Es war gerade das sittliche Element, mit dem die Nichtgeltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

76 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92.

77 Dazu unten § 7; anders dagegen *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 1 c), nach dem *Raiser* den Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit postulierte.

78 Dazu § 2 III 3.

79 Dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 226 ff.

80 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 243 ff.

81 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 238.

82 Unergiebig dazu auch *Etzel*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), 1992, 82.

83 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 91.

im 19. Jahrhundert noch gerechtfertigt wurde.⁸⁴ Vielleicht war die Gleichbehandlung der Ehefrau aus *Raisers* Sicht in den Jahren 1946/48 nicht drängend genug. Vielleicht wurde er aber selbst Opfer der von seinem Text hellsehtig erkannten „unbewussten“ Einschränkung des Gleichheitssatzes.⁸⁵ Im Ergebnis bedurfte es der ausdrücklichen Anordnung der Gleichbehandlung im GG und einer gleichheitsfreundlichen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts,⁸⁶ um *Raiser* die familienrechtliche Bedeutung des (verfassungsrechtlichen) Gleichheitssatzes vor Augen zu führen.⁸⁷

Raiser sah im Gleichbehandlungsgrundsatz letztlich einen überpositiven, aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnden Rechtssatz, dessen Voraussetzungen, Grenzen und Rechtsfolgen im Privatrecht noch herauszuarbeiten seien.⁸⁸ Der Text ist insoweit auch ein Beispiel der sog. „Naturrechtsrenaissance“⁸⁹ nach 1945;⁹⁰ einer Wiederkehr nicht-positiver Rechtsbegründung. Die Forderung nach Gleichheit und Gleichbehandlung ist ein zentrales Thema der Rechtsphilosophie nach 1945.⁹¹ Manche der gedanklichen Verbindungslinien dieser Naturrechtsrenaissance reichen gerade auch in die Zeit vor 1945 zurück.⁹² Auch insoweit besteht in *Raisers* Text eine Spannung zwischen Kontinuität zum Denken vor 1933, zwischen 1933 und 1945 und Neuaufbruch. Die Einordnung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als ein Gebot des objektiven Rechts und die Skepsis gegenüber einem subjektiven Recht auf Gleichbehandlung stehen der *Kieler Schule*⁹³ weniger fern als es *Raiser* im Text einräumt.⁹⁴ Andererseits ging es ihm gerade nicht um die dort so prominente Gemeinschaftsideologie, sondern lediglich darum, das jeweils sinnvollste Instrumentarium gegen eine Ungleichbehandlung zu finden, das aus seiner Sicht nicht zwingend in der Gleichbehandlung des Benachteiligten bestehen musste.⁹⁵ *Raisers* Hervorhebung der Vertragsfreiheit als primäres Verteilungsinstrument und als Mittel zur „Achtung vor dem Wirkungskreis der Einzelpersonlichkeit“⁹⁶ steht zudem in deutlichem Gegensatz zu Konzeptionen von Vertragsfreiheit als Werkzeug zur Verwirklichung von Gemein-

84 Siehe § 2 II 2.

85 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 78.

86 Dazu § 2 II 2 c).

87 *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 162, 174 f.

88 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 90.

89 Zum Begriff *Kaufmann*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2004, 26, 81 mwN; zur historischen Einordnung zuletzt *Herbe*, Hermann Weinkauff (1894-1981), 2008, 111 ff.

90 Vgl. die zeitgenössische Einschätzung von *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537.

91 Vgl. etwa *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 28 ff mit der Betonung von Gerechtigkeit und Gleichheit als Grundwerte.

92 Vertiefend *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2008.

93 Vgl. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 340 ff.

94 Vgl. *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 94 f.

95 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 95 f.

96 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 101.

schaftszielen im Nationalsozialismus.⁹⁷ Soweit zu den Kontinuitäten und ihren Grenzen.

Den Neuaufbruch in *Raisers* Text sehe ich in seinem politischen Grundthema. Zwei Beispiele dafür, die gerade für das Anliegen meiner Arbeit von besonderer Bedeutung sind:

*„Vielmehr steckt in der Gleichheitsforderung deutlich ein alle Positivierungen transzendierender, in seiner Radikalität revolutionärer Kern, dem mit der Rolle der Sicherung und Entfaltung bestehender Sozial- und Wirtschaftsverfassungen nicht Genüge getan ist, der vielmehr das Rechtsgewissen aus allen solchen einmal befestigten Positionen immer wieder hinaustreibt auf die Suche nach der eigentlichen, vollkommenen, überweltlichen Gerechtigkeit.“*⁹⁸

Denkt man sich das – 1946/48 noch verständliche – Pathos des letzten Halbsatzes weg, sieht man, dass *Raiser* das zentrale Thema der modernen politischen Philosophie seit *John Rawls* vorwegnahm: Die elementare Bedeutung des Gleichheitssatzes, bestehende soziale Strukturen mit Rechtfertigungspflichten zu belegen, um sie so hinterfragen und – möglicherweise – ändern zu können.⁹⁹ Diese politische Funktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht unterstrich *Raiser*, indem er die jeweils zeitgebundene Interpretation des Gleichheitssatzes hervorhob:

*„Offenbar ist es also die Funktion des Gleichheitssatzes und seiner bewußten oder unbewußten Einschränkungen, jeweils ein bestimmtes Verhältnis gesellschaftlicher Schichtung und Zusammenordnung, einen Zustand sozialer Verfassung sei es zu sichern, sei es herbeizuführen.“*¹⁰⁰

Damit umriss *Raiser* das zentrale Problem von Gleichbehandlungspflichten Privater: Wie sollen wir die Beziehungen der Privatrechtsakteure in der Gesellschaft untereinander organisieren: nur freiheitsrechtlich oder auch gleichheitsrechtlich? Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes bot sich in Art. 3 GG der Gleichheitsgrundsatz als Verfassungsprinzip an, diese Frage im Privatrecht zugunsten der Gleichheit zu lösen. Die grundlegende Berechtigung, Reichweite und Grenzen verfassungsrechtlich garantierter Gleichheit wird zum wichtigsten Aspekt des zweiten Gleichheitsproblems im Privatrecht.

2. Drittwirkung des Gleichheitsgrundrechts

Die Diskussion des Verhältnisses von Verfassung und Privatrecht beginnt nicht erst 1949. Sie lässt sich bis ins frühe 18. Jahrhundert nachvollziehen, wenngleich sie dort gerade unter umgekehrten Vorzeichen – *Dieter Grimm* spricht plastisch

97 Dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 360 ff.

98 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 99 f.

99 Dazu näher unten § 7 IV.

100 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 78.

von der „Privatrechtsakzessorietät der Grundrechte“ – geführt wurde.¹⁰¹ Anklänge an Drittwirkungslehren finden sich auch in der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit.¹⁰² Eine umfassende Debatte der Grundrechtswirkungen im Privatrecht entsteht jedoch erst mit dem GG¹⁰³ und dauert bis in die Gegenwart an. Zwischenzeitlich hat sich die Diskussion auf das Unionsrecht ausgeweitet. Hier möchte ich mich auf die erste Phase der Debatte konzentrieren, die von 1949 bis Mitte der 1970er Jahre dauerte und inhaltlich mit dem Begriff der „Drittwirkung der Grundrechte“¹⁰⁴ verbunden ist.¹⁰⁵

a) Das Lüth-Urteil (1958)

Das erste Jahrzehnt der Geltung des Grundgesetzes endete mit einem Paukenschlag: dem *Lüth-Urteil* (1958) des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰⁶ *Erich Lüth* (1902-1989), der Vorsitzende des Hamburger Presseklubs und engagiert in zahlreichen Projekten deutsch-jüdischer Versöhnung,¹⁰⁷ rief in einer Ansprache vor Filmverleihern und Filmproduzenten und in einem offenen Brief zum Boykott des unpolitischen Films *Unsterbliche Geliebte* von *Veit Harlan* (1899-1964) auf, weil dieser am Drehbuch des antisemitischen Propagandafilms¹⁰⁸ *Jud Süß* (1940) mitgewirkt und dabei Regie geführt hatte.¹⁰⁹ Die Produzentin des neuen Films sah darin eine sittenwidrige Aufforderung zum Boykott und erwirkte gegen *Lüth* ein auf §§ 1004, 826 BGB gestütztes Unterlassungsurteil.¹¹⁰ Dagegen erhob *Lüth* erfolgreich Verfassungsbeschwerde.¹¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hob die Verurteilung auf, weil das LG Hamburg die „Ausstrahlungswirkung“¹¹² von Art. 5 Abs. 1 GG unzutreffend beurteilt hatte.¹¹³ Die folgenden Ausführungen begrün-

101 Näher *Grimm*, Recht und Staat, in: *Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 192 ff; *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, in: *Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 11, 27 ff; vgl. auch oben § 2 I 3.

102 Vgl. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 52 ff, dessen Einschätzung den tatsächlichen Stand der Debatte allerdings verzerrt, vgl. *Stern* in: *Stern, Staatsrecht*, Bd. III/1, 1517 f.

103 *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 10.

104 Zum Begriff und zu Alternativen siehe *Stern* in: *Stern, Staatsrecht*, Bd. III/1, 1513; *Papier* in: *Merten/Papier, Handbuch Grundrechte*, § 55 Rn. 1.

105 Ich folge hier der Einteilung von *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 10 ff.

106 Dazu im Überblick *Fiedler*, BVerfGE 7, 198 – Lüth, in: *Menzel, Verfassungsrechtsprechung*, 2000, 97 ff.

107 BVerfGE 7, 198, 218, näher zum Leben *Lüths* bei *Kretschmann*, Schuld und Sühne, in: *Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 47 ff.

108 Dazu *Schmauder*, Propaganda im Film *Jud Süß*, in: *Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 79 ff.

109 BVerfGE 7, 198, 199.

110 BVerfGE 7, 198, 200 f.

111 Zur Verfahrensgeschichte und zum Kontext siehe *Riedlinger*, Vom Boykottaufruf zur Verfassungsbeschwerde, in: *Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 147 ff; die Entscheidungen der Zivilgerichte sind abgedruckt in *Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 457 ff.

112 BVerfGE 7, 198, 207.

113 BVerfGE 7, 198, 212 ff.

den die fortdauernde Bedeutung des Urteils für die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik im Allgemeinen und dem Verhältnis von Grundrechten und Privatrechtsordnung im Besonderen:

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. [...] Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“¹¹⁴

Mit *Lüth* wurde die objektive Dimension der Grundrechte „entdeckt“.¹¹⁵ Rein begrifflich steckt in der Formel der *objektiven Wertordnung* auch Kontinuität mit Debatten vor 1933, genauer: der Position *Rudolf Smends* (1882-1975).¹¹⁶ Im Ergebnis handelt es sich dabei mehr um Assoziationen, um Ähnlichkeiten in den Formulierungen, mit denen aber ein 1949 vom Grundgesetz selbst gesetzter Bedeutungswandel einhergeht.¹¹⁷ Der Wertbegriff des Bundesverfassungsgerichts lässt sich auch nicht auf die für rechtliche Wertungen ungeeignete¹¹⁸ materiale Wertphilosophie¹¹⁹ *Max Schelers* (1874-1928) und *Nicolai Hartmanns* (1882-1950) reduzieren.¹²⁰ Das Gericht benutzte mit der Formel der Wertordnung einen im Zeitgeist¹²¹ liegenden Begriff ohne sich auf bestimmte philosophische Konzeptionen festzulegen. Die Formel von der Wertordnung war einerseits das Transportmittel, um die neue Dimension der Grundrechte einzuführen und abzusichern.¹²² Andererseits erfolgte damit eine Rückbindung des Richters an im Grundgesetz positivierte Wertungen. Insoweit richtete sich die Entscheidung

114 BVerfGE 7, 198, 205 (Hervorhebungen hinzugefügt und Zitate weggelassen).

115 Die Literatur dazu ist mittlerweile unüberschaubar und zwingt zur konzentrierten Auswahl: *Böckenförde*, *Der Staat* 29 (1990), 1 ff; *Grimm*, *Zukunft der Verfassung*, in: *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, 221 ff; *Dreier*, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993; *Wahl* in: *Merten/Papier*, *Handbuch Grundrechte*, Rn. 1 ff.

116 Dazu statt vieler *Ruppert*, *Geschlossene Wertordnung*, in: *Henne/Riedlinger*, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 326, 331 ff mwN.

117 Näher *Dreier*, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, 13 ff; *Ruppert*, *Geschlossene Wertordnung*, in: *Henne/Riedlinger*, *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2005, 326, 345 ff.

118 Zur Grundsatzkritik objektiven Wertdenkens siehe *Podlech*, *AöR* 95 (1970), 185, 204 ff; *Böckenförde*, *Kritik der Wertbegründung*, in: *Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, 67, 81 ff; zur notwendigen Differenzierung von intuitionistischen Werttheorien und intersubjektiv nachprüfbar Prinzipien siehe *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 125 ff.

119 Eine transparente Schilderung dieser Positionen findet sich bei *Podlech*, *AöR* 95 (1970), 185, 202 ff.

120 Näher *Jarass*, *AöR* 110 (1985), 363, 367 f; *Dreier*, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, 17 ff.

121 Vgl. *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung*, 2001, 7.

122 *Wahl* in: *Merten/Papier*, *Handbuch Grundrechte*, § 19 Rn. 10.

auch gegen rein naturrechtliche Argumentationslinien,¹²³ wie sie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter seinem in jener Zeit dezidiert naturrechtlich argumentierenden Präsidenten *Hermann Weinkauff* (1894-1981)¹²⁴ zu finden waren. Den Begriff der „Wertordnung“ hat das Gericht schon bald aufgegeben. Bereits das *Lüth*-Urteil verwendete die Begriffe „objektive Wertordnung“ und „objektive Normen“ synonym. Mittlerweile spricht man von der „objektiven Dimension“ der Grundrechte, von den Grundrechten als „Elementen objektiver Ordnung“ oder von Grundrechten als „objektive Grundsatznormen“.¹²⁵ Das genuin Neue und bis heute Fortwirkende des *Lüth*-Urteils, ist die darin enthaltene Fundamentaltheorie über die Wirkung von Grundrechten in der Gesellschaft: „[D]ie Wiedergeburt der Rechtsordnung aus dem Geist der Grundrechte“¹²⁶ macht nicht nur den Staat, sondern auch die Gesellschaft zum Regelungsgegenstand der Verfassung.¹²⁷ Grundrechte wurden in *Lüth* als elementare Ordnungsprinzipien für das politische und das soziale Leben konzipiert, sie sind „weder öffentliches noch privates, sondern ‘überdachendes’ Verfassungsrecht, eben Grund-Recht“.¹²⁸ *Horst Dreier* hat das „grundstürzende Novum“ der Entscheidung in „zwei einfachen Aussagen“ zusammengefasst:

- „1. Die Bedeutung der Grundrechte geht nicht in ihrer subjektiven, auf direkte Staatsabwehr gerichteten Dimension auf.
2. Grundrechte beanspruchen prinzipielle (aber nicht überall identische) Geltung in allen Rechtsbereichen; einen grundrechtsfreien Rechtsraum kann es demnach nicht geben.“¹²⁹

Alle weiteren Probleme der Grundrechtsdogmatik – gerade auch der Grundrechtswirkung in privatrechtlichen Beziehungen¹³⁰ – sind darin angelegt, von der „Ausstrahlungswirkung“, über die „Drittwirkung“ hin zu staatlichen Handlungsaufträgen und den Schutzpflichten.¹³¹ Der von 1949 bis in die 1980er Jahre hinein geführte Streit um nur mittelbare oder auch unmittelbare Drittwirkung relativiert sich vor dem Hintergrund des gemeinsamen Verständnisses einer objektiven Wirkung der Grundrechte erheblich.¹³² Das Bundesverfassungsgericht nahm

123 Näher *Henne*, Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim BVerfG, in: Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 197, 218.

124 Zu *Weinkauffs* Beitrag zur Naturrechtsdiskussion siehe *Herbe*, Hermann Weinkauff (1894-1981), 2008, 121 ff; zu den praktischen Auswirkungen am BGH dort, S. 198 ff.

125 *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 367 ff; *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 23 f; *Wahl* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 19 Rn. 9 (jeweils mwN).

126 *Wahl* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 19 Rn. 1.

127 *Casper*, ZRP 2002, 214, 216.

128 *Müller*, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, 1961, 164.

129 *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 12.

130 Speziell dazu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 63 ff.

131 *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 8; *Wahl* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 19 Rn. 5.

132 *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 10, vgl. auch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 f. Zu den daraus zu ziehenden Konsequenzen siehe unten § 8 IV 2.

1958 nicht abschließend zu der Streitfrage Stellung;¹³³ in der Sache sprach es sich allerdings gegen eine unmittelbare Drittwirkung aus:

„Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt. Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.“¹³⁴

Aus dem Entscheidungsvotum zu *Lüth* ergibt sich, dass zu den „literarischen Gesprächspartnern“ des Gerichts zwei wichtige Protagonisten der 50er Jahre zählten: *Hans Carl Nipperdey* und *Günter Dürig*.¹³⁵ Auf sie möchte ich näher eingehen, weil sie beide ihre Positionen gerade mit Blick auf die Auswirkungen von Gleichheitsrechten im Privatrecht entwickelten und begründeten und damit die Diskussion bis heute prägen.

b) Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Hans Carl Nipperdey (1950)

Auslöser der Drittwirkungsdebatte waren die Diskriminierungsverbote im Allgemeinen und speziell das Gleichberechtigungsgebot in Art. 3 Abs. 2 GG.¹³⁶ Entstehungsgeschichte¹³⁷ und zeitgenössische Dogmatik¹³⁸ ließen den Schluss zu, darin die rechtliche Grundlage für die politische Forderung nach gleichem Lohn für gleiche Leistung zu sehen.¹³⁹ Fraglich war, ob das Grundrecht die Tarifvertragsparteien und den einzelnen Arbeitgeber unmittelbar verpflichtet und damit als Grundrecht auch nicht-staatliche Akteure trifft.¹⁴⁰ In der Sache ging es um das zweite Gleichheitsproblem:¹⁴¹ Obwohl Frauen gleiche Arbeit wie Männer leisteten, wurden sie nach Einzel- oder Tarifverträgen regelmäßig schlechter bezahlt, weil der „wirtschaftliche Wert der Frauenarbeit“ niedriger als der von „Männer-

133 BVerfGE 7, 198, 204.

134 BVerfGE 7, 198, 205 f.

135 Vgl. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1, 5, der als Richter am BVerfG das Privileg hatte, das nicht öffentlich zugängliche Votum (dazu Henne, Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim BVerfG, in: Henne/Riedlinger, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 19 ff) einzusehen.

136 Sacksofsky, Gleichberechtigung, 1996, 118.

137 Vgl. 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 207.

138 Vgl. die Nachweise bei Sacksofsky, Gleichberechtigung, 1996, 117.

139 Vgl. BAGE 1, 258.

140 Ohne weiteres Problembewusstsein bejaht von Eberhard, RdA 1949, 125, 126, Mitglied des Parlamentarischen Rates.

141 Dazu oben § 2 III 3.

arbeit“ veranschlagt wurde.¹⁴² Deutschland stand 1949 vor einem ganz ähnlichen Problem wie die U.S.A. nach 1865, lediglich die Bezugsparameter wechselten: Wie kann in einer von sexistischen Stereotypen geprägten Gesellschaft, die Beteiligung des *Anderen* – der Frau – als Gleicher erreicht werden? Das Recht stand erneut vor der Herausforderung des zweiten Gleichheitsproblems: Soll es sich zur Ungleichbehandlung in seiner Umwelt indifferent verhalten oder muss es intervenieren? Genügt der Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit oder bedarf es der zusätzlichen Implementierung von Gleichbehandlungspflichten Privater, um das Versprechen gleicher Freiheit zu verwirklichen? Wenn man das in Art. 3 Abs. 2 GG enthaltene Prinzip für die weit überwiegende Anzahl der in der Privatwirtschaft tätigen Frauen tatsächlich verwirklichen wollte, war seine unmittelbare Anwendung auf Tarifvertragsparteien und Arbeitnehmer ein naheliegender Schritt. Ihn gemacht zu haben ist das Verdienst von *Hans Carl Nipperdey*.¹⁴³ Er bejahte die unmittelbare Anwendbarkeit erstmals 1949,¹⁴⁴ ausführlicher dann für alle Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG ein Jahr später:¹⁴⁵

„Die Durchsetzung grundrechtlicher Bestimmungen, also der Norm höchsten Grades, ist nur dann voll gewährleistet, wenn nicht nur gesetzliche Körperschaften [...], sondern auch die einzelnen Rechtsgenossen, die Staatsbürger an sie gebunden sind. Die Verfassung ist die Lebensordnung eines Volkes. Sie erwartet mit Recht, daß sich jedermann voll auf den Boden ihrer grundlegenden, für das Gemeinschaftsleben bestimmenden Sätze stellt und ihnen auch in seinen privatrechtlichen Beziehung Rechnung trägt. [...] Das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts [ist] in eine Reihe gestellt mit anderen grundlegenden Verboten [...], bei denen sich jeder hüten sollte, sie als Sätze anzusehen, die den einzelnen nicht berühren!“¹⁴⁶

Ein Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote führte danach zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts; schuldhaftes Verletzen zum Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB (sonstiges Recht).¹⁴⁷ Diesen Gedanken griff *Gustav Boehmer* (1881-1969) wenig später für das Erbrecht auf und stellte die Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung fest, die jemand wegen der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale benachteiligt oder bevorzugt.¹⁴⁸ Nach der von *Nipperdey* vorgelegten Konzeption ist der Gleichheitssatz aber nicht isoliert zu sehen. Ausgangspunkt war seine Auffassung einer „*Gesamtentscheidung für die privatrechtliche Gleichbehandlung der am Wirtschaftsleben Beteiligten* i.S. eines Willkürverbots

142 Vgl. BAGE 1, 258.

143 Weiterführend jetzt zu Leben und Werk *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 13 ff.

144 *Nipperdey*, RdA 1949, 214, 216.

145 *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 124 ff.

146 *Nipperdey*, RdA 1950, 124.

147 *Ennecus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 95.

148 *Boehmer*, Erbrecht, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 401, 422; ihm iE folgend *Lübnow*, Erbrecht, 1. Halbbd., 1971, 309.

und der unsachlichen Differenzierung“.¹⁴⁹ Notwendig sei eine „sorgfältige Abwägung“ zwischen dem Gleichheitssatz und der in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit, insbesondere der Vertragsfreiheit.¹⁵⁰ Außerhalb des Arbeitsrechts spreche „die Vermutung im Zweifel für die Freiheit.“ Ein Verstoß gegen Art. 3 GG liege „in der Regel nur vor, wenn die Sonderbehandlung innerhalb einer durch gleiche Interessen zusammengehaltenen Gruppe willkürlich oder gerade wegen und ohne jeden vernünftigen Grund¹⁵¹ nur wegen einer der in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Gründe erfolgt“.¹⁵² *Nipperdey* sprach hier von einer „rule of reason“.¹⁵³ Daher verstieß eine Kündigung eines Arbeitnehmers, der KPD-Mitglied war, nicht gegen Art. 3 Abs. 3 GG, weil ihm – so das Bundesarbeitsgericht unter seinem Präsidenten *Nipperdey* in der grundlegenden Entscheidung zur unmittelbaren Drittwirkung 1954 – nicht wegen seiner Mitgliedschaft sondern wegen seines betriebsstörenden Verhaltens gekündigt wurde.¹⁵⁴ *Nipperdey* verstand die unmittelbare Drittwirkung bzw. „absolute Wirkung“ bestimmter Grundrechte als eine „normative Regelung der gesamten Rechtsordnung [...], aus der auch unmittelbar subjektive private Rechte des Einzelnen fließen.“¹⁵⁵ Das Grundgesetz wurde so zum „Allgemeinen Teil“ der Rechtsordnung und damit auch des Privatrechts.¹⁵⁶

Das war 1949 für *Nipperdey* nicht neu. Der Rückgriff auf die Verfassung als Spitze der Normenhierarchie lässt sich bereits in seinen Arbeiten vor 1933 nachweisen.¹⁵⁷ Es war ein Element seines methodischen Programms, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zu ermöglichen, das Recht auf gewandelte gesellschaftliche Verhältnisse anzupassen, indem es für die „Wertungen und Interessenabwägungen des Normensystems“¹⁵⁸ – Prinzipiennormen – geöffnet wurde.¹⁵⁹ Dieser methodische Zugriff ermöglichte *Nipperdey* Kontinuität: Sein Konzept, Auslegung und Rechtsfindung über positivisierte Prinzipiennormen zu steuern, war in der NS-Zeit¹⁶⁰ genauso einsetzbar wie in der jungen Bundesrepublik.¹⁶¹ Die enor-

149 *Nipperdey*, RdA 1959, 32, 33.

150 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

151 Vernünftig wäre etwa die Einsetzung eines männlichen Nachkommen als Erbe eines Bauerngutes, weil sie auf sachlichen Erwägungen beruhe und nicht wegen des Geschlechts erfolge, vgl. *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 127.

152 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

153 *Nipperdey*, FS Molitor, 1962, 32; so bereits BAGE 1, 185.

154 BAGE 1, 185.

155 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 93 ff (Zitat auf S. 95).

156 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 212 f; dort, S. 199 ff, auch eine dogmatisch-rechtshistorische Analyse der Begründungsschritte *Nipperdeys*.

157 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 153 ff.

158 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 322.

159 Vertiefend *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 162 ff.

160 Dazu *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 168 ff, insbesondere S. 175 f.

161 *Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Acham/Nörr/Schefold, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 113, 125 f; *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 223 f.

me inhaltliche Flexibilität des Systems bei struktureller Kontinuität war nur möglich, weil das Steuerungselement austauschbar war: Weimarer Reichsverfassung, NS-Rechtsideologie und GG.¹⁶² Inhaltlich erlaubte dieser Ansatz eine Effektivierung der Grundrechte. *Nipperdey* durchbrach damit „die Eindimensionalität des Grundrechtsverständnisses“ und lieferte eine Begründung dafür, dass die Grundrechte überhaupt Privatrechtswirkung entfalten.¹⁶³ Das muss man vor dem Hintergrund eines komplexen Freiheitsverständnisses und der Idee umfassender Freiheitssicherung durch Grundrechte in Staat und Gesellschaft sehen.¹⁶⁴ *Rückert* kritisiert an *Nipperdeys* Konzeption den fehlenden Freiheitsvorrang: Er räume der „Einordnung des einzelnen in die Gemeinschaft überhaupt“¹⁶⁵ Vorrang ein und konstruiere Freiheit nur aus ihren sozialen Bezügen.¹⁶⁶ Sein Schüler *Thorsten Hollstein* kommt zu differenzierenden Ergebnissen.¹⁶⁷ Er weist nach, dass man die Grundrechtsbindung Privater im Zusammenhang mit *Nipperdeys* Auffassung der „Wirtschaftsverfassung“¹⁶⁸ insgesamt und dem Versuch der institutionellen Verankerung der sozialen Marktwirtschaft im GG¹⁶⁹ sehen muss.¹⁷⁰ Wie schon *Böhm* und *Raiser* vor ihm, sah *Nipperdey* gerade im Verhalten Privater eine Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsfreiheit und begründete daraus das Kartellverbot.¹⁷¹ In deutlichem Unterschied zu seiner Position vor 1933,¹⁷² plädierte er für den Vorrang der Wettbewerbsfreiheit vor der Vertragsfreiheit:

„Vertragsfreiheit bedeutet schließlich wirkliche Freiheit beider Teile, nicht Zwang und Druck des Stärkeren gegen den Schwächeren, nicht Ausbeutung wirklicher Überlegenheit.“¹⁷³

Die Betonung der „wirklichen Freiheit“ geht von der Freiheit des Einzelnen aus. Diese verknüpft *Nipperdey* aufs engste mit der Würde des Menschen, die – posi-

162 Siehe *Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Acham/Nörr/Schefold, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 113, 126 f, 143.

163 *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1552 f.

164 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 215.

165 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 83.

166 *Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Acham/Nörr/Schefold, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 113, 125 f.

167 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 279 f, 286 ff.

168 Zu den zeitgenössischen Interpretationsansätzen vgl. *Nörr*, Im Wechselbad der Interpretationen, in: Acham/Nörr/Schefold, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 358, 365 ff.

169 Vgl. dazu *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 86 ff; zur zeitgenössischen Reaktion darauf siehe *Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV, 1962, 301 ff.

170 Zum Folgenden *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 260 ff.

171 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 91; vgl. auch *Nipperdey*, DRZ 1950, 193 f.

172 Siehe *Nipperdey*, VerhDJT 35 (1928), 741 ff und dazu *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, 71 ff; *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 245 ff). Er selbst spricht „von der Zeit vor 1930“ (*Nipperdey*, DRZ 1950, 193, 193), was den Tatsachen nicht ganz entspricht, vgl. *Nörr*, Im Wechselbad der Interpretationen, in: Acham/Nörr/Schefold, Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, 1998, 358, 370 Fn. 57.

173 *Nipperdey*, DRZ 1950, 193, 198.

tivrechtlich in Art. 1 Abs. 1 GG verankert¹⁷⁴ – Grundlage der Gesamtrechtsordnung und damit auch des Privatrechts sei:¹⁷⁵

*„In der Rechtsordnung ist die Menschenwürde dann verwirklicht, wenn sie dem Menschen eine Sphäre sichert, in der er als selbstständiges und sittlich selbst verantwortliches Wesen wirken kann, in der er weder dem Machtanspruch eines anderen Menschen unterworfen, noch zum bloßen Mittel von Gemeinschaftszwecken gemacht wird, sondern freier selbstverantwortlicher Mensch ist. Darum ist Freiheit das höchste Gut, das weltliche Gerechtigkeit dem Menschen zuteilen kann.“*¹⁷⁶

Es ist dann selbstverständlich, dass „das bürgerliche Recht, wie das Privatrecht überhaupt auf der Würde und der Freiheit der Entfaltung der Einzelpersönlichkeit“ beruht.¹⁷⁷ *Nipperdey* erkannte das rechtstheoretische und –methodische Potential der Grundrechte. Während *Helmut Coing* (1912–2000) gerade wegen der 1947 noch nicht erfolgten Positivierung von Wertvorstellungen gezwungen war, die „obersten Grundsätze des Rechts“¹⁷⁸ naturrechtlich neu zu begründen¹⁷⁹, und sie als ewig gültige Rechtsprinzipien aus der *sittlichen* Wertordnung abzuleiten,¹⁸⁰ konnte *Nipperdey* ab 1949 inhaltlich weitgehend identische¹⁸¹ materiale Wertvorstellungen in den Grundrechten verankern: Naturrecht und materiale Wertethiken spielten von nun an (fast) keine Rolle mehr, die Grundwerte und „obersten Rechtsprinzipien“¹⁸² waren in den Grundrechten positiviert und diese mutierten nach *Nipperdey* zugleich zu privatrechtlichen Prinzipien:¹⁸³ Art. 1 Abs. 1 GG sei „ein materielles Hauptgrundrecht“ und „eine verbindliche Wertentscheidung für die gesamte Rechtsordnung“, Art. 2 Abs. 1 GG „das Hauptfreiheitsrecht des Grundrechtskatalogs“,¹⁸⁴ der „eine grundsätzliche Vermutung für die Freiheit, die *praesumptio pro libertate* enthält“¹⁸⁵. Insoweit folgte er im Grundsatz *Coing*, der 1947 ebenfalls vom Vorrang der Freiheit ausging.¹⁸⁶ Inner-

174 Zur Begründung näher *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 278 f; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 94 f.

175 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 78.

176 *Nipperdey*, Die Würde des Menschen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 1, 9.

177 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 75.

178 *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 54 ff.

179 Anders als der fehlerhaft gedruckte Untertitel („Neugründung“) kund tat, strebte *Coing* eine „Neubegründung“ an, siehe *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 37 Fn. 32.

180 Näher zu Inhalt, Kontext und zur Wirkungsgeschichte *Mohnhaupt*, Zur „Neugründung“ des Naturrechts nach 1945, in: Schröder/Simon, Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952, 2001, 97 ff; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 29 ff (auf S. 45 ff auch zur Relativierung des *Coing'schen* Ansatzes als „schwaches Naturrecht“).

181 Vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 186 f.

182 *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, passim.

183 Zum Ganzen vertiefend *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 91 ff.

184 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 98.

185 *Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV, 1962, 741, 760.

186 *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 64 ff (dazu *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 30 f); zum Einfluss auf *Nipperdey* vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 186 f; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 93.

halb der Freiheit ordnete er deren unterschiedliche Ausprägungen hierarchisch: An der Spitze stand die Wettbewerbsfreiheit, in der er das entscheidende Grundprinzip der Wirtschaftsverfassung sah, weil sie für das Funktionieren der Marktwirtschaft unerlässlich und daher gegenüber wettbewerbsfremden Bindungen zu sichern sei.¹⁸⁷ Schrankenlose Privatautonomie musste dahinter zum Schutz der Freiheit des Einzelnen zurücktreten.¹⁸⁸ Daher konnte die Vermutung für die Freiheit im Arbeitsrecht nicht gelten, weil „die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers aufgrund der wirtschaftlichen Überlegenheit des Arbeitgebers in der Regel praktisch nur formal besteht.“¹⁸⁹ Er knüpfte – wie *Raiser* – ganz generell an wirtschaftliche oder sonstige Machtpositionen an, deren Beseitigung im Interesse der Freiheit Aufgabe der unmittelbaren Grundrechtsgeltung sei. Anders als jener, versuchte er das daraus folgende zweite Freiheitsproblem freiheitsrechtlich zu lösen, weil er von den Polen „frei“ und „sozial“ ausging:¹⁹⁰

*„Hier besteht nun eine fiktive Gleichheitslage, die insbesondere auf der Vorstellung beruht, die Freiheit der Willensentschließung bei Eingehung von Verpflichtungen reiche aus, den einzelnen vor unzumutbaren Beschränkungen seiner Freiheit zu sichern. [...] Man faßt die Vertragsfreiheit formal, aber nicht real, nicht sozial auf. Diese Betrachtungsweise verkennt die soziale Wirklichkeit, die häufig genug den sozial Unterlegenen in Abhängigkeiten zwingt, die nicht den Grundvorstellungen der Verfassung entsprechen.“*¹⁹¹

Dass es *Nipperdey* um die individuelle Freiheit ging, wird an anderer Stelle deutlich:

*„Aus dem engen Zusammenhang zwischen grundsätzlicher Freiheit und ihrer Begrenzung durch eine angemessene Regelung des Gebrauchs dieser Freiheit ergibt sich, daß der Staat verpflichtet ist, um dieser Freiheit willen den sozial und wirtschaftlich Schwächeren zu schützen. Dadurch tritt im Ergebnis eine Beschränkung der absoluten Freiheit der anderen ein.“*¹⁹²

Dabei handelt es sich aber um die Ausnahme vom Prinzip:

*„Dieser Schutzzweck der Grundrechte entfällt jedoch bei völliger oder jedenfalls annähernder rechtlicher und tatsächlicher Gleichheitslage (realer Koordination) der Vertragspartner. Dann können Privatautonomie und Vertragsfreiheit ihre Wirkung als Freiheitsnorm im echten Sinne entfalten.“*¹⁹³

187 *Ennecus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 91.

188 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 296 ff; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 158 f.

189 *Ennecus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

190 Vgl. oben § 2 III 3.

191 *Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Neumann/Nipperdey*, Die Grundrechte, Bd. IV, 1962, 741, 753.

192 *Ennecus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 83 f (Hervorhebung hinzugefügt).

193 *Nipperdey*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Neumann/Nipperdey*, Die Grundrechte, Bd. IV, 1962, 741, 753.

Freiheit als Regel, als Prinzip, und soziale Korrekturen daran, wenn diese zur Freiheitssicherung und Freiheitsentfaltung des Anderen notwendig und verfassungsrechtlich geboten waren;¹⁹⁴ so lässt sich *Nipperdeys* Antwort auf das zweite Freiheitsproblem¹⁹⁵ prägnant zusammenfassen. Das erlaubte ihm zugleich die Berücksichtigung des zweiten Gleichheitsproblems:¹⁹⁶ Bestehen – wie im Arbeitsrecht – Machtungleichgewichte, sei bei willkürlicher Entscheidung Art. 3 Abs. 1 GG einschlägig. Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers trete dahinter zurück, weil ihr kein Äquivalent auf Seiten des Arbeitnehmers gegenüberstehe. Im Übrigen gelte die Vermutung für die Freiheit, die nur dann widerlegt werde, wenn gerade wegen der in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genannten Kriterien sachfremd unterschieden wird.

c) Grundrechte und Zivilrechtsprechung – Günter Dürig (1956)

Die These der unmittelbaren Anwendung der Grundrechte löste in den folgenden Jahren eine breite Diskussion zur Grundrechtswirkung im Privatrecht aus.¹⁹⁷ Am Anfang wurde das „Ob“ der Grundrechtswirkung in der Literatur vielfach überhaupt verneint.¹⁹⁸ Von den Bundesgerichten folgte anfangs auch der Bundesgerichtshof *Nipperdey*.¹⁹⁹ Hervorzuheben ist die *Leserbriefentscheidung*, in der das Gericht das allgemeine Persönlichkeitsrecht unmittelbar aus dem GG ableitete.²⁰⁰ Letztlich war es aber nur das Bundesarbeitsgericht, das seinem Präsidenten treu blieb,²⁰¹ bis es 1984 die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung aufgab²⁰². Prominentester Verteidiger der Thesen *Nipperdeys* – gerade auch zur unmittelbaren Wirkung des Gleichheitssatzes – war *Walter Leisner* mit seiner 1960 erschienenen Habilitationsschrift „Grundrechte und Privatrecht“.²⁰³ Den nachhaltigsten Gegenentwurf zu *Nipperdeys* absoluter Wirkung legte *Günter Dürig* 1956 vor.

Erster Ausgangspunkt seiner Thesen war die – vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffene²⁰⁴ und später auch von *Nipperdey* geteilte²⁰⁵ – Erkenntnis, dass bei-

194 *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 304; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 107.

195 Dazu oben § 2 III 3.

196 Siehe *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

197 Statt aller *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1518 ff.

198 Vgl. die Diskussion und Nachweise bei *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 310 ff sowie bei *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1530.

199 Siehe *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 199 f mwN.

200 BGHZ 13, 334, 338 – *Leserbrief*; ausholender die Begründung in BGHZ 24, 72, 76 f.

201 Grundlegend BAGE 1, 185; weitere Nachweise bei *Stern* in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1532 Fn. 119; *Hager*, JZ 1994, 373 Fn. 4.

202 BAGE 47, 363.

203 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 358 f, 385.

204 BVerfGE 7, 198, 220.

205 *Ennercus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 97, anders noch *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 125, wo er die Grundrechtsbindung Privater aus einem „Erst-recht-Schluß“ aus Art. 1 Abs. 3 GG abzuleiten versucht hatte.

de Privatrechtssubjekte gleichberechtigte Grundrechtsträger sind.²⁰⁶ Der grundrechtlich gewährte Schutz eines Beteiligten ist zwangsläufig eine Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheiten des anderen Beteiligten. Zweitens plädierte *Dürig* „für die zivilrechtlich fraglos nötige Beachtung des Art. 1 I als des obersten Konstitutionsprinzips unserer Rechtsordnung“.²⁰⁷

„Art. 1 I [...] zwingt den Staat auch dazu, seine Gesamtrechtsordnung (vor allem also das Privatrecht) so auszugestalten, dass auch von außerstaatlichen Kräften eine Verletzung der Menschenwürde nicht möglich ist.“²⁰⁸

Daher leitete er aus Art. 1 Abs. 1 GG eine „staatliche [...] Schutzpflicht [ab], die [...] vor allem der Privatrechtsprechung anvertraut ist.“²⁰⁹ *Dürig* war sich also mit *Nipperdey* in der Sache einig, dass sich Grundrechtsnormen auf die Bürger-Bürger-Relation auswirken;²¹⁰ das Bundesverfassungsgericht folgte ihnen in der *Lüth*-Entscheidung. Umstritten war zwischen ihnen, wie und in welchem Umfang sie das tun. Gestritten wurde – und wird immer noch – über ein *Konstruktionsproblem* und über ein *Kollisionsproblem*.²¹¹ Für *Dürig* stand das Kollisionsproblem im Vordergrund. Er war der Auffassung, dass es „nicht zuletzt die Menschenwürde ausmacht“,²¹² das Recht zu haben, „über individuelle Lebensbeziehungen zu anderen rechtlich autonom disponieren zu dürfen.“²¹³ In der Bürger-Bürger-Relation sei „die ‘absolute Wirkung’ der Grundrechte durch ein Grundrecht zugunsten der Individualautonomie und der Eigenverantwortung relativiert“;²¹⁴

„Im Ausgangspunkt macht das Grundgesetz also eben gerade durch seine ‘Aufwertung’ der aus der Menschenwürde fließenden Freiheit und durch seine primäre Entscheidung zugunsten dieser persönlichen Freiheit unbezweifelbar, daß mit dieser Freiheit auch jene Freiheit als rechtlich sanktioniert zulässig ist, unter seinesgleichen von Gleichheitsforderungen und speziellen Erscheinungsformen der Freiheit keinen Gebrauch machen zu müssen und das rechtliche Miteinander auch gestalten zu können ohne Rücksicht auf Ge- und Verbote, die den dem Individuum gegenüber handelnden Staat trafen.“²¹⁵

Es sind gerade die Gleichbehandlungspflichten Privater, die *Dürig* ins Zentrum seiner Argumentation stellte. Der privatrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und das verfassungsrechtliche Gleichheitsrecht haben zwar dieselbe Wertfundie-

206 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157 f.; *Dürig*, DÖV 1958, 194, 196 f.

207 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 163, vgl. auch *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 123 f.

208 *Dürig*, AöR 81 (1956), 117.

209 *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 123.

210 Zu den gemeinsamen Prämissen vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 204 f.

211 Treffend die Analyse bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 480.

212 *Dürig*, AöR 81 (1956), 117, 124.

213 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 176.

214 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 176.

215 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 159 (Hervorhebungen im Original).

rung, aber nicht dieselbe Wertrealisierung, weil der Private selbst Grundrechtsträger ist.²¹⁶

„Soll jeder Privatmann in seinen persönlichen oder geschäftlichen Dispositionen an den Gleichheitssatz gebunden sein, dürfte eigentlich kein Gastwirt mehr verdienen als der andere. [...] Mit dieser schneidigen Drittwirkungsthese walzt man über Art. 3 das Privatrecht insgesamt platt.“²¹⁷

Das hatte allerdings nie jemand behauptet. Die beiden namhaftesten Vertreter der angeblich so „schneidigen Drittwirkungsthese“, *Nipperdey*²¹⁸ und *Leisner*²¹⁹, wiesen beide auf die Möglichkeit des Privaten hin, zu differenzieren, soweit nur ein *sachlicher* Grund vorlag und sich die Ungleichbehandlung nicht in der Diskriminierung aufgrund der verbotenen Merkmale erschöpfte. Der von *Dürig* so vehement verteidigten „Präponderanz der Freiheit“²²⁰ drohte gerade von *Nipperdey* keine Gefahr. *Dürigs* Interpretation der Auswirkungen des Gleichheitssatzes im Privatrecht wurden gleichwohl zum Vorbild. Fragt man heute nach dem Verhältnis von Gleichheitssatz und Privatautonomie bekommt man immer Variationen dieses Satzes zu hören:²²¹

„Eine allgemeine Bindung der Bürger an Gleichbehandlungsgebote für ihr Verhalten untereinander liegt dem GG ersichtlich nicht zu Grunde, denn sie würde die grundrechtlichen Freiheiten aufheben. Der Staat, der den Bürgern mit den Grundrechten Freiheiten gibt, kann diese nicht durch Gleichbehandlungsgebote wieder zurücknehmen.“²²²

Weniger durchsetzungsstark hat sich *Dürigs* Argumentation speziell gegen die unmittelbare Anwendung der Diskriminierungsgebote erwiesen:

„Es gibt nach wie vor eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit, sich ungleich behandeln zu lassen, ohne dass Art. 3 GG entgegensteht (Schulfall: das den einen Gatten benachteiligende Gütervertragsrecht – trotz Art. 3 II). [...] Es gibt nach wie vor eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit, andere ungleich behandeln zu dürfen (Schulfall: Schenkungen und letztwillige Verfügungen nur zugunsten von Glaubensgenossen, nur zugunsten von männlichen Abkömmlingen usw. – trotz Art. 3 II und III).“²²³

Dagegen differenzierte *Leisner* auch bei den Diskriminierungsverboten nach der Bedeutung des Merkmals für den Vertragsinhalt: Dienstpersonal sollte man sich nach konfessionellen Gesichtspunkten auswählen können, weil es um „eine enge häusliche Gemeinschaft“ gehe, während die Weigerung einer Großfirma, einen Juden, Protestanten oder Angehörigen einer bestimmten Partei einzustellen, von

216 *Dürig*, DÖV 1958, 194, 197.

217 *Dürig* in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Abs. 1 Rn. 507.

218 *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 103.

219 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 358 f.

220 *Dürig* in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Rn. 507.

221 Vgl. statt aller *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 175 f.

222 *Rüfner* in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 193; ähnlich *Boysen* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 50.

223 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160.

Art. 3 Abs. 3 GG verboten sein müsse.²²⁴ In der Sache unterschied *Leisner* hier schon ganz modern zwischen Privatsphäre und Öffentlichkeitsbezug.²²⁵ Heute differenziert man noch weiter.²²⁶

Das *Judenbeispiel* wurde für *Dürig* zum Testfall: *Boehmer* begründete die Anwendung des Art. 3 Abs. 3 GG mit dem Beispiel der testamentarischen Enterbung einer Tochter für den Fall ihrer Verheiratung mit einem Juden.²²⁷ Diesen *Kollisionsfall* musste *Dürig* zugunsten der Menschenwürde lösen.²²⁸ Das Gegenteil, die rechtliche Absicherung einer privatrechtlichen Diskriminierung von Juden, war im Deutschland der 1950er Jahre ausgeschlossen. Damit stellte sich das *Konstruktionsproblem*. *Dürig* entschied sich – bereits existierende Ansätze ausbauend²²⁹ – für eine privatrechtliche Lösung: Der grundrechtliche Problemfall führt zur privatrechtlichen Sanktion, wenn und soweit privatrechtliche Normen diese vorsehen. Fehlen ausdrückliche Schutznormen im Privatrecht, „sind seine *wertausfüllungsbedürftigen und wertausfüllungsfähigen Generalklauseln*“ die „*normativen Mittel* zur Abwehr von Angriffen aus der Drittrichtung“.²³⁰ An anderer Stelle bezeichnete er diese Normen als „Einbruchsstellen der Grundrechte in das Zivilrecht“.²³¹ Methodische Kontinuität auch hier: Die Eignung der Generalklauseln des BGB, zu „Einbruchsstellen“ und „Einfallstoren“ neuen Rechtsdenkens zu werden, hatte sich in der Zeit von 1933-1945 erneut herausgestellt.²³² Was *Rüthers* mit Blick darauf schreibt, lässt sich unverändert auf die Zeit nach 1949 übertragen:

„Dem Verlangen [nach der vollen Durchsetzung in das überkommene Normgebäude hinein] kommen die Generalklauseln mit ihren Verweisungen auf die jeweils in der Gesellschaft geltenden Wertvorstellungen als taugliches Instrument einer Umwertung des Zivilrechts nach der neuen Wertvorstellung entgegen.“²³³

Daher kann nach 1949 etwas „sittenwidrig (geworden) sein, was es früher nicht war“.²³⁴ Damit war ganz konkret die Judendiskriminierung gemeint.²³⁵ Jedenfalls das Ergebnis stimmte:

224 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 359.

225 Siehe dazu § 8 III 3.

226 Siehe dazu zunächst nur *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 f.

227 *Boehmer*, Erbrecht, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 401, 422. Interessanterweise liegt eine Diskriminierung im Dreiecksverhältnis vor; dazu unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

228 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160.

229 Dazu *Stern* in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1543 f.

230 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 176.

231 *Dürig*, Freizügigkeit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, 1954, 507, 525; zustimmend BVerfGE 7, 198, 206.

232 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 261 ff.

233 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 264.

234 *Dürig*, DÖV 1958, 194, 196.

235 Siehe *Dürig*, DÖV 1958, 194, 196.

*„Das von Boehmer genannte Testament wäre deshalb als nichtig zu behandeln, weil es nach heutiger und gerade an der Verfassung geschärften Wertauffassung gegen § 138 BGB verstößt.“*²³⁶

Die Privatautonomie und die Testierfreiheit können letztlich also doch eingeschränkt werden, zwar nicht direkt über Art. 3 Abs. 3 GG, aber über den Umweg über § 138 BGB:²³⁷

*„Art. 3 liefert – allerdings unabdingbare – Wertmaßstäbe für die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln und konstituiert auf diesem Umweg gegebenenfalls neue konkrete Nichtigkeitsgründe.“*²³⁸

Damit, so *Dürig* werde die „Eigengesetzlichkeit des Privatrechts“²³⁹ erhalten, weil man das Privatrecht vor der Übernahme von Verfassungsrechtssätzen mit zwingender, nicht erst von Privatrecht nach eigenen Sachgesetzen mediatisierender Wirkung bewahre.²⁴⁰ Er als Verfassungsrechtler müsse „das Zivilrecht vom Selbstmord schützen“.²⁴¹ Das war flott formuliert, vielleicht auch, um die radikalen Auswirkungen seines eigenen Zugriffs auf das traditionelle Verständnis des Zivilrechts aus dem Scheinwerferlicht zu holen. Dort, wo das privatrechtliche Schutzsystem „Lücken“ aufweist, war *Dürig* letztlich zur unmittelbaren Anwendung der Grundrechte zur Verwirklichung der in ihnen angelegten Werte bereit.²⁴² Die Grundrechte geben das Ziel vor, das Privatrecht reduziert sich darauf, zwischen geeigneten Modalitäten der Zielerreichung auszuwählen.²⁴³ *Paul Mikat*, selbst ein Vertreter der „mittelbaren Drittwirkung“,²⁴⁴ stellte genau diesen Zusammenhang wieder ins Licht:

*„Denn wenn im Grundgesetz enthaltene Grundrechte die Privatautonomie beschränken, dann wirken sie nicht nur auf die Handlungsfreiheit des einzelnen Bürgers ein, sondern erfassen das Privatrechtssystem als solches, ja können eine Veränderung dieses Systems herbeiführen, wobei gleichgültig bleibt, ob man von einer unmittelbaren oder mittelbaren Einwirkung der Grundrechte ausgeht.“*²⁴⁵

Obwohl Art. 3 Abs. 3 GG „Geschlecht“ und Rasse als Diskriminierungsmerkmale enthält, differenzierte *Dürig* im Rahmen der von § 138 Abs. 1 BGB notwendigen Abwägung. Nichtig sei nur „die testamentarische Enterbung für den Fall der Verheiratung mit einem ‘Nichtarier’“,²⁴⁶ während der Erblasser durchaus männ-

236 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 160 Fn. 5.

237 Das betont *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 319.

238 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 160 Fn. 5.

239 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 169.

240 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 183.

241 *Dürig*, DÖV 1958, 194, 196.

242 Siehe *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 10.

243 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 179 ff.

244 Siehe *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 587 ff.

245 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 582.

246 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 179.

liche Abkömmlinge begünstigen dürfe,²⁴⁷ wobei es dem Arbeitgeber verboten sei, Frauen *allein* wegen ihrer Fraueneigenschaft ungleich zu behandeln.²⁴⁸ Das kann man sich nur damit erklären, dass „eine grundrechtliche Wertvorstellung nicht allein schon dadurch zum Inhalt der guten Sitten [wird], weil sie im Grundgesetz verankert ist.“²⁴⁹ Nicht jedes in Art. 3 Abs. 3 GG genannte Merkmal sollte also zu der von *Dürig* plastisch beschriebenen „Wertakzentuierung und Wertverschärfung“²⁵⁰ führen. Das machte es notwendig, weitere Wertmaßstäbe zu bilden.²⁵¹ Hier zeigt sich die problematische Elastizität der mittelbaren Drittwirkungskonstruktion: § 138 BGB stellt auf die guten Sitten ab. Als wertausfüllungsbedürftige Klausel muss sie grundrechtskonform ausgelegt werden. Allerdings genügte *Dürig* nicht jede grundrechtliche Wertvorstellung. Daher wurde der Richter letztlich auf Wertvorstellungen *außerhalb* der Grundrechte verwiesen. Im unmittelbaren Vergleich band *Nipperdey* den Richter daher strenger.²⁵² Wie aber sind diese Wertmaßstäbe außerhalb des Grundgesetzes zu gewinnen? Wie kann man als Rechtsanwender konsistent zwischen den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen differenzieren? *Mikat* schlug vor, auf das „Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit“ abzustellen. Bezüglich der Rasse sei „das öffentliche Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft nach aller Verirrung unserer jüngsten Vergangenheit so ‘allergisch’ [...], daß es kein Individualverhalten, das aus solchem Grunde eine Diskriminierung vollzieht, mit den guten Sitten vereinbar sein läßt“.²⁵³ Das gelte nicht nur für „die jüdische Rasse“, sondern für alle Rassen, weil sich nach 1945 „die Überzeugung von der Gleichheit aller Menschen“ durchgesetzt habe.²⁵⁴ Eine ähnliche Sonderrolle konzidierte *Mikat* noch der Religion, mit dem übrigens erstaunlich modernen Hinweis, dass in jeder Ungleichbehandlung zugleich ein Eingriff in das Freiheitsrecht des Betroffenen liegt.²⁵⁵ Im Übrigen aber missbilligte das zeitgenössische Rechtsbewusstsein „jedenfalls nicht generell“ alle Differenzierungen nach Art. 3 Abs. 3 GG.²⁵⁶ Genau in diesem Defizit sah das Bundesverfassungsgericht 1953 allerdings die Erklärung der besonderen Diskriminierungsverbote:

„Offenbar hat [der Verfassungsgeber] angenommen, die allgemeine Überzeugung von der Unzulässigkeit solcher Differenzierungen sei noch nicht so gefestigt, daß sie durch die Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 GG allein wirksam ausgeschlossen würden. Die politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund

247 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 160.

248 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 179.

249 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 591.

250 *Dürig*, FS Nawiaskey, 1956, 157, 179.

251 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 591.

252 Zutreffend *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 318.

253 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 597.

254 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 597 f.

255 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 598 f.

256 *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 596.

*für Differenzierungen im Recht abgeben – worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind –, ist damit verfassungskräftig verneint.*²⁵⁷

Gegen methodisch problematische Abstufungen von Diskriminierungsmerkmalen wandte sich *Georg Thielmann*. Er sprach sich gegen eine Beschränkung der Diskriminierungsverbote auf den Katalog des Art. 3 Abs. 3 GG aus und wollte jede Ungleichbehandlung erfassen.²⁵⁸ Der von *Dürig* und *Mikat* aufgestellten Behauptung, es bliebe dann von der Testierfreiheit nichts mehr übrig,²⁵⁹ stellte er die These gegenüber, dass die Ungleichbehandlung nur dann sittenwidrig sei, wenn sie vom Erblasser sachwidrig eingesetzt werde und dass die Testierfreiheit unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen sei.²⁶⁰ Es ist aus meiner Sicht kein Zufall, dass *Thielmann* seine Thesen 1973 veröffentlichte: Die Neubewertung von Diskriminierungsverboten kündigte sich bereits an.²⁶¹

3. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Zivilrecht – Götz Hueck (1958)

Die Aufgabe des Privatrechtlers Ende der 1950er, Anfang der 1960er Jahre sah *Franz Bydlinski* 1960 zutreffend darin, „das Verhältnis zwischen der unbestreitbar bestehenden Privatautonomie und den ebenso zweifellos bestehenden Gleichbehandlungspflichten zwischen Privaten zu klären.“²⁶² Daran, dass es diese Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht gab, bestand spätestens seit *Raisers* viel rezipierten Beitrag von 1948²⁶³ kein Zweifel mehr.²⁶⁴ *Götz Hueck* hat die „Hauptfälle privatrechtlicher Gleichbehandlung“ 1958 umfassend untersucht,²⁶⁵ *Bydlinski* hat sie kurz darauf in das österreichische Recht „übersetzt“²⁶⁶. Die damals als Gleichbehandlungsfälle konzipierten Fallgruppen haben sich als erstaunlich zukunftssträftig erwiesen:²⁶⁷ der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht,²⁶⁸ Gleichbehandlungspflichten im Verbandsrecht,²⁶⁹ der allgemeine

257 BVerfGE 3, 225, 240.

258 *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 1973, 302-305.

259 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 169; *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 594.

260 *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 1973, 307-310.

261 Dazu gleich unten § 4 II.

262 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 8 f.

263 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75.

264 Vgl. *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 140: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist zweifellos auch im Zivilrecht mächtig.“

265 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 22 ff.

266 Vgl. *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 8.

267 Dazu eingehend unten § 5.

268 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 84-86; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 58-73, 350-364; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 14 ff, 26 ff, 50 ff.

269 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 81-84; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 35-58; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 13 f, 20 ff.

Kontrahierungszwang,²⁷⁰ Gleichbehandlung der Gläubiger in der Insolvenz²⁷¹ und bei teilweiser Unmöglichkeit beschränkter Gattungsschulden²⁷² sowie die Ausgleichsfälle bei Personenmehrheiten²⁷³.

Unproblematisch waren die Gleichbehandlungspflichten, die im positiven Recht ausdrücklich vorgesehen waren. „Die eigentliche Problematik des Gleichheitssatzes im Privatrecht liegt jedoch dort, wo sich dieses Prinzip ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage durchzusetzen sucht.“²⁷⁴ Die Begründungsfrage wurde zum beherrschenden Thema. Götz Hueck trat an, sie einheitlich für alle Fallgruppen zu lösen. Seine Untersuchung wird von zwei Prämissen geleitet, die 1958 – dem Jahr der *Lüth*-Entscheidung! – den anschlussfähigen Stand der Wissenschaft markierten: (1.) An *Raisers* Vorschlag eines überpositiven, aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnden Rechtssatzes konnte man nicht mehr anknüpfen. Götz Hueck und *Bydlinski* formulierten das Problem als inhaltliche Kritik: Der Ansatz könne nicht erklären, warum Gleichbehandlung nur manchmal gelte und sonst Vertragsfreiheit herrsche.²⁷⁵ Das verwischt den entscheidenden Gesichtspunkt: Die Begründung von Gleichbehandlungspflichten auf der Grundlage überpositiver Rechtsgrundsätze war 1958 nicht mehr zeitgemäß. Überpositive Gerechtigkeitsprinzipien trafen auf eine Privatautonomie, die ihrerseits fest im positiven Recht verankert wurde: unstreitig im BGB,²⁷⁶ und – nach Ansicht vieler, insbesondere von *Nipperdey*²⁷⁷ und *Dürig*²⁷⁸ – auch im Verfassungsrecht.²⁷⁹ Gleichbehandlungspflichten außerhalb des positiven Rechts waren damit methodisch nicht mehr durchsetzbar. Notwendig wurde eine induktive Begründung von Gleichbehandlungspflichten.²⁸⁰ (2.) *Nipperdeys* naheliegender Ausweg, die verfassungsrechtlich gesicherte Privatautonomie mit den unmittelbar wirkenden Gleichheitssätzen zu begrenzen,²⁸¹ hatte sich Götz Hueck versperrt. Er brachte die als Prinzip²⁸² und im positiven Recht verankerte Privatautonomie mit der –

270 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 86-90; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 77-81; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 12 f, 43.

271 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 80; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 73-76, 137 f; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 11.

272 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 76 f, 138-76 f, 145; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 12, jeweils unter Verweis auf RGZ 84, 125, 128-130.

273 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 23-34, 128-133; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 9 ff; zurückhaltender *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 80.

274 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 13.

275 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 107; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 19 f.

276 *Raiser*, JZ 1958, 1 f; *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 141 ff.

277 *Ennecus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1959, 98 f.

278 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 158 ff.

279 Dagegen, aber aus jeweils ganz unterschiedlichen Ausgangspositionen, *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 136 ff und *Raiser*, JZ 1958, 1, 4 ff.

280 Zutreffend gesehen von *Nipperdey*, RdA 1959, 32.

281 Dazu oben § 4 I 2 b).

282 Zum schwankenden Grund der Prinzipienbegründung jener Jahre siehe *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 107 ff.

regelmäßig nicht ausdrücklich zitierten – Argumentation *Dürigs*²⁸³ gegen einen aus der Verfassung abgeleiteten Gleichbehandlungsgrundsatz in Stellung²⁸⁴:

*„Die privatrechtliche Gestaltungsfreiheit würde durch ein das ganze Privatrecht erfassendes Gleichbehandlungsgebot fast völlig beseitigt. Eine Generalklausel dieses Inhalts würde in ihrer letzten Konsequenz einen Bruch mit den hergebrachten Grundprinzipien des Privatrechts bedeuten.“*²⁸⁵

Ganz ähnlich *Franz Bydlinski*:

*„Privatautonomie bedeutet ja gerade die Anerkennung des subjektiven Willens, als der Willkür der Beteiligten als eines ausreichenden Grundes für die Rechtsfolgen. Der Gleichheitsgrundsatz bedeutet die Ablehnung der Willkür. Beides kann begrifflich für einen und denselben Rechtsbereich nicht nebeneinander gelten.“*²⁸⁶

Auf Art. 3 Abs. 1 GG konnte und wollte man sich also nicht unmittelbar stützen.²⁸⁷ Dennoch ging von ihm eine faszinierende Wirkung aus, gerade weil er die überpositive Gleichheitsidee positivrechtlich verankerte.²⁸⁸ An diesem positivistischen Glanz wollte *Hueck* partizipieren:

*„Der öffentlich-rechtliche Gleichheitssatz und die privatrechtliche Gleichbehandlung [sind] auf dieselbe Grundidee zurückzuführen, die ihrerseits unmittelbar im Gerechtigkeitsbegriff verwurzelt ist. Es handelt sich somit um zwei Erscheinungen desselben übergeordneten Prinzips, das in Art. 3 GG seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat [...]“*²⁸⁹

Liegen also zwei getrennte Prinzipien vor, die beide auf einer gemeinsamen Quelle beruhen? Der Sog des positivrechtlichen Gleichheitssatzes war stärker: *Götz Hueck* betonte die Bedeutung von Art. 3 GG als allgemeinen Rechtsgrundsatz und folgert daraus, dass „der Gleichheitssatz des Art. 3 GG auch als Grundlage der Gleichbehandlung im Privatrecht anzuerkennen“²⁹⁰ sei:

*„Der privatrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz stellt sich in diesem Zusammenhang als spezielle Anwendungsform des allgemeinen Gleichheitssatzes in einem besonderen Rechtsgebiet, dem Privatrecht, dar.“*²⁹¹

Also doch nicht zwei getrennte Prinzipien, sondern ein Abhängigkeitsverhältnis? Art. 3 GG war der Grund für die „Geltung und Rechtsverbindlichkeit des Gleichbehandlungsprinzips im allgemeinen“.²⁹² Weil er aber nicht unmittelbar im Privatrecht gelten durfte, war *Götz Hueck* gezwungen, diese Aussage sofort wieder einzuschränken: Obwohl „das privatrechtliche Gleichbehandlungsprinzip auf

283 Dazu oben § 4 I c).

284 *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 140.

285 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 99.

286 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 19.

287 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 98 f.

288 Zu diesem Zusammenhang bereits *Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, 35, 60.

289 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 96.

290 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97.

291 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97.

292 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97.

den in Art. 3 GG verkörpertten allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückgeführt werden kann“ ergäben sich daraus weder „die eigentliche Rechtsgrundlage der Gleichbehandlung im Privatrecht, noch die besonderen Elemente, die im einzelnen für ihre Geltung maßgeblich“ seien.²⁹³ Geltungsgrund sei zwar die Wirkung von Art. 3 GG als allgemeiner Rechtsgrundsatz, daraus ergäben sich aber keine konkreten Folgerungen für das Privatrecht.²⁹⁴ Das konnte nach Götz Hueck nur ein spezifisch zivilrechtlicher Gleichbehandlungsbegriff leisten. Ob er damit tatsächlich „dem Grundsatz selbst seine Eigenständigkeit im Zivilrecht zurückerobert“ hat, wie Raiser glaubte,²⁹⁵ halte ich für zweifelhaft. Inhaltlich übernahm Götz Hueck nämlich zwei zentrale Elemente des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes: das Willkürverbot²⁹⁶ und die Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in ihrer Bedeutung als Begründungsverbote²⁹⁷. Nipperdey wies daher mit Recht darauf hin, dass bei diesem Thema an einer „Stellungnahme zur privatrechtlichen Wirkung der Grundrechte und damit insbesondere des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht vorbeizukommen ist.“²⁹⁸ Götz Hueck konstruierte den Gleichbehandlungsgrundsatz „als Verbot willkürlicher, d.h. sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierungen“.²⁹⁹

*„Durch die Verwendung des Willkürbegriffs wird nämlich ein, allerdings noch ausfüllungsbedürftiger Maßstab für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Differenzierungen geschaffen. Es wird damit ein Element der Abwägung eingeführt, das die Entscheidung über Wert und Unwert, sachliche Berechtigung oder Unsachlichkeit der im Einzelfall vorgenommenen unterschiedlichen Behandlung im Hinblick auf die ihr zugrundeliegende Differenzierungsmerkmale ermöglicht.“*³⁰⁰

Dieser genuin verfassungsrechtliche Ansatz erlaubte ihm die notwendige Flexibilität, weil die Differenzierungen, die sachlich gerechtfertigt und solche, die willkürlich seien, nicht ein für allemal feststünden.³⁰¹ Er sicherte zugleich die Bedeutung der Diskriminierungsverbote der Art. 3 Abs. 2 und 3 GG für das Privatrecht, weil die Anknüpfung an diese Differenzierungsverbote eine ungleiche Behandlung nicht rechtfertigen können³⁰² und ermöglichte eine im Ansatz moderne Differenzierung nach privater und öffentlicher Sphäre:

„Die Möglichkeit, Unterschiede zwischen den Beteiligten durch verschiedene Behandlung zu berücksichtigen, nimmt ferner auch zu, je enger die persönliche Bindung innerhalb des zur Gleichbehandlung führenden Rechtsverhältnisses ist. Denn je mehr das persönliche

293 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 98.

294 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97.

295 Raiser, JZ 1959, 421.

296 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 177 ff.

297 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 100 ff.

298 Nipperdey, RdA 1959, 32, 33.

299 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 180.

300 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 182.

301 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 183.

302 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 104 f.

*Element in den Vordergrund tritt, umso stärker kann und muss auf die Eigenarten und damit auf die in ihren Personen begründeten Verschiedenheiten Rücksicht genommen werden.*³⁰³

Der Grundgedanke, dass Gleichbehandlungspflichten in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis zu persönlich geprägten Beziehungen stehen, ist zutreffend, die Begründung dafür noch nicht ganz überzeugend: Es geht um den Schutz der Freiheitssphäre des zur Gleichbehandlung Verpflichteten in seiner Privatsphäre, die in der Abwägung den Ausschlag geben muss.³⁰⁴

Zwei Punkte sind noch zu klären: Worin sah Götz Hueck die „eigentliche Rechtsgrundlage“ aller Gleichbehandlungsfälle, wenn es Art. 3 GG nicht sein konnte? Und wie verhielten sich Gleichbehandlung und Privatautonomie in seiner Konzeption?

Den gemeinsamen Rechtsgrund glaubte Götz Hueck in der vorhandenen Gemeinschaftsbindung der gleich zu behandelnden Personen festmachen zu können.³⁰⁵ Gleichbehandlung sei stets Folge einer bestehenden Gemeinschaftsbindung, niemals ihre Voraussetzung;³⁰⁶

„[Die] Verknüpfung von Gemeinschaftsbindung und Gleichbehandlung berechtigt zu dem Schluß, daß das Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses das [...] wichtigste Merkmal ist, bei dessen Vorliegen der aus dem Gerechtigkeitsgedanken abgeleitete Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen den Charakter eines rechtlichen Gebots annimmt.“³⁰⁷

Das überzeugte schon die Zeitgenossen nicht.³⁰⁸ Zwei der wichtigsten Fallgruppen, der allgemeine Kontrahierungszwang und das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB aF und Art. 86 EWG aF konnte Götz Hueck damit nicht erklären und musste dafür eine Ausnahmekategorie entwickeln: Es handle sich um privatrechtliche Auswirkungen staatlicher Maßnahmen zur Wirtschaftslenkung.³⁰⁹ Dagegen betonte Nipperdey den entscheidenden Aspekt dieser Gleichbehandlungsregelungen: Sie sichern „die Freiheit des Wettbewerbs und damit die Gleichheit der Wettbewerbschancen aller“ gegenüber privaten Wettbewerbsbeeinträchtigungen.³¹⁰ Der Überzeugungsgehalt einer Gleichbehandlungskonzeption, die diesen zentralen Gesichtspunkt im Verhältnis von Freiheit und Gleichheit nicht berücksichtigt, steht auf tönernen Füßen.³¹¹ Auch im Übrigen stieß Hueck

303 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 187.

304 Näher unten § 8 III 3.

305 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 151 ff.

306 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 152.

307 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 153.

308 Nipperdey, RdA 1959, 32, 33; Raiser, JZ 1959, 421, 622; Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 33 ff; aus heutiger Perspektive statt vieler Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 3 b) mwN.

309 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 166.

310 Nipperdey, RdA 1959, 32, 33.

311 Vgl. daher unten § 5 IV.

auf Kritik. Er musste den Begriff der Gemeinschaftsbindung sehr ausweiten, um alle von ihm genannten Fälle, insbesondere die *par condicio creditorum* in der Insolvenz oder der Teilunmöglichkeit beschränkter Gattungsschulden darunter fassen zu können.³¹² *Bydlinski* wies auf die Tautologie hin: weil die Gläubiger in diesen Fällen gleich zu behandeln sind, schafft das Recht eine Gemeinschaft.³¹³ Anders als von *Hueck*, im Anschluss an das Reichsgericht³¹⁴, behauptet wurde, ist Gleichbehandlung in vielen Fällen Voraussetzung der erst dadurch gebildeten Gemeinschaft.³¹⁵ Dass man in diesen Fällen nicht von einer „Interessengemeinschaft“ der Gläubiger sprechen kann, weil ihre Interessen „von vornherein nicht gemeinschaftlich, sondern so gegensätzlich wie nur möglich“ sind, hatte 1928 bereits *Hans Otto de Boor* (1886-1956) dargelegt.³¹⁶ Das gegen diese empirische Argumentation gerichtete normative Argument *Huecks* („Verwerflichkeit einer solchen Einstellung“³¹⁷) musste scheitern. Es unterstellte eine gleiche tatsächliche Befriedigungschance der Gläubiger, wo in Wirklichkeit ihre jeweiligen Erfüllungsaussichten ganz unterschiedlich sind.³¹⁸ *Bydlinski* zog daraus die Konsequenzen und wollte die Hoffnung auf eine einheitliche positive Begründung der Gleichbehandlungsfälle endgültig aufgeben.³¹⁹ Stattdessen wäre zu fragen, warum überhaupt Gleichbehandlung an die Stelle der Privatautonomie treten sollte.³²⁰ Damit kehrte man zur Ausgangsfrage zurück: Warum Gleichbehandlung und nicht Privatautonomie? Im Ausgangspunkt war man sich über drei Punkte einig:

(1.) Gleichbehandlung und Vertragsfreiheit sind gegeneinander abzuwägen, um festzustellen, welchem dieser Grundsätze der Vorrang einzuräumen ist.³²¹ Grundlage dieser frühen Gleichbehandlungskonzeptionen ist also die gleichrangige Geltung von Privatautonomie und Gleichbehandlung auf Prinzipienebene. Damit der Rechtsanwender beide Prinzipien „abwägen“ kann oder – breiter formuliert – den Konflikt zwischen privatautonomer Gestaltungsmacht und Gleichbehandlungspflicht lösen kann, zwingt ihn die Methodik in ein Grundsatz-Ausnahmeschema.

312 *Raiser*, JZ 1959, 421, 622.

313 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 35 ff.

314 RGZ 84, 125, 128.

315 So bereits *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 23.

316 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 23.

317 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 141.

318 Zum Ganzen *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 37 ff.

319 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 42; ähnlich *Wolf*, FS *Raiser*, 1974, 597, 600 (kein einheitliches Rechtsprinzip, sondern jeweils verschieden zu begründende Gleichbehandlungsprinzipien mit unterschiedlichen Funktionen)).

320 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 42.

321 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 251.

(2.) Dieses wurde im Ansatzpunkt ähnlich beantwortet: Der Gleichbehandlungsgrundsatz tritt regelmäßig hinter das Prinzip der Vertragsfreiheit zurück.³²² Privatautonomie war der Grundsatz, Gleichbehandlung die Ausnahme. Dieses *methodische* Rangproblem wurde von den drei hier untersuchten Autoren differenziert angegangen. Nach *Raiser* kam dem Gleichbehandlungsgrundsatz subsidiäre Geltung zu, die Privatautonomie hatte Vorrang.³²³ Danach wäre Gleichbehandlung die grundsätzliche Verteilungsregel, der Privatautonomie als spezielles Verteilungsprinzip vorgeht. Komplizierter ist es bei *Götz Hueck*. Er war offensichtlich der Auffassung, dass Privatautonomie der Grundsatz sei, der von Gleichbehandlungspflichten eingeschränkt werden könne.³²⁴ Selbst wenn Gleichbehandlungspflichten grundsätzlich begründbar seien – weil ein Gemeinschaftsverhältnis besteht – tritt auch hier Gleichbehandlung grundsätzlich hinter die Privatautonomie zurück.³²⁵ Die damit eingeführte doppelte Prüfungsstruktur ist, streng genommen, redundant und ein weiterer Grund für die Überflüssigkeit des Gemeinschaftsverhältnisses. *Bydlinski* sah dagegen in der Privatautonomie den Grundsatz und in Gleichbehandlungspflichten rechtfertigungsbedürftige Einschränkungen oder Ergänzungen.³²⁶ Darin reflektierte die methodische Prüfungsreihenfolge auch eine inhaltliche Priorisierung: die *Präponderanz* der Freiheit. Diese Konzeption setzte sich schließlich durch.

(3.) Zu bestimmen waren jetzt nur noch die Kriterien, wann von der Privatautonomie zugunsten der Gleichbehandlung abgewichen werden kann. Hier kann nur im Ansatz Übereinstimmung festgestellt werden: Zu Gleichbehandlung im Privatrecht kommt es immer dann, wenn eine privatautonome Regelung als Steuerungsinstrument versagt, entweder weil es in der Rechtsordnung ein überwiegendes Bedürfnis nach Einschränkung der Privatautonomie generell gibt³²⁷ oder weil eine privatautonome Regelung nicht getroffen wurde oder weil sie unvollständig ist.³²⁸ Unterschiedlich eingeschätzt wurden die Gründe, warum die Gleichbehandlung gelten solle: *Raiser* verwies auf die Abhängigkeit der dem Machtinhaber gegenüberstehenden Gruppenmitglieder,³²⁹ *Götz Hueck* auf bestehende Gemeinschaftsverhältnisse³³⁰ und *Bydlinski* versuchte sich an sektorspezifischen Begründungen der einzelnen Fallgruppen: beim Verbandsrecht führe die

322 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92 f; *Raiser*, JZ 1959, 421, 422; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 42 ff.

323 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 92.

324 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 169 f.

325 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 253.

326 Vgl. *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 45.

327 Darauf allein stellte *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93 f; *Raiser*, JZ 1959, 421, 422 ab; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 256 f betont diesen Aspekt lediglich besonders.

328 Alle drei Aspekte nannte *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 43 f.

329 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93.

330 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 169 f.

Einräumung von Gestaltungsmacht an die Mehrheit zur Gleichbehandlung³³¹ während im Arbeitsrecht die gleiche Würde jedes Arbeitnehmers dem Arbeitgeber verbiete, diesen im Vergleich zu anderen ungleich zu behandeln und dadurch zu diskriminieren³³².

Mit den um 1960 veröffentlichten Arbeiten von Götz Hueck und Bydłinski waren die Fragestellungen zum allgemeinen Gleichbehandlungssatz im Privatrecht festgelegt. Die einmal eingeschlagenen Bahnen sind seitdem im Wesentlichen nicht mehr verlassen worden. Erst in jüngerer Zeit ist wieder Bewegung in die Debatte gekommen: Friedemann Kainer hat die klassischen Fälle (allgemeiner) Gleichbehandlungspflichten weitgehend einheitlich auf die Grundsätze der kommutativen und institutionellen Gerechtigkeit zurückgeführt.³³³ An der *Präponderanz der Freiheit* hält er freilich nachdrücklich fest.³³⁴ Bezweifelt wurde die klassische Prämisse — *en passant* — von Gregor Bachmann.³³⁵ Er wechselt die bis dahin gängige Perspektive und geht nicht mehr von einem automatischen Vorrang der Freiheit aus. Die *Präponderanz der Freiheit* wird auf methodischer Ebene in Frage gestellt:

„Begründungsbedürftig ist nicht mehr wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“³³⁶

Dass Bachmann seinen Beitrag im Jahr 2006 veröffentlichte, war kein Zufall: Es war die Zeit, in der die Debatte um das AGG ihren Höhepunkt erreicht hatte. Meine These lautet, dass Bachmanns Perspektivenwechsel von der Expansion der Diskriminierungsverbote seit 1975 und der Jahrtausendwende gesehen werden muss.³³⁷

4. Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft – Franz Böhm 1966

Es bleibt ein weiterer Referenzpunkt aus der Zeit vor 1975, um die Entwicklung von Grund und Grenzen von Gleichbehandlungspflichten exemplarisch darzustellen. Meine Auswahl fiel auf Franz Böhm und seinen einflussreichen Text über „Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“ (1966).³³⁸ Zwei Gründe sind dafür ausschlaggebend: ein historisch-biographischer und ein aktueller. Böhm ent-

331 Bydłinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 47 ff.

332 Bydłinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 51.

333 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 IV 3 und § 7 II 1 und 3.

334 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 V: „Mit seiner Beschränkung auf spezifisch kontrollbedürftige Sachverhalte ist der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz schließlich auch mit dem auf den Primat der Privatautonomie gerichteten Zivilrechtssystem vereinbar: Es bleibt beim Vorrang der Freiheit und bei der Freiheit zur Verfolgung subjektiver Präferenzen.“

335 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144 ff.

336 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 159.

337 Dazu unten § 4 II.

338 Zu Leben und Werk statt vieler Wiethölter, Franz Böhm (1885-1977), in: Diestelkamp/Stolleis, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, 207 ff.

stammt wie *Nipperdey* und *Raiser* der Generation, die ihre juristische Sozialisation im Wesentlichen in der Weimarer Republik erfuhr. *Böhm* beeinflusste die beiden anderen nach (!) 1945 mit seinem Denken erheblich: *Nipperdeys* „Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts“³³⁹ und seine Hervorhebung der Wettbewerbsfreiheit³⁴⁰ entsprachen den Prinzipien des ordoliberalen Programms³⁴¹ und *Raiser* knüpfte an die von *Böhm* festgestellten Funktionsvoraussetzungen von Privatautonomie an, um ihre Grenzen auszuloten³⁴². Den zweiten Grund liefert die aktuelle Debatte über Diskriminierungsverbote im Privatrecht. Man liest in diesem Zusammenhang von der „Privatrechtsgesellschaft“.³⁴³ Dabei handelt es sich um jeweils verschiedene und nicht zwangsläufig miteinander harmonisierende Interpretationen³⁴⁴ dieses äußerst schillernden, von *Böhm* geprägten³⁴⁵ Begriffs: Während Diskriminierungsverbote für *Eduard Picker* nachgerade „der deutlichste Ausdruck für die Gefährdung der Privatrechtsgesellschaft ist“³⁴⁶ sehen *Stefan Grundmann*³⁴⁷ und *Michael Coester*³⁴⁸ in den Gleichbehandlungsgeboten eine Fortentwicklung des Konzepts von der Privatrechtsgesellschaft. Dem würde *Karl-Heinz Ladeur* deutlich widersprechen, indem er die „Rationalität der Privatrechtsgesellschaft“ gegen „die ständige Intervention des Staates in die Ge-

339 *Nipperdey*, DRZ 1950, 193 ff.

340 Siehe oben 2 b.

341 Zum prägenden Einfluss *Böhms* auf *Nipperdey* vgl. *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, 262 f, 269 f; *Kauhausen*, Nach der „Stunde Null“, 2007, 153 ff.

342 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93; *Raiser*, JZ 1958, 1, 6 f. Ganz unterschiedlich war dagegen *Raisers* Verständnis von der Funktion des Staates, die er gegen *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 87 nicht auf die Rolle eines „Nachtwächters“ reduziert wissen wollte, *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 162, 179.

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

344 Siehe nur *Mestmäcker*, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 177; *Canaris*, FS Lerche, 1993, 873; *Mestmäcker*, Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 35; *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 1; *Zöllner*, Privatrecht und Gesellschaft, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 53; zurückhaltender *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 326 ff (als plakativer Hinweis auf die zentrale Rolle des Privatrechts geeignet, ohne daraus Vorrangansprüche abzuleiten); und sehr kritisch *Günther*, Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 473.

345 Grundlegend *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 ff; den Begriff verwendete er bereits früher, vgl. *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 11 ff; *Böhm*, Janusgesicht der Konzentration (1961), in: *Mestmäcker*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 213, 220; *Böhm*, Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit (Ordo X [1958], 167), in: *Mestmäcker*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 233, 235, 259.

346 *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 256.

347 *Grundmann*, Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 105, 120 ff.

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

sellschaft“ zu verteidigen versucht.³⁴⁹ Unter dem Postulat der Herstellung gleicher – und damit aus seiner Sicht nur vermeintlich gerechter – Zustände, werde die nicht-individuelle, freiheitsfeindliche Ordnung, die die liberale Gesellschaft aufgehoben hatte, erneut in das moderne Recht eingeführt.³⁵⁰ Diese Debatte ist Anlass genug nachzufragen, was *Böhm* unter der „Privatrechtsgesellschaft“ verstand. Weil es bereits eine ganze Reihe von generellen Übersichten und Würdigungen zu diesem Thema gibt,³⁵¹ konzentriere ich mich auf die Frage, welche Bedeutung Gleichheit und Gleichbehandlungspflichten in seiner Konzeption hatten.

Böhm definierte die Privatrechtsgesellschaft nicht. Er umschrieb nur die wesentlichen Typenmerkmale und Entwicklungsschritte und skizzierte damit in der Sache ein normatives Sozialmodell.³⁵² Was den Grundgedanken angeht, so treffen wir auch hier auf Kontinuität. Die wesentlichen Zusammenhänge finden sich bereits in seiner Monographie „Wettbewerb und Monopolkampf“ (1933).³⁵³ *Böhm* verstand die Privatrechtsgesellschaft als eine Gesellschaft von Gleichberechtigten, in der sowohl die individuelle Bedürfnisbefriedigung wie die Gemeinwohlverwirklichung primär den selbstverantwortlichen Dispositionen der Einzelnen zugewiesen sind.³⁵⁴ Konstitutiv für eine Privatrechtsgesellschaft ist die vorrangige Aufgabe des Privatrechts, die Beziehungen der frei und autonom handelnden Individuen und der von ihnen gegründeten Organisationen zu steuern.³⁵⁵ Die Privatrechtsordnung wird zur Gesellschaftsordnung insgesamt³⁵⁶ und das Privatrecht zum zentralen Lenkungs- und Koordinierungsinstrument in der Gesellschaft.³⁵⁷ Grundelement einer Privatrechtsgesellschaft ist also die gleiche Berechtigung aller Akteure in der Gesellschaft. Das ist „kein privatrechtliches, sondern ein *politisches, verfassungsrechtliches Postulat*.“³⁵⁸ Die Privatrechtsgesellschaft basiert also auf einer verfassungspolitischen Grundentscheidung: der gleichen Rechtsfähigkeit aller, die *Böhm* als „einzigen, für alle gleichen *rechtlichen Status*“ beschrieb.³⁵⁹ Daraus folge „nur eine einzige, für alle gleiche Zuständigkeit des Planens und Handelns [...], die *Privatautonomie*.“³⁶⁰ Aufgabe der Privatrechtsgesellschaft ist es dann, das Lenkungsproblem in der Gesellschaft unter den

349 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006; Zitate im Untertitel und auf S. 78.

350 *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 78.

351 Vgl. dazu nur *Canaris*, FS Lerche, 1993, 873, 874 ff.; *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 326 ff.; *Mestmäcker*, Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 35 ff.; *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und europäischen Recht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 1 ff.; *Zöllner*, Privatrecht und Gesellschaft, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 53 ff.

352 Zu diesem Aspekt vertiefend *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 181 ff.

353 Vgl. *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 104 ff.

354 Vgl. *Mayer-Maly*, Raumordnung und Privatrechtsgesellschaft, 1973, 9 f.

355 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 78.

356 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 78.

357 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 91 f.

358 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 80.

359 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 80.

360 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 80.

Bedingungen der Gleichberechtigung und Autonomie aller Beteiligten zu lösen.³⁶¹ Hier offenbart sich das Potenzial des Privatrechts:

*„Die Privatrechtsordnung stellt nicht nur Regeln auf, denen die Gesellschaftsmitglieder unterworfen sind, wenn sie miteinander Verträge schließen [...] sondern sie teilt darüber hinaus allen Personen, [...] eine ungemein breit bemessene Bewegungsfreiheit, eine Planungs- und Daseinzuständigkeit im Verhältnis zu ihren Mitmenschen zu, einem Status innerhalb der Privatrechtsordnung, der [...] ein gesellschaftliches Bürgerrecht [ist].“*³⁶²

Böhm beschrieb damit exakt die Lösung des ersten Freiheits- und Gleichheitsproblems der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts.³⁶³ Seine philosophische Grundlage war allerdings eine andere. Die Geburtsidee Anfang des 19. Jahrhunderts war der Gedanke der subjektiven-individuellen Freiheit, die sich im Privatrecht verwirklichen sollte.³⁶⁴ Diese Auffassung teilte Böhm nicht.³⁶⁵ Er unterschied 1933 deutlich zwischen den Menschenrechten, demokratischen und wirtschaftlichen Freiheitsrechten.³⁶⁶ Menschenrechte sichern danach „eine Freiheit des Individuums gegen die Gemeinschaft und vor der Gemeinschaft“, während wirtschaftliche Freiheitsrechte „eine Freiheit der Beteiligung des einzelnen am arbeitsteiligen Sozialprozesse der Ökonomischen, nicht aber eine Freiheit der Pflege des eigenen isolierten Lebensprozesses“ seien.³⁶⁷ Den wirtschaftlichen Freiheitsrechten – später explizit als Tandem von vorstaatlicher Privatautonomie und sozial gebundener Gewerbefreiheit konzipiert³⁶⁸ – maß Böhm keinen autonomen Eigenwert zu; sie erhielten ihren Sinn erst durch die Institution des Wettkampfes.³⁶⁹ An dieser Auffassung hielt Böhm im Wesentlichen auch nach 1945 fest.³⁷⁰ Insbesondere die Gewerbefreiheit war nach Böhm eine Einrichtung, die „der Rechtfertigung durch den sozialen Nutzen bedarf“. ³⁷¹ Als soziale oder „öffentliche“ Einrichtung ist ihre Rechtfertigungsfähigkeit aufs engste mit der Lenkungsqualität des Marktes – und damit der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs – verknüpft.³⁷²

361 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 80.

362 Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 85.

363 Dazu § 2 I 4 und III 1.

364 Dazu § 2 I 1 und 3.

365 Vgl. dazu Wiethölter, Franz Böhm (1885-1977), in: Diestelkamp/Stolleis, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, 207, 227 f.

366 Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 153 ff.

367 Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 153 f.

368 Vgl. Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 20 f.

369 Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 352 f.; Böhm, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 39 f.

370 Siehe zum Beispiel Böhm, Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit (Ordo X [1958], 167), in: Mestmäcker, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 233, 256: „Das subjektive Recht, die Wettbewerbsfreiheit, wird gewährt, damit der Wettbewerb als objektive Marktform *Tatsache* werde“. (Hervorhebung im Original); zur Entwicklung Böhms näher Nörr, Die Leiden des Privatrechts, 1994, 151 ff.

371 Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 21.

372 Vgl. Böhm, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 39 ff.; Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 20 f.

„Markt und Wettbewerb“ — das wäre vermutlich *Böhms* Antwort gewesen, hätte man ihn nach dem zweiten Freiheitsproblem befragt. Auf Märkten „werden die Anbieter und Nachfrager aus den individuellen, leicht zu manipulierenden Zwangslagen individueller oder bilateraler Art befreit, in denen sie sich andernfalls befinden würden“³⁷³:

*[D]ie gleiche Freiheit aller übrigen setzt der Freiheit eines jeden eine immanente Grenze und bedeutet insofern für einen jeden freien Beteiligten eine Art von Zwang.*³⁷⁴

Dieser Zwang folge daraus, dass jeder sich in der Gesellschaft unter seinesgleichen bewegt, zur Bedürfnisbefriedigung aufeinander angewiesen ist und sich daher an die Gesellschaft anpassen müsse.³⁷⁵ Dabei handelte es sich nach *Böhm* lediglich um einen faktischen Zwang, weil dem „Gesellschaftsmitglied *nicht ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben wird*, das er an Stelle seines bisherigen Verhaltens nunmehr beachten soll.“³⁷⁶ Gleichbehandlungspflichten Privater schreiben dem Gesellschaftsmitglied jedoch ein bestimmtes Verhalten vor. An die Stelle faktischen, gesellschaftlich wirkenden Zwangs tritt ein rechtlicher und staatlich durchgesetzter Zwang. Gleichbehandlungspflichten sind allerdings kein Fremdkörper im Konzept der Privatrechtsgesellschaft. Im Gegenteil: Sie können als Bestandteil des staatlich zu setzenden Ordnungsrahmens angesehen werden, wenn sie der Funktionsfähigkeit von Markt und Wettbewerb dienen.³⁷⁷ Nach *Böhm* indiziere die ungleiche Behandlung von vergleichbaren Abnehmern, dass eine monopolistische Marktmacht vorliege, weil diesbezügliche Gleichbehandlung im Wettbewerb die Regel sei.³⁷⁸ Man kann daher staatlich vorgeschriebene Gleichbehandlung ganz im Sinne *Böhms* als Reaktion auf ein „partiturinkonformes“³⁷⁹ Verhalten ansehen, die den Willkürspielraum der autonomen Gesellschaftsmitglieder dort eingrenzt, wo der Wettbewerb als „Entmachtungsinstrument“³⁸⁰ versagt:

„Es scheint sich hier allmählich der Rechtssatz herauszubilden, daß ein Monopolist“³⁸¹ nicht ohne wirtschaftlichen Grund [...] Abnehmer gleicher wirtschaftlicher Funktion (Großhändler, Einzelhändler, Verarbeiter) unterschiedlich behandeln dürfe.“³⁸²

373 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 19.

374 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 89.

375 *Böhm*, Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung (1946), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 46, 61; *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 89.

376 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 90.

377 Dieses Argument findet sich explizit formuliert bei Mestmäcker, BB 1961, 945, 950.

378 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 48 f.

379 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 138.

380 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20; in der Sache schon *Böhm*, Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung (1946), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 46, 67; *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 22.

381 *Böhm* geht hier noch von einem sehr weiten Monopolbegriff aus, vgl. *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 40 ff.

382 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 43.

In den Gleichbehandlungspflichten marktmächtiger Unternehmen konkretisiert sich also die von *Böhm* allgemein postulierte soziale „Verantwortung für die Wirkungen ihres Marktverhaltens auf die von ihnen abhängigen Wirtschaftsschicksale“³⁸³.

Für *Böhms* Privatrechtsgesellschaft ist ein funktionsfähiger Wettbewerb Voraussetzung für die Freiheits-, Gleichgewichtigkeits-, und Gerechtigkeitsgehalte des marktwirtschaftlichen Systems.³⁸⁴ Die „soziale Gerechtigkeit und die bürgerliche Freiheit“ in der Gesellschaft insgesamt hängen davon ab.³⁸⁵ Weil Wettbewerb für die Funktionsfähigkeit der Privatautonomie als Lenkungsinstrument essentiell ist, muss er andererseits vor der Handlungsfreiheit der einzelnen Teilnehmer geschützt werden.³⁸⁶ Die Steuerung des Wettbewerbs ist den einzelnen Akteuren entzogen.³⁸⁷ Nach *Böhm* falle es in den vom Staat zu gewährleistenden Ordnungsrahmen – „im Interesse des gesamten Rechtsverkehrs an dem Genusse der Wohltaten der freien Konkurrenz“³⁸⁸ – funktionsfähigen Wettbewerb zu ermöglichen und durchzusetzen.³⁸⁹

*„Dieser Staatseingriff ist kein mit dem Prinzip der geltenden Wirtschaftsordnung in Widerspruch stehender Eingriff in die Gewerbefreiheit, sondern umgekehrt ein Eingriff zum Schutz der Gewerbefreiheit, also ein Eingriff, den die Wirtschaftsordnung dem Staate nicht nur gestattet, sondern geradezu zur Pflicht macht.“*³⁹⁰

Dabei richtete sich *Böhms* Bestreben gegen die Bildung und Ausübung „privater Macht“³⁹¹. Diese ist gleichbedeutend mit „Marktmacht“³⁹² und „ökonomischer Macht“³⁹³. Die „von der Fiktion der Vertragsfreiheit ausgehende Rechtsordnung“ rechne, so *Böhm* bereits 1928, nicht mit der „Erscheinung der *privaten Macht* und des *privaten Zwanges in großem Stile*“³⁹⁴:

Die Welt der Privatrechtsordnung ist also eine Welt ohne Macht. Das Entstehen von faktischer Macht in der Hand von Privatrechtssubjekten bringt die ganze Privatrechtswelt in Unordnung, durchkreuzt die Generalspielregel des sozialen Privatrechtsverkehrs und ver-

383 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 41, 58.

384 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

385 Vgl. *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 6 ff.

386 Vertiefend und weiterführend zur Privatrechtsgesellschaft im Kartellrecht *Roth*, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 175 ff.

387 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 99.

388 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 53.

389 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 106 f; *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 100.

390 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 41.

391 Grundlegend *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 27 ff.

392 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 17 ff.

393 *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 12.

394 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 30, 31 (Hervorhebungen im Original).

*fälscht jede einzelne zivilrechtliche Institution, angefangen mit dem Privateigentum und endend mit der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit [...].*³⁹⁵

Wer mit Marktmacht agiere, könne sich nicht auf die „formelle Scheinlegalisierung“³⁹⁶ des zweiseitigen Vertrages berufen, weil das andere Rechtssubjekt nicht in der Lage sei, seinen Willen frei zu bilden:

*„Der Wille aber ist frei, solange er in der Lage ist, sich für das günstigste erreichbare Angebot zu entscheiden.“*³⁹⁷

Daher postulierte *Böhm* mit Nachdruck, „daß die Lehre von der Vertragsfreiheit die Vorstellung von einer auf freier Konkurrenz beruhenden Wirtschafts- und Marktverfassung zur Voraussetzung hat“.³⁹⁸ Mit Einführung der Gewerbefreiheit haben die klassischen Institute des Privatrechts – Eigentum und Vertragsfreiheit – eine neue soziale Bedeutung erhalten: Sie wurden zu Strukturelementen der geltenden Wirtschaftsverfassung mit spezifisch wettbewerbsbezogener Ordnungsfunktion.³⁹⁹ Im Wettbewerb schützt Privatautonomie den Schwachen⁴⁰⁰ und nicht den Mächtigen:

*„[D]ie Ausstattung der rechtlichen Freiheitssphäre des isolierten wirtschaftlichen Individuums im Rahmen einer vom Grundsatz der Gewerbefreiheit beherrschten Wirtschaftsverfassung [setzt] die Machtlosigkeit dieses Individuums voraus.“*⁴⁰¹ *„Wer Macht besitzt, hat keinen Anspruch auf die Freiheitsautonomie, die das Recht dem Machtlosen einräumt, der durch die Konkurrenz kontrolliert wird.“*⁴⁰²

Ab den 1960er Jahren wird *Böhms* Diktion zurückhaltender.⁴⁰³ Während er noch 1946 der staatlichen Intervention die Aufgabe zuwies, den vermachteten Teil der Wirtschaft „zu einem Wirtschaftsverhalten zu zwingen, als ob sie keine Macht hätten“⁴⁰⁴ veranlasste ihn die ungewisse Reaktion der Marktbeteiligten

395 *Böhm*, Janusgesicht der Konzentration (1961), in: Mestmäcker, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 213, 227.

396 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 35.

397 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 32.

398 *Böhm*, Problem der privaten Macht (1928), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 158, 32; vertiefend *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 40 ff.

399 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 123 f.

400 Vgl. *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

401 *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 19 f.

402 *Böhm*, Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung (1946), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 46, 65.

403 Näher zu den Unterschieden zwischen dem „frühen“ und „späten“ *Böhm*: Roth, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 175, 180 ff, 193 ff; zur Unterscheidung nach Arbeitsphasen siehe auch *Wiethölter*, Franz Böhm (1885-1977), in: Diestelkamp/Stolleis, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, 207, 233 f.

404 *Böhm*, Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung (1946), in: Mestmäcker, Franz Böhm – Reden und Schriften, 1960, 46, 65. Sein Schüler *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 245 ff, 248 f hat diese Auffassung als mit dem GWB unvereinbar abgelehnt, ohne *Böhm* jedoch namentlich zu erwähnen.

später zur Skepsis.⁴⁰⁵ Auch der Besitz einer marktbeherrschenden Stellung allein ohne Rücksicht auf das Marktverhalten genügte ihm nicht mehr, um daran rechtliche Verhaltenspflichten zu knüpfen.⁴⁰⁶ An drei zentralen Fundamenten seiner Konzeption hielt er fest:⁴⁰⁷ Wettbewerb blieb das wichtigste „Entmachtungsinstrument“⁴⁰⁸, Gewerbefreiheit wurde den Marktakteuren im Vertrauen auf die „Domestikationskraft des Marktmechanismus“ nicht als eigene Angelegenheit, sondern als „soziale Auftragsangelegenheit“ zugestanden,⁴⁰⁹ die Ausübung ökonomischer Macht musste zur Sicherung des Wettbewerbs auf ihre Missbräuchlichkeit hin kontrolliert werden, weil die Privatrechtsordnung auf machtlose Subjekte baut⁴¹⁰.

Böhms Schüler *Ernst Joachim Mestmäcker* hat den normativen „Zusammenhang zwischen Vertragsordnung und Wettbewerb“⁴¹¹ präzisiert: Weil die Vertragsfreiheit ihre ordnende Kraft nur bei relativ gleicher Macht oder relativ gleicher Machtlosigkeit der beteiligten Rechtssubjekte voll zu entfalten vermöge, zählte *Mestmäcker* Rechtsnormen, die den Wettbewerb gegen Beschränkungen schützen, zum integralen Bestandteil der Privatrechtsordnung.⁴¹² Mit der Frage nach den gesellschaftlichen Funktionen von Privatautonomie und Vertrag wurde mit „der Tradition des autonomen, politisch neutralen Privatrechts“ gebrochen⁴¹³ und diese Institute in der Privatrechtsgesellschaft Böhmscher Provenienz deutlich relativiert.⁴¹⁴ *Mestmäcker* insistierte auf den Fragen nach den Voraussetzungen „unter denen die Ausübung von Freiheitsrechten mit den Erfordernissen

405 Siehe beispielsweise *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 23; *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 18.

406 *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 18 ff.; *Böhm*, Janusgesicht der Konzentration (1961), in: *Mestmäcker*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 213, 228 f, anders noch *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 60.

407 Diese Kontinuität wird bei *Roth*, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 175, 180 ff, 193 ff zu wenig sichtbar; deutlicher dagegen *Wiethölter*, Franz Böhm (1885-1977), in: *Diestelkamp/Stolleis*, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, 207, 233 ff.

408 *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 22; *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

409 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 21.

410 *Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 1, 12.

411 Siehe *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

412 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 237 ff.

413 *Mestmäcker*, DÖV 1964, 606, 608 f; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 238. Das war vor allem gegen *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 23, 81 f gerichtet, der dem deutschen Zivilrecht ein „unpolitisches“ Dasein attestierte.

414 Kritisch dazu *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, 225 f und *Zöllner*, Privatrecht und Gesellschaft, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 53, 60.

der Rechtsordnung vereinbar ist“ und „den gesellschaftlichen Wirkungen, die aus der Ausübung von Freiheitsrechten entstehen“.⁴¹⁵

„Es gilt – und diese Aufgabe tritt nicht nur in Folge unterschiedlicher Machtlagen auf – die Voraussetzungen sichtbar zu machen, unter denen privatrechtliche Verträge ihre koordinierende und interessenausgleichende Funktion erfüllen können. Daraus sind zugleich Maßstäbe für die Behandlung jener Fälle zu entwickeln, in denen die integrierende Wirkung der Vertragsordnung gestört ist. Diese Maßstäbe haben einem doppelten Erfordernis zu entsprechen: Sie müssen geeignet sein, die durch freien Vertrag nicht bewältigten Konflikte zureichend zu lösen; und sie müssen diese Lösung dergestalt ermöglichen, daß sie mit dem System des Privatrechts vereinbar ist.“⁴¹⁶

Allgemeiner Kontrahierungszwang und das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot im 1957 verabschiedeten GWB (§ 26 Abs. 2 aF) erfüllten nach *Mestmäcker* diese Voraussetzungen und das, obwohl sie den „schärfsten Eingriff in die Vertragsfreiheit“ vorsehen: Abschluss und Inhalt des Vertrages werden der Disposition des Privatrechtssubjekts entzogen.⁴¹⁷ Die Handlungsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens werde begrenzt, so *Mestmäcker* weiter, weil die Privatrechtsordnung die Wettbewerbsfreiheit der anderen (Konkurrenten, Lieferanten, Abnehmer) gewährleiste.⁴¹⁸ Ähnlich begründete *Kurt Biedenkopf* (*1930) den Zweck des neuen GWB: Das Gesetz verwirkliche Freiheit, eine Freiheit aber, die notwendigerweise durch Gleichheit gebunden ist. Nur wenn die gleiche Freiheit aller auch tatsächlich verwirklicht werde, könne sich ein Gleichgewicht der Freiheit einstellen.⁴¹⁹ Die Privatrechtsgesellschaft in ihrer ursprünglichen Konzeption setzte damit eine deutliche *politische* Entscheidung: Die Bewegungsfreiheit der anderen – und damit deren positive Freiheit – war im Wettbewerbssystem schutzwürdiger als die negative Freiheit des marktmächtigen Unternehmens.⁴²⁰ Gleichbehandlungspflichten, die zur Korrektur auf Machtungleichgewichten eingesetzt werden, gehen daher mit der „Privatrechtsgesellschaft“ konform.⁴²¹ Insofern hätte man auch 1957 als Zäsur wählen können: in Deutschland wurde das GWB verabschiedet und mit Art. 86 EWG wurde ein Missbrauchsverbot im entstehenden Gemeinschaftsrecht verankert, die beide eng auf ordoliberalen Denken aufbauen.⁴²²

Probleme bereiten der Privatrechtsgesellschaft *Böhm'scher* Provenienz allgemeine Gleichbehandlungspflichten dort, wo die Funktionsvoraussetzungen für

415 *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 246.

416 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

417 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

418 *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 252.

419 *Biedenkopf*, Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in: Biedenkopf/Callmann/Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, 1957, 11, 30 ff.

420 *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 253.

421 Deutlich *Mestmäcker*, BB 1961, 945, 950.

422 Zum Einfluss ordoliberalen Denkes auf die Entstehung des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts näher *Küsters*, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, 364 ff; *Gerber*, Law and Competition in Twentieth Century Europe, 1998, 263 f, 342 ff.

die Privatautonomie grundsätzlich gegeben sind. Die Vertragsfreiheit, so *Mestmäcker* 1961, könne nicht als Schranke der Gleichbehandlungspflicht aufgefasst werden:

*„Der Gleichheitssatz läßt sich als allgemeines Prinzip nicht neben der Privatautonomie begründen. Was im Bereiche der Privatautonomie gleich und was ungleich, was sachgerecht und nicht willkürlich ist, bestimmen die Parteien – für sich – durch Rechtsgeschäft.“*⁴²³

Das Unbehagen steigert sich bei spezifischen Diskriminierungsverboten.⁴²⁴ Sie ermöglichen es anderen, „sich im Schmuck obrigkeitlicher Befugnisse und quasisakraler Hoheitsaufträge zum Zensor über mich“ aufzuwerfen.⁴²⁵ Konsequenz zu Ende gedacht, bedurfte *Böhms* Privatrechtsgesellschaft keiner Diskriminierungsverbote, weil die gleiche rechtliche Freiheit alle Probleme bereits gelöst hatte. Wir haben oben gesehen, dass man dies nur behaupten kann, wenn man das zweite Gleichheitsproblem übersieht.⁴²⁶ *Böhm* übersah es, obwohl sein Blick scharf genug gewesen wäre, es zu erkennen. Voraussetzung für die Herstellung von Gleichheit war nach *Böhm* die politische Beseitigung von *Rechts*-Ungleichheiten. Sein historischer Zugriff bewirkte, dass er nur in den bis um 1800 bestehenden *ständischen* Ungleichheiten relevante *Rechts*-Ungleichheiten entdecken konnte.⁴²⁷ Waren diese beseitigt, war das Problem im Ausgangspunkt gelöst. Damit verkannte er den Zusammenhang von Persönlichkeitsmerkmalen und daraus abgeleiteten Ungleichheiten in der Gesellschaft. Das ist ganz besonders bedauerlich, weil *Böhm* bei der Herstellung von Gleichheit einen radikalen Ansatz verfolgte:

*„Dazu war erforderlich, daß alle Rechtspositionen beseitigt werden mußten, die ihren Ursprung auf den gewaltsamen Überlagerungsvorgang zurückführten oder doch auf die Tendenz, das Gefüge der Überlagerungsgesellschaft aufrechtzuerhalten.“*⁴²⁸

Rechts-Gleichheit besteht danach nur dann, wenn alle ungleichen Positionen beseitigt sind, die dazu beitragen, eine vormalig rechtliche Ungleichheit faktisch zu perpetuieren. Dieser Satz hätte das Potential zur Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem. Überträgt man ihn beispielsweise in die U.S.A. des 19. Jahrhunderts, böte er eine prägnante Rechtfertigung des *Civil Rights Act* von 1875.⁴²⁹ Versteht man die Privatrechtsgesellschaft mit *Böhm* als einen Raum, der verhindern muss, dass soziale Machtpositionen entstehen, die eine Unterwerfung – und eine Ungleichbehandlung ist der Parafall der Unterwerfung – von Menschen und Menschengruppen ermöglichen,⁴³⁰ ist es jedenfalls nicht ausgeschlossen, Dis-

423 *Mestmäcker*, BB 1961, 945, 950.

424 Vgl. *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

425 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 90.

426 Siehe § 2 III 3.

427 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 104 ff.

428 *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 119.

429 Dazu § 3 III 3.

430 Vgl. *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 121.

kriminierungsverbote damit vereinbaren zu können. *Böhm* fasste die marktwirtschaftliche Ordnung nämlich als soziales System auf, das sich

„nicht nur an dem Maßstab des rein ökonomischen Produktions- und Distributionserfolgs, sondern auch an den Maßstäben der immanenten Gerechtigkeitsvorstellungen und der ihr vorschwebenden spezifischen Konzeption von den sozialen Beziehungen zwischen den beteiligten Menschen und vom Menschenbild messen lassen [muss]“⁴³¹.

Voraussetzung dafür ist, eine Diskriminierung aufgrund bestimmter Persönlichkeitsmerkmale als Element einer sozialen Machtposition aufzufassen, die es als Rechts-Ungleichheit zu beseitigen gilt. Der von *Böhm* betonte und der Privatrechtsgesellschaft *vorgelagerte, politische* Akt der Herstellung von Gleichheit erlaubt dieses Verständnis. Diskriminierungsverbote sind danach politische Interventionen zur permanenten (Wieder-)Herstellung von Rechts-Gleichheit. Jedenfalls aber lassen sie sich als „im Grundsatz systemkonforme Ausgestaltung und Gewährleistung der Rahmenbedingungen für eine Privatrechtsgesellschaft unter dem Dach staatlicher Letztverantwortung für die Grundanforderungen an soziale Bedürfnisbefriedigung“ auffassen.⁴³² Damit wird das Konzept der Privatrechtsgesellschaft weitergedacht.⁴³³ Allerdings darf man diese Auffassung nicht in das Jahr 1966 zurückprojizieren. *Böhm* sah dieses Problem wohl gar nicht und nahm daher keine Stellung dazu. Daher plädiere ich für Zurückhaltung, wenn man glaubt, die „Privatrechtsgesellschaft“ gegen Diskriminierungsverbote in Stellung bringen zu müssen. Man kann sich auf wenig mehr stützen als auf die generelle Skepsis des „späten“ *Böhm* gegenüber jeder Form staatlicher Eingriffe, weil die Reaktionen der Marktbeteiligten nicht absehbar seien.⁴³⁴ Im Regelfall verbirgt man damit die eigene Konzeption der Privatrechtsgesellschaft, die insofern von der *Böhm'schen* beeinflusst sein mag, aber nicht mit ihr identisch ist. Diskriminierungsverbote außerhalb des Kartellrechts waren nicht *Böhms* Thema.

5. Freiheitsrechtliche Sanktionierung von Diskriminierungsverboten – Jürgen Salzwedel (1966)

Betrachtet man die Entwicklung der Jahre seit 1945 zusammenfassend, wird der Konflikt zwischen der *Präponderanz der Freiheit* und der gebotenen Privatrechtswirkung der Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 GG ständig thematisiert, aber letztlich nicht befriedigend gelöst. Wäre man tatsächlich von einer unbeschränkten Privatautonomie ausgegangen, hätten darin Diskriminierungsverbote

431 *Böhm*, Janusgesicht der Konzentration (1961), in: Mestmäcker, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, 213, 220 (Hervorhebung hinzugefügt).

432 *Coester*, FS Canaris (Bd. I), 2007, 115, 123.

433 Siehe *Grundmann*, Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 105, 120.

434 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 18; vgl. dazu näher *Roth*, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 175, 194 ff.

schon prinzipiell keinen Platz gefunden. Andererseits konnte man die objektive Wirkung der Diskriminierungsverbote – oder zumindest mancher davon – nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus nicht mehr völlig verneinen. Wurde in Rechtsgeschäften aufgrund solcher Merkmale diskriminiert, waren sie Regelfall nach § 138 BGB nichtig, weil sie gegen die von den Wertanschauungen des GG geprägten guten Sitten verstießen. Zugleich aber galt es, die gleichheitsrechtlichen Zumutungen der Diskriminierungsverbote – den Diskriminierenden zum ungewollten Vertrag zu zwingen – zu vermeiden. Gesucht war also nach einer eleganten Lösung, die beiden Prinzipien gerecht zu werden schien. *Jürgen Salzwedel* (*1929) präsentierte 1964 einen für das deutsche Recht zukunftsweisen den Ausweg.⁴³⁵

Salzwedels Ausgangspunkt war die *Präponderanz der Freiheit*, nach der niemand verpflichtet sei, sein Verhalten gegenüber anderen nach bestimmten Prinzipien auszurichten und diesen treu zu bleiben.⁴³⁶ Zugleich akzeptierte er die objektive Wirkung der Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG auch für das Privatrecht. Neu war sein Ansatz, diese nicht gleichheitsrechtlich, sondern freiheitsrechtlich zu verwirklichen:

*„Der Art. 3 Abs. 3 GG reguliert das Privatrecht, weil das Grundgesetz einen Kernbereich der Persönlichkeit absolut schützt, auch gegenüber Dritten. Das Diskriminierungsverbot ist deshalb aber im Privatrecht auch nur dann anwendbar, wenn Persönlichkeitsrechte durch willkürliche Ausschlüsse verletzt werden.“*⁴³⁷

Eine von Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Differenzierung wird privatrechtlich zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 823 Abs. 1 BGB iVm Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG). Das entbehrte nicht ganz der Ironie, weil *Salzwedel* einerseits die unmittelbare Wirkung des Art. 3 GG im Privatrechtsverkehr ablehnte, das Problem andererseits unter Rückgriff auf das ursprünglich unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht⁴³⁸ löste.

Der freiheitsrechtliche Schutz von Gleichbehandlungsansprüchen zeigte erhebliche Auswirkungen. *Salzwedel* war der Auffassung, dass die Betroffenen „niemals etwas anderes als höchstmögliche Wiederherstellung ihres *Persönlichkeitsrechts* und angemessene Genugtuung für die Verletzung ihres Wertgefühls“ verlangen könnten.⁴³⁹ Damit waren Kontrahierungspflichten des Diskriminierenden ausgeschlossen.⁴⁴⁰ Damit, so *Salzwedel*, „würde der Betroffene mehr erhalten als im zusteht und der Diskriminierende plötzlich einer Leistungspflicht unter-

435 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339 ff.

436 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 348.

437 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 349 f [Hervorhebungen im Original, Zitate weggelassen].

438 Vgl. BGHZ 13, 334, 338 – Leserbriefe; BGHZ 24, 72, 76 f; näher zur Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts statt vieler *Wagner*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, in: Willoweit, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 181, 192 ff.

439 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

440 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

worfen, die ihm Verfassung und Gesetz nicht auferlegt haben.“⁴⁴¹ Der Verstoß gegen Diskriminierungsverbote durfte nicht gleichheitsrechtlich geahndet werden, „[d]enn staatliches Reglement eines egalitären Verhaltens Privater wäre das Ende der Freiheit.“⁴⁴² *Salzwedel*s Konzeption hat sich als bahnbrechend für das deutsche Recht herausgestellt: Sie ermöglichte es, beide Prinzipien – Freiheitschutz und Diskriminierungsschutz – zu verwirklichen. Weil der Diskriminierende nicht zum Vertragsabschluss gezwungen werden konnte, blieb man dem Prinzip der Vertragsfreiheit – jedenfalls in formaler Hinsicht – treu. Zugleich blieben die weithin als problematisch empfundenen Diskriminierungen insbesondere aufgrund der Rasse privatrechtlich nicht sanktionslos. Pointiert formuliert: Dem Diskriminierenden blieb die nackte Abschlussfreiheit, dem Diskriminierten sein Persönlichkeitsrecht.

Offensichtlich war der Schrecken vor den gleichheitsrechtlichen Einschränkungen der Freiheit so groß, dass *Salzwedel* die freiheitsrechtlichen Implikationen seiner Auffassung als unproblematisch empfand. Der Betroffene konnte nicht auf Abschluss eines Vertrages klagen und dem Diskriminierenden auch nicht den Abschluss mit anderen verbieten.⁴⁴³ Darin sah *Salzwedel* die um jeden Preis zu vermeidenden gleichheitsrechtlichen Konsequenzen einer Diskriminierung, die das Freiheitsrecht des Diskriminierenden unzulässig eingeschränkt hätte.⁴⁴⁴ Daher war *Salzwedel* bereit, dem Betroffenen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche gegen die diskriminierende Äußerung oder das Verhalten zu gewähren.⁴⁴⁵ Eine Freiheit zur Diskriminierung ist aber keine Freiheit, die diesen Namen noch verdient, wenn ihre Ausübung rechtliche Sanktionen nach sich zieht. Entweder ist der Ausschluss bestimmter Personen an sich legitim, weil der Private nicht an Gleichbehandlungspflichten gebunden ist, oder er ist als Diskriminierung verboten. Wenn es – wie *Salzwedel* behauptete – unmöglich sei, den zu einem öffentlichen Restaurant zugelassenen Personenkreis „nach Belieben zusammenzustellen, ohne die Empfindungen anderer offen zu verletzen“ und die persönlichkeitsrechtsverletzende Maßnahme nur mit Betriebseinstellung oder Aufgabe der Diskriminierung beseitigt werden könne,⁴⁴⁶ ist das eine Freiheitseinschränkung. Darüber täuschte die terminologische Verkleidung als „faktische[r] Kontrahierungszwang“⁴⁴⁷ nur schlecht hinweg. Über § 823 Abs. 1 BGB wird nämlich im Ergebnis ein mittelbarer Kontrahierungszwang begründet.⁴⁴⁸ Ganz befremdlich wirkt es, wenn *Salzwedel* die Freiheit verteidigte und in diesem

441 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

442 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 353.

443 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

444 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350.

445 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 350 ff.

446 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 351.

447 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 351.

448 Näher *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 46.

Zusammenhang affirmierend auf die strafrechtlichen und ordnungsrechtlichen Konsequenzen einer Diskriminierung Privater hinwies.⁴⁴⁹ Zugespißt formuliert: „[J]edermann hat die Freiheit zu unsachlichem Verhalten“⁴⁵⁰ – macht er allerdings davon Gebrauch, muss er es beseitigen, unterlassen, dafür Schadensersatz leisten oder ins Gefängnis gehen! *Salzwedel* verteidigte die Präponderanz der Freiheit vor der Gleichheit, indem er glaubte, Verletzungen des Gleichbehandlungsanspruchs ausschließlich freiheitsrechtlich sanktionieren zu können. Das musste scheitern. Auch die freiheitsrechtliche Einordnung von Diskriminierungsverboten beschränkt zwangsläufig die Freiheit zur Diskriminierung. Sobald die Rechtsordnung an Private adressierte Diskriminierungsverbote anerkennt, wird eine als unbegrenzt konstruierte Freiheit begrenzt, unabhängig davon, ob man das Verbot freiheitsrechtlich oder gleichheitsrechtlich konstruiert. Die ausschließlich freiheitsrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot setzte sich im deutschen Recht trotzdem durch.⁴⁵¹

6. Zusammenfassung

Es gibt eine Tendenz der Privatrechtsentwicklung in der Zeit nach 1945: Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz wurde als übergreifende oder als bereichsspezifische dogmatische Figur des Privatrechts akzeptiert. Seinen Geltungsgrund sah man im Wesentlichen⁴⁵² nicht in der Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG. Er wurde vielmehr als privatrechtliches Prinzip konstruiert, das mit Art. 3 Abs. 1 GG nur die Wurzel – Gleichheit als Gerechtigkeitsprinzip – teilt. Auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz griff man dann als Verteilungsmaßstab zurück, sobald eine privatautonome Lenkung versagte.⁴⁵³ Das war – sehr vereinfachend ausgedrückt – immer dann der Fall, wenn sich die Privatrechtsakteure im Einzelfall nicht als im Wesentlichen auch tatsächlich Gleiche gegenüberstanden, sondern aus unterschiedlichen Machtpositionen heraus handeln konnten.⁴⁵⁴ Dieses Ungleichgewicht wurde nicht als ein Gleichheits-, sondern als ein Freiheitsproblem wahrgenommen. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz wurde daher als Antwort auf das zweite Freiheitsproblem konzipiert. Als freiheitsrechtlich begründbare und zugleich notwendige Einschränkung von Privatautonomie konnte er sich innerhalb kürzester Zeit etablieren. Dagegen stellten die in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verankerten Diskriminierungsverbote das Privatrecht vor schwierige Herausforderungen. Man konnte zwar die Zumutung

449 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 352.

450 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339, 351.

451 Vgl. dazu unten § 4 II 3 b).

452 Die wichtigste Einschränkung ist die Begründung des BAG zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, dazu näher unten § 5 I 3 d).

453 Siehe *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 140.

454 Exemplarisch *Flume*, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 146 f.

gen einer unmittelbaren Wirkung dieser besonderen Gleichheitssätze im Privatrecht unter Hinweis auf die Präponderanz der Freiheit ablehnen. Als Ausdruck objektiver Ordnung waren sie aber auch im Privatrecht grundsätzlich zu beachten. Um nach zeitgenössischem Verständnis privatrechtlich vermeintlich unproblematische Differenzierungen aufrecht erhalten zu können, war man gezwungen, bei der Anwendung des § 138 BGB vielfach zwischen dem Gewicht der einzelnen Merkmale zu unterscheiden und dadurch Diskriminierungshierarchien zu bilden. Letztlich führte die als Problem wahrgenommene privatrechtliche Wirkung der verfassungsrechtlichen Differenzierungsverbote dazu, „das Wesen der Privatautonomie in aller Schärfe zu betonen“⁴⁵⁵. Flume formulierte daher ganz bewusst zugespitzt:

„Anerkennung der Privatautonomie heißt Anerkennung des Satzes: *stat pro ratione voluntas*.“⁴⁵⁶

Bedarf die privatautonome Gestaltung keiner anderen Rechtfertigung, als dass der Einzelne sie will, sind gleichheitsrechtliche Diskriminierungsverbote damit prinzipiell unvereinbar. Der Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit wurde zur Existenzfrage des Privatrechts: In der Pflicht zur Gleichbehandlung, auch in Form von Diskriminierungsverboten, sah man letztlich eine Negation der Privatautonomie und damit der Freiheit. Das Ende der Freiheit, herbeigeführt durch staatlich vorgeschriebenes egalitäres Verhalten – das konnte auch vom GG nicht gewollt sein.⁴⁵⁷ Man musste daher einerseits das Privatrecht vor den Zumutungen der Gleichbehandlungsgebote schützen und war zugleich gezwungen, das diskriminierende Element in Ungleichbehandlungen aufgrund der vom GG vorgeschriebenen „Wertordnung“ auch privatrechtlich zu sanktionieren. Mit dem Ansatz, Diskriminierungen als Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu ahnden, schien die Lösung gefunden. Die daraus folgenden Beschränkungen der Freiheit waren ihrerseits freiheitsrechtlich legitimierbar. Die Zumutungen des Gleichheitsrechts waren vorerst erfolgreich abgewehrt, ein darauf gegründeter Kontrahierungszwang vermieden. Das zweite Gleichheitsproblem wurde ausschließlich als Freiheitsproblem behandelt. Diskriminierungsverbote blieben danach ein Randphänomen des Rechts, auf die es adäquat reagieren konnte, ohne die klassische Konzeption der Privatautonomie aufgeben zu müssen. Man wiegte sich in Sicherheit. Es sollte sich als eine trügerische Sicherheit herausstellen.

455 Flume, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 141.

456 Flume, FS 100 Jahre Deutscher Juristentag (Bd. I.), 1960, 135, 141.

457 Vgl. Salzwedel, FS Jahrreiss, 1964, 339, 353.

II. Die erste „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten 1976-2000

Das zweite Gleichheitsproblem wurde erst in den 1970er Jahren in Deutschland verstärkt diskutiert. Nachdem man geglaubt hatte, die von Art. 3 GG ausgelösten Irritationen erfolgreich überwunden zu haben, wurden Diskriminierungsverbote erneut zum Thema. Die Anstöße dazu kamen dieses Mal von „außen“ und dagegen richteten sich auch die eingesetzten Strategien zur weitgehenden Beibehaltung des *status quo*. Ich möchte diese These anhand von drei Entwicklungen darstellen: dem beginnenden Einfluss ausländischer Rechtsordnungen beim rechtsvergleichenden Zugang zum Problem, den gestiegenen Anforderungen des Völkerrechts an die Vermeidung von Rassendiskriminierung und schließlich den Konsequenzen der gemeinschaftsrechtlichen Verankerung der Gleichbehandlung der Geschlechter. Die Beispiele sollen nachweisen, dass die freiheitsrechtliche Bekämpfung von Diskriminierungen zwangsläufig zu Konflikten mit den gleichheitsrechtlichen Konzeptionen der Diskriminierungsverbote im ausländischen, inter- und supranationalen Recht führten. Langfristig gesehen setzten sich die gleichheitsrechtlichen Konzeptionen schließlich durch.

1. Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen – U.S.A. und Großbritannien

In der Diskussion über das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverboten lag es bereits in den 1960er Jahren nahe, den Blick auf die Entwicklungen in den U.S.A. zu lenken. Damit wurden im Ergebnis ganz unterschiedliche Zwecke verfolgt. Bei *Salzwedel* dient der rechtsvergleichende Streifzug primär der Illustration der spezifischen Probleme der Privatrechtswirkung von Gleichheitsrechten.⁴⁵⁸ Ganz grundlegende Bedeutung kam der Behandlung des U.S.-Rechts dagegen in der Arbeit „Wirtschaft und Verfassung“⁴⁵⁹ von *Horst Ehmke* zu. Er war einer der ersten, der die Drittwirkungsdebatte⁴⁶⁰ im Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit rassistischer Vereinbarungen Privater nach der *Shelley*-Rechtsprechung⁴⁶¹ für das deutsche Publikum erschloss.⁴⁶² *Ehmke* wollte damit zeigen, dass die Zurückhaltung des *Supreme Court* bei der Privatrechtswirkung des 14. Verfassungszusatzes erst den notwendigen politischen Handlungsspielraum für eine gesetzliche Regelung des Problems schuf. Er wies zugleich mit Nachdruck darauf hin, dass dieser Handlungsspielraum erst ermöglicht wurde, nachdem das Gericht seine in der *Lochner*-Ära erfolgte verfassungs-

458 *Salzwedel*, FS Jahrreiss, 1964, 339 f.

459 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961; siehe dazu die Rezension von *Mestmäcker*, DÖV 1964, 606 ff.

460 Siehe dazu oben § 4 I 2.

461 Dazu oben § 3 IV 2.

462 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 647 ff.

rechtliche Verankerung eines Konzepts unbeschränkter Vertragsfreiheit⁴⁶³ aufgegeben habe.⁴⁶⁴ Die Rechtsvergleichung erfüllte hier also eine primär verfassungstheoretische Funktion.

Ganz klassisch, als Hilfsmittel für den Gesetzgeber, setzte sie *Jost Delbrück* ein, um die Möglichkeiten auszuloten, wie der deutsche Gesetzgeber seinen völkerrechtlichen Pflichten zur Beseitigung der Rassendiskriminierung⁴⁶⁵ nachkommen könne.⁴⁶⁶ Dabei griff er auf die jüngsten Entwicklungen der *Civil-Rights*-Gesetzgebung in den U.S.A.⁴⁶⁷ und in Großbritannien zurück.⁴⁶⁸ Dort wurde mit dem *Race Relations Act 1965*⁴⁶⁹ ein in manchem dem U.S.-amerikanischen Vorbild nachgebildetes Diskriminierungsverbot geschaffen. Das Gesetz verbot die Diskriminierung ausschließlich „on grounds of colour, race, or ethnic or national origin“ in enumerativ aufgezählten *places of public resorts* wie Hotels, Restaurants, Cafés, Theatern, Kinos, Discos, Sportstätten und öffentlichen Transportmitteln, nicht aber in Einzelhandelsläden.⁴⁷⁰ Diskriminierungen waren zunächst vor den *Race Relations Board* zu bringen, bevor zivilrechtliche Schritte dagegen unternommen werden konnten, die bis hin zu einer *injunction* des diskriminierenden Verhaltens – und damit zum Kontrahierungszwang – reichten.⁴⁷¹ Das Gesetz wurde bereits drei Jahre später vom *Race Relations Act 1968*⁴⁷² abgelöst.⁴⁷³ Dieses Gesetz enthielt eine Definition des Diskriminierungsbegriffs, die unter dem Gesichtspunkt der positiven Diskriminierung nicht unproblematisch war,⁴⁷⁴ erweiterte den sachlichen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots erheblich, indem im Wesentlichen alle der Öffentlichkeit angebotenen oder zugänglichen Waren oder Dienstleistungen und der Bereich von Beschäftigung und Beruf erfasst wurden und sah Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich und Rechtfertigungen von Ungleichbehandlungen für das Wohnungswesen und das Arbeitsleben vor, die im Wesentlichen auf die dort gegeben besondere persönliche Nähe der Beteiligten zurückgeführt werden können.⁴⁷⁵ Das Gesetz wur-

463 Dazu oben § 3 III 5 c).

464 *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, 344 ff.

465 Dazu gleich unten § 4 II 2 b) und c).

466 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 235 f.

467 Dazu oben § 3 IV 4.

468 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 235, vgl. auch schon *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 177 ff.

469 1965 c.73; dazu *Hepple*, 29 Modern L. Rev. 306 (1966).

470 *Hepple*, 29 Modern L. Rev. 306, 808-809 (1966); ähnlich auch die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs im U.S.-Recht, sie oben § 3 IV 4 a).

471 *Hepple*, 29 Modern L. Rev. 306, 809-810 (1966).

472 1968 c.71, zugreifbar unter http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1968/pdf/ukpga_19680071_en.pdf; dazu *Hepple*, 32 Modern L. Rev. 181 (1968).

473 Zum Vergleich beider Gesetze aus zeitgenössischer Perspektive *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 279 ff.

474 *Hepple*, 32 Modern L. Rev. 181, 182 (1968).

475 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 284 f.

de vom *Race Relations Act* 1976⁴⁷⁶ abgelöst, der ein modernes Diskriminierungsrecht einführt und zum Vorbild des Gemeinschaftsrechts wurde. Mittlerweile trat der *Equality Act* 2010 an seine Stelle.⁴⁷⁷

In Deutschland war man zu Beginn der 1970er Jahre von einem allgemeinen Diskriminierungsverbot im Privatrecht nach den Vorstellungen des *Civil Rights Act* von 1964,⁴⁷⁸ des *Fair Housing Act* von 1968⁴⁷⁹ oder des *Race Relations Act* von 1968 weit entfernt. Auch das unter Rückgriff auf den *Civil Rights Act* von 1866 entwickelte und (kompetenzrechtlich) auf den 13. Verfassungszusatz basierende Verbot der Rassendiskriminierung,⁴⁸⁰ kannte im damaligen deutschen Recht keine Parallelen. Bis auf *Nipperdeys* und *Leisners* Ansatz einer unmittelbaren Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 3 GG im Privatrecht,⁴⁸¹ bot das deutsche Verfassungsrecht nach damaligem Verständnis keine ausreichenden Mittel, die völkerrechtlichen Pflichten zur Beseitigung von Rassendiskriminierung auch im Privatrecht *de lege lata* vollständig zu verankern. Das lässt an *Delbrücks* Ausgangsthese zweifeln, nach der die Spannungslage zwischen Freiheit und Gleichheit in der amerikanischen und der deutschen Rechtsordnung aufgrund gleicher Wertvorstellungen in der Gesellschaft im Wesentlichen gleich zu beurteilen sei.⁴⁸² Geht man von den Wertvorstellungen aus, wie sie sich im positiven Recht niedergeschlagen haben, kommt man kaum umhin, erhebliche Unterschiede festzustellen. Die Bedeutung einer diskriminierungsfreien Gesellschaft bildete sich im deutschen Recht offensichtlich weniger deutlich ab als in den U.S.A. oder in Großbritannien. Der Grund dafür dürfte Anfang der 1970er Jahre noch darin gelegen haben, dass Deutschland im Unterschied zu diesen Ländern keine ethnisch heterogene Gesellschaftsstruktur aufwies und es daher nicht zum Zusammenprall einer weitgehend homogenen weißen Bevölkerungsschicht mit anderen Gruppen kam.⁴⁸³ Das ist nicht zuletzt auch eine Spätfolge der Zeit zwischen 1933 und 1945. Die homogene Gesellschaftsstruktur der späten 1950er und der 1960er Jahre brach als Folge der massenhaften Anwerbung ausländischer Arbeitskräfte bereits Ende der 1960er Jahre auf; ein Trend, der sich auch nach dem 1973 erklärten „Anwerbestopp“ aufgrund stetig steigender Ausländereinwanderung nach Deutschland verstärkte.⁴⁸⁴ Das vertiefte die Spannungen im Verhältnis

476 1976 c.75; zugreifbar unter http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1976/pdf/ukpga_19760074_en.pdf; dazu jetzt *Malik* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 4 Rn. 29 ff.

477 2010 c.15, zugreifbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

478 Dazu oben § 3 IV 4 a).

479 Siehe § 3 IV 4 b).

480 Dazu oben § 3 IV 3.

481 Anders aber die Einschätzung von *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 231 f, der allerdings die Möglichkeit von *Nipperdeys* Ansatz unterschätzt (dazu oben § 4 I 2 a)).

482 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 235.

483 Zum Einfluss dieser Faktoren aus zeitgenössischer Sicht *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 19 ff.

484 Vertiefend *Herbert*, Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland, 2001, 223 ff.

von Deutschen und den „Ausländern“.⁴⁸⁵ Zugespißt formuliert, hatte sich die Zusammensetzung der „Privatrechtsgesellschaft“ in diesen 20 Jahren erheblich verändert. Ihre Heterogenität wurde zunehmend sichtbar. Das zweite Gleichheitsproblem wurde also auch tatsächlich drängender.

Die Privatrechtswissenschaft reagierte darauf. Das lässt sich exemplarisch an der Schrift „Personale Freiheit und Soziale Bindung“ von *Hansjörg Otto* zeigen. Darin erfüllt die Rechtsvergleichung beide klassischen Funktionen: eine Auswahl zwischen rechtspolitischen Optionen zu erleichtern und Hilfsmittel bei der Auslegung nationalen Rechts zu sein. *Otto* vertrat darin die These, dass aus § 826 BGB ein allgemeiner Kontrahierungszwang folge, „wenn die Ablehnung des Vertragsschlusses als sittenwidrig zu bewerten ist“⁴⁸⁶. Darin sieht er gerade im Vergleich zur jüngsten englischen Gesetzgebung einen strukturellen Vorteil, weil eine Generalklausel flexiblere Lösungen als ein Spezialgesetz zulasse.⁴⁸⁷ Aus denselben Erwägungen wurde auch vor Inkrafttreten des AGG statt eines Spezialgesetzes für eine Umsetzung an zentraler Stelle des BGB (§§ 134, 242) plädiert.⁴⁸⁸ Die Lösung über § 826 BGB verlangte aber eine Konkretisierung der Sittenwidrigkeit. Weil man die Vertragsfreiheit nicht schlechthin unter das Toleranzgebot stellen könne, ohne den Freiheitsraum eines Bürgers auf Kosten des anderen Bürgers zu sehr auszudehnen,⁴⁸⁹ war *Otto* zur Abwägung gezwungen. Er bestimmte die Sittenwidrigkeit einer Diskriminierung in einer Zusammenschau von „belastenden“ und „entlastenden Faktoren“, die er im Wesentlichen unter Rückgriff auf den *Race Relations Act* von 1968 und den verschiedenen U.S. *Civil Rights Acts* ermittelte.⁴⁹⁰ Danach waren die wichtigsten „belastenden Faktoren“ die Bedeutung der angestrebten Rechtsbeziehung für den Betroffenen, insbesondere ob es sich um die Bereiche Arbeitsleben und Wohnung handelte, und der Öffentlichkeitsbezug der Diskriminierung. „Entlastend“ sollten der mit dem Vertrag herbeigeführte enge persönliche Kontakt und Tendenzbezüge des Diskriminierenden sein. Abgesehen von diesen Einschränkungen war eine Rassendiskriminierung nach *Otto* regelmäßig privatrechtlich über einen Kontrahierungszwang zu bekämpfen.⁴⁹¹ Das war 1978 noch eine Einzelmeinung; gegen Ende des hier behandelten Zeitraums wurde sie mehrheitsfähig.⁴⁹² *Ottos* Schrift steht beispielhaft für die These, dass man bereits in den 1970er Jahren die holzschnittartige Dichotomie von Privatautonomie oder Diskriminierungsschutz überwinden konnte. Das deutsche

485 Vgl. *Herbert*, Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland, 2001, 238 ff.

486 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 143, 34 ff.

487 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 146.

488 *Schulze*, Datum-Theorie und narrative Form, in: Jamye, Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, 2003, 155, 175 ff.

489 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 145, 140.

490 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 146 ff.

491 *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 147 f.

492 Dazu unten § 4 II 4 b).

Recht bot mit den Generalklauseln unter Berücksichtigung der Privatrechtswirkung der Grundrechte beider Parteien Instrumente an, um zu differenzierten Ergebnissen zu gelangen. Das rechtsvergleichende Vorgehen „öffnete“ die Diskussion und ermöglichte es, auf die Wertungen in den insoweit ausgefeilteren Vorbildern im anglo-amerikanischen Recht zurückgreifen zu können. Nur zwingen konnte man den Rechtsanwender dazu nicht. Das vermochten nur Rechtsnormen im internationalen und im supranationalen Recht.

2. Einfluss des Völkerrechts am Beispiel des ICERD

a) Überblick über die völkerrechtliche Entwicklung auf internationaler Ebene

Zu Beginn der 1970er Jahre existierte bereits ein – wie *Delbrück* es 1971 noch vorsichtig-zurückhaltend formulierte – „völkerrechtlicher Standard der Gleichstellung der Rassen“.⁴⁹³ Den Wendepunkt des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes⁴⁹⁴ setzte die Charta der Vereinten Nationen v. 26.6.1945.⁴⁹⁵ Art. 1 Nr. 3 und Art. 55 lit. c UN-Charta verpflichten die Vereinten Nationen und deren Mitgliedstaaten (vgl. Art. 56 UN-Charta) zur „allgemeine[n] Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion“.⁴⁹⁶ Damit formuliert die Charta das Diskriminierungsverbot als unmittelbar verbindliches völkerrechtliches Prinzip.⁴⁹⁷ Der Internationale Gerichtshof legt „Rassendiskriminierung“ weit aus und versteht darunter „distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin“.⁴⁹⁸ Die staatliche Errichtung und Durchsetzung solcher Differenzierungen ist als Verstoß gegen ein grundlegendes Menschenrecht „a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter“.⁴⁹⁹ Jeden Staat trifft daher eine *erga omnes* wirkende völkerrechtliche Pflicht, Rassendiskriminierung zu vermeiden.⁵⁰⁰ Von erheblicher entwicklungsgeschichtlicher Bedeutung ist die All-

493 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 39; einen neuen Überblick dazu gibt *Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: *Wolfrum*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 215, 218 ff.

494 *Cassese*, International Law, 2005, 377 ff; *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2008, 16 f.

495 BGBl. 1973 II S. 430.

496 Vgl. dazu *Giegerich* in: *Falke/Rust*, AGG, Einl. Rn. 24 ff.

497 *Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: *Wolfrum*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 215, 216.

498 IGH, Gutachten v. 21.6.1971 – *Rechtsfolgen der Präsenz Südafrikas in Namibia* = ICJ Reports 1971, 16 para. 131.

499 IGH, Gutachten v. 21.6.1971 – *Rechtsfolgen der Präsenz Südafrikas in Namibia* = ICJ Reports 1971, 16 para. 131.

500 IGH, Urt. v. 5.2.1970 – *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd.* = ICJ Reports 1970, 3 para 33 f; zur Bedeutung dieser Qualifikation siehe statt vieler *Shaw*, International Law, 2008, 123 ff.

gemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948⁵⁰¹ (AEMR). Obwohl sie als Resolution der UN-Generalversammlung keine eigentliche Rechtsquelle ist,⁵⁰² wird sie mittlerweile von vielen als Menschenrechtskatalog mit teilweiser völkerrechtlicher Verbindlichkeit entweder als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht oder allgemeiner Rechtsgrundsätze aufgefasst.⁵⁰³ Nach Art. 2 Abs. 1 AEMR hat jeder

„Anspruch auf alle in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten, ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand“.

Damit wird das in Art. 1 Nr. 3 UN-Satzung angelegte Diskriminierungsverbot konkretisiert und zugleich in zwei Richtungen hin ausgedehnt: Der Katalog der Diskriminierungsmerkmale wird erweitert und die Aufzählung wird bewusst nicht abschließend ausgestaltet („etwa nach“ „such as“).⁵⁰⁴ Art. 7 AEMR konkretisiert den Grundsatz von gleicher Würde und Rechtsgleichheit in Art. 1 AEMR, indem er nach nicht unumstrittener Lesart sowohl einen allgemeinen Gleichheitssatz und ein Diskriminierungsverbot enthält:⁵⁰⁵

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Unterschied Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. Alle haben Anspruch auf gleichen Schutz gegen jede Diskriminierung, die gegen diese Erklärung verstößt, und gegen jede Aufhetzung zu einer derartigen Diskriminierung.“

Auf internationaler Ebene wurden die Diskriminierungsverbote der AEMR mit dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (IPBPR)⁵⁰⁶ völkervertragsrechtlich verpflichtend. Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 IPBPR⁵⁰⁷ folgt, dass es sich dabei lediglich um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot handelt. Danach darf der Staat bei Eingriffen in die vom Pakt geschützten Freiheitsrechte nicht aufgrund der genannten Merkma-

501 Resolution der UN-Vollversammlung Nr. 217 A (III) v. 10.12.1948, zugreifbar unter <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=ger> [Stand: 31.12.2012].

502 Zum Rechtscharakter der Resolutionen siehe Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 2008, 202 ff; zur AEMR speziell Nettesheim in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 173 Rn. 21.

503 Vgl. Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 2008, 424 f; Buergenthal/Thürer, Menschenrechte, 2010, 30 f; zurückhaltend Brownlie, Principles of Public International Law, 2008, 559; aA Cassese, International Law, 2005, 381; vgl. auch den Überblick über den Meinungsstand bei Hailbronner in: Vitzthum, Völkerrecht, 3. Abschnitt Rn. 223 und vertiefend jetzt Nettesheim in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 173 Rn. 38 ff.

504 Giegerich in: Falke/Rust, AGG, Einl. Rn. 30.

505 Giegerich in: Falke/Rust, AGG, Einl. Rn. 31 f.

506 BGBl. 1973 II S. 1533; UNTS Bd. 999, S. 171.

507 Der Wortlaut ist: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

le diskriminieren.⁵⁰⁸ Selbstständige Bedeutung kommt dagegen dem Diskriminierungsverbot in Art. 26 IPBPR⁵⁰⁹ zu.⁵¹⁰ Es schützt gegen jede dem Staat zurechenbare Benachteiligung aus den genannten Gründen, auch außerhalb des Anwendungsbereichs der vom Pakt erfassten Freiheitsgarantien.⁵¹¹ Aus dem Wortlaut („in dieser Hinsicht“) folgt, dass Art. 26 IPBPR keinen allgemeinen Gleichheitssatz enthält, sondern nur ein Diskriminierungsverbot statuiert. Dieses ist allerdings nicht abschließend gefasst („insbesondere“ und „sonstiger Status“).⁵¹² Man kann das nicht abschließende Diskriminierungsverbot daher als funktionales Äquivalent zum allgemeinen Gleichheitssatz konzipieren.⁵¹³ Dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und der Hautfarbe kommt darin erneut eine prominente Stellung zu. Die besondere Bedeutung der Rasse als verbotenes Diskriminierungsmerkmal im Völkerrecht unterstreicht schließlich das im Wesentlichen zeitgleich entstandene Internationale Übereinkommen v. 7.3.1966 zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (ICERD)⁵¹⁴. Ich werde darauf gleich näher eingehen. Die damit erreichte völkervertragsrechtliche Verdichtung rechtfertigt es, das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse mittlerweile auch als einen Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts aufzufassen.⁵¹⁵ Ob das auch für das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ gilt, ist noch nicht sicher.⁵¹⁶ Art. 3 IPBPR zeigt bereits die schon 1966 auf internationaler Ebene gefestigte Bedeutung des Geschlechts als verbotenes Diskriminierungsmerkmal. Er betont die Pflicht der Vertragsstaaten, „die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller in diesem Pakt festgelegten bürgerlichen und politischen Rechte sicherzustellen.“ Diese Entwicklung erreichte ihren Höhepunkt mit dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung

508 Giegerich in: Falke/Rust, AGG, Einl. Rn. 36 ff; Vedder in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 174 Rn. 13 f.

509 Art. 26 IPBPR lautet: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.“

510 Grundlegend: Ausschuss für Menschenrechte, *Zwaan-de Vries v. the Netherlands*, Communication No. 182/1984, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40), 160 (1987) (zugreifbar unter http://www.escr-net.org/user_doc/HR's_Committee_Decision_-_Zwaan_de_Vries.html) [Stand: 31.12.2012]. Zur Entwicklung und Kritik an dieser Interpretation siehe Dupuy, Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration, in: Wolfrum, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 149, 150 ff.

511 Vertiefend zum Unterschied zwischen akzessorischen und selbstständigen Diskriminierungsverboten im Völkerrecht Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 2008, 395 ff.

512 Dazu Giegerich in: Falke/Rust, AGG, Einl. 40 ff.

513 Vgl. König/Peters in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 21 Rn. 21 (zum gleich gelagerten Problem bei Art. 14 EMRK).

514 BGBl. 1969 II S. 961; UNTS Bd. 660, S. 195.

515 Kempen/Hillgruber, Völkerrecht, 2007, § 50 Rn. 49; Brownlie, Principles of Public International Law, 2008, 572 f; Shaw, International Law, 2008, 286 f.

516 Daher offengelassen von Shaw, International Law, 2008, 286 f.

der Frau v. 18.12.1979⁵¹⁷ (CEDAW).⁵¹⁸ Von erheblicher praktischer Bedeutung für die Weiterentwicklung und Durchsetzung des internationalen Menschenrechtsschutzes sind die im IPBPR vorgesehenen sog. „vertragsbasierten Schutzmechanismen“.⁵¹⁹ Dazu zählt insbesondere die Institutionalisierung des Schutzes im Ausschusses für Menschenrechte (Art. 28 ff IPBPR). Dieser Ausschuss vertritt in ständiger Praxis eine Interpretation der Art. 2 Abs. 1, 3 und 26 IPBPR, wonach ihr Schutzzumfang deutlich über das Staat-Bürger-Verhältnis hinausreicht. Danach trifft den Vertragsstaat auch eine umfassende Pflicht, den Einzelnen vor diskriminierenden Handlungen privater Akteure zu schützen.⁵²⁰ Der Wortlaut des Art. 26 IPBPR bietet für diese Interpretation zwar Anhaltspunkte, unumstritten ist diese Auffassung aber nicht geblieben.⁵²¹ Ich komme auf diesen wichtigen Aspekt gleich noch ausführlicher im Zusammenhang mit dem ICERD zurück.⁵²² Am selben Tag wie der IPBPR wurde auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom gleichen Tag (IPWSKR)⁵²³ verabschiedet.⁵²⁴ Dieser enthält in Art. 2 Abs. 2 und in Art. 3 ein dem Schwestervertrag nachgebildetes Diskriminierungsverbot mit einem gleich lautenden, nicht abschließenden Merkmalskatalog sowie die Gleichberechtigungspflicht zugunsten der Geschlechter. Es fehlt ein selbstständiges Diskriminierungsverbot und die

517 BGBl. 1985 II S. 648.

518 Dazu näher König, Frauenrechte sind Menschenrechte ... und doch anders? – Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW), in: Rudolf, Frauen und Völkerrecht, 2006, 81 ff; Heintschel von Heinegg in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 175 Rn. 7 ff.

519 Dazu Kempen/Hillgruber, Völkerrecht, 2007, § 50 Rn. 19 ff; Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 2008, 439 ff.

520 Siehe dazu *Ausschuss für Menschenrechte*, General Comment No. 28 v. 29.3.2000, CCPR/C/21/Rev. 1/Add.10, para. 3, 4 und 31: „The obligation to ensure to all individuals the rights recognized in the Covenant, established in articles 2 and 3 of the Covenant, requires that States parties take all necessary steps to enable every person to enjoy those rights. These steps include the *removal of obstacles* to the equal enjoyment of such rights, the education of the population and of State officials in human rights, and the adjustment of domestic legislation so as to give effect to the undertakings set forth in the Covenant. The State party must not only adopt measures of protection, but also *positive measures* in all areas so as to achieve the effective and equal empowerment of women. [...] 4. States parties are responsible for ensuring the equal enjoyment of rights without any discrimination. Articles 2 and 3 mandate States parties to take all steps necessary, including the prohibition of discrimination on the ground of sex, to put an end to discriminatory actions, *both in the public and the private sector*, which impair the equal enjoyment of rights. [...] 31. The right to equality before the law and freedom from discrimination, protected by article 26, requires States *to act against discrimination by public and private agencies in all fields*.“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

521 Vgl. dazu Giegerich in: Falke/Rust, AGG, Einl. Rn. 57; Rudolf in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, Kap. 2 Rn. 30 f, 34.

522 Siehe sogleich § 4 II 2 b).

523 BGBl. 1973 II S. 1569; UNTS Bd. 993, S. 3.

524 Dazu im Überblick Vedder in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 174 Rn. 93 ff.

Kontrollmechanismen sind im Vergleich zum IPBPR defizitär ausgestaltet.⁵²⁵ Beide Verträge sind für Deutschland seit 1976 bindend.^{526, 527}

b) Ein völkerrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse

Mit Wirkung zum 15.6.1969⁵²⁸ trat die Bundesrepublik Deutschland auch dem Internationalen Übereinkommen v. 7.3.1966 zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (ICERD)⁵²⁹ bei. Das Übereinkommen baut auf der gemeinsamen Überzeugung auf, dass „jede Lehre von einer auf Rassenunterschiede gegründeten Überlegenheit wissenschaftlich falsch, moralisch verwerflich sowie sozial ungerecht und gefährlich ist“ (vgl. Präambel, Erwägung 6). Eine „Rassendiskriminierung“ ist nach Art. 1 ICERD

„jede auf der Rasse,⁵³⁰ der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum⁵³¹ beruhende Unterscheidung,⁵³² Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.“⁵³³

Es handelt sich also um soziologische Kriterien,⁵³⁴ die einen Menschen oder eine Bevölkerungsgruppe als „rassisch anders im weitesten Sinne erscheinen las-

525 Zum Ganzen näher *Giegerich* in: Falke/Rust, AGG, Ein. Rn. 66 ff und zum IPWSKR insgesamt *Buergehal/Thürer*, Menschenrechte, 2010, 40 ff.

526 Der IPBPR trat am 23.3.1976 in Kraft, BGBl. 1976 II S. 1068; der IPWSKR am 3.1.1976, BGBl. 1976 II S. 428.

527 Siehe dazu *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 45 ff; *Wolfrum*, FS Peter Schneider, 1990, 515, 517 ff.

528 BGBl. 1969 II S. 2211.

529 BGBl. 1969 II S. 961; UNTS Bd. 660, S. 195.

530 Zum Rassebegriff des Übereinkommens vor dem deutschen Hintergrund *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 383 f; allgemein zum problematischen Begriff unten § 6 III 1 a).

531 Im Original „ethnic origin“, heute daher besser mit „ethnischer Herkunft, Zugehörigkeit oder Abstammung“ übersetzt; vgl. *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 383 Fn. 29; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 49 f.

532 Eine Differenzierung nach Staatsangehörigkeit bleibt wegen Art. 1 Abs. 2 CERD weiterhin zulässig, vgl. zu den Einzelheiten *Schuelb*, 15 Int'l & Comp. L.Q 996, 1006-1011 (1966); *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 311-313 (1985); *Mahalic/Mahalic*, 9 Hum. Rts. Q. 74-79 (1987); *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 59 ff. Nicht überzeugen konnte der Standpunkt der Bundesregierung, dass das ICERD nur „groups within the German population who differ from the rest of the German population particularly because of their national origin or for other reasons“ (Dänen, Sorben, Friesen, Sinti und Roma) erfasse (vgl. 13. und 14. Länderbericht Deutschland 1996, ICERD/C/299/Add.5, para. 8 [zugreifbar unter <http://tb.ohchr.org/>]). Es widerspricht offensichtlich dem Zweck des ICERD, ausländische Staatsangehörige anderer Rassen schutzlos zu stellen, vgl. *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 311-313 (1985); *Rädler*, Verfahrensmodelle zum Schutz vor Rassendiskriminierung, 1999, 30 f. Mit dem 15. Bericht v. 29.6.2000 hat sich Deutschland dieser Auffassung angeschlossen, ICERD/C/338/Add.14 para. 14-15 [zugreifbar unter <http://tb.ohchr.org/>].

533 Zu den zahlreichen damit verbundenen Auslegungsproblemen siehe nur *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 286-91, 305-311 (1985).

534 *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 383; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 43 ff.

sen“.⁵³⁵ Art. 5 lit. d) ICERD garantiert beispielsweise die Eheschließungs-, Eigentums- und Erbfreiheit des Einzelnen und sichert so die gleiche Rechtsfreiheit unabhängig von der „Rasse“ des Individuums. Das Übereinkommen begnügt sich aber nicht mit der Sicherung formal gleicher Freiheit. Art. 2 Abs. 1 ICERD verpflichtet die Vertragsstaaten, „mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik der Beseitigung der Rassendiskriminierung in jeder Form“ zu verfolgen und zu diesem Zweck „jede durch Personen, Gruppen oder Organisationen ausgeübte Rassendiskriminierung mit allen geeigneten Mitteln einschließlich der durch die Umstände erforderlichen Rechtsvorschriften“ zu verbieten und zu beenden (Art. 2 Abs. 1 lit. d) ICERD). Das war 1966 eine weitreichende Norm, weil sie die Vertragsstaaten aktiv zum Einschreiten gegen tatsächlich stattfindende Diskriminierungen in der Gesellschaft zwang.⁵³⁶ Art. 5 ICERD verpflichtet sie, „das Recht jedes einzelnen, ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums auf Gleichheit vor dem Gesetz [zu] gewährleisten“. Diese Pflicht ist nicht auf die politische Beziehung zwischen Staat und Individuum beschränkt. Wie Art. 5 ICERD zeigt, ist der von Art. 1 genannte Bereich des „öffentlichen Lebens“ deutlich weiter zu verstehen.⁵³⁷ Das Übereinkommen folgt nicht der Dichotomie von Staat und Gesellschaft, sondern grenzt zwischen öffentlicher und privater Sphäre ab.⁵³⁸ Was in die Privatsphäre fällt, ist nicht mehr Gegenstand der Gleichbehandlungspflichten. Damit nimmt das Übereinkommen Rücksicht auf die freiheitsrechtlichen Grenzen von Diskriminierungsgeboten, wie sie hier bereits im Zusammenhang mit dem *Civil Rights Act* von 1964 thematisiert wurden.⁵³⁹ Geprägt von den Entwicklungen des U.S.-Nichtdiskriminierungsrechts,⁵⁴⁰ geht es von der These aus, dass „eine wirkliche Beseitigung der Rassendiskriminierung und eine echte Gleichstellung der Rassen nur möglich ist, wenn auch in [den] privaten Beziehungen der Menschen verschiedener Rassen das Gleichbehandlungsgebot bzw. das Diskriminierungsverbot durchgesetzt wird“.⁵⁴¹ Darin gründet sich beispielsweise die Pflicht, für das gleiche Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes (Art. 5 lit. e) (i)) zu sorgen. Besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang das „Recht auf Zugang zu jedem Ort oder Dienst, der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist,

535 Delbrück, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 63.

536 Schwelb, 15 Int'l & Comp. L.Q 996, 1018-1019 (1966).

537 Dazu Schwelb, 15 Int'l & Comp. L.Q 996, 1005-1006 (1966); Fries, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 27 ff.

538 Vgl. Meron, 79 Am. J. Int'l L. 283, 291-295 (1985); Fries, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 30 ff.

539 Siehe oben § 3 IV 4 a) (3). Auf die U.S.-amerikanische Entwicklung, insbesondere das Recht auf Vereinigungsfreiheit (*freedom of association*), nimmt auch Meron, 79 Am. J. Int'l L. 283, 294-295 (1985) Bezug.

540 Fries, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 10 mwN.

541 Delbrück, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 113.

wie Verkehrsmittel, Hotels, Gaststätten, Cafés, Theater und Parks.“ (Art. 5 lit. f) ICERD).⁵⁴² Daraus folgt, dass ein von Privaten kontrollierter öffentlich zugänglicher Bereich grundsätzlich in die öffentliche und nicht in die Privatsphäre und damit in den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt.⁵⁴³ Der bereits in den 1970er Jahren erreichte völkerrechtliche Standard der Gleichbehandlung verlangte also von den Vertragsstaaten, das Diskriminierungsverbot auch in privatrechtlich organisierten Beziehungen durchzusetzen.⁵⁴⁴

c) Umfang und Ausmaß staatlicher Handlungspflichten

Problematisch ist der genaue Umfang dieser Schutzpflicht. Fest steht, dass Art. 5 lit. f) ICERD innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar ist und daher kein subjektives Recht des Diskriminierten auf Zugang begründet.⁵⁴⁵ Nach Art. 2 Abs. 1 lit. d) ICERD ist es den Vertragsstaaten verboten, Diskriminierungen Privater zu *fördern*, zu *schützen* oder zu *unterstützen*. Art. 6 ICERD verpflichtet die Vertragsstaaten, einen wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe gegen alle rassistisch diskriminierenden Handlungen vorzusehen *sowie* das Recht auf angemessene Entschädigung. Soweit man aus diesen Normen die Pflicht ableitet, keine diskriminierenden Rechtsgeschäfte durchzusetzen,⁵⁴⁶ war das deutsche Recht schon vor Erlass des AGG völkerrechtskonform: Rechtsgeschäfte, die nach „Rasse“ differenzierten, waren regelmäßig nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig.⁵⁴⁷ Dieses, bereits aus der Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 3 GG erzielte Ergebnis, ließ sich mit der völkerrechtsfreundlichen Auslegung von Grundgesetz und einfachem Recht unter Beachtung des Übereinkommens zusätzlich absichern.⁵⁴⁸ Zweifelhaft ist, ob die Vertragsstaaten aus Art. 5 lit. f) ICERD verpflichtet sind, einen Kontrahierungszwang zugunsten ethnischer Minderheiten einzuführen.⁵⁴⁹ *Delbrück* war 1974 der Auffassung, dass der vom ICERD geforderte effektive Rechtsschutz bei der Zulassung zu „privaten ‘öffentlichen Einrichtungen’“ nur über einen Kontrahierungszwang gewährleistet sei.⁵⁵⁰ Das war so selbstverständ-

542 Dazu jetzt weiterführend *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 9 ff.

543 Siehe *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 37 ff.

544 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 113 f.

545 *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1399; iE auch *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 99 ff.; vertiefend jetzt *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 191 ff.

546 Vgl. *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 114.

547 Siehe *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 260 f.

548 Zur Begründung näher *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1400; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 201 ff.

549 Bejahend *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 237, verneinend *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 21 f.

550 Vgl. *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 230.

lich allerdings nicht. *Michaela Fries* hat noch vor dem Inkrafttreten des AGG die Auffassung vertreten, dass Art. 5 lit. f) ICERD keinen Kontrahierungszwang verleihe.⁵⁵¹ Sie stützte sich dabei auf die allgemein anerkannte These, dass Art. 5 ICERD die Existenz der dort aufgezählten Freiheitsrechte im innerstaatlichen Recht voraussetzt und die Staaten lediglich verpflichtet, für eine diskriminierungsfreie Ausübung dieser Rechte zu sorgen.⁵⁵² Weil das deutsche Recht keinen allgemeinen Kontrahierungszwang kenne, könne dieser auch nicht unter Berufung auf Art. 5 lit. f) ICERD eingeführt werden.⁵⁵³ Die Argumentation ist nicht ganz unproblematisch. Obwohl *Fries* im Ergebnis eine staatliche Handlungspflicht gegen private Rassendiskriminierung bejahte,⁵⁵⁴ erinnert ihre Begründung gegen den Kontrahierungszwang an das in *Bowlin v. Lyon* (1885) entwickelte Recht des Eigentümers/Betreibers eines Eislaufplatzes, den schwarzen Kunden auszuschließen, weil er ja auch den Weißen ausschließen dürfe.⁵⁵⁵ Dieses Denken vom Eigentumsrecht her perpetuierte im Amerika des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts die Rassendiskriminierung in der Gesellschaft.⁵⁵⁶ Wendete man es auf das ICERD an, untergräbt man seinen, gerade als Reaktion auf das Versagen des Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert entwickelten Ansatz, in die Gesellschaft wirken zu wollen. Mit der Pflicht zur Zugangssicherung in Art. 5 lit. f) ICERD antwortet das Völkerrecht auf das zweite Gleichheitsproblem.⁵⁵⁷ Die gleiche Vertragsbegründungsfreiheit sichert jedem Privatrechtsakteur die gleiche Möglichkeit zur Interessenverwirklichung. Folgt man daraus, dass es gerade keinen Anspruch auf Vertragsschluss geben kann, verkennt man die Herausforderung des zweiten Gleichheitsproblems: Die Mitglieder der dominierenden Bevölkerungsgruppe sind regelmäßig nicht Betroffene der Vertragsablehnungsfreiheit. Es sind gerade Angehörige ethnischer Minderheiten, die in der Praxis die Adressaten der Entscheidung des Betreibers einer „privaten öffentlichen Einrichtung“ sind, nicht mit jedem kontrahieren zu müssen. Es war daher folgerichtig, dass der ICERD-Ausschuss die Pflicht aus Art. 5 lit. f) ICERD konkretisierte und auf die diskriminierende Verweigerung von Handlungsmöglichkeiten anwendete.⁵⁵⁸

551 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 21 f.

552 Vgl. General Recommendation on Art. 5 v. 8.3.1996 in: General Recommendation No. 22: Article 5 and refugees and displaced persons v. 24.8.1996, UN-Doc. A/51/18, S. 124 para. 1 [erhältlich unter <http://tb.ohchr.org/>]; *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 284 (1985); *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 386; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 13 ff.

553 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 21.

554 Vgl. *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 141 f.

555 *Bowlin v. Lyon*, 67 N.W. 536 (Iowa 1885).

556 Zum Zusammenhang siehe oben § 3 III 4 b).

557 Zum Begriff § 2 III 3.

558 Zur völkerrechtlichen Bedeutung dieser Konkretisierungen siehe *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 98 ff.

„In any case, it is the obligation of the State Party concerned to ensure the effective implementation of the Convention [...]. To the extent that private institutions influence the exercise of rights or the availability of opportunities, the State Party must ensure that the result has neither the purpose nor the effect of creating or perpetuating racial discrimination.“⁵⁵⁹

Damit folgt aus Art. 5 lit. f) ICERD eine Pflicht der Vertragsstaaten, sicherzustellen, dass Personen nicht aufgrund ihrer „Rasse“ von privaten Betreibern öffentlicher Einrichtungen abgewiesen werden. Wie der Vertragsstaat seinen vertraglichen Pflichten aus dem ICERD nachkommt, steht dabei in seinem Ermessen.⁵⁶⁰ *Delbrück* vertrat bereits 1974 die Auffassung, dass *Salzwedels* Ansatz der Persönlichkeitsrechtsverletzung,⁵⁶¹ der sich im deutschen Recht schnell etabliert hatte, den völkerrechtlichen Anforderungen nicht genüge.⁵⁶² Im Ergebnis plädierte *Delbrück* für eine Einschränkung der Abschlussfreiheit und damit für einen rechtlichen Kontrahierungszwang.⁵⁶³ Auch das ist so zwingend nicht. Mit der Beschränkung auf die geeigneten Mittel berücksichtigt Art. 2 Abs. 2 ICERD gegenläufige Grund- und Menschenrechtspositionen, darunter gerade auch die Privatautonomie.⁵⁶⁴ Genau auf diese nahm *Salzwedels* Vorschlag Rücksicht und ermöglichte in der Sache über das Persönlichkeitsrecht einen faktischen Kontrahierungszwang.⁵⁶⁵ Nicht mehr mit dem Übereinkommen vereinbar war dagegen die Beschränkung des Diskriminierten auf Schadensersatz. Aus dem Wortlaut von Art. 6 ICERD folgt, dass das Recht zu einer angemessenen Entschädigung oder Genugtuung für die erlittene Diskriminierung als zusätzlicher Rechtsbehelf („sowie“) neben die Rechtsbehelfe zur Beseitigung und Unterlassung der Diskriminierung tritt. *Delbrücks* Zweifel, ob der Ansatz im deutschen Recht völkerrechtskonform war, trafen wohl zu.⁵⁶⁶ Wortlaut und Normzweck des Art. 5 lit. f) ICERD fordern „das Recht auf Zugang zu jedem Ort [...] der für die Benutzung durch die Öffentlichkeit vorgesehen ist“. Wird jemand aufgrund seiner „Rasse“ davon ausgeschlossen, wird ihm gegenüber kommuniziert, dass er nicht gleiches Mitglied der Öffentlichkeit ist. Ein effektiver Rechtsschutz dagegen ist im Ergebnis nur gewährleistet, wenn dem Diskriminierten tatsächlich gleicher Zugang gewährt wird. Die Freiheitsrechte der Betreiber solcher Einrichtungen werden von dem Übereinkommen schon im Prinzip als weniger gewichtig angesehen als das

559 General Recommendation on Art. 5 v. 8.3.1996 in: General Recommendation No. 22: Article 5 and refugees and displaced persons v. 24.8.1996, UN-Doc. A/51/18, S. 124 para 5 [erhältlich unter <http://tb.ohchr.org/>].

560 *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1398; *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 386 f.

561 Dazu oben § 4 I 5.

562 *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 233.

563 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 114.

564 *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 113.

565 Dazu oben § 4 I 5.

566 Zurückhaltender *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1401.

gleiche Zugangsrecht ungeachtet der Rasse.⁵⁶⁷ Diese Interessenabwägung weist erhebliche Parallelen zu dem allgemeinen Zugangsanspruch aus dem Common Law auf, nach dem Betreiber von *public inns* und bestimmten Transporteinrichtungen zur Gleichbehandlung aller Interessenten verpflichtet sind.⁵⁶⁸ Im Ergebnis differenziert das Übereinkommen zwischen der Privatautonomie eines Gastwirts, die es durch Gleichbehandlungspflichten explizit einschränkt und der Privatautonomie eines Vereins, selbst über seine Mitgliedschaft und Zusammensetzung zu entscheiden, die aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens⁵⁶⁹ fällt. Freiheitsrechte und Gleichheitsrechte, so ließe sich die Botschaft des ICERD zusammenfassen, sind situativ bedingt und erfordern daher differenzierende Lösungen. Ohne den politischen Willen der internationalen Gemeinschaft, Diskriminierungen aus Gründen der "Rasse" effektiv zu bekämpfen, wäre das nicht möglich gewesen.⁵⁷⁰

d) Ein geändertes Stimmungsbild – ICERD-Implementation ab 1990

Seit Anfang der 1970er Jahre wusste man also, dass der im deutschen Recht erzielte Kompromiss von Privatautonomie und Diskriminierungsschutz auf schwankendem Boden stand. Man konnte seitdem jedenfalls mit guten Gründen zweifeln, ob die gefundene Lösung den völkerrechtlichen Anforderungen genügte. Es bestand Handlungsbedarf. Dieser spitzte sich Anfang der 1990er Jahre dramatisch zu. Damals kam es in Deutschland zu einer Reihe von ausländerfeindlichen und rassistisch motivierten Vorfällen und Gewalttaten, die auf internationaler Ebene mit Besorgnis betrachtet wurden.⁵⁷¹ Die vom ICERD-Ausschuss wahrgenommenen öffentlichen Reaktionen auf diese Ereignisse, von der Medienberichterstattung bis hin zu zahlreichen Protestkundgebungen in der Bevölkerung,⁵⁷² ließen den Schluss zu, dass eine öffentlich erfolgte Rassendiskriminierung im Deutschland Mitte der 1990er Jahre nicht mehr zu rechtfertigen sei. Das hatte Auswirkungen auf die Konzeptionen der Vertragsfreiheit.

Nach dem ganz überwiegenden, sich seit Ende der 1950er herausgebildeten Verständnis in Deutschland, unterlagen Gastwirte keinem Kontrahierungszwang. Exemplarisch für das zeitgenössische Verständnis steht eine Entscheidung des OVG Münster.⁵⁷³ Danach durfte ein Gastwirt ein Schild an der Eingangstür sei-

567 Daher kritisch zur Reichweite der Freiheitseinschränkungen *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 315 (1985).

568 Siehe oben § 3 III 3 b).

569 Zutreffend *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 34.

570 Dazu *Meron*, 79 Am. J. Int'l L. 283, 315-316 (1985).

571 Vgl. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Summary Report on Germany, v. 15.9.1993, UN-Doc. A/48/18/(Supp) para. 427 ff, 442 ff.

572 Vgl. Concluding Observations v. 23.4.1997, ICERD/C/304/Add.24 para. 7.

573 Dazu und zum Folgenden OVG Münster GewArchiv 1967, 118 f.

nes Lokals anbringen, mit dem er Ausländern verbietet, sein Lokal zu betreten, ohne Rechte Dritter zu verletzen. Die Zurückweisung von Gästen wurzele im Hausrecht des Gastwirts und der Tatsache, dass das deutsche Recht keinen Kontrahierungszwang kenne. Auch über Art. 3 Abs. 3 GG könne man außerhalb von Monopolsituationen keinen Kontrahierungszwang begründen. Das war die Konsequenz der nur „mittelbaren Drittwirkung“ und der These von der *Präponderanz der Freiheit*. Rolf Kühner wies 1986 auf die Unhaltbarkeit der These hin, eine diskriminierende Zurückweisung vom Besuch in einer Gaststätte sei nicht rechtswidrig, und dennoch konnte auch er sich wegen der Präponderanz der Freiheit nicht zu einem Kontrahierungszwang des Gastwirts durchringen.⁵⁷⁴ Zehn Jahre und eine Reihe fremdenfeindlicher Vorfälle später, hatte sich die Einschätzung erheblich geändert. Tilman Bezzenberger publizierte 1996 einen, in der Folgezeit einflussreichen, Beitrag über „Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht“.⁵⁷⁵ Darin sprach er sich deutlich gegen die Präponderanz der Freiheit im Privatrecht generell aus und differenzierte nach Freiheitssphären:

*„Bei der Bewertung ethnischer Diskriminierungen unter Privaten hat die Gleichheit im Rahmen der Sittenwidrigkeitskontrolle grundsätzlich Vorrang vor der Freiheit. [...] Nicht nur unter besonderen Umständen des Einzelfalls, sondern grundsätzlich und als solche verstoßen daher ethnische Diskriminierungen gegen die guten Sitten. Gleiches gilt für Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, die aufs engste mit der Abstammung zusammenhängt. Nur in einzelnen besonderen Lebensbereichen und Handlungszusammenhängen geht die privatautonome Auswahlfreiheit dem Diskriminierungsverbot vor. Namentlich im Bereich des Familienrechts und bei anderen Rechtsbeziehungen, die den Kernbereich der persönlichen Freiheitssphäre berühren, sind ethnische und nationale Unterscheidungen zumeist nicht sittenwidrig.“*⁵⁷⁶

Damit stand dem Rechtsanwender ein scharfes Schwert zur Hand, das gegen privatrechtliche Diskriminierungen eingesetzt werden konnte:

*„Rechtsgeschäfte, die sittenwidrig nach Abstammung, Rasse oder Staatsangehörigkeit diskriminieren, sind nach § 138 I BGB nichtig, bei Austauschverträgen mit diskriminierend erhöhtem Entgelt wird der Vertrag im Weg der geltungserhaltenden Reduktion zu den üblichen Bedingungen des Diskriminierenden aufrechterhalten. Liegt das diskriminierende Verhalten im Ausschluß vom rechtlichen Verkehr, so sind nicht nur immaterielle Schäden wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu ersetzen; vielmehr kann nach § 826 BGB Ersatz der Vermögensschäden verlangt werden. Bei diskriminierender Vertragsverweigerung besteht ein Anspruch auf Vertragsabschluß, unabhängig davon, ob der Zurückgesetzte zu anderen Leistungsquellen ausweichen kann, weil ein solches Ausweichen unzumutbar ist.“*⁵⁷⁷

574 Kühner, NJW 1986, 1397, 1401.

575 Bezzenberger, AcP 196 (1996), 395 ff.

576 Bezzenberger, AcP 196 (1996), 395, 433 (Hervorhebungen hinzugefügt).

577 Bezzenberger, AcP 196 (1996), 395, 434 (Hervorhebung hinzugefügt).

Bezenberger wollte nachweisen, „daß die hergebrachten Regeln des bürgerlichen Rechts vor Diskriminierung schützen können. Man muß sie nur zusammenfügen und anwenden.“⁵⁷⁸ Man muss das aber auch wollen. Darin liegt das größte Problem, wenn man Diskriminierungen im Privatrecht ausschließlich über die Generalklauseln adressiert. Sie ermöglichen die Transplantation von Diskriminierungsverboten ins Privatrecht, geben aber keine Kriterien vor, welche Merkmale relevant sind und wie die Abwägung mit den Freiheitsrechten zu erfolgen hat. Diese kann man entweder im Verfassungsrecht finden oder in den Prinzipien des einfachen Rechts oder man sucht sie im außerrechtlichen Bereich. Beruft sich der Rechtsanwender auf Art. 3 Abs. 3 GG, muss er sich fragen lassen, warum er „Rasse“ und Abstammung (ethnische Herkunft) auswählt und bezüglich der anderen Merkmale Zurückhaltung übt. Damit stellte sich ihm das schon bekannte Problem der Hierarchie der Diskriminierungsmerkmale.⁵⁷⁹ Die völkerrechtliche Verpflichtung wäre ein rechtliches Argument zur Unterstützung dieser These.⁵⁸⁰ Während *Fries* sich für diesen Weg entschied,⁵⁸¹ lehnte *Bezenberger* ihn ab⁵⁸² und griff stattdessen auf eine außerrechtliche Wertung zurück, die er im kategorischen Imperativ *Kants* zu finden glaubte.⁵⁸³ Die Prämissen dieser Begründung sind problematisch⁵⁸⁴ und letztlich scheitert der Versuch einer verfassungsneutralen Begründung, weil *Bezenberger* doch wieder auf die „Schutzfunktion des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots“ zurückgreifen muss.⁵⁸⁵ Im Ergebnis zeigt *Bezenbergers* Ansatz, dass das Instrumentarium des bürgerlichen Rechts – seine Generalklauseln – durchaus das Potential gehabt hätten, effektiv vor Diskriminierung zu schützen, gerade auch vor Rassendiskriminierungen im Privatrechtsverkehr. Man hätte es nur konsequent einsetzen müssen. Voraussetzung dafür wäre es gewesen, mit *Bezenberger* oder *Fries*⁵⁸⁶ den Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit zu hinterfragen. Dazu war man in letzter Konsequenz bis Ende der 1990er Jahre in Deutschland noch nicht bereit. Ein Kontrahierungszwang hebt die Freiheit des Verpflichteten in der Wahl seines Vertragspartners auf. Nach traditioneller Auffassung war das nur in den Fällen hinzunehmen, in denen zugleich die Voraussetzungen für einen allgemeinen Kontrahierungszwang vorliegen.⁵⁸⁷ Versteht man darunter „ein Korrektiv für das marktbedingte Fehlen

578 *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 434.

579 Siehe dazu oben § 4 I 2 c).

580 Vgl. *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1399 f.

581 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 247 ff.

582 *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 409 f („keine Geltung im Privatrechtsverkehr oder überhaupt im innerstaatlichen Bereich“).

583 *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 410 ff.

584 Dazu *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 366; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 182 f.

585 Siehe *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 412; so auch die Kritik bei *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 131.

586 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 272 ff.

587 Zum dogmatischen Aspekt eingehend unten § 5 VI.

einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertrags-schluß über wichtige Güter und Dienstleistungen“⁵⁸⁸, scheitert ein Kontrahierungszwang regelmäßig: Maßgeblich war nur, ob der Diskriminierte auf die ihm verweigerte Leistung angewiesen war⁵⁸⁹ und das ist in einer Wettbewerbswirtschaft regelmäßig nicht der Fall. *Jan Busche* hat diesen Standpunkt im Konflikt um *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (1999) exemplarisch herausgearbeitet. Danach hat die wegen ihrer „Rasse“ diskriminierte Person grundsätzlich nur dann einen Anspruch auf Vertragsabschluss, wenn eine „qualifizierte Vertragsverweigerung“ des Diskriminierenden vorlag.⁵⁹⁰ Darunter fasste *Busche* vier kumulativ neben der Vertragsverweigerung vorliegende Umstände zusammen: (1.) der Vertragsinteressent verfolgt rechtlich geschützte Interessen, (2.) er ist an einen Anbieter sachlich, räumlich-zeitlich oder konditionell gebunden, (3.) dieser ist grundsätzlich vertragsgeneigt und (4.) leistungsfähig.⁵⁹¹ Einen darüber hinausgehenden „besonderen“ Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wollte *Busche* nur für die Fälle bejahen, in denen eine andere Vertragsgelegenheit nicht gleichwertig sei.⁵⁹² Im Übrigen könnten die besonderen Gleichheitssätze nicht im Sinne eines allgemeinen Diskriminierungsverbots im einfachen Recht umgesetzt werden, weil man damit die „Präponderanz vertraglicher Selbstbestimmung“⁵⁹³ aufgeben.⁵⁹⁴ *Busche* steht damit für die dritte Möglichkeit, den Rechtsbegriff der „guten Sitten“ herzuleiten: Er sei anhand der Rechtsprinzipien des einfachen Rechts zu bestimmen und daher „anhand des das Vertragsrecht bestimmenden Rechtsprinzips der Selbstbestimmung auszufüllen.“⁵⁹⁵ Damit war man wieder zum Kern des Streits zurückgekehrt: Ging man – wie *Busche* – von der Präponderanz der Freiheit aus, ist ein Diskriminierungsverbot wegen der „Rasse“ mit der Rechtsfolge Kontrahierungszwang nicht begründbar, weil damit Fremdbestimmung statt Selbstbestimmung angeordnet werde.⁵⁹⁶ Ging man dagegen – wie *Fries* – von einem Gleichrang der Privatautonomie einerseits und der völker- und verfassungsrechtlich verankerten Diskriminierungsverbote andererseits aus, war ein Kontrahierungszwang über § 826 BGB prinzipiell begründbar.⁵⁹⁷ Die kontrovers geführte Diskussion zeigt, dass man nach dem im Jahr 2000 erreichten Stand der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 3 GG nicht mit Sicherheit davon ausgehen

588 So die von *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 52 vorgeschlagene Definition.

589 Vgl. *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 41 ff.

590 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 289.

591 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 127 ff.

592 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 294 f.

593 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 124.

594 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 279 ff.

595 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 160.

596 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 280 f.

597 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 272 ff.

konnte, die Schutzverpflichtungen aus dem Übereinkommen vollständig realisiert zu haben.⁵⁹⁸

e) Der Weg zum AGG

An der Stelle von Generalklauseln in verfassungskonformer Auslegung plädierte daher *Delbrück* 1974 – sehr zukunftsweisend – für eine gesetzliche Regelung von Diskriminierungsverboten, also für ein besonderes Nichtdiskriminierungsrecht.⁵⁹⁹ Dem Ruf nach einem besonderen Nichtdiskriminierungsgesetz schloss sich auch der nach Art. 8 ICERD errichtete Ausschuss zur Beseitigung der Rassendiskriminierung an. Er stützte sich dabei auf Art. 2 Abs. 1 lit. d) ICERD, der den Vertragsstaat verpflichtet, alle geeigneten Mittel einschließlich der durch die Umstände erforderlichen Rechtsvorschriften einzusetzen. Dazu zählt der Ausschuss in ständiger Praxis seit den 1970er Jahren auch die gesetzliche Verankerung eines Diskriminierungsverbots.⁶⁰⁰ Ob das Abkommen die Vertragsstaaten allerdings zwingt, gerade ein besonderes Nichtdiskriminierungsrecht zu schaffen, ist umstritten. Zwar gibt es den Vertragsstaaten das Ziel vor, überlässt ihnen aber die Auswahl der geeigneten Mittel.⁶⁰¹ Sicher ist allerdings, dass die Vertragsstaaten mit einem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht ihren völkerrechtlichen Pflichten nachkommen können.⁶⁰² Der Ausschuss forderte die Bundesrepublik in seinen Berichten wiederholt auf, ein umfassendes Nichtdiskriminierungsgesetz einzuführen.⁶⁰³ Die Bundesregierung reagierte darauf lange Zeit ausweichend-zurückhaltend:

*„At the suggestion of the Committee, the Federal Government has again considered whether a comprehensive anti-discrimination law is suitable for improving the combating of racism and xenophobia. Corresponding political discussions, which have not yet been completed, are taking place within the Federation and in some Länder.“*⁶⁰⁴

Berücksichtigt man die Entstehungsgeschichte des Übereinkommens, das seinen Ausgangspunkt als Reaktion auf antisemitische Aktionen im Winter 1959/1960 nahm,⁶⁰⁵ fällt es gerade vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte nicht im-

⁵⁹⁸ Diese Einschätzung stammt von *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 388 f.

⁵⁹⁹ *Delbrück*, FS Weber, 1974, 223, 237 f. Zur Unterscheidung zwischen allgemeinem und besonderem Nichtdiskriminierungsrecht siehe unten § 6 I 3.

⁶⁰⁰ Siehe *Mahalic/Mahalic*, 9 Hum. Rts. Q. 74, 85-88 (1987).

⁶⁰¹ Näher zum Streitstand vgl. *Fries*, Die Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, 2003, 119 ff.

⁶⁰² *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 141 f.

⁶⁰³ Vgl. Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Germany, v. v. 15.9.1993, UN-Doc. A/48/18/(Supp) para. 447; Concluding Observations v. 23.4.1997, ICERD/C/304/Add.24 para. 17, 20 [Die Berichte sind jeweils erhältlich unter <http://tb.ohchr.org/>]; vgl. dazu *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 389 f.

⁶⁰⁴ 13. und 14. Länderbericht Deutschland v. 1.5.1996, ICERD/C/299/Add.5 para. 95.

⁶⁰⁵ *Schwelb*, 15 Int'l & Comp. L.Q 996, 997-998 (1966); *Delbrück*, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, 1971, 61.

mer leicht, nachzuvollziehen, warum man gerade in Deutschland die Privatautonomie so prinzipiell selbst gegen Rassendiskriminierung verteidigte.⁶⁰⁶ Und auch hier findet sich wieder ein Freiheitsverständnis, das schon bei *Salzwedel* problematisch erschien: Man ist ohne weiteres bereit, die Handlungen strafrechtlich zu sanktionieren,⁶⁰⁷ solange man nur das Gespenst des rechtlichen – nicht faktischen (!) – Kontrahierungszwangs los wird. Es mutet sogar ironisch an, wenn eine spezielle Nichtdiskriminierungsgesetzgebung unter Verweis auf Art. 3 GG für nicht notwendig erachtet wurde, weil dessen Bestimmung gegenüber dem Ausschuss im 13. und 14. Länderbericht mit überraschender Begrifflichkeit als „directly applicable and enforceable“ dargestellt wurde.⁶⁰⁸ Erst im 15. Länderbericht v. 29.6.2000 konnte Deutschland ankündigen, dass es diese Vorschläge ernsthaft prüft⁶⁰⁹ und im 16.-18. Länderbericht 2007 war es möglich, auf das gerade in Kraft getretene AGG hinzuweisen.⁶¹⁰ Die Bundesregierung berief sich im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich auf die Pflichten aus dem ICERD und die Empfehlungen des Ausschusses.⁶¹¹ Darüber hinaus hat die Bundesregierung im Jahr 2001 nach Art. 14 ICERD erklärt, dass die Bundesrepublik sich dem Individualbeschwerdeverfahren⁶¹² unterwirft.⁶¹³ Das war 2001 noch ein beachtlicher Schritt, weil damals noch nicht gesichert war, dass Deutschland die Anforderungen aus dem Abkommen auch tatsächlich erfüllt.⁶¹⁴ Dass es überhaupt zum Erlass des AGG gekommen war, lag aber nicht an den völkerrechtlichen Vorgaben. Entscheidend war die notwendig gewordene Umsetzung mehrerer Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, darunter der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft. Insoweit wirkt das Völkerrecht mittelbar, weil der Gemeinschaftsgesetzgeber die Richtlinie unter Verweis auf die völkerrechtlichen Instrumente zur Bekämpfung der Rassendiskriminierung legitimiert.⁶¹⁵

606 Vgl. *Kühner*, NJW 1986, 1397, 1401 f. „Es bedarf wohl keines besonderen Hinweises, daß die Einhaltung der Verpflichtungen aus der Rassendiskriminierungskonvention vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte von der Weltöffentlichkeit mit besonderer Sensibilität beobachtet wird.“

607 Zur Strafbarkeit nach § 130 StGB vgl. nur *Lohse*, NJW 1985, 1677.

608 13. und 14. Länderbericht Deutschland v. 1.5.1996, ICERD/C/299/Add.5 para. 96.

609 15. Länderbericht Deutschland v. 29.6.2000, ICERD/C/338/Add.14, para. 68.

610 16.-18. Länderbericht Deutschland v. 16.1.2007, ICERD/C/DEU/18, para. 160 ff.

611 BT-Drs. 16/1780, S. 21.

612 Dazu *Britz*, EuGRZ 2002, 381.

613 Erklärung v. 30.8.2001, UNTS, Bd. 2158, A 9464 [zugreifbar unter <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202158/volume-2158-A-9464.pdf>].

614 *Britz*, EuGRZ 2002, 381 f.

615 Vgl. Erwägungsgrund (3) RL 2000/42/EG.

3. Einfluss des Gemeinschaftsrechts – Die Richtlinie 76/207/EWG und ihre Umsetzung im deutschen Recht

a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

Die Rechtsvergleichung hat eine Dachluke im deutschen Recht geöffnet, das Völkerrecht ein Fenster. Es war jedoch das vormalige Gemeinschaftsrecht, das dem Prinzip der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung die Tore zum deutschen Privatrecht endgültig aufstieß.⁶¹⁶ Den Auftakt zu einer genuin privatrechtlichen Wirkung bildeten das im EWG-Gründungsvertrag verankerte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 7 EWGV aF), seine speziellen Ausprägungen in den Grundfreiheiten und der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 119 EWGV aF). Anders als in den U.S.A. oder in Großbritannien, machte im Gemeinschaftsrecht nicht das Verbot der Rassen- diskriminierung den Anfang. Mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit reagierten die sechs Gründungsmitglieder der EWG auf die Arbeitsmigration vom Süden in den Norden und damit auf ein spezifisch mitgliedstaatliches Problem.⁶¹⁷ Dieses Diskriminierungsverbot wurde aufgrund seiner binnenmarktbezogenen Funktion im Gründungsvertrag verankert.⁶¹⁸ Das Ziel der EWG, einen Gemeinsamen Markt zu errichten (Art. 2 EWGV aF) konnte nur erreicht werden, wenn alle wirtschaftlichen Akteure gleichermaßen teilnahmeberechtigt sind. Primäre Adressaten des Diskriminierungsverbots waren und sind – neben der Union selbst – die Mitgliedstaaten der Union.⁶¹⁹ Dasselbe galt ursprünglich auch für Art. 119 EWGV. Seine Aufnahme in den Vertrag hat ebenfalls einen strikt binnenmarktbezogenen und wettbewerbspolitischen Hintergrund: Frankreich befürchtete, die Partner in der Gemeinschaft könnten ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile erlangen, wenn die – damals in Frankreich bereits eingeführte – Regel des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitskräfte bei gleicher Arbeit nicht in allen Mitgliedstaaten angewandt würde.⁶²⁰ Zu Beginn des hier untersuchten Zeitraums, genau um die Mitte der 1970er Jahre, unternahm der Europäische Gerichtshof innerhalb kurzer Zeit eine wesentliche Ausdehnung beider Diskriminierungsverbote. Mit seinem Urteil in der Rs. *Walrave* entschied der Europäische Gerichtshof 1974, dass das Diskriminierungsverbot aus Art. 7 EWGV – und seine speziellen Ausprägungen in Art. 48

616 Zur Entwicklungsgeschichte siehe jetzt auch *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 58 ff.

617 *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 55 f.

618 Dazu statt vieler *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 234 f.

619 *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 40 f mwN.

620 *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 157 AEUV Rn. 2 ff.

EWGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und Art. 59 EWGV (Dienstleistungsfreiheit) – sich nicht ausschließlich an staatliche Akteure richtet.⁶²¹ Es erstreckte sich jedenfalls auch auf kollektive Maßnahmen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich, die von nicht-staatlichen Akteuren getroffen werden.⁶²² Damit eröffnete der Gerichtshof die bis heute nicht abgeschlossene Diskussion über die Bindung von Privatrechtssubjekten an das Diskriminierungsverbot.⁶²³ Der entscheidende Durchbruch erfolgte allerdings auf dem Gebiet der Geschlechtergleichheit im Arbeitsleben. In einer Kombination aus politischer Intervention und extensiver Interpretation wurde das bis dahin in Art. 119 EWGV schlafende Gleichbehandlungspotential geweckt.⁶²⁴ Nachdem der Europäische Gerichtshof in der *Defrenne I*-Entscheidung erkennen ließ, dass er von einer unmittelbaren Wirkung des Art. 119 EWGV ausgehe,⁶²⁵ wurde die Richtlinie 75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen⁶²⁶ erlassen. Die Bedeutung dieser Richtlinie blieb begrenzt.⁶²⁷ Sie präzisierte Art. 119 Abs. 1 EWGV in einigen Punkten,⁶²⁸ insbesondere galt der Grundsatz danach nicht nur bei „gleicher“ sondern auch bei „gleichwertiger“ Arbeit. Der Paukenschlag folgte in der *Defrenne II*-Entscheidung 1976: Neben der wettbewerbspolitischen Zielrichtung arbeitete der Gerichtshof einen sozialpolitischen Normzweck heraus und sah in Art. 119 EWGV eine Norm zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte.⁶²⁹ Daher wurde er für innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht erklärt.⁶³⁰ Die Konsequenzen waren weitreichend:

„[D]a Art. 119 EWGV zwingenden Charakter hat, ist das Verbot von Diskriminierungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern nicht nur für die öffentlichen Behörden verbindlich, sondern es erstreckt sich auch auf alle, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen.“⁶³¹

Arbeitnehmerinnen konnten daher seit dem Tag der Urteilsverkündung – für die davor liegenden Zeiträume überwog der Vertrauensschutz⁶³² – ihre Arbeitgeber auf Zahlung des Lohns verklagen, den diese an männliche Arbeitnehmer leisteten. Art. 119 EWGV – eine vom Wortlaut her lediglich an die Mitgliedstaaten adressierte Norm – wurde zum Gemeinschaftsgrundrecht auf Gleichbehandlung

621 EuGH, Urt. v. 14.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave & Koch v. AUCI u.a.* = Slg. 1974, 1405 Rn. 16–19.

622 EuGH, Urt. v. 14.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave & Koch v. AUCI u.a.* = Slg. 1974, 1405 Rn. 16–19.

623 Dazu näher unten § 8 IV 3.

624 Siehe *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 43 ff.

625 Vgl. EuGH, Urt. v. 25.5.1971, Rs. 80/70 – *Defrenne v. Belgien (Defrenne I)* = Slg. 1971, 445 Rn. 13.

626 ABl. L 45 v. 19.2.1975, S. 19.

627 *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 157 AEUV Rn. 90.

628 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 53.

629 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 10.

630 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 40.

631 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 39.

632 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 69 ff.

von Mann und Frau in Entgeltfragen und zum subjektiven Recht der einzelnen Arbeitnehmerin. Es ist nicht ohne Ironie, dass gerade der Grundsatz der Entgeltgleichheit, der in Deutschland 1949 die Drittwirkungsdebatte ausgelöst hatte,⁶³³ über das Gemeinschaftsrecht zu der ihm in Deutschland verwehrten unmittelbaren Anwendung als Grundrecht gelangte. Zugleich erweiterte der Europäische Gerichtshof seit Beginn der 1970er Jahre den Diskriminierungsbegriff und unterschied zwischen den „direkten, offenen“ und den „mittelbaren, versteckten Diskriminierungen“.⁶³⁴ Damit fand begrifflich eine Konzeption aus dem U.S.-amerikanischen Nicht-Diskriminierungsrecht über die Gesetzgebung in Großbritannien Eingang in das Gemeinschaftsrecht.⁶³⁵ Der *Supreme Court* entschied in *Griggs v. Duke Power Company* (1971), dass Title VII des *Civil Rights Act* 1964 nicht nur Verhaltensweisen erfasst, die von einem „discriminatory intent“ getragen wurden, sondern alle Regelungen, die zu einem „discriminatory impact“ führen.⁶³⁶ Der englische *Sex Discrimination Act 1975*⁶³⁷ übernahm dieses Verständnis in Sec. 1(1)(b):

„A person discriminates against a woman in any circumstances [...] if he applies to her a requirement or condition which he applies or would apply equally to a man but which is such that the proportion of women who can comply with it is considerably smaller than the proportion of men who can comply with it, and which he cannot show to be justifiable irrespective of the sex of the person to whom it is applied, and which is to her detriment because she cannot comply with it.“

In einem Aspekt ging der Europäische Gerichtshof deutlich über den *Supreme Court* hinaus. In *Washington v. Davies* (1976) entschied der *Supreme Court*, dass die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer Verletzung des Gleichheitssatzes *nicht* mit den einfachrechtlichen Voraussetzungen im *Civil Rights Act* 1964 identisch sind.⁶³⁸ Der Europäische Gerichtshof entwickelte dagegen sein Verständnis von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung gerade anhand einer Norm, die „zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehört“⁶³⁹ und die seit *Defrenne III* in ständiger Rechtsprechung als Individualgrundrecht zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts zählt.⁶⁴⁰ Beide Diskriminierungsformen nehmen an der unmittelbaren Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots auf Privatrechtsbeziehungen teil. Die Ausführungen in *Defrenne II* schienen noch darauf hinzuweisen, dass sich die unmittelbare An-

633 Siehe oben § 4 I 2 b).

634 Siehe EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA* (*Defrenne II*) = Slg. 1976, 455 Rn. 18; ausführlicher unten § 6 V 2 b) (2).

635 Näher *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 106 f.

636 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 429-430 (1971).

637 1975 c.65 (zugreifbar unter http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1975/pdf/ukpga_19750065_en.pdf).

638 *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 239 (1976).

639 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA* (*Defrenne II*) = Slg. 1976, 455 Rn. 12.

640 EuGH, Urt. v. 15.6.1978, Rs. 149/77 – *Defrenne v. Sabena* (*Defrenne III*) = Slg. 1978, 1365 Rn. 26 f.

wendbarkeit auf die Fälle unmittelbarer Diskriminierung beschränkt.⁶⁴¹ In der Rs. *Jenkins* stellte der Gerichtshof jedoch klar, dass Art. 119 EWGV grundsätzlich auch auf mittelbare Diskriminierungen unmittelbar anwendbar ist.⁶⁴² Der Europäische Gerichtshof entwarf also bereits in den 1970er Jahren eine Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Mann und Frau, die unmittelbar in die Gesellschaft wirken sollte. Grundrechtsnormen waren unmittelbar anwendbar, damit sie auch in der Lebenswirklichkeit effektiv durchgesetzt werden konnten. Die Lösung des zweiten Gleichheitsproblems wurde zur zentralen Aufgabe der Gemeinschaft, wenngleich zunächst auf die Aspekte Geschlecht und Staatsangehörigkeit beschränkt. Der Kontrast zum zeitgenössischen Verständnis in Deutschland könnte größer nicht sein.

Der Europäische Gerichtshof geht seit *Defrenne II* in ständiger Rechtsprechung von einem komplementären Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht aus.⁶⁴³ Die unmittelbare Wirkung primärrechtlicher Gleichheitsgrundsätze im Privatrechtsverkehr ist der Grundsatz, der im Sekundärrecht näher präzisiert wird.⁶⁴⁴ Für den Gleichbehandlungsgrundsatz der Geschlechter übernahm die Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen⁶⁴⁵ diese Aufgabe.⁶⁴⁶ Der darin verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beinhaltete, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen durfte (Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG), erlaubte aber Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in Beschäftigung und Beruf beeinträchtigen (Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG). Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtete die Mitgliedstaaten im Wesentlichen dazu, alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass bei den Bedingungen des Zugangs – einschließlich der Auswahlkriterien – zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgt (Art. 3 Abs. 1 RL 76/207/EWG) und dass hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung

641 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 21-24; ausführlich zu der nicht ganz einfachen Einordnung der Entscheidung *Defrenne II* in die Entwicklung der mittelbaren Diskriminierung *Tobler*, *Indirect Discrimination*, 2005, 116 ff.

642 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 18.

643 Besonders deutlich EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

644 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 54.

645 ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40.

646 Die Richtlinie ist mit Wirkung vom 15.9.2009 von der Richtlinie 2006/54/EG abgelöst worden, vgl. Art. 34 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

auf Grund des Geschlechts gewährt werden (Art. 5 Abs. 1 RL 76/207/EWG). Deutschland hat die Richtlinie – verspätet⁶⁴⁷ – mit Art. 1 Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz v. 13.8.1980 umgesetzt, indem § 611a BGB aF, § 611b BGB aF und § 612 Abs. 3 BGB aF eingefügt wurden.⁶⁴⁸ Das in § 611a BGB aF enthaltene Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wurde neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zur zweiten wesentlichen Ausprägung des Gleichbehandlungsgebots im Arbeitsrecht.⁶⁴⁹ Das Arbeitsrecht nahm also erneut eine Vorreiterrolle ein, auch wenn die maßgeblichen Anstöße vom Gemeinschaftsrecht ausgingen.

b) Diskriminierungsschutz im deutschen Arbeitsrecht – eine schwierige Geburt

§ 611a BGB aF war allerdings nicht die erste arbeitsrechtliche Norm, in der ein Diskriminierungsverbot ausdrücklich verankert war. Bereits § 51 S. 1 BetrVG 1952⁶⁵⁰ enthielt ein Diskriminierungsverbot, das mit der Novellierung 1972⁶⁵¹ in § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG aufgenommen wurde.⁶⁵² Danach hatten Arbeitgeber und Betriebsrat

„darüber zu wachen, daß alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, daß jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts unterbleibt“.

Soweit der Arbeitgeber Maßnahmen mit kollektivrechtlichem Bezug traf, war er strikt an diese Diskriminierungsverbote gebunden.⁶⁵³ Unterscheidungsmerkmale, die gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG oder das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG verstießen, verletzten damit zugleich das Differenzierungsverbot in § 75 Abs. 1 BetrVG.⁶⁵⁴ Der einzelne Arbeitnehmer hatte bei Maßnahmen, die gegen § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG – und damit mittelbar auch gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG – verstießen, einen Anspruch auf Gleichbehandlung.⁶⁵⁵ Das Bundesarbeitsgericht verurteilte daher den Arbeitgeber bereits vor 1980, einen an männliche Arbeitnehmer gezahlten Lohnzuschlag auch den weiblichen Arbeitnehmern zu gewähren. Anspruchsgrundlage war der allgemeine

647 Vgl. Art. 9 Abs. 1 RL 76/207/EWG, nachdem die RL bis zum 14.8.1978 umzusetzen gewesen wäre.

648 Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang, BGBl. I S. 1308.

649 Dazu statt vieler Fastrich, RdA 2000, 65 ff; Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 8 ff.

650 BGBl. 1952 I S. 681.

651 BGBl. I S. 13.

652 Vertiefend dazu Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 54 ff.

653 Vgl. Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 93 ff.

654 BAG AP Nr. 39 zu § 242 Gleichbehandlung (unter I 1 b).

655 BAG AP Nr. 39 zu § 242 Gleichbehandlung (unter I 1 c), das in der Sache noch von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung des Arbeitgebers ausging.

arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.⁶⁵⁶ § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG bewirkte, dass die Ungleichbehandlung nicht an das Geschlecht anknüpfen durfte.⁶⁵⁷ Der Diskriminierungsschutz über den allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch scheiterte aber, wo dessen sachlicher Anwendungsbereich endete. Nach herkömmlichem Verständnis betraf er weder die Begründung noch die Beendigung eines Einzelarbeitsverhältnisses.⁶⁵⁸ Individualrechtliche Diskriminierungsverbote wurden in der Literatur vereinzelt diskutiert und vor allem mit Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG begründet.⁶⁵⁹ Mehrheitsfähig waren sie vor 1980 nicht: Auf dem 52. Deutschen Juristentag wurde der Vorschlag, den Arbeitgeber bei Einstellung und Beendigung an die Diskriminierungsverbote in § 75 BetrVG zu binden, mehrheitlich abgelehnt.⁶⁶⁰ Hier setzte die Neuregelung an. § 611a BGB aF war die erste detaillierte Regelung eines (arbeitsrechtlichen) Diskriminierungsverbots in der Bundesrepublik.⁶⁶¹

§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB aF beschränkte die Abschluss- und Beendigungsfreiheit des Arbeitgebers, weil ihm eine Ungleichbehandlung eines Arbeitnehmers oder Bewerbers allein wegen seines Geschlechts verboten wurde.⁶⁶² Das barg Konfliktstoff, wenn man berücksichtigt, wie vehement die Präponderanz der Freiheit gegenüber jeder Gleichbehandlungszumutung verteidigt worden war.⁶⁶³ Im Gesetzgebungsverfahren kritisierte der Bundesrat die Regelung: Sie schränke die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers stärker ein, als es der Gleichbehandlungsgrundsatz verlange und es verfassungsrechtlich und rechtspolitisch vertretbar erscheine.⁶⁶⁴ Dieser Kritik schlossen sich zahlreiche Stimmen im Schrifttum an.⁶⁶⁵ Pointiert notierte *Elke Herrmann* zu § 611a BGB: „Die Vorschrift ist Zivilrecht gewordener Art. 3 GG.“⁶⁶⁶ Und das bedeutet, wie wir seit *Dürig* wissen,⁶⁶⁷ das Ende der Freiheit. Die Bundesregierung erwiderte, dass die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit nicht absolut gegen Einschränkungen geschützt sei und

656 Zum diskriminierungsrechtlichen Schutz über den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz näher *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 56 f.

657 BAG AP Nr. 39 zu § 242 Gleichbehandlung.

658 BT-Drs. 8/3317, S. 6; *Hanau*, GS Kahn-Freund, 1980, 457, 464 f.; zu den zahlreichen Beschränkungen des § 75 BetrVG siehe auch *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 116 f. Nicht durchsetzen konnte sich *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 27 ff, der aus § 75 BetrVG einen Kontrahierungszwang des Arbeitgebers bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot ableiten wollte.

659 Vgl. *Gamillscheg*, FS Weber, 1974, 793, 802 ff; *Hanau*, GS Kahn-Freund, 1980, 457, 469 ff; in der Sache aber auch *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 226 f; *Zöllner*, Gutachten D, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentags, Wiesbaden, 1978, Bd. I, 1978, D 105 f, der bei Diskriminierungen aus den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gründen über §§ 138, 826 BGB einen nicht näher ausgeführten Schutz gewähren wollte.

660 Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentags, Bd. II, 1978, M 247.

661 *Hanau*, GS Kahn-Freund, 1980, 457, 472.

662 Zur grundlegenden Kritik siehe statt aller *Herrmann*, ZfA 1996, 19.

663 Dazu oben § 4 I 2 c) und § 4 II 2 d).

664 BT-Drs. 8/3317, S. 12.

665 Vgl. die Nachweise bei *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, 1989, 53 ff.

666 *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 21.

667 Vgl. oben § 4 I 2 c).

der Gesetzgeber sie zum Schutz von Arbeitnehmern und Bewerbern aufgrund der Wertentscheidung in Art. 3 Abs. 2 GG beschränken könne.⁶⁶⁸ Auch diese Position fand Zustimmung.⁶⁶⁹ Peter Hanau formulierte zugespitzt, mit der Berufung auf die Vertragsfreiheit werde „ein Grundrecht des Arbeitgebers auf Diskriminierung beim Abschluss von Arbeitsverträgen postuliert“ und warf den Kritikern vor, das GG in eine „Magna Charta der Diskriminierung“ umzudeuten.⁶⁷⁰ Damit war im Wesentlichen der Rahmen abgesteckt, in dem sich zukünftige Diskussionen über Diskriminierungsverbote im deutschen Recht bewegen sollten: Einerseits befürchtete man irreparable Eingriffe in die Privatautonomie und die Zerstörung von Freiheit überhaupt, andererseits vermochte man in Diskriminierungen schon kein schutzwürdiges Verhalten zu erkennen. Auch ein Charakteristikum der deutschen Diskriminierungsdebatten: Man schreibt gern mit spitzer Feder und perhorresziert die jeweilige Gegenposition. Das war um 1980 schon so⁶⁷¹ und um 2006 wurde es noch einmal richtig durchexerziert. Zwischentöne vermögen sich darin nicht immer Gehör zu verschaffen.

Die Geschichte der Umsetzung der Richtlinie 76/207/EWG in § 611a BGB verdeutlicht den Zusammenprall unterschiedlicher Gleichheits- und Freiheitskonzeptionen im deutschen und europäischen Recht.⁶⁷² Verstieß der Arbeitgeber gegen das Diskriminierungsverbot aus § 611a Abs. 1 BGB idF v. 1980, hatte der diskriminierte Arbeitnehmer lediglich Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitt, dass er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines solchen Verstoßes unterbleiben. Der Schadensersatzanspruch wurde auf das negative Interesse, also den Vertrauensschaden, beschränkt.⁶⁷³ Regelmäßig konnte er nur die Kosten der Bewerbung ersetzt verlangen.⁶⁷⁴ Man sprach insoweit vom „Porto-Paragrafen“.⁶⁷⁵ Auf Vorlage deutscher Arbeitsgerichte entschied der Europäische Gerichtshof in den Rs. *von Colson und Kamann* und *Harz* (1984), dass diese Beschränkung gegen die Richtlinie 76/207/EWG verstößt.⁶⁷⁶ Wirkliche Chancengleichheit könne nicht ohne eine geeignete Sanktionsregelung erreicht werden.⁶⁷⁷ Geeignete Sanktionen waren nach

668 BT-Drs. 8/3317, S. 15.

669 Hohmann-Dennhardt, ZRP 1979, 241, 242.

670 Hanau, GS Kahn-Freund, 1980, 457, 475.

671 Ein ganz besonders schönes Beispiel lieferte schon damals Adomeit, DB 1980, 2388 f.

672 Ein knapper Überblick bei Freis, NJW 1998, 2279 ff; Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1086; deutlich kritischer gegenüber der Rechtsprechung des EuGH dagegen Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 63 f.

673 BT-Drs. 8/3317, S. 9.

674 Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung, 1989, 78; BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 2122.

675 Zuleeg, RdA 1984, 325, 327.

676 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 21 ff; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 21 ff.

677 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 22; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 22.

Auffassung des Europäischen Gerichtshofs entweder Vorschriften, die den Arbeitgeber zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichten *oder* eine angemessene finanzielle Entschädigung, möglicherweise kombiniert mit einem Bußgeld.⁶⁷⁸ Die Auswahl stehe dem Mitgliedstaat zu; die Richtlinie verpflichte ihn nicht, einen Kontrahierungszwang vorzusehen.⁶⁷⁹ Entscheidet sich ein Mitgliedstaat, den Verstoß nur mit einer Entschädigung zu sanktionieren, müsse diese, damit ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet seien, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadenersatz – wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten – hinausgehen.⁶⁸⁰ Der nationale Rechtsanwender musste daher entscheiden, ob und wie man die Ziele der Richtlinie im nationalen Recht verwirklichen konnte. Im Ausgangspunkt standen ein Einstellungsanspruch, ein Schadenersatzanspruch in Höhe des Erfüllungsinteresses, Ersatz des immateriellen Diskriminierungsschadens und ein breit gefasstes Verständnis des Vertrauensschadens.⁶⁸¹ Die beiden erstgenannten Möglichkeiten standen dem Rechtsanwender allerdings nur offen, wenn § 611a Abs. 2 BGB aF insgesamt gemeinschaftsrechtswidrig gewesen wäre. Das wäre der Fall gewesen, wenn § 611a Abs. 2 BGB aF als Spezialregelung den Rückgriff auf andere Schadenersatzansprüche gesperrt hätte.⁶⁸² Anders war zu entscheiden, wenn die Norm – wie von der Bundesregierung im Verfahren behauptet wurde⁶⁸³ – die Anwendung allgemeiner Schadenersatzregeln erlaubte und mit diesen in Anspruchskonkurrenz trat⁶⁸⁴. Im Kern stritt man über die Wirksamkeit des § 611a Abs. 2 BGB aF wegen des damit implizit ausgeschlossenen Einstellungsanspruchs⁶⁸⁵ des abgelehnten Bewerbers.⁶⁸⁶ Es ging also um nichts weniger als die *Präponderanz der Freiheit*. Das Bundesarbeitsgericht schloss sich der zweiten Auffassung an.⁶⁸⁷ Danach blieb es bei der Wirksamkeit des § 611a Abs. 2 BGB aF und der dort ange-

678 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 18.

679 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 19; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 19.

680 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 28; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 28.

681 *Birk*, NZA 1984, 145, 147 ff; eingehend zu den jeweiligen Positionen *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 64 ff.

682 Dafür statt vieler: *Bertelsmann/Pfarr*, DB 1984, 1297 ff.

683 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 25; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 25.

684 Dafür statt vieler: *Zuleeg*, RdA 1984, 325, 329 ff.

685 Vgl. BT-Drs. 8/3317, S. 9.

686 Vgl. *Bertelsmann/Pfarr*, DB 1984, 1297, 1298 f (für einen Einstellungsanspruch) und *Zuleeg*, RdA 1984, 325, 329 f (kein Einstellungsanspruch).

687 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21.

ordneten Rechtsfolge. Eine Erweiterung des Schadensersatzanspruchs mittels richtlinienkonformer Auslegung war nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts aufgrund des klaren Wortlauts und der Entstehungsgeschichte nicht möglich.⁶⁸⁸ Der Gemeinschaftsrechtsverstoß wurde vermieden, indem man in § 611a Abs. 2 BGB aF – wohl entgegen der Entstehungsgeschichte⁶⁸⁹ – keine abschließende Regelung der Rechtsfolgen sah.⁶⁹⁰ Das ermöglichte den Rückgriff auf eine deliktsrechtliche Sanktionierung.⁶⁹¹ Die geschlechtsspezifische Benachteiligung wurde als regelmäßig erhebliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufgefasst, die zum Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 847 BGB aF berechnete.⁶⁹² Im Normalfall folgte daraus eine Entschädigung in Höhe eines Monatsverdienstes.⁶⁹³ Der Konflikt von Freiheit und Gleichbehandlung wurde wieder einmal freiheitsrechtlich gelöst. Das von *Salzwedel* bereits 1966 vorgestellte Modell⁶⁹⁴ hatte 20 Jahre später seine Anschlussfähigkeit im deutschen Recht erneut unter Beweis gestellt.⁶⁹⁵

§ 611 Abs. 2 BGB aF wurde im Jahr 1994 geändert:⁶⁹⁶ Der benachteiligte Bewerber konnte eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten beanspruchen, wenn der Arbeitgeber einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zu vertreten hatte.⁶⁹⁷ Zugleich wurde – gemeinschaftsrechtskonform – ein Einstellungsanspruch ausdrücklich ausgeschlossen, § 611a Abs. 3 BGB aF. Damit war der Auffassung der Boden entzogen, die einen Anspruch auf Abschluss des Arbeitsvertrages schadensersatzrechtlich konstruieren wollte.⁶⁹⁸ Die subjektive Anspruchsvoraussetzung war allerdings – wie man seit dem Urteil des EuGH in der Rs. *Dekker*⁶⁹⁹ und daher seit vier (!) Jahren wusste – gemeinschaftsrechtswidrig. Die praktische Wirksamkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes verlangt, dass jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen muss, um die volle Haftung des Arbeitgebers zu begründen.⁷⁰⁰ Es durfte daher niemanden überraschen, dass der

688 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 22.

689 Vgl. BT-Drs. 8/3317, S. 9 („eine besondere Regelung der Rechtsfolgen“).

690 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 22.

691 Vorgeschlagen von *Bertelsmann/Pfarr*, DB 1984, 1297, 1300 f.; *Zuleeg*, RdA 1984, 325, 331.

692 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21 f.; weitere Nachweise bei *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 43 Fn. 102 f.

693 BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 23.

694 Siehe oben § 4 I 5.

695 Zur freiheitsrechtlichen Kritik dieses Lösungsansatzes im Arbeitsrecht siehe *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 43 ff.

696 Art. 7 Nr. 1 Gesetz zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Zweites Gleichberechtigungsgesetz) v. 24.6.1994, BGBl. I S. 1406.

697 Nach § 61b ArbGG aF konnte der Arbeitgeber die Haftungssumme bei mehreren diskriminierten Bewerbern auf 6 bzw. 12 Monatsgehälter begrenzen.

698 Vgl. *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, 1989, 211 ff mwN.

699 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. 177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 19 ff.

700 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. 177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 25.

Gerichtshof daher in der Rs. *Draehmpaehl* erneut einen Verstoß gegen die Richtlinie feststellte.⁷⁰¹ Differenzierter beurteilte der EuGH dagegen die Höchstgrenze der Entschädigung: Die Richtlinie erlaube dem nationalen Recht eine Begrenzung des Schadensersatzes auf drei Monatsgehälter, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass der Bewerber die zu besetzende Position wegen der besseren Qualifikation des eingestellten Bewerbers auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte.⁷⁰² Richtlinienwidrig sei dagegen eine allgemeine Höchstgrenze, die auch dann gilt, wenn der Bewerber bei diskriminierungsfreier Auswahl die zu besetzende Position erhalten hätte.⁷⁰³ Auch diese Entscheidung durfte nicht überraschen. Der Gerichtshof hatte in seiner *Marshall II*-Entscheidung bereits 1993 festgestellt, dass der Schadensersatz nicht von einer im Voraus festgelegten pauschalen Höhe begrenzt werden dürfe.⁷⁰⁴ Daran orientierte sich der deutsche Gesetzgeber in der erneuten Änderung des § 611a BGB im Jahr 1998.⁷⁰⁵ Der Gesetzgeber übte sich also erneut in Zurückhaltung bei der Übernahme des Gleichbehandlungsgrundsatzes. „Entsprechend dem in Deutschland überwiegend herrschenden Verständnis, die Gleichberechtigungsproblematik rechtlich bereits ausreichend geregelt zu haben, kam der deutsche Gesetzgeber den europäischen Vorgaben nur widerwillig nach und hat auch durch seine Maßnahmen in der Folgezeit bewiesen, daß er geschlechtsspezifische Diskriminierungen nur insoweit sanktionieren will, als dies nach EG-Recht unbedingt erforderlich ist.“⁷⁰⁶

c) Verfassungsrechtliche „Adoption“ des § 611a BGB aF

Ganz anders dagegen die Reaktion des Bundesverfassungsgerichts. Es sah in § 611a Abs. 2 BGB aF eine Vorschrift, mit der der Gesetzgeber eine aus Art. 3 Abs. 2 GG folgende Schutzpflicht erfüllt habe.⁷⁰⁷ Wörtlich genommen wäre das eine nachträgliche Unterstellung, die historisch nicht haltbar ist. § 611a BGB aF wäre ohne das Gemeinschaftsrecht nicht zustande gekommen, auch wenn während des Gesetzgebungsverfahrens auf die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG

701 EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rz. 16 ff. Zu den Problemen der Umsetzung eingehend *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 72 ff.

702 EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rz. 31 ff.

703 EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rz. 23 ff.

704 EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 32.

705 Art. 1 Nr. 1 Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetzes v. 29.6.1998, BGBl. I S. 1694; teilweise kritisch zum völligen Verzicht auf das Verschuldenserfordernis *Annuß* in: Staudinger, § 611a Rn. 92 ff mwN (Neubearb. 2005).

706 *Annuß* in: Staudinger, § 611a Rn. 2 (Neubearb. 2005).

707 BVerfGE 89, 276, 285 f.

hingewiesen wurde.⁷⁰⁸ Die Debatte über ein Antidiskriminierungsgesetz zur Verhinderung der Diskriminierung der Frauen Anfang der 1980er Jahre⁷⁰⁹ kam auch deshalb nicht über das Anfangsstadium hinaus, weil ihr der Druck von „außen“, von Europa also, fehlte. Die These des Bundesverfassungsgerichts ist daher vor einem verfassungsdogmatischen und verfassungsprozessualen Hintergrund zu würdigen. In der kurz davor ergangenen grundlegenden Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot legte es eine, über die bisherigen Ansätze in seiner Rechtsprechung⁷¹⁰ hinausgehende, neue Konzeption von Art. 3 Abs. 2 GG vor:

„Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Der Satz "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden. Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.“⁷¹¹

Das Gericht wendete diese Interpretation – die mit dem 1994 neu eingefügten⁷¹² Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG im Text des GG klarstellend⁷¹³ verankert wurde – dann auf § 611a BGB aF an:

„Der Erreichung dieser von Art. 3 Abs. 2 GG gesetzten Ziele dient auch § 611a BGB. Er erstreckt das Diskriminierungsverbot auf private Arbeitsbeziehungen und unternimmt es, Frauen gleiche Chancen im Beruf, insbesondere bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, zu sichern.“⁷¹⁴

Damit hat das Bundesverfassungsgericht § 611a BGB aF nachträglich verfassungsrechtlich „adoptiert“. Als Konsequenz daraus übertrug es die Konstruktion des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots auf das privatrechtliche Diskriminierungsverbot. Das lässt sich anhand des Wortlauts beider Entscheidungen beeindruckend nachweisen. Beginnen wir mit der verfassungsrechtlichen Konstruktion im Beschluss zum Nachtarbeitsverbot:

„Das Geschlecht darf grundsätzlich [...] nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht

708 Hohmann-Dennhardt, ZRP 1979, 241 f.

709 Siehe dazu Coester-Waltjen, ZRP 1982, 217; Gitter, NJW 1982, 1567, jeweils mwN.

710 Siehe dazu Sacksofsky in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III Rn. 353.

711 BVerfGE 85, 191, 207.

712 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

713 BVerfGE 92, 91, 109.

714 BVerfGE 89, 276, 285.

auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt.“⁷¹⁵

Verglichen wird das mit der verfassungsrechtlichen Anforderung an die Interpretation des privatrechtlichen Diskriminierungsverbots:

„Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG liegt bereits vor, wenn eine rechtliche Ungleichbehandlung an das Geschlecht anknüpft.“⁷¹⁶ Es kommt nicht darauf an, ob daneben auch andere Gründe maßgeblich waren. Soll die Beachtung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots auch für den Arbeitgeber bei Einstellungsentscheidungen verbindlich gemacht werden – und darin liegt der Sinn des § 611a Abs. 1 BGB –, so muß es diesem verwehrt sein, das Geschlecht eines Bewerbers bei seiner Entscheidung überhaupt zu dessen Lasten zu berücksichtigen. Das ist aber bereits dann der Fall, wenn in dem Motiubündel, das seine Entscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht des abgewiesenen Bewerbers als negatives oder das andere Geschlecht als positives Kriterium enthalten ist.“⁷¹⁷

Elke Herrmann hatte also Recht: Wenn § 611a BGB das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG auf private Arbeitsbeziehungen erstreckt und das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot auch für den Arbeitgeber verbindlich ist, ist er tatsächlich „Zivilrecht gewordener Art 3 GG“. ⁷¹⁸ Er ist es, weil es vom Gesetzgeber so angeordnet wurde – und gleich aus zwei Gründen hat angeordnet werden müssen: aus gemeinschaftsrechtlichen und verfassungsrechtlichen.

Dass der Gesetzgeber mit § 611a BGB aF auch einer verfassungsrechtlichen Pflicht nachkam, beruht auf der verfassungsdogmatischen Rekonstruktion des Bundesverfassungsgerichts:

„Bei Vorschriften, die grundrechtliche Schutzpflichten erfüllen sollen, ist das maßgebende Grundrecht dann verletzt, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehlt. Dagegen ist es nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts zu kontrollieren, wie die Gerichte den Schutz im einzelnen auf der Grundlage des einfachen Rechts gewähren und ob ihre Auslegung den bestmöglichen Schutz sichert.“⁷¹⁹

Der Beschluss spricht nicht mehr von der „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte. Er entwickelt damit die in der *Lüth*-Entscheidung angelegte objektive Wirkung der Grundrechte im Privatrecht fort und verknüpft sie mit der Schutzpflichtenlehre, wie sie erstmals in der Entscheidung zur Fristenlösung 1975⁷²⁰

715 BVerfGE 85, 191, 206.

716 Hier zitiert das Gericht BVerfGE 85, 191, 206.

717 BVerfGE 89, 276, 285 f.

718 Herrmann, ZfA 1996, 19, 21.

719 BVerfGE 89, 276, 285 f.

720 BVerfGE 39, 1, 41 ff.

entwickelt wurde.⁷²¹ Die Schutzpflicht als Erklärung der Privatrechtswirkung von Grundrechten wurde von *Christian Starck* (1981) thematisiert⁷²² und von *Claus-Wilhelm Canaris* (1984) ausgebaut und vertieft⁷²³. Danach hat der Staat durch Privatrechtsgesetzgebung und durch die Rechtsprechung die Grundrechte einzelner vor Übergriffen anderer Privatrechtssubjekte zu schützen. Die Zweierrelationen Bürger-Staat und Bürger-Bürger werden von einer Dreiecksbeziehung: Bürger-Staat-Bürger abgelöst.⁷²⁴ Auf der einen Seite hat der Staat aufgrund der objektiven Dimension der Grundrechte die geschützten Interessen des Betroffenen gegen einen privaten Übergriff zu schützen. Die Ausübung dieser Pflicht ist ihrerseits wiederum vom abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte begrenzt, die jeden Eingriff in die Freiheitssphäre des Anderen einschränken. Man kann daher vom „mehrpolgigen Verfassungsrechtsverhältnis“ sprechen.⁷²⁵ Der Staat muss daher zwangsläufig bei der Ausgestaltung dieser Grundrechtspositionen über einen erheblichen Spielraum verfügen.⁷²⁶ Die Schutzpflichtendogmatik wurde im Zusammenhang mit den Freiheitsgrundrechten entwickelt.⁷²⁷ Das warf die Frage auf, ob aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und aus den besonderen Gleichheitsgarantien in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG überhaupt Schutzpflichten abgeleitet werden können. Die darauf seit den späten 1980er Jahren gefundenen Antworten prägen auch heute noch die Debatte.⁷²⁸ Manche lehnen Schutzpflichten aus Gleichheitsrechten generell ab, konzedieren aber, dass eine Diskriminierung „die Würde des Mitmenschen in seiner Gleichheit als Mensch beleidigen kann“ und damit eine Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG auslöst.⁷²⁹ Das ist nichts anderes als die *Salzwedelsche* Auffassung⁷³⁰ von Nichtdiskriminierung durch Persönlichkeitsrechte in dogmatisch neuem Gewand. Andere sind dagegen der Auffassung, dass aus ihnen prinzipiell

721 Aus der kaum noch überschaubaren allgemeinen Literatur zur Schutzpflichtenlehre vgl. nur *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof, HbStR*, § 111 Rn. 1 ff, 77 ff; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2005; *Callies* in: *Merten/Papier, Handbuch Grundrechte*, § 44 Rn. 1 ff; speziell zur Entwicklung der Debatte von Schutzpflichten im Privatrecht statt vieler *Stern* in: *Stern, Staatsrecht*, Bd. III/1, 1572 ff; *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, 52 ff; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 20 ff, 141 ff.

722 *Starck*, JuS 1981, 241, 244 f.

723 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.

724 Vgl. *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, 52.

725 *Callies*, JZ 2006, 321, 325 ff (im Wesentlichen identisch mit *Callies* in: *Merten/Papier, Handbuch Grundrechte*, Rn. 18).

726 So schon *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 227; vgl. dazu jetzt *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, 291 ff.

727 Vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, 228 ff.

728 Zum Streitstand *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 173 ff; *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 362 f; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 77 ff (jeweils mwN).

729 *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof, HbStR*, § 111 Rn. 96.

730 Siehe oben § 4 I 5.

Schutzpflichten abgeleitet werden *können*,⁷³¹ eine dritte Gruppe differenziert zwischen Art. 3 Abs. 1 GG einerseits und Art. 3 Abs. 2 und 3 GG andererseits und bejaht die Möglichkeit von Schutzpflichten jedenfalls für die besonderen Gleichheitssätze,⁷³² und eine vierte Ansicht stützt sich auf Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und bejaht sie daher nur für das Merkmal Geschlecht.⁷³³ Letztlich wird hier das klassische Problem der Reichweite von Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht mit anderen methodischen Vorzeichen diskutiert. Es geht wieder um die Präponderanz der Freiheit, um den Schutz der Privatautonomie, die bei einer staatlichen Schutzpflicht zur Sicherung gleichmäßiger Behandlung der Privatrechtssubjekte untereinander zerstört würde.⁷³⁴ Das verwundert nicht. Solange nicht geklärt ist, ob private Diskriminierung eine Grundrechtsverletzung ist, weil die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote auch Private binden, hilft die Schutzpflichtkonstruktion nicht weiter.⁷³⁵ Genau an dieser Stelle setzte das Bundesverfassungsgericht an. Es hat in der Entscheidung zu § 611a BGB einen grundrechtlichen Schutzauftrag im Privatrecht aus einem Gleichheitsrecht abgeleitet, weil es davon ausging, dass die Verfassung mit Art. 3 Abs. 2 GG das Gleichberechtigungsgebot der Geschlechter in die gesellschaftliche Wirklichkeit erstrecken will.⁷³⁶ Das Gericht verankerte diese Interpretation in Art. 3 Abs. 2 GG aF (= Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG nF). Es rezipierte über § 611a BGB aF indirekt gemeinschaftsrechtliche Gleichbehandlungskonzeptionen und sicherte damit ihre Durchsetzung, indem sie verfassungsrechtlich verstärkt wurden.⁷³⁷ Die vom Europäischen Gerichtshof bereits in der *Defrenne II-Entscheidung* unternommene Erstreckung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in die gesellschaftliche Wirklichkeit wurde vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffen und in Art. 3 Abs. 2 GG verankert. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Zusammenhang im Beschluss zu § 611a BGB noch nicht direkt angesprochen. Zehn Jahre später holte es dieses Versäumnis in einer Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Arbeitgeberpflicht, einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu leisten,⁷³⁸ nach. Danach entspreche die von Art. 3 Abs. 2 GG ausgehende gesellschaftliche Dimension des Gleichberechtigungsgrundsatzes den europarechtlichen und internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik.⁷³⁹ Das Gericht nimmt dabei ausdrücklich auf

731 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 173 ff; Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 84 ff.

732 Nickel, Gleichheit und Differenz, 1999, 148 ff; Uerpmann-Wittzack, ZaöRV 68 (2008), 359, 364 ff; Sachs in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 144.

733 Krings, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, 188; Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 364 Fn. 30.

734 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175.

735 Klar erkannt von Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 363 f.

736 BVerfGE 89, 276, 285.

737 Vgl. Coester, Jura 1995, 21, 22; Osterloh in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 261.

738 BVerfGE 109, 64.

739 BVerfGE 109, 64, 89.

die Richtlinie 76/207/EWG und auf Art. 11 des Übereinkommens vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)⁷⁴⁰ Bezug. Ähnlich wie der ICERD,⁷⁴¹ enthält Art. 2 lit. e) CEDAW einen Schutzauftrag an die Unterzeichnerstaaten, alle geeigneten Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung der Frau durch (private) Personen und Organisationen zu ergreifen. Art. 11 CEDAW konkretisiert diese Pflicht für das Berufsleben und verpflichtet die Vertragsstaaten, der Frau auf Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau gleiche Rechte zu gewähren, einschließlich der Anwendung derselben Auswahlkriterien bei der Einstellung, Art. 11 Abs. 1 lit. b CEDAW. Beide Instrumente forderten, so das Gericht, die Beseitigung mittelbarer und faktischer Diskriminierungen.⁷⁴² Mit § 611a BGB sei der Gesetzgeber auch seiner verfassungsrechtlichen Pflicht nachgekommen, sicherzustellen, dass sich von ihm getroffene Schutzvorschriften zugunsten der Frau in der Wirklichkeit des Arbeitslebens nicht diskriminierend auswirken können.⁷⁴³ Nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts stand § 611a BGB aF im Brennpunkt von Gemeinschafts-, Völker- und Verfassungsrecht. Obwohl der Gesetzgeber aufgrund Gemeinschaftsrechts gezwungen war, ein an Private adressiertes Diskriminierungsverbot zu schaffen, kam er damit zugleich seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht nach, „dem aus der Verfassung folgenden Diskriminierungsverbot Nachdruck zu verleihen.“⁷⁴⁴ Dieses Verfassungsgebot ist seinerseits maßgeblich vom Gemeinschafts- und Völkerrecht beeinflusst. Dieser Zusammenhang verdeutlicht den indirekten Einfluss vor allem des Gemeinschaftsrechts auf die Weiterentwicklung des deutschen Verfassungsrechts. Damit kann man auch erklären, warum die Herstellung „faktischer“ Gleichheit gerade für das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ betont wurde. Es war Anfang der 1990er Jahre bereits tief im Gemeinschaftsrecht – und von dort ausgehend – auch im nationalen Recht verankert. Von dort aus fand es den Weg in die Verfassungsinterpretation und eröffnete dem Bundesverfassungsgericht die prozesuale Möglichkeit, Auslegung und Anwendung der Norm zur Sicherung ihrer gesellschaftlichen Dimension zu kontrollieren. Die Erklärung, mit § 611a BGB habe der Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht erfüllt, verdunkelt den tatsächlich gegebenen Ablauf: Weil der sachliche Anwendungsbereich des unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsgrundrechts (Art. 119 EWG) die faktische Herstellung von Gleichberechtigung im Beruf nicht umfassend sicherstellen konnte, kam es zur Richtlinie 207/76/EWG, mit der die Mitgliedstaaten verpflichtet wurden, effektive Diskriminierungsverbote im nationalen Arbeitsrecht

740 BGBl. 1985 II, S. 648; UNTS Bd. 1249, S. 13; dazu *Tinker*, 3 Hum. R. Q. 32 (1981).

741 Dazu oben II 2 b.

742 BVerfGE 109, 64, 89.

743 BVerfGE 109, 64, 90.

744 BVerfGE 109, 64, 95.

einzuführen. Dieses Ziel konnte aufgrund der besonderen textlichen Offenheit von Art. 3 Abs. 2 GG aF unproblematisch verfassungsrechtlich abgesichert werden, ohne dass eine Verfassungsänderung notwendig wurde. Auch nach der Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG steht fest, dass die Schutzpflicht nicht daraus folgt.⁷⁴⁵ Offen blieb in den 1990er Jahren dagegen, ob sie sich ausschließlich auf Art. 3 Abs. 2 GG beschränkte oder ob auch die anderen in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale Schutzpflichten auslösen können.⁷⁴⁶ Mittlerweile hat das Gericht jedenfalls für das Merkmal „Behinderung“ (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) einen Zusammenhang zwischen „dem aus der Verfassung folgenden Diskriminierungsverbot“ und gesetzlichen Diskriminierungsverboten und Kündigungsschutzregelungen hergestellt.⁷⁴⁷ Der ebenfalls hergestellte Zusammenhang zwischen dem Gleichberechtigungsgebot und den dadurch erfüllten europarechtlichen und internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik⁷⁴⁸ lässt darüber hinaus den Schluss zu, dass alle Diskriminierungsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 GG eine gesellschaftliche Dimension aufweisen und vom Bundesverfassungsgericht *mittlerweile* auch so aufgefasst werden.⁷⁴⁹ Mitte der 1990er Jahre beschränkte sich nämlich der gemeinschaftsrechtliche Einfluss im Wesentlichen auf das Merkmal Geschlecht. Das hat sich seit dem Jahr 2000 erheblich geändert. Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts war daher der zentrale Faktor, der zur ersten Expansionsphase von Diskriminierungsverboten im Privatrecht geführt hat. Art. 119 EWG, die Richtlinie 76/207/EWG, § 611a BGB aF und die Neuinterpretation von Art. 3 Abs. 2 GG – diese Vorgänge haben den Boden für Diskriminierungsverbote im Privatrecht bereitet. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht war spätestens in den 1990er Jahren im Vordringen.⁷⁵⁰

4. Gleichheit und differenzierte Gerechtigkeit – Bestandsaufnahme und Ausblick auf die zweite „Expansionsphase“ ab dem Jahr 2000

Zieht man eine Bilanz der Entwicklungen im deutschen Privatrecht bis zum Jahr 2000, stellt man zunächst fest, dass es eine Reihe von punktuellen Gleichbehandlungspflichten gab.⁷⁵¹ Den Schwerpunkt bildete dabei das Arbeitsrecht, während im allgemeinen Zivilrecht große Zurückhaltung herrschte.

745 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 180; Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 87 ff.

746 Dazu näher Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 180 f.

747 BVerfGE 109, 64, 95.

748 BVerfGE 109, 64, 89.

749 So Uerpmann-Witzack, ZaöRV 68 (2008), 359, 364 ff, iE auch Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 ff; Sachs in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 144; dezidiert anders Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 337 ff.

750 So zutreffend, aber sehr kritisch Herrmann, ZfA 1996, 19, 25.

751 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 22.

a) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote

Die Tarifvertragsparteien waren im Ergebnis an die besonderen Gleichheitssätze aus Art. 3 Abs. 3 GG gebunden, wobei die vom Bundesarbeitsgericht früher einheitlich vertretene Auffassung der unmittelbaren Grundrechtsgebundenheit⁷⁵² im Laufe des hier untersuchten Zeitraums vermehrt aufgegeben wurde und einer Begründung aus der Schutzpflichtenfunktion wich.⁷⁵³ Betriebsrat und Arbeitgeber waren bei allen Maßnahmen mit kollektivem Bezug an die Diskriminierungsverbote in § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG gebunden. Weil es ein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB ist, räumt § 75 Abs. 1 BetrVG dem einzelnen Arbeitnehmer das individuelle Recht ein, nach diesen Grundsätzen behandelt zu werden, zumal es sich hierbei letztlich ohnehin nur um sich unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis ergebende gesteigerte Treue- und Fürsorgepflichten handelt.⁷⁵⁴ Für bestehende Arbeitsverhältnisse ließ sich ein Diskriminierungsschutz aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz begründen.⁷⁵⁵ Differenzierungen auf Grundlage der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten und in § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG wiederholten Merkmale waren kein sachlicher Grund einer ungleichen Behandlung oder Gruppenbildung. § 611a BGB aF verbot dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Bewerber wegen des Geschlechts zu benachteiligen; § 611b BGB aF verlagerte diese Pflicht in die Ausschreibungsphase vor, § 612 Abs. 3 BGB aF verankerte den Grundsatz gleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit. Bei Schwerbehinderten erschöpfte sich das individualrechtliche Diskriminierungsverbot in der Zustimmungspflicht einer Kündigung nach § 14 SchwBG;⁷⁵⁶ vor und bei Abschluss des Arbeitsvertrags existierte dagegen kein spezifischer Diskriminierungsschutz.⁷⁵⁷ Ein umfassendes, dem § 611a BGB aF nachgebildetes Diskriminierungsverbot schwerbehinderter Beschäftigter war erst ab 2001 in § 81 Abs. 2 SGB IX aF vorgeschrieben.⁷⁵⁸ Ungleichbehandlungen, die auf die Religion von Arbeitnehmern zurückzuführen sind, hat die Rechtsprechung traditionell freiheitsrechtlich unter Abwägung der Religionsfreiheit des Arbeitnehmers mit den freiheitsrechtlichen Gegenpositionen des Arbeitgebers gelöst.⁷⁵⁹ Dasselbe galt für Benachteiligungen wegen des Alters, die regelmäßig an Art. 12 GG gemessen wurden.⁷⁶⁰ Ein ausdrückliches, über den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und § 75 Abs. 1

752 Grundlegend BAGE 1, 258.

753 Zur Entwicklung des Streitstandes vgl. *Dieterich*, RdA 2005, 177, 178 f.

754 BAG AP Nr. 2 zu § 17 BBiG = NZA 1985, 329, 331.

755 Zusammenfassend zu dieser Möglichkeit und ihren Grenzen *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 122 ff; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 117 ff.

756 BGBl. 1974 I S. 1006.

757 Näher zum Diskriminierungsschutz behinderter Personen vor 2000, *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 164 ff.

758 Dazu *Rolfs/Paschke*, BB 2001, 1260, 1261 f.

759 Dazu *Däubler* in: Däubler, AGG, Einl. Rn. 52 ff mwN.

760 Dazu *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 303 ff mwN.

BertrVG hinausreichendes Verbot rassistischer Diskriminierungen in Arbeitsverhältnissen existierte ebenfalls nicht.⁷⁶¹ Hier wurde ein Schutz vor Diskriminierungen in Umsetzung der Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 GG regelmäßig nur über die zivilrechtlichen Generalklauseln gewährleistet.

Dasselbe galt für Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung eines Arbeitnehmers. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts war eine während der Probezeit erfolgte Kündigung nach § 242 BGB unwirksam, wenn sie nur wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers erfolgte.⁷⁶² Dieser Fall zeigt exemplarisch die Schwierigkeiten eines lediglich über Generalklauseln vermittelten Diskriminierungsschutzes: Kritiker konnten dem Bundesarbeitsgericht vorwerfen, die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers⁷⁶³ über neu entwickelte Kündigungsverbote zu beschränken, obwohl aus § 1 Abs. 1 KSchG folge, dass der Arbeitgeber vor Ablauf der Wartezeit aus jedem beliebigen Grund kündigen könne: „Der Arbeitgeber hat die Privatautonomie nicht ‘ausgenutzt’, sondern berechtigt genutzt.“⁷⁶⁴ Weil die Generalklauseln – sei es § 242 BGB oder § 138 BGB⁷⁶⁵ – keine Kriterien vorgeben, hängt es letztlich vom Standpunkt des Rechtsanwenders ab, ob er in einer Ungleichbehandlung die legitime Ausübung von Privatautonomie oder eine problematische Diskriminierung aufgrund personenbezogener Merkmale sieht. Sehr nachdenklich stimmt, dass und wie es diese Methode ermöglicht, die eine Minderheit gegen die andere auszuspielen:

„Sittenwidrig ist beispielsweise eine Arbeitgeberkündigung mit der Begründung, der Arbeitnehmer sei ‘Jude’. Ein solcher Kündigungsgrund steht im eklatanten Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 GG und damit im offensichtlichen Gegensatz zum Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Demgegenüber wird die Kündigung wegen Homosexualität nicht von § 138 Abs. 1 BGB erfasst. Die Homosexualität ist keine gesetzlich besonders geschützte Lebensform und daher als Kündigungsanlaß mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden vereinbar. Das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers hat keinen Vorrang gegenüber der grundrechtlich ebenfalls geschützten Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Arbeitgebers.“⁷⁶⁶

Das war im Vergleich zum Berufungsgericht noch zurückhaltend formuliert.⁷⁶⁷ Das Bundesarbeitsgericht hat es anders gesehen. Dem Gericht war bewusst, dass es nicht alleine um die Gestaltung eines privaten Lebensbereichs eines Arbeitnehmers ging, sondern um die des homosexuellen Arbeitnehmers. Es verglich daher

761 Siehe Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 170 ff.

762 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080, 1082 f.

763 Dazu aus dem Schrifttum innerhalb des Untersuchungszeitraums Boemke, NZA 1993, 532, 537.

764 Hoyningen-Huene, EzA § 242 BGB Nr. 39 11 ff.

765 Für die Anwendung des § 138 BGB statt des wegen § 1 KSchG nicht anwendbaren § 242 BGB plädiert Hoyningen-Huene, EzA § 242 BGB Nr. 39 13.

766 Hoyningen-Huene, EzA § 242 BGB Nr. 39 14.

767 Vgl. die Zusammenfassung der Entscheidungsgründe in BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080.

den Kläger ganz folgerichtig mit einem heterosexuellen Arbeitnehmer⁷⁶⁸ und konnte dadurch zum Kern des Problems vordringen: Weil die Ungleichbehandlung eines homosexuellen Arbeitnehmers in keinem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stand, war sie sachlich nicht zu rechtfertigen.⁷⁶⁹ Selbst wenn man von einer Privatrechtswirkung der Grundrechte ausgeht, gab es im Fall eine methodische Hürde zu überwinden: Die sexuelle Orientierung war (und ist) in Art. 3 Abs. 3 GG nicht genannt. Allerdings war die verfassungsrechtliche Entwicklung im Entscheidungszeitpunkt schon weiter fortgeschritten. Das Bundesverfassungsgericht legte in der *Transsexuellen III* – Entscheidung (1993) den Grundstein einer strengeren Prüfung von Ungleichbehandlungen nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn diese mit den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Persönlichkeitsmerkmalen vergleichbar sind und zu einer Diskriminierung einer gesellschaftlichen Minderheit führen können.⁷⁷⁰ Weil dieser Ansatz an Art. 3 Abs. 1 GG geknüpft war, ließ sich freilich darüber streiten, ob er auch auf privatrechtliche Beziehungen übertragbar war.⁷⁷¹ Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht über Generalklauseln steht daher immer vor einer Reihe methodischer Probleme, von der Begründung des Geltungsgrundes über das Vorliegen seiner Voraussetzungen bis hin zu den Rechtsfolgen.

b) Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht

Das gilt verstärkt für die Rechtsfolgen einer Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, wie sie bis zum Jahr 2000 diskutiert wurden. Ausdrückliche Sonderregelungen gab es nur vereinzelt. Ein Beispiel ist der 1994 eingeführte⁷⁷² § 81e VAG. Danach bildeten Tarifbestimmungen und Prämienkalkulationen, die auf die Staatsangehörigkeit des Versicherungsnehmers oder Versicherten oder auf deren Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe abstellen, einen versicherungsaufsichtsrechtlichen Missstand, den die Aufsichtsbehörde untersagen kann (§ 81 Abs. 2 VAG). Die Regelung war die Antwort auf eine weit verbreitete diskriminierende Praxis von Kfz-Pflichtversicherungsunternehmen. Die Halter türkischer, jugoslawischer, griechischer und auch italienischer Herkunft wurden vielfach benachteiligt, weil man von einem signifikanten statistischen Zusammenhang zwischen Staatsangehörigkeit und Schadensfall ausging.⁷⁷³ Im Ergebnis lässt sich die

768 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080.

769 Zum gleichheitsrechtlichen Kernproblem des Falls *Sandmann*, SAE 1995, 107, 108.

770 BVerfGE 88, 87, 96.

771 Bejahend *Sandmann*, SAE 1995, 107, 108.

772 Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften v. 21.7.1994, BGBl. I S. 1630.

773 Näher dazu und zur Reichweite des Diskriminierungsverbots *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 125 ff; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 210 ff; *Krömmelbein*, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, 2007, 199 ff.

von § 81e VAG bewirkte Einschränkung der Vertragsinhaltsfreiheit des Versicherers mit der aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG folgenden Schutzpflicht erklären.⁷⁷⁴ Dagegen waren Frauenprämien in Lebensversicherungen und privaten Krankenversicherungen weit verbreitet und nach ganz überwiegender Auffassung wegen statistischer Zusammenhänge zwischen Geschlecht und Versicherungsfall rechtlich unproblematisch.⁷⁷⁵

Im Übrigen blieb regelmäßig nur der Rückgriff auf die Generalklauseln in Kombination mit einer Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG. Daneben sanktionierte man Diskriminierungen regelmäßig primär über das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Aber auch das war nicht unumstritten, weil sich einige fragten, „ob der Tatbestand der Vertragsverweigerung jenseits der persönlichen Betroffenheit des abgewiesenen Bewerbers überhaupt die Voraussetzungen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erfüllt“. ⁷⁷⁶ Nicht durchsetzen konnte sich *Claus-Wilhelm Canaris*, der den Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 GG über § 134 BGB unmittelbare Wirkung im Privatrecht – inklusive letztwilligen Verfügungen – beimessen wollte.⁷⁷⁷ Die grundsätzliche Sittenwidrigkeit (§§ 138 Abs. 1, 826 BGB) von Diskriminierungen jedenfalls aufgrund der „Rasse“ und ethnischen Herkunft war in den 1990er Jahren prinzipiell anerkannt, wie die Auffassung *Bezzenbergers* zeigt. Dasselbe dürfte ab 1994 wegen Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch für Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung gegolten haben.⁷⁷⁸ Nicht nachweisen lässt sich die später während des Gesetzgebungsverfahrens zum AGG aufgestellte Behauptung⁷⁷⁹, dies gelte – außerhalb des Arbeitsrechts – auch für andere Merkmale wie Religion, Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung.

Sehr kontrovers wurden die einzelnen Rechtsfolgen einer sittenwidrigen Diskriminierung diskutiert. Fest stand, dass sittenwidrige Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig waren. Grundsätzlich war man auch bereit, dem Diskriminierten Ersatz immaterieller Schäden wegen Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus § 823 Abs. 1 BGB oder § 826 BGB zu gewähren. Umstritten blieb, ob aus § 826 BGB grundsätzlich auch eine Pflicht des Diskriminierenden zum Vertragsschluss mit dem Diskriminierten folgte⁷⁸⁰ oder ob die Privatautonomie außerhalb einer klassischen Monopolsituation grundsätzlich auch bei einer unerlaubten Diskriminierung Vorrang genoss.⁷⁸¹ Dabei ging es weniger um

774 Einzelheiten bei *Krömmelbein*, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, 2007, 222 ff.

775 Vgl. dazu *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 214 ff.

776 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 215; in der Sache auch *Wiese*, JuS 1990, 357, 359 f; *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 49.

777 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 ff.

778 *Neuner*, NJW 2000, 1822, 1829.

779 *Koppenfels*, WM 2002, 1489, 1493.

780 So *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395, 427 ff für rassistische Diskriminierungen.

781 Siehe zu dieser Position *Busche*, Privatautonomie, 1999, 278 ff.

die im Einzelnen umstrittene Konstruktion des Kontrahierungszwangs entweder als schadensersatzrechtliche Naturalrestitution oder als quasinegatorischer Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch,⁷⁸² sondern um die prinzipielle Ebene: Hier trafen sich die beiden Prinzipien von Freiheit und Gleichheit in voller Härte: *Bezenberger* als ein Vertreter der ersten Auffassung wies darauf hin, dass die Rechtsordnung vom Diskriminierten nicht verlangen könne, eine sittenwidrige Diskriminierung zu dulden und möglicherweise „nur“ zu liquidieren.⁷⁸³ Die Protagonisten der Gegenmeinung konnten einen Kontrahierungszwang wegen der Bedeutung der (negativen) Vertragsfreiheit nur dann rechtfertigen, wenn dem abgelehnten Vertragspartner keine Ausweichmöglichkeiten offen stünden und er deshalb unausweichlich auf die ihm vorenthaltene Leistung angewiesen sei.⁷⁸⁴ Im Regelfall sei ein Kontrahierungszwang auch nicht geeignet, weil an der eigentlichen vertraglichen Leistung kein spezifisches Interesse mehr bestünde.⁷⁸⁵ Es verwundert schon, dieses Argument von Verteidigern der Freiheit zu hören. Gerade aus der freiheitlichen Ordnung folgt doch, dass es Sache des jeweiligen Privatrechtsakteurs bleiben muss, selbst zu entscheiden, ob er ein Interesse an der vertraglichen Leistung hat und wie er dieses verfolgen möchte.⁷⁸⁶ Gegen einen Kontrahierungszwang wurde schließlich auch auf ein klassisches Argument zurückgegriffen, das bereits der *Supreme Court* in den *Civil Rights Cases*⁷⁸⁷ und in *Plessy v. Ferguson*⁷⁸⁸ gegen Diskriminierungsverbote im sozialen Bereich verwendete und das im Anwendungsbereich des AGG wieder auftauchen wird. Es geht um die Grenzen des Rechts bei der Gestaltung sozialer Beziehungen:

„Das Recht ist insoweit selten in der Lage, die Vertragsdurchführung behindernde Vorurteile des Diskriminierers zu beseitigen, insbesondere wenn die Vertragsabwicklung einen engeren bzw. längeren persönlichen Kontakt zwischen den Vertragsparteien erfordert.“⁷⁸⁹

Das war „halb hoffend, halb resignierend“ gesagt, weil das Recht angeblich schlichte, aber nicht freunde.⁷⁹⁰ Dabei wurde aber übersehen, dass Diskriminierungsverbote gar nicht freunden können, weil sie bei engeren persönlichen Kontakten schon nicht anwendbar sind.⁷⁹¹ Den schlichtenden Aspekt betreffend, waren mit der Festlegung auf die Präponderanz der Freiheit die Würfel bereits gefallen. Obwohl man in der Literatur eine Schutzpflicht des Staates aus Art. 3

782 Dazu statt aller *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 10 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 220 ff, 225 ff.

783 Vgl. *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 430.

784 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 41 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 214 ff.

785 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 43 Fn. 69.

786 *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 280 f.

787 Siehe oben § 3 III 4.

788 Siehe § 3 III 5.

789 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 289.

790 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 289.

791 Siehe *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 148; *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 415 f, deren Position von *Busche*, Privatautonomie, 1999, 289 in einen nicht ganz zutreffenden Kontext gestellt wurde.

Abs. 3 GG zunehmend bejahte,⁷⁹² führte diese Festlegung zwangsläufig dazu, dass man einen Kontrahierungszwang bei Diskriminierungen wegen der "Rasse" oder anderer in Art. 3 Abs. 3 GG genannter Merkmale nur beim Vorliegen zusätzlicher Umstände anzunehmen bereit war.⁷⁹³ Insgesamt wurde die diskriminierende Vertragsverweigerung als Delikt behandelt.⁷⁹⁴ Nicht die Differenzierung selbst wurde sanktioniert, sondern die Missachtung des Diskriminierten auf Achtung seiner Persönlichkeit.⁷⁹⁵ Völlig ausgeblendet wurde der Aspekt, dass Diskriminierungsschutz nicht nur einen sozialen Achtungsanspruch, sondern auch einen sozialen Gleichheitsanspruch sichert.⁷⁹⁶ Daher beschränkten sich die Rechtsfolgen auf die Fälle der unmittelbaren Diskriminierungen. Die deliktischen Tatbestandsvoraussetzungen machten es schwierig bis unmöglich, auch Fälle mittelbarer Diskriminierung zu sanktionieren.⁷⁹⁷ Die vertragliche oder vorvertragliche Verankerung von Diskriminierungsverboten außerhalb der Spezialregelungen konnte sich nicht durchsetzen.⁷⁹⁸ Das gilt besonders für *Dagmar Schieks* Versuch, in der diskriminierenden Vertragsverweigerung einen Verstoß gegen vorvertragliche Pflichten zu sehen, „wenn und soweit jemand den ersten Schritt zur rechtsgeschäftlichen Kontaktaufnahme im Rahmen einer gesellschaftlichen Öffentlichkeit gemacht hat.“⁷⁹⁹ Man konnte allein aus dem Umstand, dass jemand öffentlich zum Ausdruck bringt, mit einer unbestimmten Anzahl von Marktteilnehmern kontrahieren zu wollen, nicht ohne weiteres auf eine daraus folgende Pflicht zum Vertragsschluss schließen.⁸⁰⁰ Das war unvereinbar mit dem herrschenden Paradigma von der Präponderanz vertraglicher Selbstbestimmung des Anbietenden.

Blickt man auf die Entwicklungen im Erbrecht, ist man im Wesentlichen innerhalb der von *Dürig* und *Mikat* gezeichneten Bahnen⁸⁰¹ geblieben. Der Bundesgerichtshof hatte im Untersuchungszeitraum zwei Fälle dazu zu entscheiden: In einer 1978 getroffenen Entscheidung ging es um die Frage, ob eine mittels Erbvertrags errichtete Ehegattenstiftung nichtig sei, weil die Stiftungssatzung die männlichen Nachkommen bevorzugte.⁸⁰² 1998 musste der Bundesgerichtshof entscheiden, ob eine sog. „Ebenbürtigkeitsklausel“ nichtig ist, wonach die Erben-

792 Zum Streitstand vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 ff; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 249 ff.

793 So *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 151 f; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 493 f; zur Frage, ob aus § 611a Abs. 2 Hs. 2 BGB aF eine Sperrwirkung gegenüber der Anwendung des allgemeinen Kontrahierungszwang folgte, verneinend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 215 f.

794 Näher *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 390 ff.

795 So *Reppen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 89.

796 So die zutreffende Kritik von *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 145.

797 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 393.

798 Zu den Gründen *Neuner*, JZ 2003, 57, 61.

799 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 399 [Zitat auf S. 406].

800 So deutlich *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 32, 39 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 143 ff.

801 Dazu oben § 4 I 2 c).

802 BGHZ 70, 313.

stellung in der letztwilligen Verfügung davon abhängig gemacht wird, ob der potentielle Erbe „standesgemäß“ verheiratet ist oder aus einer „standesgemäßen“ Ehe hervorgegangen ist.⁸⁰³ Ausgangspunkt beider Entscheidungen ist die These, dass eine letztwillige Verfügung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein kann, wenn der Erblasser aufgrund der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale differenziert. Weil seine Testierfreiheit ebenfalls verfassungsrechtlich in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist, „kann eine den Differenzierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG widerstreitende letztwillige Verfügung im Lichte der Testierfreiheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sittenwidrig sein.“⁸⁰⁴ Damit hatte sich die Auffassung, dass jede Differenzierung anhand der Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG nichtig sei,⁸⁰⁵ nicht durchsetzen können. Kein solcher Ausnahmefall war nach der Rechtsprechung die Bevorzugung nur männlicher Nachkommen: Weil der Erblasser berechtigt sei, nur einen Abkömmling zum Erben zu bestimmen, könne er sich für einen männlichen entscheiden.⁸⁰⁶ Das war zwar richtig, lag zugleich aber neben der Sache. *Canaris* wies darauf hin, dass es einen Unterschied mache, ob der Erblasser unter seinen Kindern einen Erben konkret aussucht oder ob er einen Erben *allein* daher einsetzt, weil er *Sohn* und damit Mann ist.⁸⁰⁷ Diese Kritik scheint für andere Diskriminierungsmerkmale Wirkung getragen zu haben. Im *Hohenzollern*-Fall prüfte der Bundesgerichtshof intensiv, ob eine Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft wegen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG sittenwidrig war.⁸⁰⁸ Er verneinte dies, weil der Erblasser damit die Sicherung der Familientradition verfolgte und es ihm gerade nicht um eine Diffamierung des Abkömmlings ging.⁸⁰⁹ Damit knüpfte er in der Sache an eine bereits von *Thielmann* vorgenommene Differenzierung an: Danach sollte jede nachlassbezogene Motivation des Erblassers Ungleichbehandlungen rechtfertigen können.⁸¹⁰ Eine Diskriminierung in letztwilligen Verfügungen, die darauf gerichtet und dazu geeignet war, den Betroffenen in seiner Würde herabzusetzen, wäre dagegen vom Bundesgerichtshof als sittenwidrig beurteilt worden.⁸¹¹ Das traf nach Ansicht vieler besonders auf rassistische Diskriminierungen zu.⁸¹² Einig war man sich darüber aber nicht und manche wollten wie *Bezenberger* der Testierfreiheit Vor-

803 BGHZ 140, 118.

804 BGHZ 140, 118, 132; ähnlich BGHZ 70, 313, 325: „Daher können allenfalls bestimmte Verstöße gegen Art. 3 GG, die aus besonderen Gründen als anstößig empfunden werden, das Geschäft sittenwidrig machen.“.

805 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 f.

806 BGHZ 70, 313, 325 f.; BGHZ 140, 118, 129 f.

807 Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 236.

808 BGHZ 140, 118, 131 ff; dazu eingehend unten § 5 VIII.

809 BGHZ 140, 118, 133 f.

810 *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 1973, 307.

811 BGHZ 140, 118, 132.

812 So bereits *Diirig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160, 179; *Mikat*, FS Nipperdey, 1965, 581, 597 f.; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen, 1973, 306; weitere Nachweise bei *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 417 Fn. 127.

rang gegenüber Diskriminierungsverboten wegen der Rasse einräumen.⁸¹³ Wie die im Zusammenhang mit dem *Hohenzollern*-Fall seit 1999 geführte Debatte⁸¹⁴ verdeutlicht, wird der Konflikt von Privatautonomie und Diskriminierungsverboten im Erbrecht noch zugespitzter wahrgenommen als im Vertragsrecht. Das Bundesverfassungsgericht wich in der Begründung der erfolgreichen Verfassungsbeschwerde⁸¹⁵ gegen die Entscheidungen der Zivilgerichte im *Hohenzollern*-Fall dem Problem aus. Es hob die Entscheidungen nicht aus gleichheits-, sondern aus freiheitsrechtlichen Gründen auf: Es wäre zu prüfen gewesen, so das Bundesverfassungsgericht, ob die Ebenbürtigkeitsklausel geeignet war, die Eheschließungsfreiheit des als Nacherben eingesetzten Abkömmlings des Erblassers mittelbar zu beeinflussen, weil sie einen unzumutbaren Druck auf ihn ausgeübt hat.⁸¹⁶

c) *Vom status quo am Ende der ersten „Expansionsphase“ zum Beginn der zweiten „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten im Privatrecht*

Wie also ist der im Jahr 2000 erreichte Stand von Diskriminierungsverboten im deutschen Privatrecht zu beschreiben? Bot das geltende Recht bereits einen umfassenden Schutz gegen Diskriminierungen, wie während des Gesetzgebungsverfahrens zum AGG von dessen Kritikern behauptet wurde?⁸¹⁷ Oder traf die Einschätzung der Bundesregierung und der Befürworter des AGG zu, dass es vorher einen wirklich effektiven Schutz von den zukünftig ausdrücklich geregelten Diskriminierungen nicht gegeben hatte?⁸¹⁸ Eine Zusammenschau des *status quo* zum Diskriminierungsschutz im deutschen Recht im Jahr 2000 lieferten *Dagmar Schiek* in ihrer im Jahr 2000 erschienenen Habilitationsschrift „Differenzierte Gerechtigkeit“⁸¹⁹ und *Rainer Nickel* in seiner Monographie über „Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik“ (1999)⁸²⁰. Beide sind Protagonisten eines erweiterten Diskriminierungsschutzes und suchten nach Möglichkeiten, das damals geltende Recht so auszulegen, dass es weitgehenden Diskriminierungsschutz gewährte. Insbesondere *Schiek* hielt es für möglich, einen „(vor)vertraglichen Schutz vor personaler Diskriminierung“ *de lege lata* begründen zu können, wenn man bereit sei, vertragsrechtliche Paradigmata so weiterzuentwickeln, dass Dis-

813 *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 416 ff; zurückhaltend auch *Otto*, Personale Freiheit, 1978, 164 f.

814 *Leipold*, LM § 138 (Cd) Nr. 30; *Probst*, JR 1999, 508; *Schmoeckel*, JZ 1999, 517; *Leipold*, FG 50 Jahre BGH (Bd. 2), 2000, 1011, 1042 f; *Staudinger*, Jura 2000, 467; *Gutmann*, NJW 2004, 2347; *Isensee*, DNotZ 2004, 754; *Otte*, ZEV 2004, 393; *Gaier*, ZEV 2006, 2.

815 BVerfG NJW 2004, 2008.

816 BVerfG NJW 2004, 2008, 2009 f.

817 *Koppenfels*, WM 2002, 1489, 492 ff; *Säcker*, BB 2004, Beilage Nr. 16, 16, 17 f.

818 BT-Drs. 16/1780, 22; *Neuner*, JZ 2003, 57, 66; *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 4.

819 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 113-287, 359-409. Diese Einschätzung bestätigen die Begründung zum AGG-Entwurf, BT-Drucks. 16/1780, S. 21-23 und *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, 2; zur Gegenansicht siehe *Koppenfels*, WM 2002, 1489, 1492-1494.

820 *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 67-155.

kriminierungsverbote im Vertragsrecht nicht mehr als Fremdkörper wahrgenommen werden.⁸²¹ Gleichwohl kamen beide übereinstimmend zum Ergebnis, dass im deutschen Zivilrecht kein allgemeines, ausdrückliches und effektives Verbot der Diskriminierung aus Gründen der "Rasse" und ethnischen Herkunft, des Geschlechts oder der Behinderung bestand:

„Zwischen dem moralisch-rechtlichen Anerkennungsanspruch der Betroffenen auf gleiche Behandlung und Nichtdiskriminierung im Rechtsverkehr, den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik zu einem umfassenden Diskriminierungsschutz und den europarechtlichen Tendenzen hierzu einerseits sowie den tatsächlich vorhandenen und durchsetzbaren materiell-rechtlichen Rechtspositionen andererseits klafft eine nicht zu überbrückende Lücke.“⁸²²

„Darüber hinaus ist die Tatsache, dass Diskriminierungsschutz auch ohne legislative Maßnahmen gewährleistet werden kann, seit über 20 Jahren in der Literatur immer wieder betont worden, ohne dass sich dadurch der Diskriminierungsschutz in der gerichtlichen Praxis durchgesetzt hätte.“⁸²³

Diese einfachrechtliche „Schutzlücke“ konnte auch nicht verfassungsrechtlich geschlossen werden. Abgesehen von der Geschlechterdiskriminierung,⁸²⁴ bestand bei der Annahme von Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 3 GG erhebliche Zurückhaltung.⁸²⁵ Selbst wenn man eine Schutzpflicht bejahte, konnte man daraus nicht eine Verpflichtung des Staates ableiten, Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr mittels neu zu schaffender privatrechtlicher Diskriminierungsverbote zu bekämpfen.⁸²⁶ Gleichbehandlungspflichten Privater waren ein Fremdkörper im deutschen Privatrecht. Genauer formuliert: Sie waren ein Fremdkörper in einer Privatrechtskonzeption, deren Strukturelement in der *Präponderanz der Freiheit vor der Gleichheit* bestand. *Jens Dammann* verteidigte diese Konzeption noch vor wenigen Jahren nachdrücklich. Er sieht in der gesetzgeberischen Entscheidung für die Privatautonomie zugleich eine gezielte Entscheidung des Gesetzgebers, den Konflikt zwischen den Freiheitsrechten des Diskriminierenden und den Verpflichtungen des Staates zur Herstellung gesellschaftlicher Chancengleichheit grundsätzlich im Sinne der Freiheit zu lösen.⁸²⁷ Diese Festlegung hat – auch dafür steht *Dammann* beispielhaft – methodisch erhebliche Konsequenzen: Weil sich der Gesetzgeber im Grundsatz für die Zulässigkeit der Diskriminierung entschieden habe, treffe denjenigen, der die Generalklauseln oder bereits existierende spezielle Diskriminierungsverbote extensiv auslege, eine beträchtliche Argumen-

821 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 289 ff, 344 ff.

822 *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 154.

823 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 409.

824 Siehe oben § 4 II 3 c).

825 *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 177 ff; *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 361 ff; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 339 ff.

826 *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 146 ff; vertiefend dazu *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 48-107.

827 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 114; siehe auch S. 131-134.

tationslast.⁸²⁸ Das deutsche Privatrecht, so lässt sich der Befund knapp zusammenfassen, kannte zwar einzelne Diskriminierungsverbote und sicherte ihre Durchsetzung teils spezialgesetzlich, größtenteils über die Generalklauseln. Insgesamt folgte es aber einem „schwachen“ Nichtdiskriminierungskonzept.⁸²⁹

Aus Europa kamen spätestens seit dem Jahr 2000 andere Signale. *Schiek* wies darauf hin, dass den „verschiedenen Positivierungen des Gemeinschaftsvertragsrechts ein (vor)vertragliches Prinzip der Nichtdiskriminierung entnommen werden“ und in das Privatrecht integriert werden könnte.⁸³⁰ Das Jahr 2000 markiert in der Tat einen Wendepunkt: Die Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft und die Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf wurden verabschiedet. Diese Richtlinien markieren einen tiefen Einschnitt in der Debatte um Grund und Grenzen von Diskriminierungsverboten im Privatrecht, weil mit ihnen die zweite „Expansionsphase“ von Gleichbehandlungspflichten Privater im allgemeinen Zivilrecht und im Arbeitsrecht begann.⁸³¹ Grundlage dafür war der im Vertrag von Amsterdam v. 2.10.1997⁸³² neu eingefügte Art. 13 EG (Art. 19 AEUV). Art. 13 EG und die auf seiner Grundlage ergangenen Richtlinien stehen einerseits im Zeichen der Kontinuität, andererseits steht er für die Expansion von Diskriminierungsverboten. Das notwendige Instrumentarium eines Nichtdiskriminierungsrechts war im Primär- und Sekundärrecht mit den Diskriminierungsverboten aufgrund von Geschlecht und Staatsangehörigkeit fest etabliert und vom Europäischen Gerichtshof kontinuierlich ausgebaut worden. Insbesondere das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts in Art. 119 EWGV/Art. 141 EG (Art. 157 AEUV) dient, nach einer ebenfalls im Jahr 2000 ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs, primär dazu, ein soziales Ziel zu erreichen: Gemeinschaft, Staat und Private zur Einhaltung eines Gleichheitsgrundrechts zu verpflichten.⁸³³ Art. 13 EG knüpfte an die primär grundrechtliche Legitimierung von Diskriminierungsverboten an.⁸³⁴ Er sichert die Kompetenz der Gemeinschaft, geeignete Vorkehrungen gegen Diskriminierungen wegen des Ge-

828 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 115.

829 *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 317.

830 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 336 ff; Zitat auf S. 337.

831 Siehe dazu bereits oben § 1 3 b) (1).

832 ABl. C 340 v. 10.11.1997; BGBl. 1998 II S. 386.

833 Grundlegend EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 8 ff; fortbildend dann EuGH, Urt. v. 10.2.2000, Rs. C-50/96 – *Deutsche Telekom AG v. Schröder* = Slg. 2000, I-743 Rn. 53 ff: „Im Licht dieser Rechtsprechung hat der wirtschaftliche Zweck des Artikels 119 des Vertrages, der darin besteht, Wettbewerbsverzerrungen zwischen den in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen zu beseitigen, gegenüber dem sozialen Ziel dieser Vorschrift, das Ausdruck eines Grundrechts ist, nachgeordnete Bedeutung.“

834 Dazu näher *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 121 ff; *Meenan* in: Equality Law, 12 ff.

schlechts auch außerhalb von Beruf und Beschäftigung,⁸³⁵ von Rasse, ethnischer Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung zu treffen. Die auf seiner Grundlage ergangenen Richtlinien verfolgen in der Sache ein „starkes“ Konzept der Nichtdiskriminierung: Sie beziehen sich auf eine Vielzahl von Diskriminierungsmerkmalen, regeln nicht nur die Beziehungen im Staat-Bürger-Verhältnis, sondern auch von Privatrechtsakteuren untereinander, unterscheiden zwischen verbotenen und gerechtfertigten Formen von Diskriminierung, enthalten ein robustes Rechtsdurchsetzungssystem und werden durch flankierende Beteiligungs- und Unterrichtungspflichten abgesichert.⁸³⁶ Ein Konflikt zwischen dem traditionell „schwachen“ deutschen Verständnis von Diskriminierungsschutz und der „starken“ europäischen Konzeption war daher absehbar. Die im Jahr 2000 eingeläutete zweite „Expansionsphase“ ist noch nicht abgeschlossen. Die mit Art. 13 EG aF und den Richtlinien eingeläutete, in § 19 AGG aufgegriffene und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁸³⁷ und des Bundesverfassungsgerichts⁸³⁸ verankerte Entwicklung, den Kreis der geschützten Merkmale zu erweitern und den gewährten Schutz zu vertiefen, markiert nur den Anfang einer längerfristigen Fortentwicklung von Diskriminierungsverboten im Zivilrecht.⁸³⁹

835 Zur insoweit beschränkten Kompetenz aus Art. 157 Abs. 3 AEUV zu Art. 19 AEUV vgl. *Rebahn* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 147 AEUV Rn. 38.

836 Vgl. *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 315 f.

837 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 und EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

838 Vgl. BVerfGE 124, 199.

839 *Lüttringhaus* in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Bd I, S. 322.

2. Teil: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme

§ 5 Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze

Im deutschen und europäischen Privatrecht finden sich zahlreiche Ausprägungen eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Daran, dass es diese Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht gibt, bestehen seit *Ludwig Raisers* viel rezipiertem Beitrag von 1948¹ kaum noch Zweifel. *Götz Hueck* hat die „Hauptfälle privatrechtlicher Gleichbehandlung“ 1958 erstmals umfassend untersucht.² *Franz Bydlinksi* hat sie kurz darauf in das österreichische Recht „übersetzt“³. Seitdem werden allgemeine Gleichbehandlungsfälle in Rechtsprechung und Schrifttum intensiv diskutiert. Jüngstes Beispiel der ungebrochenen Faszination allgemeiner Gleichbehandlungspflichten ist *Friedemann Kainers* im Jahr 2011 vorgelegte Habilitationsschrift.⁴ Gemeinsam ist seiner und meiner Arbeit, dass wir beide nicht versucht haben, ein „Kompendium für jedes mögliche Einzelproblem zivilrechtlicher Gleichbehandlungspflichten“⁵ vorzulegen.

Jedenfalls meine Untersuchung bezweckt etwas anderes: Es geht mir anhand breit ausgewählter Referenzgebiete darum, „das Verhältnis zwischen der unbestreitbar bestehenden Privatautonomie und den ebenso zweifellos bestehenden Gleichbehandlungspflichten zwischen Privaten zu klären.“⁶ Das Ziel der folgenden Analyse ist es, die jeweiligen Strukturprinzipien von allgemein anerkannten und etablierten allgemeinen Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht herauszuarbeiten. Darauf aufbauend wird in § 7 I untersucht, ob sich daraus ein gemeinsames Strukturprinzip gewinnen lässt. Nach einer jeweils notwendigen Begriffsklärung erfolgt eine Analyse, die sich im Kern auf fünf Fragestellungen beschränkt: (1.) Welches sind Inhalt und Rechtsfolgen des jeweiligen Gleichbehandlungsgrundsatzes? (2.) Wie wird die normative Geltung der Gleichbehandlung angesichts der – für die Zwecke dieser Untersuchung unterstellten – Präponderanz der Freiheit im Einzelnen begründet? (3.) Wo wird der Konflikt zwischen privatautonomen Handeln und der Pflicht zur gleichen Behandlung dogmatisch

1 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75 ff; dazu oben § 4 I 1.

2 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 22 ff; dazu oben § 4 I 3.

3 Vgl. *Bydlinksi*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 8.

4 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II-IV und § 5 II-III.

5 Zutreffend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 1 II.

6 *Bydlinksi*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 8 f.

verortet: (a) bei der Festlegung des Anwendungsbereichs, (b) dem Tatbestand der ungleichen Behandlung oder (c) auf der Rechtfertigungsebene?

I. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht

1. Kategorien von Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht

Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer gehört zu den wesentlichen Grundlagen des europäischen und des deutschen Arbeitsrechts.¹ Nach traditionellem Verständnis ist der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht keine einheitliche Rechtsfigur. Man sieht darin vielmehr einen gemeinsamen Grundgedanken für drei unterschiedliche Kategorien von Gleichbehandlungspflichten des Arbeitgebers: (1.) dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, (2.) Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverboten und (3.) Gleichstellungsmaßnahmen, Fördergebote oder positive Maßnahmen (*affirmative action*).² Alle drei Ausprägungen werden auf einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zurückgeführt, in Zweckbestimmung, Voraussetzungen und Rechtsfolgen aber deutlich unterschieden.³ Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist ein Gleichbehandlungsgebot: Der einzelne Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, vom Arbeitgeber wie andere, vergleichbare Arbeitnehmer behandelt zu werden, es sei denn, die vorgenommene Differenzierung ist aufgrund sachlicher Merkmale gerechtfertigt. Eine besondere Ausprägung dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, der die Betriebsparteien (Arbeitgeber und Betriebsrat) zur Gleichbehandlung verpflichtet.⁴ Eine dritte – hier nicht weiter behandelte – Kategorie bildet die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG auf Tarifverträge.⁵ Diskriminierungsverbote sind dagegen Unterscheidungsverbote: Sie verlangen vom Arbeitgeber bzw. den Betriebsparteien⁶ keine allgemeine Gleichbehandlung, sondern verbieten es ihnen, Entscheidungen von bestimmten Kriterien abhängig zu machen. Diese Kriterien können grundsätzlich kein sachlicher Grund für eine Differenzierung mehr sein.⁷ Mit positiven Maßnahmen werden neue Rechte geschaffen, die über die Unterscheidungsverbote hinausreichen. Arbeitsrechtliche Fördergebote

1 Preis, Arbeitsrecht, 2012, 432.

2 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 5 f; Kocher, RdA 2002, 167, 168 ff; Preis, Arbeitsrecht, 2012, 434 ff.

3 Preis, Arbeitsrecht, 2012, 437 f; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 Rn. 184; anders aber Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 7 und 8 (dazu gleich im Text).

4 Vgl. BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774.

5 Dazu näher Dieterich, RdA 2005, 177, 179 ff; Fastrich, FS Richardi, 2007, 127 ff.

6 Zur unmittelbaren Bindung der Betriebsparteien an die Richtlinie 2000/78/EG siehe EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar/Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.), Rn. 34; dazu Grünberger/Sagan, EuZA 2013, 324 ff.

7 Dazu näher unten § 6 I.

haben das Ziel, strukturelle Benachteiligungen bestimmter Gruppen zu verhindern oder auszugleichen, um eine volle Gleichstellung bisher benachteiligter Gruppen effektiv zu gewährleisten (vgl. Art. 157 Abs. 4 AEUV).⁸ Bestimmte Gleichstellungsmaßnahmen können⁹ mit dem Verbot der unmittelbaren Diskriminierung kollidieren, wenn ein Mitglied der strukturell benachteiligten Gruppe wegen seiner Zugehörigkeit zu dieser Gruppe (Frau) im Vergleich zu einem Nicht-Gruppenmitglied (Mann) gerade wegen eines verbotenen Merkmals (Geschlecht) bevorzugt wird.¹⁰

Das Verhältnis dieser drei Konstellationen von Gleichbehandlungspflichten zueinander wird nicht einhellig beurteilt. *Herbert Wiedemann* spricht von der „Dichotomie der Gleichheitssätze“ im Arbeitsrecht¹¹ und sieht die drei Kategorien geprägt von unterschiedlichen Ansätzen und Inhalten, von unterschiedlicher Rechtsanwendung und von Unterschieden in der Darlegungs- und Beweislast.¹² *Ulrich Preis* sieht in ihnen jeweils Ausprägungen eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes,¹³ weshalb Merkmale, die von einem Diskriminierungsverbot erfasst sind, niemals ein sachlicher Differenzierungsgrund innerhalb des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs sein könnten.¹⁴ *Lorenz Fastrich* trennt ganz strikt zwischen Gleichbehandlung und den Diskriminierungsverboten, die er irreführend „Gleichstellungspflichten“ nennt.¹⁵ Ähnlich differenziert *Friedemann Kainer*, indem er den allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch als „Instrument zur Gewährleistung der ausgleichenden Gerechtigkeit“ versteht, während spezifische Gleichbehandlungspflichten distributiver Natur seien und als solche „eigenständigen Charakter haben“. ¹⁶ Dagegen betont *Reinhard Singer* die strukturellen Gemeinsamkeiten und unterscheidet lediglich bei den anzuwendenden Prüfungsmaßstäben bei der Rechtfertigung.¹⁷ Die Überzeugungskraft dieser Ansätze interessiert hier noch nicht, weil es nur auf eine Beschreibung des *status quo* ankommt. Das deutsche Arbeitsrecht kennt also einen

8 Näher *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 121 ff.

9 Zutreffend *Schiek* in: Schiek, AGG, § 5 Rn. 2 f. Zu eng ist es, wenn positive Maßnahmen auf die Fälle der „umgekehrten Diskriminierung“ reduziert werden; so aber *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, § 3 Rn. 116 f; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 8 Rn. 45.

10 Dazu grundlegend EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* = Slg. 1997, I-6363; näher *Colmeric*, ArbRGegw 1997, 69 ff; *Charpentier*, 4 E.L.J. 167 (1998); *Schiek*, 4 E.L.J. 148 (1998).

11 *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 266.

12 *Wiedemann*, RdA 2005, 193, 194.

13 *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 438 f.

14 *Preis* in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 591.

15 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 66 ff; dem zustimmend *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 326 f; zutreffend dagegen *Kocher*, RdA 2002, 167, 168 ff, die auf die Unterschiede zwischen Diskriminierungsverboten und Gleichstellungspflichten hinweist.

16 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 8. Eingehend zur Einordnung der Gleichbehandlungsgesetze in die Modelle der ausgleichenden und verteilenden Gerechtigkeit bei *Kainer* unten § 8 II 2.

17 *Singer*, GS Zachert, 2010, 341, 352 f.

allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch als einen Anwendungsfall allgemeiner Gleichbehandlungsansprüche.¹⁸ Die Diskriminierungsverbote und Fördergebote behandelt es dagegen als Teil des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts.¹⁹

Während die intensive Entfaltung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs für das deutsche Arbeitsrecht typisch ist,²⁰ stand und steht auf europäischer und internationaler Ebene die Entwicklung von (besonderen) Diskriminierungsgeboten²¹ im Vordergrund.²² Im aktuellen europäischen Arbeitsrecht trifft man auf den Grundsatz der Gleichbehandlung im Wesentlichen nur in seinem Aspekt als Diskriminierungsverbot bzw. als Fördergebot.²³ Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz bietet keine belastbaren Anhaltspunkte, um von einem existierenden Grundsatz des Unionsrechts ausgehen zu können. Im *Arbeitsrecht* ist also noch kein unionsrechtliches Pendant zum nationalen allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz etabliert.²⁴

2. Inhalt und Rechtsfolgen

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz dem Arbeitgeber²⁵, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln.²⁶ Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nach ganz überwiegender Auffassung nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb der Gruppe (Gleichbehandlung beim Normvollzug), sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung

18 Grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 58 ff, 232 ff.

19 Dazu unten § 6.

20 Dazu oben § 4 I.

21 Dazu oben § 4 II 2 und 3.

22 Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265.

23 Dazu Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 2007, 220 ff; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, § 3 Rn. 1 ff; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 8 Rn. 1 ff.

24 So auch Oetker in: MünchArbR, § 10 Rn. 28; in der Sache wohl auch Preis, Arbeitsrecht, 2012, 439 f.

25 Zum Unternehmensbezug grundlegend BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608 ff; aA Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 334 f, wobei unklar bleibt, ob er sich gegen die Unternehmensbezogenheit generell wendet oder sich lediglich auf die – davon zu unterscheidende – Frage der Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern in verschiedenen Betrieben bezieht. Verneint wird ein konzernweiter Geltungsbereich, BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität; BAG AP Nr. 30 zu BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung = NZA 2007, 1187 Rn. 28. Zum Ganzen näher Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 5 a) aa).

26 Vgl. dazu BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608; BAG AP Nr. 207 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2009, 1202 Rn. 11; BAG NZA 2010, 561 Rn. 44; zuletzt beispielsweise BAG v. 21.8.2012, 3 AZR 81/10 Rn. 24 (zitiert nach juris).

(Gleichbehandlung bei der Normaufstellung).²⁷ Der Gleichbehandlungsgrundsatz bewirkt, dass der Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von ihnen aus unsachlichen oder sachfremden Gründen weder von einer Begünstigung ausschließen noch besonders belasten darf.²⁸ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist also nur dann verletzt, wenn die Differenzierung nicht sachlich gerechtfertigt ist.²⁹

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hängen von der gleichheitswidrigen Maßnahme ab. Handelt es sich um eine den Arbeitnehmer benachteiligende einseitige Maßnahme des Arbeitgebers (Kündigung, Leistungsbestimmungsrecht, Weisungsrecht), ist die Maßnahme unwirksam. Methodisch wird das vielfach mit § 134 BGB begründet.³⁰ Im Anwendungsbereich des Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB und des Weisungsrechts nach § 106 GewO könnte man dieses Ergebnis über § 315 Abs. 3 BGB erzielen, wenn man die Beachtung der Gleichbehandlungspflicht mit dem billigen Ermessen gleichsetzt.³¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist in beiden Fällen eine Ausübungsschranke vertraglicher Rechte des Arbeitgebers. Er hat eine rechtsbegrenzende Wirkung.³²

Begünstigt der Arbeitgeber eine Gruppe von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund, gibt es mehrere Entscheidungsmöglichkeiten:³³ Der Rechtsverstoß könnte entweder dazu führen, dass der begünstigten Gruppe ihr Vorsprung genommen wird, dass die ungleich behandelte Person so wie die begünstigte Gruppe behandelt wird („Anpassung nach oben“) oder dass für beide Gruppen eine neue, gemeinsame Regelung gilt. Wählt man eine Anpassung nach oben, stellt sich die Frage, ob sie nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit erfolgt. Nach ständiger Rechtsprechung kann der benachteiligte Arbeitnehmer im Regelfall verlangen, für die Vergangenheit nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer behandelt zu werden.³⁴ Das dient der effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs, weil dem einzelnen Arbeitnehmer ein Anreiz zur Klageerhebung gesetzt wird.³⁵ Eine Gleichbehandlung, die der begünstigten Gruppe den gewährten Vorteil entzieht, stößt dagegen auf rechtliche Grenzen (Bestandsschutz und Vertrauensschutz der Arbeitnehmer).³⁶ Die Möglichkeiten des Arbeitgebers, eine

27 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862 Rn. 19; BAG NZA 2012, 37 Rn. 39.

28 Vgl. BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862 Rn. 19.

29 Statt vieler BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15.

30 Jousen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 281; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 211.

31 Grundlegend dazu jetzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 6; dagegen Hueck, GS Dietz, 1973, 241 ff und Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 335 f.

32 Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 318 f.

33 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 82.

34 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15 mwN; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 606.

35 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 82 f.

36 Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 607.

Anpassung der Verträge oder der betrieblichen Übung mittels Änderungskündigung zu erreichen, wenn die Gleichstellung des benachteiligten Arbeitnehmers mit erheblichen Kosten verbunden ist, sind beschränkt.³⁷ Daher bleibt regelmäßig nur die „Anpassung nach oben“.

Weil der Arbeitgeber aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet ist, die Rechtsbeeinträchtigung des ungleich behandelten Arbeitnehmers zu beseitigen, kann man den Gleichbehandlungsanspruch als quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch verstehen.³⁸ Daher ist der daraus folgende Leistungsanspruch ein Erfüllungs- und kein Schadensersatzanspruch.³⁹ Wer aufgrund des Gebots der Gleichbehandlung verlangen kann, so behandelt zu werden, als sei er Angehöriger einer begünstigten Gruppe, der hat einen Anspruch auf Erfüllung derjenigen Ansprüche, die der begünstigten Gruppe zustehen. „Auf andere Weise lässt sich die Gleichbehandlung nicht verwirklichen.“⁴⁰ Dem Gleichbehandlungsgrundsatz kommt daher – im Grundsatz auch für die Vergangenheit⁴¹ – eine anspruchserzeugende Wirkung zu.⁴²

3. Geltungsgrund

Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist gesetzlich nicht normiert. Das AGG regelt den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch gerade nicht und trägt seinen Namen insoweit zu Unrecht.⁴³ Das AGG hat ihn auch nicht abgeschafft.⁴⁴ In § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG wird der „Grundsatz der Gleichbehandlung“ vom positiven Recht in seiner anspruchsbe gründenden Wirkung anerkannt.⁴⁵ Im Bereich des Betriebsrentenrechts hat der

37 Vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 = NJW 1987, 2687; näher *Oetker* in: Erfurter Kommentar, § 2 KSchG Rn. 65; *Thüsing* in: *Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR*, § 611 BGB Rn. 214.

38 Vgl. *Richardi*, ZfA 2008, 31, 41 (allerdings mit einem zu engen Verständnis des Beseitigungsanspruchs).

39 BAG AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1993, 215, 219; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 450; zur Frage, ob es auf das Verschulden des Arbeitgebers ankommt siehe *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 276; *Richardi*, ZfA 2008, 31, 41; differenzierend dazu *Thüsing* in: *Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR*, § 611 BGB Rn. 213.

40 BAG AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1993, 215, 219.

41 *Joussen* in: *BeckOK-ArbR*, § 611 BGB Rn. 282; *Thüsing* in: *Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR*, § 611 BGB Rn. 215; *Preis* in: *Erfurter Kommentar*, § 611 BGB Rn. 607. Zu Ausnahmen siehe BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 325 f mwN; BAG NZA 2010, 701 Rn. 61 und BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 217; BAG AP Nr. 200 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 221 Rn. 22. Schwierige Probleme entstehen, wenn die rückwirkende Gleichbehandlung den vom Arbeitgeber ursprünglich festgelegten Dotierungsrahmen einer freiwilligen Leistung sprengen würde; dazu *Lieb*, ZfA 1996, 319, 338 ff; *Eckert*, SAE 2003, 291, 294 ff; *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 276 und *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 243 ff.

42 Vgl. *Wiedemann*, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 276; *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 318.

43 *Richardi*, ZfA 2008, 31, 32.

44 So aber *Maier/Mehlich*, DB 2007, 110 ff; dagegen zutreffend *Hinrichs/Zwanziger*, DB 2007, 574 ff; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2008, § 2 Rn. 52a.

45 Vgl. BAG NZA 2010, 701 Rn. 15; *Müller-Glöge* in: *MünchKomm-BGB*, § 611 Rn. 1122.

allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz daher kraft Gesetzes anspruchsbegründende Wirkung.⁴⁶ Im Übrigen ist man sich insgesamt einig, dass er als Rechtsprinzip gilt. Nur über seinen normativen Geltungsgrund konnte man bis jetzt noch keine Einigkeit erzielen.⁴⁷ Geht man von der Präponderanz der Freiheit aus, ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch legitimationsbedürftig.⁴⁸ Wie kann man es begründen, dass der Arbeitgeber in einem privaten Vertragsverhältnis zwischen formal gleichgestellten Vertragsparteien nicht willkürlich den einen oder anderen bevorzugen dürfe? Warum greift hier nicht der Grundsatz der Vertragsfreiheit? Warum zählt – vor allem für die in Tarif- oder Individualvertrag nicht vorgesehenen Leistungen – nicht ausschließlich der Wille des Arbeitgebers?

a) Klassische Begründungsansätze

Das Reichsarbeitsgericht leitete den Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Gewährung einer Leistung in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1938 „aus dem Gemeinschaftsleben im Betrieb, aus der darin wurzelnden gegenseitigen Treu- und Fürsorgepflicht des Betriebsführers“ ab, sofern daraus „konkrete Ordnungen“ erwachsen sind, die auch in feststehenden, tatsächlichen Handhabungen bestehen konnten.⁴⁹ Darin sind drei der klassischen Begründungsansätze bereits enthalten: die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (*Alfred Hueck*),⁵⁰ das Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses (*Götz Hueck*)⁵¹ und die Gleichbehandlung als Konsequenz des Vollzugs selbstgesetzter Normen (*Eduard Bötticher*)⁵². In der Begründung aus der Treuepflicht verwirklicht sich das allgemeine Dilemma generalklauselartiger Erklärungsansätze: ihre Inhaltsoffenheit.⁵³ Das Gemeinschaftsverhältnis kann allenfalls einen betriebsbezogenen Gleichbehandlungsgrundsatz erklären⁵⁴ und versagt, sobald man ihn unternehmensbezogen versteht.⁵⁵ Die These vom Normvollzug vermag nicht zu erklären, warum der Arbeitgeber auch bei der Normsetzung zur sachgemäßen Gruppenbil-

46 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324.

47 Siehe dazu *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 10 f; *Richardi* in: MünchArbR, § 9 Rn. 8 ff; eingehend jetzt auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, 317-336.

48 Pointiert *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 235.

49 RAG ARS 33, 172, 176. Zum geschichtlichen Kontext und den terminologischen Referenzen an den nationalsozialistischen Zeitgeist siehe bereits oben § 4 I.

50 Grundlegend *Hueck*, ARS 33 (1938), 179 ff.

51 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 127 ff, 238 ff (dazu bereits oben § 4 I 3); sowie jetzt auch *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 332 f (bezogen auf den Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgebots als Grenze des Weisungsrechts).

52 Grundlegend *Bötticher*, RdA 1953, 161 ff; *Bötticher*, RdA 1957, 317 ff; jetzt *Richardi*, ZfA 2008, 31, 34 f; *Richardi* in: MünchArbR, § 9 Rn. 11; zur Kritik siehe *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3 d).

53 Ebenfalls kritisch zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3 e).

54 So ausdrücklich *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 234 ff.

55 Weitere Kritikpunkte bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 3 b).

dung verpflichtet ist.⁵⁶ Stellt man heute die Frage nach dem Geltungsgrund, trifft man auf eine Kombination dieser Begründungen.⁵⁷ Es handle sich um verschiedene allgemeine Prinzipien,⁵⁸ die sich gegenseitig ergänzten und zu einem allgemeinen privatrechtlichen⁵⁹ Rechtsgrundsatz führten, nach dem Ungleichbehandlungen durch den Arbeitgeber zu verhindern seien.⁶⁰ Gerade weil seine Existenz mittlerweile unbestritten ist, begnügen man sich gerne mit dem Hinweis auf seine gewohnheitsrechtliche Geltung.⁶¹ Damit ist nicht viel gewonnen: Die gemeinsame Rechtsüberzeugung besteht nur darüber, dass es eine Pflicht zur Gleichbehandlung gibt, während man sich über ihre Ausgestaltung und ihre Grenzen uneins ist.⁶²

Neben den soeben genannten werden eine ganze Reihe genuin zivilrechtlicher Begründungsversuche vorgeschlagen: Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer sei „ein überpositiver, unmittelbar aus der Gerechtigkeitsidee zu entwickelnder Rechtssatz“, der den einzelnen Arbeitnehmer vor der strukturellen Übermacht des Arbeitgebers schütze (*Raiser*).⁶³ Die Rückführung auf ein allgemeines, jeder Rechtsordnung immanentes Gerechtigkeitspostulat wurde zum klassischen Begründungstopos.⁶⁴ Dabei wird der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch regelmäßig als ein Anwendungsfall der austeilenden Gerechtigkeit aufgefasst.⁶⁵ Der Arbeitgeber steht mit mindestens zwei Personen in nebeneinander bestehenden Arbeitsverhältnissen und kann Begünstigungen und Belastungen unter diesen verteilen.⁶⁶ Daraus wird geschlossen, dass aus der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers ein Verbot der Ungleichbehandlung ihrer Adressaten folge (*Wiedemann*).⁶⁷ Dagegen wird eingewandt, die bloße Gestaltungskompetenz allein sei nur Minimalvoraussetzung einer Gleichbehandlungspflicht und könne diese daher nicht begründen.⁶⁸ Es bedürfe vielmehr zusätzlicher Kriterien, weil sich ansonsten immer eine Gleichbehandlungspflicht ergebe.⁶⁹ Diese wird vielfach mit einem Kontrahierungszwang und damit einer Pflicht zur Gleichbehandlung

56 Zutreffend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 124 f.; Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 17 f.; Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 338 f.

57 Siehe den Überblick bei Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3 g).

58 Preis, Arbeitsrecht, 2012, 441.

59 Schmidt in: Erfurter Kommentar, Art. 3 GG Rn. 29.

60 Jousen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 268; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 181.

61 Boemke, NZA 1993, 532, 536; Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1122; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 574.

62 Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 319.

63 Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 85, 90, 93 f.; Raiser, JZ 1959, 421, 422; dazu bereits oben § 4 I 1.

64 Vgl. dazu die Nachweise bei Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 319 f.

65 Vgl. die Nachweise bei Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 2 b).

66 Dazu vertiefend Canaris, iustitia distributiva, 1997, 36 ff.; Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 320 ff.

67 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001.

68 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 a).

69 Wolf, FS Raiser, 1974, 597, 599; Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 156 f.; Hanau, FS Konzen, 2006, 233, 238; Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 323 f.

im Ergebnis gleichgesetzt.⁷⁰ So formuliert, verengt diese Kritik den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser erlaubt nämlich Ungleichbehandlungen, soweit sie sachlich gerechtfertigt sind. Dem entgegengesetzt war der Vorschlag, die Gleichbehandlung als eine Form des privatrechtlichen Teilhabeanspruchs des Arbeitnehmers bei der Verteilung des Arbeitsergebnisses zu erklären (*Manfred Wolf*).⁷¹

b) Gleichbehandlung aufgrund von Selbstbindung

In jüngerer Zeit wurden zwei Ansätze zur normativen Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes wiederbelebt. Nach dem ersten Ansatz sei Gleichbehandlung die Folge einer Selbstbindung des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis (*Hans Hanau, Thomas Raab*):⁷² Weil der Arbeitgeber die vertraglich geschuldeten Leistungen aller Arbeitnehmer beanspruche und seine Entscheidung, ihnen zusätzliche Vorteile zu gewähren, eine Form der Vergütung sei, müsse er sie daher auch gleich behandeln, wenn er dafür kollektive Maßnahmen einsetze.⁷³ *Raabs* Ansatz erklärt die „Pflicht zur Gleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen“⁷⁴. Damit verfehlt er streng genommen die selbst gestellte Aufgabe. Nicht das Ergebnis – die Gleichbehandlung von vergleichbaren Arbeitnehmern – ist erklärungsbedürftig. Gesucht wird nach dem Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes selbst. Dieser verpflichtet primär nur zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen; zur Gleichbehandlung erst dann, wenn kein sachlicher Grund gegeben ist. Das beruht auf dem klassischen Missverständnis, der Gleichbehandlungsgrundsatz sei identisch mit der erfolgsbezogenen Pflicht zur Gleichbehandlung.⁷⁵ *H. Hanau* fasst den Ansatz präziser und vermeidet daher *diesen* Vorwurf. Danach sei der Gleichbehandlungsanspruch eine mögliche Lösung eines multilateralen Interessenkonflikts zwischen Arbeitgeber und dem jeweiligen Arbeitnehmer (vertikale Ebene) und zwischen den Arbeitnehmern untereinander (horizontale Ebene).⁷⁶ Mit der kollektiven Maßnahme gehe der Arbeitgeber vom Verhandeln zum Behandeln über.⁷⁷ Das rechtfertige es, den Verteilungskonflikt im multilateralen Regelungsbereich mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu lösen, weil er insoweit der bilateralen Austauschgerechtigkeit im vertikalen Ver-

⁷⁰ Exemplarisch *Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 238.

⁷¹ *Wolf*, FS Raiser, 1974, 597, 601.

⁷² *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 239 ff; *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 339 ff (nur für freiwillige Leistungen).

⁷³ *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 341.

⁷⁴ *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 339.

⁷⁵ Vgl. *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 340.

⁷⁶ Darunter versteht *H. Hanau* das tatsächliche Nebeneinander (horizontale Dimension) der jeweiligen einzelnen Arbeitsverhältnisse (vertikale Ebene), *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 239.

⁷⁷ *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 242.

tragsverhältnis als Gerechtigkeitsmaxime überlegen sei.⁷⁸ So weit kann das überzeugen. Problematisch daran ist aber, die Gleichheitsbindung „privatrechtskonform erst durch eigenes selbstbestimmtes Handeln“ herbeiführen zu wollen.⁷⁹ Damit teilt *H. Hanau* das Problem des *Böttcher'schen* Ansatzes: Bei der Normaufstellung besteht keine Gleichheitsbindung, weil der Arbeitgeber nur an dem festgehalten werde, was er „eigentlich gewollt, nur bislang nicht widerspruchsfrei umgesetzt“ habe.⁸⁰ Damit stellt er den „Gleichbehandlungsgrundsatz wieder teilweise zur Disposition des Arbeitgebers“⁸¹. Das ist eine neue Variante des alten Versuchs, Gleichheitskonstellationen ausschließlich freiheitsrechtlich zu lösen und ihnen dadurch auszuweichen.⁸² Das scheitert spätestens dann, wenn der Arbeitgeber an ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal anknüpft. Dann muss grundlegend anders verfahren werden.⁸³

c) Gleiche Behandlung als Forderung des Billigkeitsgebots

Ebenfalls eine Renaissance und Fortentwicklung erfahren hat der Vorschlag von *Alfred Söllner*, den Gleichbehandlungsanspruch aus den Generalklauseln, insbesondere aus dem Billigkeitsgebot des § 315 BGB, abzuleiten.⁸⁴ Der Versuch, den Grundsatz in zivilrechtlichen Generalklauseln zu verankern, kann freilich nur der erste Schritt sein, weil diese Normen ihrerseits wiederum konkretisierungsbedürftig sind.⁸⁵ Den zweiten Schritt ist in jüngerer Zeit *Friedemann Kainer* gegangen. Die normative Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes sei „§ 106 GewO iVm § 315 BGB in direkter bzw. für Gesamtzusagen in analoger Anwendung“⁸⁶. *Kainer* konkretisiert die Billigkeit in § 315 BGB mit einem aus dieser Norm abzuleitenden Gleichbehandlungsprinzip.⁸⁷ Eine unterschiedliche Leistungsbestimmung bei im Übrigen gleichgelagerten Fällen begründe die Vermutung, „dass die Bestimmung in einer [sic!] der beiden Sachverhalte ‘falsch’, also unbillig ist.“⁸⁸ Könne diese „Indizwirkung“ nicht widerlegt – sprich: sachlich gerechtfertigt⁸⁹ – werden, sei die Maßnahme unbillig. Der (arbeitsrechtliche allgemeine) Gleichbehandlungsgrundsatz wird von *Kainer* als Variante der Inhaltskontrolle konzipiert. Diese sei in einem liberalen Privatrecht erlaubt, sobald an

78 *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 241 f.

79 Deutlich *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 244.

80 *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 243.

81 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3 g).

82 Vgl. dazu bereits oben § 4 I 5.

83 Konzidiert von *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 246.

84 *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmungen im Arbeitsverhältnis, 1966, 135 f; vgl. auch BAG AP Nr. 1 zu § 305 BGB – Billigkeitskontrolle; dagegen *Hueck*, GS Dietz, 1973, 241, 251 ff.

85 *Wolf*, FS Raiser, 1974, 597, 600 f.

86 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 b).

87 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 a) aa).

88 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) bb).

89 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) cc).

der inhaltlichen Richtigkeit eines privatautonomen Leistungsaustauschs⁹⁰ Zweifel bestünden. Diese Richtigkeitsgewähr fehle bei einseitigen Zuweisungen von Rechten und Pflichten durch den Arbeitgeber.⁹¹ Die Missachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes stelle „ein starkes Indiz für eine unrichtige Verteilung von Rechten und Pflichten in einem Vertragsverhältnis dar, deren rechtliche Anerkennung bei einseitigen Leistungsbestimmungen mangels material freier Zustimmung des Arbeitnehmers zu versagen ist.“⁹² Man kann *Kainers* These mit dem Satz reformulieren: Die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung *ist* eine unbillige Behandlung. Dann wird noch deutlicher, dass *Kainer* letztlich die Billigkeit mit der Gleichbehandlungspflicht *ersetzt*. Er selbst sagt an anderer Stelle zutreffend, dass „das Recht auf einseitige Leistungsbestimmungen mit einem Gleichbehandlungsgrundsatz reagiert“.⁹³ Es gibt also auch bei *Kainer* kein Entrinnen aus dem Gleichheitsdenken.⁹⁴

d) Grundrechtswirkung

Warum also Gleichbehandlung im Arbeitsrecht? Seit 1949 könnte man antworten: wegen Art. 3 Abs. 1 GG. Es lag daher nahe, den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch auch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG herzuleiten, jedenfalls dann, wenn man von dessen unmittelbarer Anwendbarkeit im Arbeitsrecht ausgeht (*Hans Carl Nipperdey*).⁹⁵ Das konnte sich (zunächst) nicht durchsetzen. Art. 3 Abs. 1 GG dürfte aus den bekannten Gründen⁹⁶ nicht Rechtsgrundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sein. Das hat bereits *Götz Hueck* 1958 so gesehen⁹⁷ und damit die weitere Diskussion entscheidend geprägt.⁹⁸ Der Arbeitgeber, so die herkömmliche Auffassung, ist Privatrechtssubjekt und nicht selbst Grundrechtsverpflichteter.⁹⁹ Umstritten ist daher auch, ob mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsan-

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

91 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 a).

92 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 a).

93 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5.

94 Siehe dazu auch unten § 5 IX 2.

95 *Nipperdey*, FS Molitor, 1962, 31 f; dazu näher oben § 4 I 2 b).

96 Dazu oben § 4 I 2 c).

97 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 95 ff; zum Kontext oben § 4 I 3.

98 *Richardi* in: MünchArbR, § 9 Rn. 8; zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 3: „Als sicher darf nur gelten, dass jedenfalls Art. 3 GG nicht unmittelbar anzuwenden ist und damit als normative Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots ausscheidet“.

99 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 70; *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 244; *Schmidt* in: Erfurter Kommentar, Art. 3 GG Rn. 29; zwischen Weisungsrecht und freiwilligen Leistungen differenzierend jetzt *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 333 f, 336 f.

spruch eine Schutzpflicht des Staates vor Ungleichbehandlungen des Arbeitgebers erfüllt wird.¹⁰⁰

Von Art. 3 Abs. 1 GG geht dennoch eine Faszination aus. Wenn der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, liegt es nahe, ihn mit Art. 3 Abs. 1 GG in Zusammenhang zu bringen. Das sah auch Götz Hueck so:

„In seiner Eigenschaft als allgemeiner Rechtsgrundsatz ist der Gleichheitssatz des Art. 3 GG auch als Grundlage der Gleichbehandlung im Privatrecht anzuerkennen. Der privatrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz stellt sich in diesem Zusammenhang als spezielle Anwendungsform des allgemeinen Gleichheitssatzes in einem besonderen Rechtsgebiet, dem Privatrecht, dar. Aus dem Zusammenhang mit Art. 3 GG können allerdings nur die grundsätzliche Geltung und Rechtsverbindlichkeit des Gleichbehandlungsprinzips im allgemeinen entnommen werden [, ...] die eigentliche Rechtsgrundlage der Gleichbehandlung im Privatrecht, die besonderen Elemente, die im einzelnen für ihre Geltung maßgebend sind, ergeben sich daraus jedoch noch nicht.“¹⁰¹

Man spürt dem Text an, wie schwierig es war, sich dem *Klingsor'schen* Zaubergarten des Art. 3 GG zu entziehen: Einerseits ist Art. 3 GG Grundlage der Gleichbehandlung. Weil aber andererseits nicht sein kann, was nicht sein darf, ist Art. 3 GG nicht die *eigentliche* Rechtsgrundlage. Der Versuch, den Geltungsgrund doch aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleiten, könne nur „auf den allerersten, ganz oberflächlichen Blick aussichtsreich“ erscheinen.¹⁰² Das Bundesarbeitsgericht scheint das in den letzten Jahren anders zu sehen, weil es vermehrt auf Art. 3 GG Bezug nimmt. Es hat den Inhalt des betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG) auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zurückgeführt, weil dieser Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens im Grundgesetz und fundamentales Rechtsprinzip sei.¹⁰³ Das ist bei § 75 BetrVG naheliegend, weil diese Norm Privatrechtsakteure unmittelbar auch an die in Art. 3 Abs. 1 GG festgelegten Wertentscheidungen bindet.¹⁰⁴ In einer Entscheidung über arbeitsrechtliche Gleichbehandlungspflichten des Landes Nordrhein-Westfalen setzte das Bundesarbeitsgericht den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz inhaltlich völlig mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gleich.¹⁰⁵ Das ist wegen der prinzipiellen Grundrechtsbindung des Staates (Art. 1 Abs. 3 GG)¹⁰⁶ verfassungsrechtlich unproblematisch. Ausgehend vom klassischen Verständnis bleibt eine Rückführung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Verfassung schwierig.

100 Verneinend Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 176; bejahend Singer, GS Zachert, 2010, 341, 352 ff.

101 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 97 f (Hervorhebung hinzugefügt); dazu oben § 4 I 3.

102 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 99.

103 BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774; BAG NZA 2010, 701 Rn. 29.

104 Schmidt in: Erfurter Kommentar, Art. 3 GG Rn. 60.

105 BAG AP Nr. 149 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1998, 438.

106 Dazu näher Höfling in: Sachs, GG, Art. 1. Rn. 91 ff mwN.

Der private Arbeitgeber ist gerade nicht Grundrechtsadressat und eine dem § 75 BetrVG entsprechende Transformationsnorm fehlt im Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das Bundesarbeitsgericht geht mittlerweile in ständiger Rechtsprechung trotzdem davon aus, dass der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz „inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt wird.“¹⁰⁷ Nimmt man das ernst, bedeutet die inhaltliche Orientierung der arbeitsrechtlichen Regelungsträger an den Maßstäben des Art. 3 Abs. 1 GG, dass die vom Bundesverfassungsgericht ausgearbeiteten Differenzierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes – je nach dem Regelungsgegenstand – auch im Arbeitsrecht zu beachten sind.¹⁰⁸ Wir hätten es dann mit einem privatrechtlichen Rechtssatz zu tun, dessen Inhalt vom Verfassungsrecht bestimmt wird, der aber nicht Ausdruck einer unmittelbaren Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG sein soll.¹⁰⁹ Die Fragwürdigkeit solcher Erklärungsversuche hängt mit dem von *Günter Dürig* verbreiteten Missverständnis zusammen, wonach eine Privatrechtsgeltung des Art. 3 Abs. 1 GG den Privatrechtsakteur wie einen staatlichen Akteur behandelt.¹¹⁰ Methodisch überzeugender ist es, darin in der Sache eine Begründung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen.¹¹¹ Beispielhaft dazu formuliert der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts:

*„Diese besondere gesetzliche Erwähnung wie der ungeschriebene allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Arbeitsrechts sind Anwendungsfälle des allgemeinen Gleichheitssatzes, der als Grundrecht des Einzelnen in Art. 3 Abs. 1 GG zunächst gegenüber dem Staat garantiert ist, aber darüber hinaus als selbstverständlicher und ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen und für alle Personengemeinschaften gilt.“*¹¹²

Ganz prägnant drückt sich der Senat in jüngeren Entscheidungen aus:

*„Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist die privatrechtliche Ausprägung des in Art. 3 Abs. 1 GG statuierten Gleichheitssatzes.“*¹¹³

Die „privatrechtliche Ausprägung“ von Art. 3 Abs. 1 GG ist grundrechtsdogmatisch nichts anderes als die Erfüllung einer staatlichen Schutzpflicht.¹¹⁴ Konzipiert man den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz so, wird der maßgebliche Konflikt zwischen Gleichheit und Vertragsfreiheit sofort sichtbar. Daher ist die Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrechtsver-

107 BAG AP Nr. 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1999, 606, 608; BAG NZA 2010, 273 Rn. 29; BAG NZA 2010, 561 Rn. 44; weitere Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 54.

108 *Wiedemann*, RdA 2000, 97, 98; konsequent auch *Singer*, GS Zachert, 2010, 341, 355 ff.

109 So *Schmidt* in: Erfurter Kommentar, Art. 3 GG Rn. 29.

110 Dazu oben § 4 I 2 c).

111 IE auch *Reichold*, ZfA 2006, 257, 265.

112 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324.

113 BAG NZA-RR 2010, 541 Rn. 39; BAG v. 21.8.2012, 3 AZR 81/10, Rn. 23 (juris).

114 Zuletzt *Singer*, GS Zachert, 2010, 341, 352 ff.

hältnis der eigentliche normative Geltungsgrund und der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch die Konkretisierung der dadurch hervorgerufenen Grundrechtskollision.¹¹⁵ Dieses Verhältnis muss ohnehin geklärt werden, „ob man nun mit oder ohne Art. 3 GG gleich behandelt.“¹¹⁶ Der Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz wird beim allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz methodisch gelöst: Der Vorrang der Vertragsfreiheit wird sichergestellt, indem man die sachlichen Tatbestandsvoraussetzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes einschränkt.¹¹⁷

4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung

a) Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz setzt voraus, dass der Arbeitgeber (1.) einen oder mehrere Arbeitnehmer ungleich behandelt, ohne dass dafür (2.) ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn der Arbeitgeber (a) innerhalb eines *bestehenden Rechtsverhältnisses*¹¹⁸ (b) eine *Maßnahme mit kollektivem Bezug* trifft und dabei (c) einen oder eine Gruppe von Arbeitnehmern *anders behandelt* als vergleichbare Arbeitnehmer. Die hier kursiv gesetzten Tatbestandsmerkmale erlauben eine Berücksichtigung privatautonomer Entscheidungen des Arbeitgebers. Dabei macht es einen Unterschied, wo man sie methodisch verankert. Merkmale (a) und (b) definieren zugleich den sachlichen Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das ermöglicht es dem Rechtsanwender, mit Bereichsausnahmen zu operieren. Ist eine Bereichsausnahme einschlägig, kommt es gar nicht erst zur Prüfung einer Ungleichbehandlung und ihrer möglichen Rechtfertigung. Die Präponderanz der Freiheit wäre damit auch rechtsdogmatisch gewahrt.

(1) Berücksichtigung der Vertragsabschlussfreiheit

Erster Testfall im Konflikt zwischen der Autonomie des Arbeitgebers und dem Gleichbehandlungsanspruch ist die Einstellung. Der Arbeitgeber darf dabei nicht nach den in § 1 AGG genannten Kriterien diskriminieren, § 7 AGG. Insoweit haben die Diskriminierungsverbote Vorrang vor der Vertragsabschlussfreiheit. Nach herrschender Auffassung gilt dieser Vorrang nicht für den allgemeinen

¹¹⁵ Vgl. zur Begründung unten § 8 IV.

¹¹⁶ Singer, GS Zachert, 2010, 341, 352.

¹¹⁷ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 125.

¹¹⁸ Darunter fallen auch Ruhestandsverhältnisse, vgl. BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321; *Thüsing* in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 192.

Gleichbehandlungsanspruch.¹¹⁹ Dieser sei auf Einstellungsmodalitäten nicht anzuwenden und kann daher nicht Anspruchsgrundlage für den Abschluss eines – weiteren befristeten oder unbefristeten – Arbeitsvertrags sein.¹²⁰ Insoweit hat also die Vertragsabschlussfreiheit des Arbeitgebers Vorrang.¹²¹ Besteht ein Arbeitsverhältnis und bietet der Arbeitgeber im Rahmen eines Personalabbaus bestimmten Arbeitnehmern einen Aufhebungsvertrag an, soll darin nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts keine Maßnahme mit kollektivem Bezug¹²² liegen. Obwohl sich der Arbeitgeber zu einer *invitatio ad offerendum* an eine nach bestimmten Merkmalen definierte Gruppe der Arbeitnehmer entschieden habe, beruhe der nachfolgende Vertragsschluss auf einer individuellen Entscheidung des Arbeitgebers. Seine Entscheidung, welchen Mitarbeitern er im Rahmen der Maßnahme die Aufhebung ihrer Arbeitsverhältnisse anbiete, bleibe wegen des Prinzips der Abschlussfreiheit unbeschränkt.¹²³ Aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich auch keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Verlängerung eines wirksam sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags. § 14 Abs. 2 TzBfG erlaubt es dem Arbeitgeber, frei und ohne Bindung an sachliche Gründe entscheiden zu können, ob er den befristet beschäftigten Arbeitnehmer nach Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit weiterbeschäftigt.¹²⁴ Gerade weil § 14 Abs. 2 TzBfG es dem Arbeitgeber ermöglicht, sich bei Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes von einem Arbeitnehmer zu trennen, kann eine Rechtfertigungspflicht nicht über den Gleichbehandlungsgrundsatz gleichsam durch die „Hintertür“ eingeführt werden.

Der Vorrang der Vertragsfreiheit wird herkömmlicherweise damit begründet, dass erst mit Einstellung das Rechtsverhältnis begründet werde, aus dem die Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers folgten.¹²⁵ Besteht bereits ein Rechtsverhältnis, beispielsweise ein Ausbildungsverhältnis, ist folglich anders zu entscheiden. Der Auszubildende ist Betriebsangehöriger und hat daher einen Anspruch auf eine willkürfreie Übernahmeentscheidung des Arbeitgebers aus § 75 Abs. 1 BetrVG.¹²⁶ Verlängert der Arbeitgeber die befristeten Verträge vergleichbarer Arbeitnehmer vor Ablauf der Befristung, besteht ebenfalls noch ein Rechtsverhältnis.

119 Statt aller *Preis* in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 311.

120 Zum Streitstand BAG NZA 2009, 27 Rn. 22. Das BAG hat die Frage offen gelassen.

121 BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität.

122 Kritisch zu diesem Merkmal *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 d) aa): „Wurmfortsatz der unklaren dogmatischen Ableitung“.

123 BAG NZA 2010, 273 Rn. 30; BAG NZA 2010, 561 Rn. 46.

124 BAG NZA 2009, 27 Rn. 22 f; zum Ganzen näher *Strecker*, RdA 2009, 381 ff.

125 BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität; grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 234 f; *Thüsing* in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 192 mwN; kritisch zu dieser Begründung mit Recht *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 24 f.

126 BAG AP Nr. 2 zu § 17 BBiG = NZA 1985, 329, 330 f; im Grundsatz von BVerfGE 86, 122 bestätigt, lediglich hinsichtlich der konkreten Abwägung aufgehoben.

nis zwischen ihm und dem Arbeitnehmer, dessen noch laufender Arbeitsvertrag nicht verlängert wurde.¹²⁷

Nach meiner Auffassung lässt sich der Vorrang der Vertragsabschlussfreiheit und der dogmatische Unterschied in der Handhabung der Diskriminierungsverbote allerdings überzeugender mit dem Verständnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes als privatrechtliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes erklären. Bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses hat die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers aufgrund einer ordnungspolitischen Wertung Vorrang. Niemand ist besser geeignet als der Arbeitgeber, darüber zu entscheiden, wer als Mitarbeiter für sein Unternehmen geeignet ist, wen er einstellt und wessen befristete Verträge er verlängert. Diese in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit setzt sich daher im Ergebnis gegen den Gleichheitssatz durch.¹²⁸ Macht der Arbeitgeber allerdings seine Entscheidung an Merkmalen fest, die nach Auffassung der Rechtsordnung in keinem sachlichen Zusammenhang dazu stehen *sollen*, setzen sich Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG gegen Art. 12 GG durch.¹²⁹ Diese unterschiedliche Wertung erklärt möglicherweise die unproblematische Akzeptanz des allgemeinen Gleichbehandlungsanspruchs und den Widerstand, den die Einführung des § 611a BGB aF hervorrief¹³⁰.

Damit ist allerdings noch nichts über den methodischen Standort gesagt, an dem diese Kollision aufzulösen ist. Rechtsprechung und Lehre sind im Wesentlichen übereinstimmend der Auffassung, dass bereits der sachliche Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht eröffnet sei. Ist allerdings ein Diskriminierungsverbot einschlägig, müssen sie genau vom Gegenteil ausgehen. Dogmatisch zwingend ist diese unterschiedliche Behandlung freilich nicht. Man könnte die Vertragsbegründungsfreiheit in beiden Fällen methodisch auch auf Rechtfertigungsebene verankern. Dazu ein Beispiel: Die Arbeitnehmerin, die zusammen mit elf weiteren Frauen nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristet als Fachassistentin im Außendienst der ARGE Hamburg zur Feststellung und Aufdeckung von Leistungsmissbrauch eingesetzt wurde und die im Unterschied zu den anderen kein Angebot auf Vertragsverlängerung erhielt,¹³¹ wurde im Vergleich zu ihren Kolleginnen ungleich behandelt. Die Gründe dieser Ungleichbehandlung spielen erst auf Rechtfertigungsebene eine Rolle. Dort ist zwischen dem allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch und den Diskriminierungsverboten zu unterscheiden. Solange lediglich eine allgemeine Ungleichbehandlung vorliegt, ist sie wegen § 14 Abs. 2 TzBfG gerechtfertigt: Danach muss der Arbeitgeber keine

127 Strecker, RdA 2009, 381, 383.

128 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 26.

129 AA Büddecker, Die Rechtsprechung des BAG zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, 2002, 198 ff.

130 Dazu oben § 4 II 3 b).

131 BAG NZA 2009, 27.

sachlichen Gründe für seine Entscheidung vorweisen. Diese Norm bewirkt, dass die Rechtfertigungsanforderungen an den sachlichen Grund „auf Null“ heruntergefahren werden. Sobald allerdings ein besonderes Diskriminierungsverbot betroffen ist, steigen die Rechtfertigungsanforderungen erheblich. Hätte die ARGE Hamburg den Vertrag wegen des Geschlechts der Arbeitnehmerin nicht verlängert, wäre *dieselbe* Ungleichbehandlung (Nichtverlängerung des Vertrages) wegen § 7 Abs. 1 AGG grundsätzlich nicht mehr gerechtfertigt. Daraus könnte man auch methodische Konsequenzen ziehen und von einem einheitlichen Gleichbehandlungstatbestand ausgehen.¹³²

(2) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsbeendigungsfreiheit?

Zweiter Testfall ist die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers. Auch hier gilt, dass eine Kündigung, die gegen das Diskriminierungsverbot des § 1 AGG verstößt, unwirksam ist. Unklar ist lediglich, wie dieses Ergebnis wegen § 2 Abs. 4 AGG zu begründen ist.¹³³ Dagegen findet der allgemeine Gleichbehandlungsanspruch nach herkömmlicher Auffassung keine Anwendung.¹³⁴ Daran ist richtig, dass eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung im Regelfall eine Einzelmaßnahme ist und es daher am kollektiven Bezug fehlt.¹³⁵ Der Arbeitnehmer kann nicht einwenden, die Kündigung sei sozial unwirksam, weil der Arbeitgeber zu einem anderen Zeitpunkt in einem vergleichbaren Sachverhalt nicht gekündigt habe.¹³⁶ Ein kollektiver Bezug besteht dagegen bei der sog. „herausgreifenden Kündigung“. Hier kündigt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer aus einer Gruppe vergleichbar belasteter Arbeitnehmer (Beispiele: Schlägerei im Betrieb, Teilnahme an rechtswidrigem Streik) und muss daher nach zutreffender Auffassung seine Entscheidung sachlich rechtfertigen.¹³⁷ Ein kollektiver Bezug besteht zwangsläufig auch bei allen betriebsbedingten Kündigungen. Hier wird der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz von dem KSchG¹³⁸ verdrängt. Die praktische Bedeutung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im

132 Dieser Vorschlag wird in § 7 ausgebaut.

133 Dazu unten § 6 IV 1 a).

134 BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1970, 486, 487; AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 = NJW 1987, 2687.

135 Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 388 f.; Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 27; Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1136.

136 Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 388; Rolfs in: BeckOK-ArbR, § 1 KSchG Rn. 86.

137 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 27; Oetker in: Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 90; Quecke in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 1 KSchG Rn. 71; Rolfs in: BeckOK-ArbR, § 1 KSchG Rn. 87; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 190; vertiefend zum Ganzen Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 389 f., 381 ff.

138 I. d. F. der Bekanntmachung v. 25.8.1969, BGBl. I S. 1317, zuletzt geändert von Art. 3 des Gesetzes v. 26.3.2008, BGBl. I S. 444.

Kündigungsrecht wird daher als gering eingeschätzt.¹³⁹ Nicht aber die theoretische, weil man die Auswahlkriterien einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG als spezialgesetzliche Ausprägung der allgemeinen Gleichbehandlungspflicht konzipieren kann.¹⁴⁰

(3) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsinhaltsfreiheit?

Dritter Testfall ist die Vertragsinhaltsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob der Arbeitgeber den einzelnen Arbeitnehmer für vergleichbare Tätigkeiten gleich entlohnen muss. Das Bundesarbeitsgericht verneint das in ständiger Rechtsprechung: „Der Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ ist keine allgemeingültige Anspruchsgrundlage.“¹⁴¹ Man muss sofort präzisieren: jedenfalls nicht im Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsanspruchs; anders ist im Bereich der Diskriminierungsverbote zu entscheiden.¹⁴² Wenn der Arbeitgeber, was ihm die Vertragsfreiheit gewährleistet, einzelne Arbeitnehmer besserstellt, können daraus andere Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Gleichbehandlung (im Ergebnis) herleiten.¹⁴³ Werden Leistungen oder Vergünstigungen individuell vereinbart, ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nämlich nicht anwendbar.¹⁴⁴ Keine individuelle Vereinbarung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer einseitig vom Arbeitgeber gestellte Vertragsbedingungen akzeptiert.¹⁴⁵ Erfolgt die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer unabhängig von abstrakten Differenzierungsmerkmalen, fehlt der notwendige kollektive Bezug einer Ungleichbehandlung. Die allgemeine Gleichbehandlungspflicht verhindert nicht die Begünstigung einzelner Arbeitnehmer.¹⁴⁶ Die Vertragsfreiheit hat insoweit Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgrund-

139 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 357 ff; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 390 f.

140 Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 389; Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 27 f; zustimmend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 5 a) cc) (2). Das passt zur Auffassung des BAG im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht, trotz § 2 Abs. 4 AGG, die Wertungen des AGG in § 1 KSchG zu inkorporieren (unten § 6 IV 1 a)).

141 BAG AP Nr. 58 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2008, 179 Rn. 28.

142 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 50 f.

143 BAG AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1993, 171, 172.

144 Vgl. nur BAG AP Nr. 58 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag = NZA 2008, 179 Rn. 28; so schon BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; aus der Literatur statt vieler Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1125, 1128; Jousen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 271; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 187; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 575; in der Sache bereits Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 92 f; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 352 ff und jetzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 d) cc) auf Grundlage seiner These der Richtigkeitsgewähr des individuellen Vertrages.

145 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 21; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 187; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 575; aA Richardi in: MünchArbR, § 9 Rn. 49.

146 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215.

satz.¹⁴⁷ Von dieser Bereichsausnahme gibt es Rückausnahmen: Im Bereich der Arbeitsvergütung ist der Gleichbehandlungsgrundsatz trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit anwendbar, wenn Arbeitsentgelte durch eine betriebliche Einheitsregelung generell angehoben werden und wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.¹⁴⁸ Gleiches muss gelten, wenn der Arbeitgeber, ohne nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip vorzugehen, im Betrieb mehrere Vergütungssysteme anwendet und dabei nicht nur einzelne Arbeitnehmer besserstellt.¹⁴⁹ Manche Stimmen wollen viel weiter gehen und verneinen eine Gleichbehandlungspflicht bereits dann, wenn der Arbeitgeber Vorteile gewährt, die ihren Grund ausschließlich in den individuellen Verhältnissen des Arbeitnehmers finden.¹⁵⁰

Man kann zweifeln, ob der methodische Ansatz, mit einer Bereichsausnahme zu arbeiten, wirklich überzeugend ist. Die Aussage des Bundesarbeitsgerichts, die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes setze eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers voraus,¹⁵¹ trifft nämlich nur zu, wenn man sie auf die Vergütung beschränkt. Es ist aber anerkannt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz auch bei Einzelfallregelungen zum Tragen kommen kann, nämlich dann, wenn der Arbeitgeber sein Direktionsrecht (§ 106 GewO) ausübt,¹⁵² etwa bei der Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz, bei Torkontrollen, bei einem betrieblichen Rauchverbot oder bei der Kürzung der regelmäßigen Arbeitszeit bzw. der Verteilung von Überstunden, Nacht- und Feiertagsarbeit.¹⁵³ Der kollektive Bezug solcher, möglicherweise nur an einen oder wenige Arbeitnehmer gerichteten Maßnahmen scheitert nicht daran, dass sie nicht *gleichzeitig* auch gegenüber anderen angeordnet werden. Entscheidend ist nur, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit dazu hat.¹⁵⁴ Man müsste daher erklären, warum der Vorrang der Vertragsfreiheit in Vergütungsfragen zur Bereichsausnahme führt, während der Arbeitgeber außerhalb des Vergütungssektors an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist.¹⁵⁵ Selbst wenn man sich der von *Kainer* dafür gegebenen Begründung anschließt,¹⁵⁶ bleibt die Frage im Raum, warum der Vorrang der Vertragsfreiheit methodisch als Bereichsausnahme abzusichern sei. Es gibt nämlich

147 BAG NZA 2010, 273 Rn. 29; grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 250 ff, 354 f.

148 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862 Rn. 19; BAG NZA 2010, 273 Rn. 29.

149 BAG AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1993, 171, 172.

150 Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 343 f.

151 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862 Rn. 19.

152 BAG AP Nr. 52 zu § 611 BGB Direktionsrecht = NZA 1998, 555, 557.

153 Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 271 mwN.

154 Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 270; Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 334 f.

155 Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 269 f.

156 Vgl. *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 d) cc), der die Nichtgeltung konsequent mit der bei der Vergütung funktionierenden und beim Direktionsrecht versagenden Richtigkeitsgewähr des Vertrages erklärt.

andere Möglichkeiten, die wirtschaftliche Bedeutung unterschiedlicher Entlohnung zu sichern.¹⁵⁷ Alternativ könnte man die – inhaltlich durchaus zutreffenden – Erwägungen zur Sicherung der Vertragsfreiheit und damit insbesondere der Vergütungsfreiheit auch in den Gleichbehandlungsgrundsatz integrieren und sie dort im Rahmen der Vergleichsgruppenbildung oder der sachlichen Rechtfertigung prüfen.¹⁵⁸

Dieser Ansatz ist der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht ganz fremd. Eine Arbeitnehmerin klagte auf Feststellung einer Betriebsrentenanwartschaft und führte dazu u.a. aus, dass insgesamt fünf Arbeitnehmern, die wie sie im Innendienst eingesetzt waren, im Unterschied zu ihr eine betriebliche Altersversorgung zugesagt wurde.¹⁵⁹ Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Das Bundesarbeitsgericht wies zunächst ganz traditionell darauf hin, dass es sich bei den Zusagen auf Leistungen an diese fünf Arbeitnehmer um Zusagen in besonderen Einzelfällen handle und sich andere Arbeitnehmer zur Begründung gleichartiger Ansprüche auf solche Einzelfälle nicht berufen könnten.¹⁶⁰ Damit war das Gericht offensichtlich nicht zufrieden und ergänzte daher seine Begründung:

„Im übrigen hatte die Beklagte für die Bevorzugung einzelner Arbeitnehmer einleuchtende Gründe. Zwei Arbeitnehmern versprach die Beklagte Leistungen der betrieblichen Altersversorgung beim Umzug im Jahre 1954, um sich deren spezifische Fachkenntnisse weiter zu sichern. Ähnlich lag der Fall bei den Arbeitnehmerinnen, die die Beklagte wegen deren besonderer Erfahrungen auf dem Gebiet der Arzneimittelzulassung zum Abschluß eines Arbeitsvertrages gewinnen wollte. Die Zusage einer Unterstützung an denjenigen Arbeitnehmer, der einen monatlichen Betrag von 34 DM von einer Unterstützungskasse erhält, kommt ohnehin nicht in Betracht. Mit diesem Arbeitnehmer will die Klägerin nicht gleichgestellt werden.“¹⁶¹

In der Sache bejahte das Bundesarbeitsgericht damit einen sachlichen Grund für die ungleiche Behandlung. Diese Entscheidung demonstriert in aller Klarheit, wie unzulänglich die Argumentation mit der Bereichsausnahme ist und welche Befriedigungs- und Erklärungsfunktion die Prüfung innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufweist. Sie zeigt zudem, dass die methodische Struktur des Gleichbehandlungsanspruchs, insbesondere die Bedeutung des sachlichen Grundes, hervorragend geeignet ist, eine praktische Konkordanz von Freiheit und Gleichheit herzustellen. Methodisch betrachtet, ist die Operation mit Bereichsausnahmen und Beschränkungen des sachlichen Geltungsbereichs gegenüber der Behandlung als Rechtfertigungsgrund weniger gewinnbringend.

157 Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 268 ff.

158 Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 270 f. Das gilt auch für die von Kainer gebildeten Sonderkonstellationen, Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 d) cc)).

159 BAG AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1998, 762.

160 BAG AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1998, 762, 763.

161 BAG AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1998, 762, 763.

Dasselbe gilt auch für die Frage, ob der Anspruch auf Gleichbehandlung vertraglich ausgeschlossen werden kann. Nach ganz überwiegender Auffassung folge aus dem Vorrang der Vertragsfreiheit, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht zwingend sei. Daher könne sich der durch das Gebot der Gleichbehandlung Begünstigte mit einer ihn benachteiligenden ungleichen Behandlung einverstanden erklären.¹⁶² Voraussetzung dafür ist allerdings ein wirksam erklärter Verzicht. Daran fehlt es, wenn der Verzicht Ausdruck einer situativen Unterlegenheit des Arbeitnehmers ist, etwa, indem er unter Druck gesetzt wurde.¹⁶³ Methodische Konsequenz daraus ist, dass ein wirksamer Verzicht die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausschließt, ein unwirksamer dagegen zur Anwendbarkeit führt. Dogmatisch dürfte es überzeugender sein, anstelle des „Verzichts“ von einer bindenden Einwilligung in Form einer schuldvertraglichen Gestattung des Arbeitnehmers in die ungleiche Behandlung auszugehen.¹⁶⁴ Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich auf Seiten des Arbeitnehmers um einen Akt individueller Selbstbestimmung handelt, weil er dem Arbeitgeber ein tatsächliches Verhalten erlaubt, das er ihm grundsätzlich verbieten könnte. Das in der Gestattung zum Ausdruck kommende Prinzip des *volenti non fit inuria* ist seinerseits wiederum ein elementares Gerechtigkeitsprinzip.¹⁶⁵ Daher ist es notwendig, dieses in Konkordanz mit dem Gleichbehandlungsanspruch als gegenläufiges Gerechtigkeitsprinzip zu bringen. Der Gleichbehandlungsanspruch enthält mit seiner Rechtfertigungsmöglichkeit den dafür geeigneten methodischen Anker. Eine dem Arbeitgeber gestattete Ungleichbehandlung bleibt zwar eine Ungleichbehandlung, sie ist aber gerechtfertigt, wenn und soweit eine wirksam erteilte Einwilligung¹⁶⁶ vorliegt.

b) Ungleichbehandlung

Vierter Testfall im Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit ist die Gruppenbildung des Arbeitgebers. Diese ist Ausdruck seiner Privatautonomie.¹⁶⁷ Nach ganz überwiegender Auffassung wird die Sachgerechtigkeit der aufgestellten Norm innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes geprüft.¹⁶⁸ Er verbietet nach ständiger Rechtsprechung nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeit-

162 BAG AP Nr. 32 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NJW 1962, 1459, 760; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 259 ff; Richardi in: MünchArbR, § 9 Rn. 47; Thüsing in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611 BGB Rn. 188; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 577; aA Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1122.

163 Näher Joussen in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 272.

164 Vertiefend dazu Ohly, Volenti non fit inuria, 2002, 165 ff.

165 Ohly, Volenti non fit inuria, 2002, 63 ff.

166 Dazu näher Ohly, Volenti non fit inuria, 2002, 318 ff.

167 Insoweit zutreffend Fastrich, RdA 2000, 65, 71 f, für den die Gruppenbildung nur den klassischen Schranken der Privatautonomie, insbesondere § 138 BGB, unterliegt.

168 Anders etwa Fastrich, RdA 2000, 65, 71 f.

nehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung.¹⁶⁹ Eine ungleiche Behandlung liegt also vor, wenn der Arbeitgeber eine von ihm aufgestellte Regel nicht so durchführt, wie es ihrem Inhalt eigentlich entsprechen würde, oder wenn er bei der Aufstellung einer Regel unsachlich differenziert.¹⁷⁰ In jedem Fall setzt die Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes die Bildung einer Gruppe begünstigter Arbeitnehmer voraus. Eine Gruppenbildung setzt die Besserstellung nach Kriterien voraus, die bei allen Begünstigten vorliegen.¹⁷¹ Die Gruppenbildung muss also nach abstrakten Differenzierungsmerkmalen erfolgen.¹⁷² Im nächsten Schritt muss man untersuchen, ob die begünstigten und nicht begünstigten Arbeitnehmer vergleichbar sind. Mit dem Topos der „Vergleichbarkeit“ wird eine problematische Kategorie gewählt, weil man immer irgendeine Übereinstimmung finden kann und alle denkbaren Vergleichspersonen untereinander in mancher Hinsicht gleich, in anderer dagegen ungleich sind.¹⁷³ Das verführt dazu, bereits auf der Ebene der Ungleichbehandlung normative Wertungen einfließen zu lassen, die bestimmen, welche Arbeitnehmer vergleichbar sind. Weil die Gleichbehandlungsproblematik über beide Faktoren (Ungleichbehandlung – Rechtfertigung) gelöst werden soll, darf das normative Element nicht bereits in den Begriff der Gleichbehandlung hineingezogen werden.¹⁷⁴ Die Ungleichbehandlung ist daher ausschließlich deskriptiv zu verstehen: als nicht-identische Behandlung zweier Vergleichspersonen.¹⁷⁵ Vergleichbar ist ein Arbeitnehmer mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und der gleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit. Um die gleiche Arbeit handelt es sich, wenn Arbeitnehmer identische oder gleichartige Tätigkeiten ausüben.¹⁷⁶ Gleichartige Tätigkeiten liegen vor, wenn sie trotz Nichtidentität der Arbeitsvorgänge im Hinblick auf Qualifikation, erworbene Fertigkeiten, Verantwortung und Belastbarkeit gleiche Anforderungen stellen und die mit ihnen befassten Arbeitnehmer wechselseitig ausgetauscht werden können.¹⁷⁷ Ob die Arbeit in diesem Sinne „gleich“ ist, muss durch einen Gesamtvergleich der Tätigkeiten ermittelt werden. Dabei kommt es maßgeblich auf die Verkehrsauffassung an.¹⁷⁸

Zweifelhaft ist, ob diese Grundsätze bei jeder unsachlichen Gruppenbildung gelten. Gesichert ist, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht erst dann greift, wenn die Hälfte der Arbeitnehmer oder mehr an der Begünstigung partizipieren

169 Zuletzt BAG NZA 2010, 701 Rn. 29 f; Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1127 mwN.

170 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 17 ff; Richardi, ZfA 2008, 31, 38.

171 BAG AP Nr. 192 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2005, 183; BAG NZA 2010, 273 Rn. 29.

172 BAG NZA 2010, 273 Rn. 29.

173 Zum Problem aus verfassungsrechtlicher Perspektive Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 30, 55.

174 Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 29 (zur verfassungsrechtlichen Problematik).

175 Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 52 (zur verfassungsrechtlichen Problematik).

176 BAG AP Nr. 1 zu § 33 AGG = NZA 2008, 99 Rn. 23; BAG DB 2010, 115 Rn. 31.

177 BAG DB 2010, 115 Rn. 31.

178 Jousseaume in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 276.

und nur eine (knappe) Minderheit davon ausgeschlossen wird.¹⁷⁹ Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Fall entschieden, dass die Begünstigung von weniger als 5 % der außertariflich angestellten Arbeitnehmer nicht den Schluss zulasse, der Arbeitnehmer habe eine entsprechende Gruppe von Arbeitnehmern gebildet.¹⁸⁰ Damit sollte die Freiheit des Arbeitgebers in der Bestimmung des Dotierungsrahmens außertariflicher und -vertraglicher Sonderzahlungen geschützt bleiben.¹⁸¹ Dazu instrumentalisiert das Gericht die traditionelle Bereichsausnahme der Besserstellung einzelner Arbeitnehmer.¹⁸² Das kann nicht überzeugen. Die Arbeitgeberin hat die Gehälter von vier zwischenzeitlich eingestellten Arbeitnehmern einheitlich um 3,2 % erhöht, während die Gehälter der im Wege des Betriebsübergangs übernommenen mehr als 100 Arbeitnehmer unverändert blieben.¹⁸³ Am kollektiven Bezug dieser Maßnahme besteht kein Zweifel: Die Arbeitgeberin hat diese Gruppe nach einem abstrakten Merkmal – „nach Betriebsübergang eingestellte, außertariflich bezahlte Arbeitnehmer“ – gebildet.¹⁸⁴ Die Größe der sich gegenüberstehenden Gruppen ändert nichts daran, dass der Arbeitgeber die Gruppen anhand eines generalisierenden Prinzips gebildet hat. Auch wenn ein Unternehmen nur 250 Führungskräften von 42.000 Mitarbeitern Aktienoptionen gewährt, besteht ein kollektiver Bezug.¹⁸⁵ Man muss die Entscheidung daher sinnvollerweise so lesen, dass das Gericht eine weitere Bereichsausnahme geschaffen hat.¹⁸⁶ Danach ist eine bestimmte Größe der Gruppe der begünstigten Arbeitnehmer Anwendungsvoraussetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das kann erst recht nicht überzeugen. Jede Festlegung auf eine absolute Zahl ist ihrerseits willkürlich. Der Rechtsanwender kann den kollektiven Bezug nicht quantitativ nach Zahl der betroffenen Arbeitnehmer bestimmen.¹⁸⁷ Dagegen spricht auch, dass es im Anwendungsbereich der besonderen Diskriminierungsverbote auf eine Mindestgröße der besser gestellten Gruppe ebenfalls nicht ankommt.¹⁸⁸ Alternativ dazu – und von seinem Standpunkt aus betrachtet eigentlich unnötig – argumentiert das Gericht auf der Rechtfertigungsebene des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die Differenzierung sei sachlich gerechtfertigt, weil die übernommenen außertariflichen Arbeitnehmer über eine deutlich bessere Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung verfügten und höhere betriebliche Sozialleistungen erhielten als die neueingestellten Arbeitnehmer. „Diese Unterschiede sollen durch die Erhöhung der laufenden Gehälter der neueingestellten

179 *Joussen* in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 278; *Preis* in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 579.

180 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 216 f.

181 Vgl. BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 217.

182 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 216.

183 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215.

184 *Eckert*, SAE 2003, 291, 292 f.

185 So zutreffend jetzt BAG DB 2010, 115 Rn. 29.

186 *Eckert*, SAE 2003, 291, 293.

187 *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 344.

188 *Eckert*, SAE 2003, 291, 293.

AT-Angestellten schrittweise angeglichen werden.“¹⁸⁹ Nach gefestigter Rechtsprechung rechtfertigt die Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen durch den Ausgleich von Nachteilen und die Angleichung an die Bedingungen der übernommenen Belegschaft eine differenzierte Behandlung der verschiedenen Gruppen.¹⁹⁰ Diese Begründung macht die Pointe des Gleichbehandlungsanspruchs sichtbar: Gerade durch die formal ungleiche Behandlung der Arbeitnehmer wird das eigentliche Ziel der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer erreicht! Zu diesem Aspekt kann man allerdings erst dann vordringen, wenn man sich auf die Prüfung des Gleichbehandlungsanspruchs einlässt. Danach ist es nur konsequent, bereits bei einer gleichgelagerten Bevorzugung von nur zwei Arbeitnehmern von einer Gruppenbildung auszugehen. Die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers kann im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung seiner Gruppenbildung methodisch überzeugend gewürdigt werden. Es besteht daher kein Anlass, die privatautonomen Aspekte der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers im Rahmen der Vergleichbarkeit von Arbeitnehmergruppen zu berücksichtigen.

c) Rechtfertigung

Im Mittelpunkt des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes stehen die sachlichen Gründe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird der allgemeine Gleichbehandlungsanspruch inhaltlich von Art. 3 Abs. 1 GG geprägt.¹⁹¹ Das ließe erwarten, dass man sich an der vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten Methodik der Kontrolldichte¹⁹² orientieren würde.¹⁹³ Danach ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zur strengen Prüfung an Verhältnismäßigkeitsaspekten reichen.¹⁹⁴ Vor allem bei unmittelbar oder mittelbar personenbezogenen Differenzierungen erhöht das Bundesverfassungsgericht die Kontrolldichte.¹⁹⁵ In der Vergangenheit griff das Bundesarbeitsgericht die verfassungsrechtliche Entwicklung und die dort herausgearbeiteten Unterschiede in der Kontrolldichte nicht auf.¹⁹⁶ Das hat sich mittlerweile für den *betriebsverfassungsrechtlichen*

189 BAG AP Nr. 184 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2003, 215, 217.

190 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862, 864.

191 Dazu oben § 5 I 3 d).

192 Dazu Jarass, NJW 1997, 2546 ff; Kokott, FS BVerfG, 2001, 127, 129 ff; Kischel in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 24 ff.

193 Konsequent Singer, GS Zachert, 2010, 341, 355 ff auf der Grundlage seiner Konzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Schutzpflicht.

194 Vgl. dazu BVerfGE 88, 87, 96 – *Transsexualität III* und zuletzt BVerfGE 124, 199 Rn. 85.

195 Zuletzt BVerfGE 124, 199 Rn. 85 f mwN.

196 Dazu näher mit Beispielen Wiedemann, FS 50 Jahre BAG, 2004, 265, 271 ff.

Gleichbehandlungsgrundsatz geändert.¹⁹⁷ Jedenfalls der 1. und 3. Senat gehen diesbezüglich von einem weitgehend identischen Prüfungsschema aus. Eine sachverhaltsbezogene Ungleichbehandlung ist nicht mehr sachlich gerechtfertigt, wenn sie willkürlich ist, weil sich ein vernünftiger Grund für die Differenzierung nicht finden lässt.¹⁹⁸ Dagegen ist bei einer personenbezogenen Ungleichbehandlung der Gleichheitssatz bereits dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹⁹⁹ Bei einer darauf basierenden Gruppenbildung verschärft das Bundesarbeitsgericht daher die Rechtfertigungsanforderungen: Sie ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Unterscheidung einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich und angemessen ist.²⁰⁰ Das Bundesarbeitsgericht trennt mit Recht nicht schematisch zwischen sachverhaltsbezogenen und personenbezogenen Differenzierungen. Eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten kann mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirken und damit eine höhere Kontrolldichte verlangen.²⁰¹ Ob die Differenzierung von einem hinreichenden Sachgrund getragen wird, hängt vor allem von dem mit der Regelung verfolgten Zweck ab.²⁰² Die Merkmale, an welche die Gruppenbildung anknüpft, müssen die Differenzierung bei den Rechtsfolgen rechtfertigen. Die Betriebsparteien haben – ebenso wie andere Normgeber – einen Beurteilungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen und Folgen der von ihnen gesetzten Regelungen.²⁰³ Damit ist im Wesentlichen die Formulierung identisch, dass es für die vorgenommene Abgrenzung der verschiedenen Gruppen billigenswerte Gründe geben muss.²⁰⁴ Billigenswert sind dabei Differenzierungsgründe, die unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Leistung auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und gegen keine verfassungsrechtlichen oder sonstigen übergeordneten Wertentscheidungen verstoßen.²⁰⁵

Daraus wird gefolgert, dass ein sachlicher Grund generell fehle, wenn der Arbeitgeber bei der Differenzierung an die in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, § 75 Abs. 1

197 Vgl. dazu auch *Singer*, GS Zachert, 2010, 341, 355 ff.

198 BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774; BAG NZA 2010, 701 Rn. 30.

199 BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774; BAG NZA 2010, 701 Rn. 30.

200 BAG AP Nr. 29 zu § 307 BGB, Rn. 18; kritisch dazu *Hanau*, FS Konzen, 2006, 233, 344 f.; *Raab*, FS Kreutz, 2010, 317, 345.

201 BAG AP Nr. 48 zu § 75 BetrVG = NZA 2005, 773, 774.

202 BAG AP Nr. 37 zu § 1 BetrVG Gleichbehandlung = NZA 1998, 762, 763.

203 BAG NZA 2010, 701 Rn. 31.

204 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324; siehe BAG NZA 2010, 701 Rn. 33.

205 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324; ähnlich BAG NZA 2010, 701 Rn. 33.

BetrVG, § 67 BPersVG und § 1 AGG genannten Merkmale anknüpfe.²⁰⁶ So ist die Kritik schief formuliert. Die besonderen Diskriminierungsverbote bewirken eine gesteigerte Kontrolldichte:²⁰⁷ Der Arbeitgeber differenziert hier nach personenbezogenen Gründen. Aus der Existenz eines Diskriminierungsverbots folgt, dass aus normativen Gründen zwischen den ungleich Behandelten keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Wird das Diskriminierungsverbot seinerseits eingeschränkt oder erlaubt es im Einzelfall eine Rechtfertigung der Diskriminierung, entfallen die gesteigerten Rechtfertigungsanforderungen. Das bedeutet dann nicht, dass die Ungleichbehandlung ohne weiteres erlaubt ist. In solchen Fällen bedarf es eines sonstigen sachlichen Grundes, um die nach wie vor bestehende Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Dieser Vorgang weist auf einen engen Zusammenhang zwischen den besonderen Diskriminierungsverboten einerseits und dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch andererseits hin. Die Diskriminierungsverbote können darin integriert werden und führen dann zur Verschärfung der Rechtfertigungsanforderungen. Für das dogmatische Verständnis des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es wichtig zu erkennen, dass der soeben beschriebene Vorgang in ihm selbst angelegt ist. Das besondere Diskriminierungsverbot oktroyiert also dem allgemeinen Gleichbehandlungsanspruch nicht seine Wertungen, sondern konkretisiert die von ihm vorgegebenen strengen Rechtfertigungsanforderungen bei personaler Ungleichbehandlung. Die jüngste Rechtsprechung des 3. Senats zur Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten in der betrieblichen Altersversorgung²⁰⁸ bestätigt diese These. Danach kann der bloße Statusunterschied zwischen gewerblichen Arbeitnehmern – Arbeitern – und Angestellten eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, weil sie für sich genommen auf keinerlei sachgerechten Erwägungen beruht:²⁰⁹

„Vielmehr handelt es sich um eine personenbezogene Ungleichbehandlung, die schon dann gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Nur wenn derartige Unterschiede bestehen, kann – in seltenen Ausnahmefällen – die statusbezogene Kennzeichnung als „Kürzel“ für eine Differenzierung herangezogen werden.“²¹⁰ Es ist erforderlich, dass mit der Anknüpfung an den Statusunterschied gleichzeitig an einen Lebenssachverhalt angeknüpft wird, der geeignet ist, die in der Regelung getroffene Rechtsfolge zu tra-

206 Jousseaume in: BeckOK-ArbR, § 611 BGB Rn. 280; Preis in: Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 591.

207 Im Ergebnis auch Richardi, ZfA 2008, 31, 38 f; Einzelheiten dazu unten § 8.

208 BAG NZA 2010, 701.

209 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324 ff; BAG NZA 2010, 701 Rn. 35 ff.

210 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 323.

*gen. Das ist am Regelungszweck und dem aus ihm folgenden Differenzierungsgrund zu messen.*²¹¹

Regelungszweck der betrieblichen Altersversorgung ist es, den Versorgungsbedarf der Arbeitnehmer ganz oder teilweise zu decken. Der Arbeitgeber darf in einer betrieblichen Versorgungsregelung bei einem typischerweise unterschiedlichen Versorgungsbedarf einzelne Arbeitnehmergruppen ungleich behandeln. Er kann daher eine Arbeitnehmergruppe von der betrieblichen Altersversorgung ausschließen, die ein erheblich höheres Einkommen als die in das Versorgungswerk einbezogene Gruppe erzielt, weil die benachteiligte Gruppe in der Lage ist, sich selbst eine angemessene Versorgung im Alter zu schaffen.²¹² Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten ist allerdings nicht geeignet, an unterschiedliche Versorgungsgrade anzuknüpfen, weil sie die Unterschiede *innerhalb* der Gruppen nicht widerspiegeln und daher ein Generalisierungsunrecht bewirken.²¹³ Dasselbe Ergebnis könnte auch erzielt werden, wenn die Rechtsordnung die Merkmale „Arbeiter“ und „Angestellter“ als Diskriminierungsverbot ausgestaltet. Das zeigt, dass gesteigerte Rechtfertigungsanforderungen bei personaler Ungleichbehandlung und der Einsatz von Diskriminierungsverboten Ergebnisäquivalenz herstellen können.

Mit Regelungszweck und Differenzierungsgrund werden zugleich die beiden zentralen Kategorien der Rechtfertigungsprüfung angesprochen.²¹⁴ Arbeitnehmer werden dann nicht sachfremd benachteiligt, wenn sich nach dem Zweck der Leistung Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, diesen Arbeitnehmern die den anderen Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten.²¹⁵ Dieser Ansatz zwingt aus methodischen Gründen dazu, Sinn und Zweck der kollektiven Maßnahme herauszuarbeiten und anhand des so ermittelten Maßstabes die Sachgerechtigkeit einer Differenzierung zu bestimmen.²¹⁶ Grundsätzlich hat es der Arbeitgeber in der Hand, den Zweck und Umfang einer Sonderleistung selbst zu bestimmen.²¹⁷ Dem Arbeitgeber steht es im Ausgangspunkt frei, *ob* er diese Leistungen gewähren will. Daher ergibt sich beispielsweise die Zweckbestimmung einer Sonderzahlung vorrangig aus ihren tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen.²¹⁸ Aus diesen ist das generalisierende Prinzip für die Leistungsgewährung abzuleiten.²¹⁹ Trifft dieses auch auf den benachteilig-

211 BAG NZA 2010, 701 Rn. 32.

212 BAG AP Nr. 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 2004, 321, 324.

213 Vgl. BAG NZA 2010, 701 Rn. 32.

214 Dazu statt aller Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 54 ff.

215 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15.

216 Dazu näher Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 III 4 e).

217 Müller-Glöge in: MünchKomm-BGB, § 611 Rn. 1129; Raab, FS Kreutz, 2010, 317, 345.

218 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15.

219 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424 Rn. 15.

ten Arbeitnehmer zu, ist sein Begünstigungsausschluss sachlich nicht gerechtfertigt. Das ist beim Normvollzug im Wesentlichen unstreitig.

Probleme verursacht dieses Verständnis in den Fällen gleichheitswidriger Normaufstellung. Nach Ansicht vieler liege es nahe, von der Freiwilligkeit des „Ob“ auf die Freiheit der Ausgestaltung des „Wie“ zu schließen.²²⁰ Die vom Arbeitgeber aufgestellte Norm sei Ausdruck seiner Privatautonomie und daher könne ihr Inhalt nicht seinerseits rechtfertigungsbedürftig sein.²²¹ Der Arbeitgeber dürfe beispielsweise mit einer Weihnachtsgratifikation bestimmte Arbeitnehmer begünstigen, die aus seiner Perspektive „zu schlecht weggekommen“ sind und daher eine Aufstockung „verdienten“.²²² Das Bundesarbeitsgericht ist dem freilich nicht gefolgt.²²³ Eine Arbeitgeberin bot einem Teil ihrer Belegschaft eine Zusatzvereinbarung zum Bezug von Weihnachtsgeld an, der an bestimmte Voraussetzungen (Anzahl der Krankheitstage, Betriebszugehörigkeit) geknüpft war. Dieses Angebot wurde nur den Mitarbeitern unterbreitet, die im Jahr zuvor neuen Verträgen mit schlechterer Arbeitszeit und niedrigeren Löhnen zugestimmt hatten. Damit wollte das Unternehmen „eine bestehende Gerechtigkeitslücke“ schließen. Ein Arbeitnehmer, dem das Angebot nicht unterbreitet wurde, weil er unter den bisherigen Bedingungen weiterarbeitete und der die Voraussetzungen für den Bezug des Weihnachtsgelds erfüllte, klagte letztlich erfolgreich auf Auszahlung der Sondergratifikation. Die Ungleichbehandlung war sachlich nicht gerechtfertigt, weil sie nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht mit dem Regelungszweck vereinbar war. Zwar verfolgte die Arbeitgeberin einen legitimen Zweck, indem sie die im Betrieb entstandene Lohnungerechtigkeit zumindest teilweise kompensieren wollte.²²⁴ Allerdings muss sich die Verteilung dann – so das Gericht – an diesem selbstgesetzten Zweck orientieren. Die Arbeitgeberin hat ihre Leistung aber an weitere und davon unabhängige Voraussetzungen gebunden. Darin könnte man eine Verteilungsregel zweiter Stufe sehen, mit der die Arbeitgeberin bestimmt, wie die Verteilung innerhalb der ausgewählten Gruppe erfolgen soll.²²⁵ Das Bundesarbeitsgericht sah darin dagegen eine Zweckänderung auf erster Stufe hin zu einer Anwesenheitsprämie. Gemessen an dieser Zwecksetzung musste der Begünstigungsausschluss des klagenden Arbeitnehmers scheitern: Diesen Zweck können auch Arbeitnehmer erfüllen, die an der ursprünglichen Zwecksetzung scheitern würden.

220 Lieb, ZfA 1996, 319, 320, 335 ff.

221 Fastrich, RdA 2000, 65, 71 f; Hanau, FS Konzen, 2006, 233, 243.

222 Lieb, ZfA 1996, 319, 329 ff.

223 BAG AP Nr. 205 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 1424.

224 BAG AP Nr. 204 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 2007, 862, 864.

225 Den Hinweis verdanke ich Adam Sagan.

5. Exkurs: Gleichbehandlung bestimmter Arbeitnehmergruppen

Bestimmte Vertragsgestaltungen im Arbeitsrecht begründen zum Schutz der davon betroffenen Arbeitnehmer besondere Gleichbehandlungspflichten der Arbeitgeber.²²⁶ Dazu zählen die Teilzeitbeschäftigung (§ 4 Abs. 1 TzBfG²²⁷), die befristete Beschäftigung (§ 4 Abs. 2 TzBfG) und der Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern im Betrieb des Entleihers (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG²²⁸). Die Pflicht zur gleichen Behandlung Teilzeitbeschäftigter geht zurück auf § 4 Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit der europäischen Sozialpartner, die, vermittelt durch die Richtlinie 1997/81/EG,²²⁹ Verbindlichkeit gegenüber den Mitgliedstaaten erlangt hat. Das Gleichbehandlungsgebot bei befristeten Arbeitsverträgen stammt aus der Richtlinie 1999/70/EG,²³⁰ mit der § 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge der europäischen Sozialpartner umgesetzt wird.²³¹ Die Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer ist mittlerweile in der Richtlinie 2008/104/EG²³² geregelt.²³³

Gemeinsam ist diesen speziellen Gleichbehandlungspflichten ihr asymmetrischer Ansatz: Geschützt wird nur der Teilzeitbeschäftigte, der befristet Beschäftigte und der Leiharbeitnehmer.²³⁴ Maßgeblicher Vergleichsmaßstab dafür ist jeweils der unbefristete Vollzeitarbeitnehmer im Betrieb des Entleihers. Das Recht sieht darin das „Normalarbeitsverhältnis“, von dem die genannten Formen als atypische Beschäftigungsformen abweichen.²³⁵ Daher geht man davon aus, dass diese Arbeitnehmer Angehörige einer rein arbeitsrechtlich definierten Gruppe mit Minderheitsstatus sind und deshalb besonders schutzbedürftig seien.²³⁶ In der Rechtswirklichkeit trifft Teilzeitarbeit und befristete Beschäftigung überproportional häufig Frauen²³⁷ und jüngere bzw. ältere Arbeitnehmer²³⁸. Dem speziellen Gleichbehandlungsgrundsatz kann in atypischen Arbeitsverhältnissen somit auch

226 Preis, Arbeitsrecht, 2011, 514 ff.

227 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG) v. 21.12.2000, BGBl. I S. 1966.

228 Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) idF v. 3.2.1995, BGBl. I S. 158.

229 ABl. L 14 v. 20.1.1998, S. 9.

230 ABl. L 175 v. 10.7.1999, S. 43.

231 Siehe dazu Rolfs/de Groot, ZESAR 2009, 5, 9.

232 Richtlinie 2008/104/EG v. 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. L 327 v. 5.12.2008, S. 9.

233 Eingehend zur Kompetenzfrage der Union Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 68 ff.

234 Vgl. zu den beiden erstgenannten Gruppen Gerards in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 152 ff.

235 Dazu Ogura, 2 Japan Lab. Rev. 5 (2005).

236 Exemplarisch BVerfG NZA 2005, 153, 155 zur Leiharbeit.

237 Siehe EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911; EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607.

238 Siehe EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981.

die Funktion zukommen, die Defizite der mittelbaren Diskriminierung bei den strukturellen Ungleichbehandlungen dieser Arbeitnehmergruppen auszugleichen.

Die Verbote der Diskriminierung wegen einer Teilzeitbeschäftigung oder wegen einer befristeten Beschäftigung sind Spezialnormen zum allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.²³⁹ Eine Ungleichbehandlung wegen der Teilzeitarbeit ist immer dann zu bejahen, wenn die unterschiedlichen Arbeitsbedingungen an die Dauer der Arbeitszeit anknüpfen.²⁴⁰ Die Vergleichsgruppe bildet dabei ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG).²⁴¹ Eine Ungleichbehandlung wegen der befristeten Beschäftigung liegt vor, wenn ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsvertrages schlechter behandelt wird als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 2 S. 1 iVm § 3 Abs. 2 TzBfG). Das Gleichbehandlungsgebot zwingt den Arbeitgeber dazu, die Ungleichbehandlung mit davon unabhängigen Erwägungen („sachlich“) zu begründen. Zugleich konkretisieren sie den anzuwendenden Gleichbehandlungsmaßstab. Im Zweifel hat die Gleichbehandlung bei teilbaren Arbeitsbedingungen nach dem Grundsatz *pro-rata-temporis* zu erfolgen (§ 4 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 TzBfG). Davon kann abgewichen werden, wenn besondere sachliche Gründe vorliegen.²⁴² § 4 TzBfG verbietet also die Ungleichbehandlung von Teilzeit- oder befristet Beschäftigten nicht ausnahmslos.²⁴³

Für die Leiharbeit stellt das Gesetz, „im Ausgangspunkt verbindlich, den Grundsatz der Gleichbehandlung auf.“²⁴⁴ Nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG entsprechen die

„wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer [...] während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.“

Das Gesetz verpflichtet also den Verleiher (!), dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers (!) geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen (Art. 3

239 Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 722 f; Bayreuther in: BeckOK-ArbR, § 4 TzBfG Rn. 41 f; Preis in: Erfurter Kommentar, § 4 TzBfG Rn. 4; anders Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, 390 ff, demzufolge es sich aufgrund der abweichenden Prinzipienstruktur nicht um eine Ausformung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes handeln könne. Zu dieser Grundthese Kainers näher unten § 8 II 2.

240 Preis in: Erfurter Kommentar, § 4 TzBfG Rn. 25 mwN.

241 Darunter fällt auch eine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten untereinander, weil darin immer eine Ungleichbehandlung zumindest einer Gruppe im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten liegt, Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 730.

242 Zum Rechtfertigungsmaßstab im Einzelnen siehe Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 740 ff; Preis, Arbeitsrecht, 2012, 517 ff.

243 St. Rspr, grundlegend BAG NZA 2004, 723, 724 f (zu § 4 II 2 TzBfG); BAG NZA 2005, 222, 223 (zu § 4 I 2 TzBfG), zuletzt etwa BAG NZA 2008, 1422 Rn. 21; näher zum Ganzen statt vieler Thüsing, Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 701 ff.

244 Waltermann, NZA 2010, 482, 483.

lit. f RL 2008/104/EG) einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 S. 1 AÜG).²⁴⁵ Die Pflicht zur Gleichbehandlung trifft damit den Verleiher, weil zwischen ihm und dem Leiharbeitnehmer das Arbeitsverhältnis besteht (Art. 1 Abs. 1 RL 2008/104/EG), obwohl die wesentlichen Arbeitsbedingungen gerade nicht aus diesem Verhältnis, sondern aus dem Verhältnis Entleiher-Stammarbeiter stammen.²⁴⁶ Insoweit unterscheidet sie sich vom allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, der dem Vertragsarbeitgeber eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu seinen anderen Arbeitnehmern verbietet. Daher sehen manche darin kein Gleichbehandlungs-, sondern ein wirtschaftspolitisch problematisches²⁴⁷ Gleichstellungsgebot.²⁴⁸ Nach seinen Apologeten ist das Gleichbehandlungsgebot eine ordnungspolitisch gebotene Kompensation der Deregulierung der Arbeitnehmerüberlassung, um den rechtlich gebotenen Schutz der einzelnen Arbeitnehmer und der Gesellschaft allgemein vor Arbeitsverhältnissen mit unzureichenden Erträgen, unzureichendem Schutz und mit unzureichender Risikoabsicherung zu gewährleisten.²⁴⁹

Aufschlussreich ist, dass das Unionsrecht diesen Schutz nicht sozialrechtlich, sondern genuin privatrechtlich über ein Gleichbehandlungsgebot erreichen will. Für das Verständnis ist der dafür gewählte Gleichbehandlungsmaßstab von zentraler Bedeutung. Der Leiharbeitnehmer ist zu vergleichen mit sich selbst in einem hypothetischen Arbeitsverhältnis. Er ist so zu behandeln, wie er bei einer fiktiven unmittelbaren Einstellung für den gleichen Arbeitsplatz durch das entleihende Unternehmen stehen würde.²⁵⁰ Die Richtlinie erlaubt eine Reihe von Bereichsausnahmen zu dieser Gleichbehandlungspflicht. Besonders bedeutend ist die Einschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufgrund unmittelbarer Tarifgebundenheit des Leiharbeitgebers und -arbeitnehmers (Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG; §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 S. 2 AÜG). Problematisch ist die im deutschen Recht ebenfalls vorgesehene Bereichsausnahme zugunsten der individualvertraglichen Inbezugnahme eines solchen Tarifvertrags durch nicht beiderseitig tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 S. 3 AÜG). Diese Regelung derogiert in der Praxis den Gleichbehandlungsgrundsatz weitgehend.²⁵¹ Das Gleichbehandlungsgebot wird damit im Ergebnis zu dispositivem Recht.²⁵² Verantwortlich dafür sind die vom Gesetz eröffneten Spiel-

245 Zur unterschiedlichen Formulierung siehe *Waas*, ZESAR 2012, 7.

246 *Wank*, NZA 2003, 14, 18.

247 Vgl. *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 f.

248 Siehe *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 58 mwN.

249 *Waltermann*, NZA 2010, 860, 863.

250 Eingehend dazu *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 512 ff.

251 Siehe *Waltermann*, NZA 2010, 482, 485; zu den Rechtsstatsachen *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 41 ff.

252 *Waltermann*, NZA 2010, 482, 485.

räume vor dem Hintergrund gleichbehandlungsfeindlicher sozialer Kontexte.²⁵³ Ihr Zusammenspiel führt im Ergebnis dazu, dass die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vom Leiharbeitnehmer einzelvertraglich vereinbart werden müsste. Das ist paradox. Dass ihm das aufgrund seiner strukturellen Unterlegenheit nicht gelingen kann, ist offensichtlich. Dieses Marktversagen hat das Gesetz mit dem „Grundsatz“ der Gleichbehandlung im Ausgangspunkt zwar anerkannt. Der Gesetzgeber vermeidet aber, die daraus notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Das ist unionsrechtlich zweifelhaft.²⁵⁴ Mit der grundsätzlichen Entscheidung für einen gleichbehandlungsrechtlichen Schutz muss das Recht „in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken, was nicht die Möglichkeit ausschließt, Übergangszeiten oder Ausnahmen *begrenzten Umfangs* vorzusehen.“²⁵⁵

II. Gleichbehandlung im Verbandsrecht

1. Kategorien von Gleichbehandlungsgrundsätzen

Werden die Begriffe „Gleichbehandlungsgrundsatz“ und „Diskriminierungsverbot“ in gesellschaftsrechtlichen Kontexten verwendet, kann damit ganz Unterschiedliches gemeint sein:¹ (1.) das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot ausländischer Gesellschaften, (2.) der Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeines Ordnungs- und Auslegungsprinzip und (3.) der Gleichbehandlungsgrundsatz als Schranke der Verbandsmacht.

a) Diskriminierungsverbot in den Grundfreiheiten

Im unionsrechtlichen Kontext folgt aus der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 55 AEUV) ein Diskriminierungsverbot von im Ausland gegründeten Gesellschaften. Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründet wurden, müssen im innerstaatlichen Recht als grundsätzlich rechts- und parteifähig anerkannt werden und ihre Existenz darf nicht von weiteren inner-

²⁵³ Waltermann, NZA 2010, 482, 487.

²⁵⁴ Verneind Rödl/Ulber, NZA 2012, 841 ff; Waas, ZESAR 2012, 7, 10 ff; differenzierend Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 547 f.

²⁵⁵ EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21.

¹ Zum Folgenden siehe Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 3 ff.

staatlichen Rechtsvorschriften abhängig gemacht werden.² Dieses unionsrechtliche Diskriminierungsverbot ist regelmäßig *nicht* gemeint, wenn man vom gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz spricht.

b) Gleichberechtigungsprinzip

(1) Abgrenzung zum Gleichbehandlungsgrundsatz

Dem gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz wird vielfach die Funktion eines Ordnungs- und Auslegungsprinzips zugeschrieben.³ Die Pflicht zur gleichmäßigen Behandlung hat sich beispielsweise im Personengesellschaftsrecht in § 706 Abs. 1 BGB (gleiche Beträge), §§ 709 BGB, 114 Abs. 1 HGB (gleiche Geschäftsführung aller), §§ 722 Abs. 1 BGB, 121 Abs. 3 HGB (gleiche Gewinn- und Verlustbeteiligung) niedergeschlagen.⁴ Im Kapitalgesellschaftsrecht zählen dazu die Vorschriften über Gewinnermittlung (§ 29 Abs. 3 GmbHG, § 60 Abs. 1 AktG), Stimmrecht (§ 47 Abs. 2 GmbHG, §§ 12, 134 Abs. 1 AktG), gesetzliche Bezugsrechte (§ 186 Abs. 1 AktG), Informationsrechte (§ 51a GmbHG, § 134 AktG).⁵ Der Bezugspunkt von „Gleichbehandlung“ ist dabei durchaus relativ: Bei Personengesellschaften hat Gleichbehandlung wegen ihres personalen Strukturelements im Zweifel nach Köpfen zu erfolgen (vgl. §§ 722 Abs. 1 BGB, 121 Abs. 3 HGB).⁶ Im Kapitalgesellschaftsrecht wird die Gleichheit regelmäßig relativ auf den Umfang der Kapitalbeteiligung bezogen (vgl. zur Gewinnermittlung § 29 Abs. 3 GmbHG, § 60 Abs. 1 AktG), während bei den sog. „Hilfsrechten“, wie dem Informationsrecht (§ 51a GmbHG, § 131 AktG), absolute Gleichheit angeordnet wird.⁷ Ein weiteres Beispiel relativer Gleichheit ist die unterschiedliche Stellung von Komplementären und Kommanditisten in der KG.

Diesem Aspekt von Gleichbehandlung kommt im Wesentlichen eine heuristische Funktion zu. Er beantwortet die Frage, welche Rechte den einzelnen Mitgliedern nach Gesetz und Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung grundsätzlich zustehen und gibt dadurch den entscheidenden gesetzlichen Verteilungsmaßstab vor:⁸

2 EuGH, Urt. v. 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* = Slg. 1999, I-1459; EuGH, Urt. v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 – *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* = Slg. 2002, I-9919; EuGH, Urt. v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd* = Slg. 2003, I-10155; zuletzt EuGH, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10 – *VALE Építési kft* = Slg. 2012, I-(n.v.); zum Ganzen näher *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004, Rn. 755 ff; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2006, § 3 Rn. 1 ff.

3 Grundlegend *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 82; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 278 ff; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 44 f.

4 Vgl. *Enzinger* in: MünchKomm-HGB, § 109 Rn. 20; *Hadding/Kießling* in: Soergel, § 705 Rn. 65.

5 Näher *Henn*, AG 1985, 240, 243 ff (zur AG).

6 *Priester* in: MünchKomm-HGB, § 121 Rn. 15; *Hadding/Kießling* in: Soergel, § 722 Rn. 1.

7 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 7.

8 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 8.

Soweit die Ungleichbehandlung nicht ausnahmsweise vorgeschrieben ist oder wirksam vereinbart wurde, nehmen die Gesellschafter von Rechts wegen ohne weiteres in jeder Hinsicht die gleiche Rechtsstellung ein.⁹ Danach ist Gleichbehandlung (entweder nach Köpfen oder/und nach Beteiligungsquote) die gesetzliche Regel, privatautonom vereinbarte Abweichungen davon die Ausnahme. Diese Formulierung lässt bewusst offen, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch eine Schranke der Privatautonomie der Verbandsmitglieder ist und daher „die Gewährung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag [...] sachlich berechtigt sein [muss] und nicht den Charakter der Willkür tragen [darf]“¹⁰ oder ob die zukünftigen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ungleiche Rechte vereinbaren dürfen.¹¹ Der dispositive Maßstab der verhältnismäßigen Beteiligung der Gesellschafter an Mitgliedschaftsrechten und -pflichten ist zwar für die Frage bedeutsam, ob eine unterschiedliche Behandlung in solchen Fällen überhaupt möglich ist. Er begründet aber nicht seine Geltung als verbandsrechtlichen Grundsatz.¹² Zur besseren begrifflichen Trennung lässt sich insoweit von einem *Gleichberechtigungsprinzip* sprechen,¹³ das vom *Gleichbehandlungsgrundsatz* i.e.S. zu unterscheiden ist.

(2) Exkurs: Die Unzulänglichkeit des Gleichberechtigungsprinzips am Beispiel der Bruchteilsgemeinschaft

Die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff BGB) ist kein Verband.¹⁴ Charakteristisch an dieser Rechtsgemeinschaft ist, dass mehrere Personen (subjektive Vielheit) einen Gegenstand gemeinsam – zu ideellen Bruchteilen¹⁵ – innehaben (objektive Einheit).¹⁶ Um die Verhältnisse in der Bruchteilsgemeinschaft zu regeln, greift das Gesetz durchweg auf das *Gleichberechtigungsprinzip* zurück.¹⁷ Ausdruck des Gleichberechtigungsprinzips ist auch die grundsätzlich¹⁸ gemeinschaftliche Verwaltung des Gegenstandes (§ 744 BGB). Davon kann mit Zustimmung aller Teil-

⁹ Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 279 f.

¹⁰ BGHZ 116, 359, 373.

¹¹ Dazu unten § 5 II 4 a) (3).

¹² Seibt in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 41; in der Tendenz anders beispielsweise Raiser in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 103; Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 31, die darin den Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes sehen.

¹³ So bereits Cohn, AcP 132 (1930), 129, 133 f.

¹⁴ Schmidt in: MünchKomm-BGB, § 741 Rn. 3.

¹⁵ Vgl. dazu näher Hilbrandt, AcP 202 (2002), 631 ff und jetzt Schnorr, Gemeinschaft nach Bruchteilen, 2004, 74 ff.

¹⁶ Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, 7; vertiefend jetzt Schnorr, Gemeinschaft nach Bruchteilen, 2004, 6 ff, 37 ff, der der herrschenden Trennungsthese ein „dingliches Einheitsmodell“ entgegenstellt.

¹⁷ BGH NJW-RR 2008, 984; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 23 ff; Aderhold in: Erman, § 741 Rn. 3; Langhein in: Staudinger, § 741 Rn. 72; Schmidt in: MünchKomm-BGB, § 741 Rn. 36; Gehrlein in: Bamberger/Roth, BGB, § 741 Rn. 12.

¹⁸ Zum Individualrecht, notwendige Erhaltungsmaßnahmen zu treffen, siehe § 744 Abs. 2 BGB.

haber abgewichen werden.¹⁹ Ein Mehrheitsbeschluss genügt nur dann, wenn es sich um Fragen der ordnungsgemäßen Verwaltung handelt (§ 745 Abs. 1 BGB). Diese Mehrheitsherrschaft unterliegt aber Grenzen (§ 745 BGB).²⁰ Dabei handelt es sich um freiheitsrechtliche Grenzen der Gemeinschaft zugunsten des einzelnen Teilhabers. Das zeigt folgendes Beispiel:²¹

Eine Bruchteilsgemeinschaft besteht an einem „Aparthotel“, das wirtschaftlich verwertet werden sollte. Jedem Miteigentumsanteil wurde eine der insgesamt 18 Appartement-Wohnungen zugeordnet; an ihr sollte dem betreffenden Miteigentümer das Recht zur alleinigen Nutzung zustehen. Beschlüsse der Eigentümerversammlung sollten mit einfacher Mehrheit der in der Versammlung vorhandenen Stimmen gefasst werden. Die Miteigentümerversammlung beschloss mehrheitlich, das „Aparthotel“ insgesamt zu verpachten, wobei den Miteigentümern im Pachtvertrag ein zeitlich beschränktes unentgeltliches Nutzungsrecht an der ihnen zugeordneten Wohnung eingeräumt wurde.

Dieser Mehrheitsbeschluss verstößt nicht gegen die in § 745 Abs. 3 BGB genannten Grenzen. Er betrifft keine wesentliche Veränderung des Gegenstandes (§ 745 Abs. 3 S. 1 BGB). Mit der vertraglich getroffenen Nutzungsbestimmung wurde eine Nutzungsregelung vereinbart, derzufolge das Hotel in seiner Gesamtheit verpachtet und das Recht zur unentgeltlichen Eigennutzung der Appartements auf bestimmte Zeiten beschränkt wird.²² Damit wird dem einzelnen Teilhaber seine Nutzungsquote auch nicht entzogen (§ 745 Abs. 3 S. 2 BGB). Das wäre nur der Fall, wenn er von dem ihm zustehenden Anteil an den Pachteinnahmen ausgeschlossen würde. Die Nutzungsart (Eigennutzung, Einzelvermietung, Gesamtverpachtung) unterliegt dagegen der Disposition der Eigentümermehrheit, solange die Grenzen ordnungsgemäßer Wirtschaft, die wirtschaftliche Zweckbestimmung und die Wahrung der Nutzungsquote beachtet werden. Daher kann die Mehrheit einem Teilhaber das ihm zunächst zugestandene Recht zur realen Eigennutzung des Gegenstandes oder eines Teiles desselben entziehen.²³ Mehrheitsbeschlüsse der Bruchteilsgemeinschaft können die Rechtsposition des einzelnen Teilhabers also tiefgreifend verändern.²⁴ Das Gesetz mutet es dem einzelnen Teilhaber zu, auf bisher mögliche Nutzungsarten im Interesse der effizienteren Nutzung zu verzichten. Das Gleichberechtigungsprinzip trifft allerdings keine ausreichenden Sicherungen gegen eine ungleiche Belastung einzelner Teilhaber. Das zeigt folgende Abwandlung:

19 Zu den Einzelheiten *Hadding* in: Soergel, § 744 Rn. 3; *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 15 f.

20 Näher *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 22 ff und *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 224 f (zur Erbengemeinschaft).

21 BGH NJW-RR 1995, 267.

22 BGH NJW-RR 1995, 267; kritisch *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 27.

23 BGH NJW-RR 1995, 267 f.

24 Dazu kommt die Möglichkeit, den Anwendungsbereich des Mehrheitsprinzips über die in § 745 Abs. 1 BGB gesetzten Grenzen einstimmig auszudehnen, dazu *Langhein* in: Staudinger, § 745 Rn. 4; *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 18. Entgegen *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 227 sind die in § 745 Abs. 3 BGB gezogenen Grenzen allerdings nicht dispositiv.

Die Teilhaber beschließen mehrheitlich, hinsichtlich der dem einzelnen Teilhaber zustehenden Nutzungsdauer zu unterscheiden: Teilhaber, deren Wohnung eine Gesamtfläche von 50 qm und mehr beträgt, haben ein unentgeltliches Nutzungsrecht daran für 21 Tage in der Hauptsaison, während Teilhaber von Wohnungen mit kleinerer Gesamtfläche diese nur 14 Tage in der Hauptsaison nutzen können.

Bestimmt sich in diesem Fall der Anteil jedes Teilhabers am Pachtzins nach der Fläche der Wohnung, verstößt der Beschluss gegen § 745 Abs. 3 S. 2 BGB. Im Vergleich zu den anderen Teilhabern wird nämlich seine Nutzungsquote verkleinert: Er kann die Wohnung selbst weniger nutzen, und erhält im Ergebnis relativ gesehen denselben Anteil am Pachtzins, wie die Teilhaber, die ihre Wohnung selbst intensiver nutzen können. Insoweit ist das Gleichberechtigungsprinzip aus § 743 Abs. 1 BGB eine Schranke der Mehrheitsherrschaft, weil es in § 745 Abs. 3 S. 2 BGB mehrheitsfest ausgestaltet wurde. Dieser Schutz versagt allerdings, wenn der Anteil am Pachtzins nach Tagen berechnet wird, an denen der Pächter die Wohnungen an Dritte vermieten kann. Obwohl die betroffenen Teilhaber die Wohnung dann selbst weniger intensiv nutzen können als die anderen, erhalten sie für diese 7 Tage einen relativ höheren Anteil am Pachtzins. Die Nutzungsquote der Teilhaber kleinerer Wohnungen bleibt dadurch im Ergebnis gleich, die Veränderungen beschränken sich lediglich auf das Verhältnis der Nutzungsart. § 745 Abs. 3. S. 2 BGB erlaubt es der Mehrheit, die Eigennutzung – und damit die Nutzungsart – ungleich zu verteilen, solange nur dieselbe Nutzungsquote gewährleistet ist, die davon Betroffenen also einen Ausgleich dafür erhalten. Damit gewährleistet § 745 Abs. 3 S. 2 BGB nicht, dass die Eingriffe in die Selbstbestimmungsfreiheit gleich verteilt werden. Anders formuliert: Das Prinzip der gleichen Berechtigung (§§ 743 Abs. 1, 745 Abs. 3 S. 2 BGB) schützt die Minderheit nicht davor, dass sie ungleich behandelt wird, solange sie nur im Ergebnis gleich an den Nutzungen des Gegenstands partizipieren kann. Das Gleichberechtigungsprinzip ist daher nicht deckungsgleich mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

Daher stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Recht der Bruchteilsgemeinschaft einen *Gleichbehandlungsgrundsatz* als Schranke der Mehrheitsherrschaft kennt.²⁵ Karsten Schmidt plädiert dafür, den Gleichbehandlungsgrundsatz über § 745 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen.²⁶ Das ist nicht ganz unproblematisch, weil man sich über den Wortlaut hinwegsetzen muss, der gerade voraussetzt, dass kein Beschluss getroffen wurde.²⁷ Man kann dies mit der Rechtsprechung wohl nur für die Fälle begründen, in denen sich die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen verändert haben.²⁸ Im Übrigen scheint es mir ein nicht notwendiger Be-

25 Bejahend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 226 f, 320; Langhein in: Staudinger, § 741 Rn. 72; Gehrlin in: Bamberger/Roth, BGB, § 741 Rn. 12.

26 Schmidt in: MünchKomm-BGB, § 741 Rn. 36, §§ 744, 745 Rn. 29.

27 So denn auch Schmidt in: MünchKomm-BGB, § 744, 745 Rn. 34 ff; dagegen Muscheler, ZEV 1997, 169, 223.

28 BGHZ 34, 367, 369 f; Gehrlin in: Bamberger/Roth, BGB, § 745 Rn. 9.

gründungsumweg über eine Generalklausel zu sein. Ob die Entscheidung „billigem Ermessen“ entspricht, lässt sich am Ende ohnehin nur aufgrund spezifisch gleichbehandlungsrechtlicher Erwägungen bestimmen.²⁹ Daher ist von einem Gleichbehandlungsgrundsatz in der Bruchteilsgemeinschaft auszugehen, der sich inhaltlich am verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz orientiert, soweit aus den §§ 741 ff BGB keine abweichende Regelung folgt.³⁰

c) Gleichbehandlungsgrundsatz

Der eigentliche Gleichbehandlungsgrundsatz besagt, dass bezüglich solcher Maßnahmen, die sich auf die Mitgliedschaft auswirken (können), alle Gesellschafter grundsätzlich gleich zu behandeln sind.³¹ Der Verband darf keine Maßnahmen treffen, die einzelne Mitglieder ohne sachliche Rechtfertigung benachteiligen. Auf diese Weise wird die Mitgliedschaft der Gesellschafter, die von der betreffenden Maßnahme ungleich betroffen sind, geschützt.³² Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist danach eine von mehreren „beweglichen Schranken“³³ der Verbandsmacht. Darauf bezieht man sich in der Regel, wenn man vom gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz spricht.³⁴ Diesem Verständnis schließe ich mich an. Der so konzipierte verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird regelmäßig deutlich von kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten unterschieden.³⁵ Verbandsrechtliche Gleichbehandlung dient primär dem Aktionärsschutz und ist in ihrem Anwendungsbereich auf den Anleger als Aktionär im Subsystem eines Verbandes beschränkt³⁶ („gesellschaftsrechtlicher Innenschutz“³⁷). Kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungspflichten dienen dagegen dem institutionellen Anlegerschutz und erfassen jeden aktuellen und potentiellen Kapitalanleger („kapitalmarktrechtlicher Außenschutz“³⁸).

2. Inhalt und Rechtsfolgen

Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt, dass jedes Mitglied des Verbandes unter gleichen Voraussetzungen ebenso behandelt wird wie

29 Vgl. dazu in anderem Zusammenhang Wolf, FS Raiser, 1974, 597, 600 f.

30 Zutreffend Langhein in: Staudinger, § 741 Rn. 72.

31 Grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 277, 279, 287 ff.

32 Grundlegend Cohn, AcP 132 (1930), 129, 135; aus der neueren Literatur statt vieler Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 26.

33 Der Begriff geht zurück auf Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 287 ff.

34 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 3 f.

35 Zur Abgrenzung im Einzelnen siehe Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 9 f; Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 57 ff.

36 Dazu oben § 5 II 4 a).

37 Berding, WM 2002, 1149, 1155.

38 Berding, WM 2002, 1149, 1155 f.

die anderen Mitglieder.³⁹ Der Inhalt dieser positiv als Gleichbehandlungsgebot formulierten Maxime wird griffiger, wenn man sie als Ungleichbehandlungs- oder Diskriminierungsverbot reformuliert:⁴⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter.⁴¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz schützt also jeden Gesellschafter vor unsachlichen Differenzierungen des Verbandes, unabhängig davon, ob es sich um eine BGB-Gesellschaft,⁴² eine Personenhandelsgesellschaft,⁴³ eine Kapitalgesellschaft⁴⁴ oder eine Genossenschaft⁴⁵ handelt. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter gehört insgesamt zu den zentralen Rechtssätzen des nationalen Gesellschaftsrechts.⁴⁶ Anders ist die Rechtslage im Unionsrecht. Das Sekundärrecht enthält nur vereinzelte gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Gleichbehandlungsgrundsätze.⁴⁷ Ein darüber hinausgehender allgemeiner Grundsatz der Gleichbehandlung von Gesellschaftern ist dem Unionsrecht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht bekannt.⁴⁸

Bei den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz muss man zwischen gleichbehandlungswidrigen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und sonstigen Rechtsgeschäften und Maßnahmen der Gesellschaft differenzieren. Der Beschluss der Hauptversammlung der AG oder der Gesellschafterversammlung der GmbH ist nach mittlerweile ganz gefestigter Meinung grundsätzlich anfechtbar, § 243 Abs. 1 AktG (analog).⁴⁹ Nichtig (§ 241 Nr. 3 oder Nr. 4 iVm § 138 BGB) sind nur solche Beschlüsse, die den Gleichbehand-

39 Statt aller *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 427; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 422.

40 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 427; *Henze/Notz* in: *Großkomm. AktG*, § 53a Rn. 27; *Raiser* in: *Ulmer, GmbHG*, § 14 Rn. 102 f; *Fleischer* in: *Schmidt/Lutter, AktG*, § 53a Rn. 4; grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 179 ff, 182 ff.

41 Exemplarisch in jüngerer Zeit: BGHZ 116, 359, 373.

42 BGHZ 16, 59, 70; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 35 ff; *Hadding/Kießling* in: *Soergel*, § 705 Rn. 65 ff; *Ulmer* in: *MünchKomm-BGB*, § 705 Rn. 244 ff.

43 BGHZ 20, 363, 369 (KG); aus der Literatur statt vieler *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 35 ff; *Hopt* in: *Baumbach/Hopt, HGB*, § 109 Rn. 29.

44 Zum Verein siehe BGH LM Nr. 2 zu § 39 BGB; zur GmbH: BGHZ 116, 359, 373 und aus der Literatur statt vieler *Raiser* in: *Ulmer, GmbHG*, § 14 Rn. 102; *Seibt* in: *Scholz, GmbHG*, § 14 Rn. 40; *Bayer* in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, § 14 Rn. 33; *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 13 Rn. 31 ff; *Michalski* in: *Kommentar GmbHG*, § 13 Rn. 120; zur AG: BGHZ 33, 175, 186; *Henze/Notz* in: *Großkomm. AktG*, § 53a Rn. 1 ff; *Fleischer* in: *Schmidt/Lutter, AktG*, § 53a Rn. 1 ff; *Drygala* in: *Kölner Komm. AktG*, (3. Aufl.), § 53a Rn. 5; zum Verein *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 1999, Rn. 543 ff; rechtsformübergreifend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 44 ff und für die Kapitalgesellschaften grundlegend *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, passim.

45 BGH NJW 1960, 2142; aus jüngerer Zeit BGH NZG 2003, 882, 883.

46 Vgl. *Ulmer* in: *MünchKomm-BGB*, § 705 Rn. 244.

47 Dazu gleich unten § 5 II 3 a).

48 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 52.

49 BGHZ 116, 359, 372; aus der Literatur statt aller *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 308 ff; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 355 f.

lungsgrundsatz als solchen außer Kraft setzen.⁵⁰ Nichtig sind auch gleichheitswidrige Beschlüsse des Aufsichtsrats.⁵¹ Nach Auffassung der Rechtsprechung ist die einzelne gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter verstoßende Stimmabgabe ebenfalls nichtig.⁵² Gleichheitswidrige Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften führen grundsätzlich zur Unwirksamkeit des Beschlusses; zur Anfechtbarkeit nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag es ausdrücklich vorsieht.⁵³ Welche weiteren Rechtsfolgen ein gleichheitswidriges Handeln der Gesellschaftsverwaltung hat, ist im Einzelnen nicht abschließend geklärt.⁵⁴ Im Ausgangspunkt lässt sich ein Verstoß im Personengesellschaftsrecht,⁵⁵ bei GmbH⁵⁶ und Genossenschaft⁵⁷ ausgleichen, indem entweder die ungleichmäßig gewährten Vorteile von den begünstigten Gesellschaftern zurückgefordert werden⁵⁸ oder man dem übergangenen Gesellschafter Anspruch auf eine gleichartige Leistung⁵⁹ zubilligt. Umstritten ist, ob die Gesellschaft⁶⁰ oder der ungleich behandelte Gesellschafter⁶¹ wählen darf. Bei der Aktiengesellschaft besteht dagegen ein nur eingeschränkter Handlungsspielraum zur aktiven Gleichbehandlung.⁶² Die äußerste Grenze bildet das (gesellschaftsrechtlich) Zulässige; eine „Gleichbehandlung im Unrecht“ scheidet aus.⁶³ Hat eine schuldhaft Ungleichbehandlung zu einem Schaden des benachteiligten Gesellschafters geführt, so kann er von der Gesellschaft Schadensersatz verlangen (§ 280 Abs. 1 BGB). Das ist im

50 Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 113; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 29.

51 Vgl. BGHZ 122, 342, 351; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 121.

52 BGH NJW-RR 1990, 530; dazu grundlegend *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 366 ff.

53 *Habermeyer* in: Staudinger, § 705 Rn. 56; *Hadding/Kießling* in: Soergel, § 705 Rn. 67; *Westermann* in: Erman, § 705 Rn. 41; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 252; aA *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 465 (grundsätzliche Anfechtbarkeit).

54 Dazu im Überblick *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 296 ff und *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 362 ff.

55 OLG Karlsruhe ZIP 1983, 445, 446.

56 BGH WM 1972, 931, 933; näher *Raiser* in: *Ulmer, GmbHG*, § 14 Rn. 107; *Seibt* in: *Scholz, GmbHG*, § 14 Rn. 48.

57 BGH NJW 1960, 2142, 2143.

58 Näher zum Ganzen *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 373 ff; zur Aktivlegitimation des einzelnen Gesellschafters vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 281 ff (zum Personengesellschaftsrecht) und *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 641 ff (zur GmbH); zur Frage der Zulässigkeit dieser *actio pro socio* bei der AG bejahend *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 383 ff; verneinend *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 140 f; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 33 f.

59 BGH WM 1972, 931, 933; *Raiser* in: *Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG*, § 14 Rn. 107; *Hadding/Kießling* in: *Soergel*, § 705 Rn. 67.

60 *Seibt* in: *Scholz, GmbHG*, § 14 Rn. 48 mwN.

61 So *Raiser* in: *Ulmer, GmbHG*, § 14 Rn. 107.

62 Vgl. zu den Einzelheiten *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 137 ff (keine Übertragbarkeit wegen der hier geltenden strengen Kapitalbindung). Umstritten ist auch hier die Frage, ob die Aktiengesellschaft zwischen Rückforderung und aktiver Gleichbehandlung wählen kann (*Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 300 ff und jetzt *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 393 ff; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 252) oder ob dem Aktionär die Vorteile der Ungleichbehandlung zu gewähren sind (*Lutter*, ZGR 1978, 347, 366 ff).

63 BGH NZG 2008, 149.

Personengesellschaftsrecht allgemein anerkannt,⁶⁴ gilt aber auch im Kapitalgesellschaftsrecht.⁶⁵

3. Geltungsgrund

a) Unionsrecht

Im sekundären Unionsrecht gibt es mehrere Verankerungen eines *verbandsrechtlichen* Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁶⁶ Der wichtigste gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz findet sich in der Richtlinie 77/91/EWG (Zweite Kapitalrichtlinie),⁶⁷ die zum Schutz der Aktionäre und der Gläubiger der Aktiengesellschaft ein Mindestmaß an Gleichwertigkeit sicherstellt.⁶⁸ Bei jeder Erhöhung des gezeichneten Kapitals durch Bareinlagen⁶⁹ müssen die Aktien grundsätzlich den Aktionären gleichmäßig im Verhältnis zu ihrem Kapitalanteil bevorzugt angeboten werden (Art. 29 Abs. 1 Richtlinie 77/91/EWG).⁷⁰ Daneben enthält die Zweite Kapitalrichtlinie in Art. 42 einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz:

„Für die Anwendung dieser Richtlinie müssen die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten die Gleichbehandlung der Aktionäre sicherstellen, die sich in denselben Verhältnissen befinden.“

Das Gleichbehandlungsgebot in Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG wird auch als „Diskriminierungsverbot“ bezeichnet. Unter dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder dem Diskriminierungsverbot versteht der Gerichtshof den Grundsatz, wonach vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.⁷¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Ge-

64 Hadding/Kießling in: Soergel, § 705 Rn. 67; Märtens in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 109 Rn. 29; Ulmer in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 252; Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn. 30; Schöne in: Bamberger/Roth, BGB, § 705 Rn. 112.

65 Dazu jetzt Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 399 ff mwN.

66 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 874 f; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 95 ff.

67 Richtlinie 77/91/EWG v. 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 v. 31.1.1977, S. 1.

68 EuGH, Urt. v. 19.11.1996, Rs. C-42/95 – *Siemens AG v. Nold* = Slg. 1996, I-6017 Rn. 13; EuGH, Urt. v. 18.12.2008, Rs. C-338/06 – *Kommission v. Spanien* = Slg. 2008, I-10139 Rn. 23.

69 Zum Bezugsrecht und dessen Beschränkungen bei Kapitalerhöhungen mittels Sacheinlagen siehe EuGH, Urt. v. 19.11.1996, Rs. C-42/95 – *Siemens AG v. Nold* = Slg. 1996, I-6017 Rn. 17 ff und dazu Tettinger, Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluß, 2003, 57 ff.

70 EuGH, Urt. v. 24.3.1992, Rs. C-381/89 – *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias u. a.* = Slg. 1992, I-2111 Rn. 39; EuGH, Urt. v. 18.12.2008, Rs. C-338/06 – *Kommission v. Spanien* = Slg. 2008, I-10139 Rn. 24.

71 GA Trstenjak, Schlussanträge v. 4.9.2008, Rs. C-338/06 – *Kommission v. Spanien* = Slg. 2008, I-10139 Rn. 57.

sellschaft nicht zur identischen Behandlung der Aktionäre, sondern zur hinreichenden objektiven Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung.⁷² Diese Gleichbehandlungspflicht gilt nach Erwägungsgrund 5 der Richtlinie nur bei Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen.⁷³ Aus Art. 42 der Richtlinie lässt sich weder entnehmen, dass Minderheitenschutz stets durch Gleichbehandlung zu erfolgen habe, noch enthält die Norm eine Aussage darüber, ob und inwieweit Minderheitenschutz auch jenseits des sachlichen Anwendungsbereichs der Kapitalrichtlinie unionsrechtlich geboten ist.⁷⁴ Ein weiteres Gleichbehandlungsgebot enthält Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2004/109/EG (Transparenzrichtlinie)⁷⁵:

„Ein Emittent von Aktien, die zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, muss allen Aktionären, die sich in der gleichen Lage befinden, die gleiche Behandlung sicherstellen.“

Aus den Legaldefinitionen des Emittenten und des Aktionärs in Art. 2 Abs. 1 lit. d) und e) Richtlinie 2004/109/EG folgt, dass die Gesellschaft Adressatin der Gleichbehandlungspflicht aus Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie ist.⁷⁶ Die Norm beschränkt sich allerdings im Wesentlichen darauf, nur bestimmte Fallkonstellationen zu regeln, indem sie dort der Gesellschaft bestimmte Verpflichtungen zum Schutz aller Aktionäre auferlegt.⁷⁷ Ein dritter Fall von Gleichbehandlung findet sich in Art. 4 der Richtlinie 2007/36/EG⁷⁸ unter der Überschrift „Gleichbehandlung der Aktionäre“:

Die Gesellschaft muss für alle Aktionäre, die sich bei der Teilnahme an der Hauptversammlung und der Ausübung der Stimmrechte in der Hauptversammlung in der gleichen Lage befinden, die gleiche Behandlung sicherstellen.

Angesichts dieser normierten Gleichbehandlungspflichten stellt sich die Frage, ob es sich dabei um Ausprägungen eines allgemeinen übergreifenden Rechtsprinzips handelt. Generalanwältin *Trstenjak* wies darauf hin, dass sich der Gedanke der Gleichbehandlung von Aktionären wie ein roter Faden durch das Gesellschaftsrecht der Union und ihrer Mitgliedstaaten ziehe.⁷⁹ Ihm kommt deshalb durchaus

72 GA Trstenjak, Schlussanträge v. 4.9.2008, Rs. C-338/06 – *Kommission v. Spanien* = Slg. 2008, I-10139 Rn. 61.

73 EuGH, Ur. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 37.

74 *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1, 5.

75 Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 390 v. 31.12.2004, S. 38.

76 Vgl. *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1, 6.

77 EuGH, Ur. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 42; GA Trstenjak, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 84.

78 Richtlinie 2007/36/EG über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. Nr. L 184 v. 14.7.2007, S. 17.

79 GA Trstenjak, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 88.

eine Bedeutung für das Verständnis des Unionsrechts, für dessen Fortentwicklung und zur Lückenschließung zu.⁸⁰ Fraglich ist, ob es sich auch um eine normative Geltung handeln kann. Die Richtlinien 77/91/EWG und 2004/108/EG beschränken sich nach Auffassung des EuGH darauf, „sehr spezifische gesellschaftsrechtliche Fallkonstellationen zu regeln“, weshalb ihnen „der allgemeine übergreifende Charakter, der sonst allgemeinen Rechtsgrundsätzen naturgemäß innewohnt“, fehle.⁸¹ Deshalb verneinen manche die Existenz eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁸²

Dabei werden zwei unterschiedliche Fragestellungen nicht immer sorgfältig genug getrennt: (1.) die *verbandsrechtliche* Pflicht der *Gesellschaft* zur Gleichbehandlung und (2.) die *kapitalmarktrechtliche* Pflicht einzelner *Gesellschafter* zur Gleichbehandlung.⁸³ Dazu kommt die wichtige Unterscheidung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die auf der Ebene des Primärrechts angesiedelt sind, von solchen, die im Sekundärrecht wurzeln.⁸⁴ Diese Differenzierungen sind für das Verständnis der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Audiolux*⁸⁵ wichtig. Der Gerichtshof hatte über die Pflicht zur Gleichbehandlung eines Aktionärs zu entscheiden, der die Kontrolle über eine Gesellschaft erwirbt oder seine Machtposition verstärkt.⁸⁶ Die klagenden Minderheitsaktionäre wollten am Paketzuschlag beteiligt werden, der dem Großaktionär von dem Erwerber des Aktienpakets gezahlt wurde. Der Fall fiel nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich des im Sekundärrecht verankerten *kapitalmarktrechtlichen* Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁸⁷ Das luxemburgische Recht kannte auch keine entsprechende Gleichbehandlungspflicht gegenüber den Anlegern. Das von den Klägern gewünschte Ergebnis konnte daher nur auf zwei alternativen Wegen erreicht werden: (1.) über eine Rechtsfortbildung des sekundären Unionsrechts⁸⁸ oder (2.) über einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Primärrechts mit Vorrang gegenüber nationalem Recht⁸⁹. Der Gerichtshof beschritt keinen dieser Wege: (1.) Die Be-

80 Näher Basedow, FS Hopt (Bd. I), 2010, 27, 43 ff.

81 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 42; siehe auch GA Trstenjak, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 84; kritisch dazu Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 856 f.

82 *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1, 6; in der Sache wohl bejahend dagegen Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 875.

83 Zutreffend Mucciarelli, ECFR 2010, 158, 162 f.

84 Vgl. dazu Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 352 ff, 360 ff und jetzt Basedow, FS Hopt (Bd. I), 2010, 27, 41 ff.

85 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823.

86 Zum Sachverhalt der Entscheidung siehe unten § 5 II 4 a) (1).

87 Dazu unten § 5 III. Davon abgesehen, ist umstritten, ob der Fall, bei dem es sich nicht um einen Kontrollneuerwerb, sondern um den Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle handelt, von den kapitalmarktrechtlichen Vorgaben überhaupt erfasst wird; eingehend Verse, NZG 2009, 1331.

88 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 860 f.

89 Mucciarelli, ECFR 2010, 158, 160.

stimmungen des Sekundärrechts, die einen Gleichbehandlungsgrundsatz enthalten, böten keine schlüssigen Indizien für die Existenz eines allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung von Minderheitsaktionären.⁹⁰ (2.) Die verlangte Gleichbehandlung sei auch nicht eine „spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich des Gesellschaftsrechts“⁹¹ und damit kein selbständiger allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts.⁹²

Dieses Ergebnis überrascht im Vergleich⁹³ zu den Urteilen des Gerichtshofs in den Rs. *Mangold*⁹⁴ und *Kücükdeveci*⁹⁵. Dort hat der Gerichtshof das in der Richtlinie 2000/78/EG niedergelegte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters zugleich als einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts behandelt.⁹⁶ Allerdings ging es in *Mangold* und *Kücükdeveci* um die dogmatische Verankerung eines *besonderen Diskriminierungsverbots*. *Audiolux* ist ein Fall allgemeiner Gleichbehandlung. Besondere Diskriminierungsverbote verwirklichen Gleichbehandlung, indem sie die Merkmale benennen, nach denen grundsätzlich nicht unterschieden werden darf. Das Diskriminierungsverbot ist insoweit – unabhängig von der Hierarchieebene seiner unionsrechtlichen Verankerung – ein unmittelbar anwendbarer Normsatz.⁹⁷ Das meint der Gerichtshof, wenn er die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts mit „Verfassungsrang“ ausstattet.⁹⁸ Dagegen ist der von den Klägern „geltend gemachte Grundsatz durch eine Detailliertheit gekennzeichnet [...], die eine gesetzgeberische Ausarbeitung erforderlich macht, die auf Gemeinschaftsebene durch einen Rechtsakt des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts erfolgt.“⁹⁹ Ein Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre untereinander setzt also gesetzgeberische Entscheidungen voraus, die auf der Abwägung der in Rede stehenden Interessen und im Vorhinein festgelegten klaren und detaillierten

90 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 52.

91 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 53 ff.

92 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 63.

93 Zum Vergleich mit *Mangold* siehe Basedow, FS Hopt (Bd. I), 2010, 27 ff und Metzger, 75 *RabelsZ* (2011), 845, 847 ff.

94 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981.

95 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

96 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

97 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 22: „Zudem ist auf Art. 6 Abs. 1 EUV hinzuweisen, wonach die Charta der Grundrechte der Europäischen Union und die Verträge rechtlich gleichrangig sind. Nach Art. 21 Abs. 1 dieser Charta sind „Diskriminierungen insbesondere wegen... des Alters“ verboten.“

98 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 63. Diesen Zusammenhang erkennt Metzger, 75 *RabelsZ* (2011), 845, 862 f.

99 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 63.

Regeln beruhen. Er kann daher methodisch nicht aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet werden.¹⁰⁰

Die vom Gerichtshof gegebene Begründung zielt im Ergebnis gegen eine Ableitung einer *kapitalmarktrechtlichen* Gleichbehandlungspflicht von Aktionären untereinander. Darauf beschränkt sich die Aussage des Gerichtshofs.¹⁰¹ Die Rechtsnatur des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs war nicht Verfahrensgegenstand. Damit ist es nach wie vor offen, ob das Unionsrecht neben den einzelnen sekundärrechtlichen Verbürgungen auch einen sekundärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des Verbands gegenüber seinen Aktionären außerhalb des „Börsengesellschaftsrechts“¹⁰² kennt.

b) Nationales Recht

Im nationalen Recht finden sich zahlreiche Geltungsanordnungen des Gleichberechtigungsprinzips¹⁰³. Schwieriger aufzuspüren sind Geltungsanordnungen des eigentlichen verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹⁰⁴ Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1881 hob das Reichsgericht den Beschluss der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft auf, weil er „eine unzulässige Bevorzugung eines Teils der Aktionäre vor den übrigen zur Folge hat.“¹⁰⁵ Der „Grundsatz gleichmäßiger Behandlung der Aktionäre“ findet sich erstmals ausdrücklich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1898.¹⁰⁶ Nur vier Jahre später sprach das Reichsgericht vom „obersten Grundsatz der Gleichberechtigung aller Aktionäre“.¹⁰⁷ Für die Genossenschaft entschied das Reichsgericht 1896, dass

*„die Rechtslage der einzelnen Genossen gegen die Genossenschaft, soweit nicht das Statut Verschiedenheit begründet, grundsätzlich gleich [ist], und diese Gleichheit dadurch verletzt [ist], daß nach dem Beschlusse nur ein Teil der Genossen bei nicht rechtzeitiger Lieferung Strafe zu zahlen hat.“*¹⁰⁸

Daher war ein mehrheitlich gefasster Beschluss der Generalversammlung der Neue Molkereigenossenschaft zu Stettin unwirksam, nach dem lediglich die (kleinere) Gruppe von Genossen, die ihre Milch mit dem Wagen anlieferte, bei jeder verspäteten Lieferung 3 Mark Strafe zahlen sollte.¹⁰⁹ Mit Entscheidungen aus den

100 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 61 f.

101 Darauf weist Basedow, FS Hopt (Bd. I), 2010, 27, 45 mit Recht hin; vgl. dazu die Reformulierung der Vorlagefrage in EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 32.

102 Zum Begriff *Fleischer*, NZG 2002, 545 f.

103 Zum Begriff oben § 5 II 1 b).

104 Dazu jetzt auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 2.

105 RGZ 3, 122, 136.

106 RGZ 41, 97, 99.

107 RGZ 52, 287, 294; näher dazu Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 15 ff.

108 RGZ 38, 14, 16.

109 RGZ 38, 14, 15.

Jahren 1908 und 1912 wurde das Prinzip auf die GmbH übertragen.¹¹⁰ Damit postulierte das Reichsgericht aus zeitgenössischer Sicht eine Selbstverständlichkeit.¹¹¹ Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung übernommen und fortgeführt.¹¹² Der eigentliche Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes blieb jeweils unausgesprochen.

Für die Aktiengesellschaft hat sich die Geltungsfrage seit 1979 erledigt. Im Rahmen der Umsetzung der Zweiten Kapitalrichtlinie wurde § 53a AktG neu in das Gesetz eingefügt:¹¹³

„Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.“

Mit dieser Klarstellung sollte Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG ausdrücklich umgesetzt werden, ohne den in Deutschland geltenden Rechtszustand zu ändern.¹¹⁴ Darin liegt nach Ansicht vieler ein Zugewinn an Legitimation, Transparenz und Rechtssicherheit.¹¹⁵ Im Vergleich zu Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG hat § 53a AktG jedoch einen erheblich größeren Anwendungsbereich: Dieser regelt das Verhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter umfassend, während jener auf den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt ist.¹¹⁶ Für die Rechtsbeziehungen in den übrigen Verbänden ist man sich im Ergebnis einig, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsprinzip¹¹⁷ gilt, ohne dass man über seinen Geltungsgrund bis jetzt hätte Einigkeit erzielen können.¹¹⁸ Die dazu vertretenen Auffassungen¹¹⁹ überschneiden sich vielfach mit den Geltungstheorien zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.¹²⁰ Im Wesentlichen lassen sich nicht weniger als sieben Begründungsansätze unterscheiden, die nicht immer trennscharf voneinander abgegrenzt werden können.

(1.) Im Anschluss an *Ludwig Raiser* kann man auf die einseitige Verteilungsmacht des Verbandes abstellen und den Gleichbehandlungsgrundsatz als maß-

110 RGZ 68, 210, 213; RGZ 80, 385, 390.

111 Näher *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 16 f mwN.

112 Siehe die Nachweise in Fn. 303-306.

113 Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts v. 13.12.1978, BGBl. I S. 1959.

114 BGHZ 120, 141, 150 f; BT-Drs. 8/1678, S. 13.

115 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 5; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 3; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 1.

116 Dazu oben § 5 II 3 a).

117 *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 14.

118 Siehe dazu *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 428 f; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 462 f; *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 104; *Seibt* in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 41; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 244; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn. 29; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 31; *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 122.

119 Dazu im Überblick *Hütte*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, 2003, 18 ff.

120 Dazu oben § 5 I 3.

gebliches Konfliktlösungsinstrument ansehen.¹²¹ Gleichbehandlung sichert danach die im Ausgangspunkt bestehende Rechtsgleichheit der Gesellschafter vor den Gefahren, die von dem Machtgefälle zwischen Gesellschaft und einzelnen Gesellschaftern ausgehen.¹²² „Eine Gleichbehandlungs’pflicht“, so *Herbert Wiedemann*, „kann nur in Frage stehen, wenn eine Person oder Institution [...] in der Lage ist, ihren Willen ohne Rücksicht auf den Konsens des Betroffenen durchzusetzen“.¹²³ Dagegen wird immer wieder eingewandt, dass aus der einseitigen Gestaltungsmacht allein noch keine Gleichbehandlungspflicht folgen könne.¹²⁴ Damit werde lediglich eine Tatbestandsvoraussetzung beschrieben, die Frage nach dem Geltungsgrund aber gerade nicht beantwortet.¹²⁵

(2.) Das ist auch *Götz Hueck* zu entgegnen.¹²⁶ Er wollte die verbandsrechtliche Gleichbehandlung auf das Gemeinschaftsverhältnis der Gesellschafter untereinander zurückführen.¹²⁷ Nun liegt im Verbandsrecht regelmäßig eine Gemeinschaft mehrerer vor. Das allein kann aber die Frage, warum die Mitglieder gleich zu behandeln sind, nicht befriedigend beantworten. Der Topos „verblasst zu einem normativ wenig aussagefähigen, recht unscharfen Begriff eher deskriptiver Art“.¹²⁸

(3.) Andere sehen den Grund in der aus der Gemeinschaftsbindung folgenden gegenseitigen Treuepflicht. Das Gleichbehandlungsgebot sei lediglich dessen Konkretisierung.¹²⁹ Ob man damit viel gewinnt, ist zweifelhaft. Das Begründungsproblem ist nicht gelöst, es wird nur verschoben. Der Geltungsgrund gegenseitiger Loyalitätspflichten ist seinerseits ebenfalls „komplex“¹³⁰. Damit bleibt immer noch ungeklärt, warum die gegenseitige Treuepflicht gerade zur Gleichbehandlung der Gesellschafter verpflichtet.

(4.) Nicht ganz scharf davon zu trennen ist die Auffassung, wonach der Gleichbehandlungsgrundsatz im Verbandsrecht rechtsgeschäftlichen Ursprungs

121 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 84, 93 f; *Raiser*, JZ 1959, 421, 422; dem folgend beispielsweise *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537, 544 f und – für das schweizerische Aktienrecht – *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 24.

122 *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 104.

123 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 428 f; zustimmend *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 462 f.

124 *Bydliński*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 25; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 71.

125 So *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 428; *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 156 f.

126 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 428; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 71 f.

127 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 127 ff; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 31; dazu bereits oben § 4 I 3.

128 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 3 b).

129 OLG Stuttgart NZG 2000, 159, 161 f; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 7 f mwN; *Seibt* in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 41; *Hüffer* in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 2.

130 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 588. Zum Meinungsbild über Geltungsgrund/Rechtsgrundlage und Entstehungsgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht statt vieler *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 221, 225 ff und *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, Anh § 53a Rn. 14 ff.

ist.¹³¹ Das Argument geht zurück auf *Ernst Cohn*¹³² und wurde von *Franz Bydliniski*¹³³ ausgebaut. *Cohn* konstruierte den Gleichbehandlungsgrundsatz als „Schranke der Organisationsgewalt, der *Autonomie der Vereinigung*“.¹³⁴ Die Privatautonomie der Vereinigung dürfe „grundsätzlich nicht weitergehen [...], als es dem Willen derjenigen Personen, die die Vereinigung gegründet haben, entspricht.“¹³⁵ *Bydliniski* präzierte, dass die Verteilungsmacht des Verbandes auf die freiwillige Einräumung dieser Gestaltungsmacht zurückzuführen sei und es dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Einräumenden entspreche, in Verteilungssituationen gleich behandelt zu werden. Weil sich der einzelne Gesellschafter nicht seiner Selbstbestimmung vollständig entäußern könne, sei eine vertraglich vereinbarte Aufhebung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unwirksam.¹³⁶ Man muss sich darüber im Klaren sein, dass diese rechtsgeschäftlichen Begründungsversuche nicht auf einen tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen im Sinne der Rechtsgeschäftslehre basieren können.¹³⁷ Entworfen wird damit ein Organisationsmodell, in dem die Pflicht zur Gleichbehandlung auf einen hypothetischen Konsens zurückgeführt wird.¹³⁸ Treue- und Gleichbehandlungspflichten sind danach auf den Gründungsvertrag zurückzuführende Strukturen, die den Beteiligten *ex ante* verdeutlichen, wie die Gesellschaft auf unerwartete Umstände *ex post* reagieren wird. Gleichbehandlungspflichten dienen somit dazu, Verhaltenserwartungen der Gesellschafter zu stabilisieren.¹³⁹ Letztlich bleibt aber auch hier offen, warum unbekannte Konfliktlagen gerade gleichheitsrechtlich gelöst werden sollen.

(5.) Angesichts dieser Schwierigkeiten ziehen andere es vor, die gewohnheitsrechtliche Geltung zu behaupten.¹⁴⁰

(6.) Wie schon der arbeitsrechtliche¹⁴¹ ließe sich auch der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ableiten.¹⁴² Damit könnte man das Prinzip gleicher Gerechtigkeit normativ verankern. Dagegen werden die bekannten verfassungstheoretischen Argumente gegen die Privatrechtswirkung

131 *Habermeier* in: Staudinger, § 705 Rn. 53; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 17; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 244; *Hüffer* in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 3.

132 *Cohn*, AcP 132 (1930), 129 ff.

133 *Bydliniski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 21 ff, 46 ff.

134 *Cohn*, AcP 132 (1930), 129, 135 f.

135 *Cohn*, AcP 132 (1930), 129, 154 f.

136 *Bydliniski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 44 ff.

137 Dazu *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 72.

138 Insoweit läuft die zuletzt von *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 72 f und *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 3 c) vorgetragene Kritik, diese Vereinbarung liege weder im tatsächlichen noch im mutmaßlichen Willen des Mehrheitsgesellschafters, leer.

139 Vgl. *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 4 f; *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 161.

140 *Märtens* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 109 Rn. 27; aA offensichtlich GA Trstenjak, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 89 f.

141 Siehe oben § 5 I 3 d).

142 So beispielsweise *Henn*, AG 1985, 240, 245.

des Gleichheitssatzes erhoben.¹⁴³ Und doch fasziniert Art. 3 Abs. 1 GG und die vom Bundesverfassungsgericht erzielte Kontrolldichte. Man sieht „strukturelle Parallelen“¹⁴⁴ zwischen Art. 3 Abs. 1 GG und § 53a AktG und will die Maßstäbe verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsprüfung auch im Gesellschaftsrecht fruchtbar machen.¹⁴⁵ Erneut treffen wir auf eine merkwürdige Konstruktion: Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sei ein genuin privatrechtlicher Rechtssatz, dessen Inhalt maßgeblich vom Verfassungsrecht bestimmt wird, ohne Ausdruck einer privatrechtlichen Wirkung des Art. 3 Abs. 1 GG zu sein. Das ist unnötig kompliziert

(7.) In jüngerer Zeit ist die Diskussion erneut in Bewegung geraten. Ausgangspunkt war der Vorschlag von *Dirk Verse*, den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unmittelbar mit der (ausgleichenden) Gerechtigkeit zu begründen.¹⁴⁶ Jedenfalls gelingt es *Verse*, das entscheidende Problem im Verbandsrecht richtig zu verorten: Nach Vertragsabschluss fehlt der Konsens des Gesellschafters, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Daher versagt die Privatautonomie als Instrument ausgleichender Gerechtigkeit und man ist gezwungen, nach anderen Verteilungsmaßstäben zu suchen.¹⁴⁷ *Friedemann Kainer* hat diesen Ansatz jüngst aufgegriffen und die Pflicht zur Gleichbehandlung als legitimationsbedürftige Inhaltskontrolle verbandsautonomer Handlungen konzipiert.¹⁴⁸ Die Inhaltskontrolle sei dort erlaubt, „wo das Prinzip der Richtigkeitsgewähr“¹⁴⁹ nicht anwendbar ist, also allein bei Eingriffen in die Rechts- und Pflichtenkreise der Gesellschafter, denen sie *nicht* in voller materialer Freiheit zustimmen konnten.“¹⁵⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz finde seine normative Grundlage in einer Gesamtanalogie zu den einzelnen gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsregelungen.¹⁵¹ Dabei differenziert *Kainer* nicht zwischen dem Gleichberechtigungsprinzip und den Normierungen des eigentlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹⁵² Grundlage dieser umfassenden Gesamtanalogie sei die „Kontrollbedürftigkeit einer *Neuverteilung* von Rechten und Pflichten“ im Verband, weil darin eine (potentielle) Verletzung des Grundsatzes ausgleichender

143 Vgl. *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 10 f; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 83 ff; näher oben § 5 I 3 d) und § 4 I 2 c).

144 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 9.

145 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, Rn. 11; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 15; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 9; *Hüffer* in: AktG, § 53a Rn. 3.

146 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 76 ff; zustimmend *Metzger*, 75 RabelsZ (2011), 845, 876 f.

147 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 78 f.

148 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 a).

149 *Kainer* greift maßgeblich auf die Konzeption der Vertragsfreiheit von *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 zurück; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 III 2 und § 4 IV 4 a) aa).

150 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 a).

151 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 b) aa).

152 Dazu oben § 5 I 1.

Gerechtigkeit liege.¹⁵³ Eine festgestellte Ungleichbehandlung indiziere die Unangemessenheit eines Mehrheitsbeschlusses.¹⁵⁴ Anders ausgedrückt: Die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung *ist* eine unangemessene Behandlung. Im Kern begründet *Kainer* damit die Legitimation einer Inhaltskontrolle mit der Ungleichbehandlung als solcher. Es gibt also auch hier¹⁵⁵ kein Entrinnen aus dem Gleichheitsdenken.

4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung

a) Anwendungsbereich

(1) Persönlicher Anwendungsbereich: Gesellschaft und Gesellschafter?

Zwei Personengruppen kommen als Adressaten des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs in Betracht: (1.) die Gesellschaft als Verband und (2.) die einzelnen Gesellschafter, insbesondere Mehrheitsgesellschafter. Es ist allgemein anerkannt, dass die Gesellschaft Normadressatin des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist.¹⁵⁶ Daran sind alle Organe der Gesellschaft, insbesondere geschäftsführende Gesellschafter und Gesellschaftergesamtheit¹⁵⁷ bei Personengesellschaften,¹⁵⁸ Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung bei der GmbH¹⁵⁹ sowie Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung der AG,¹⁶⁰ gebunden. Der jeweilige Organwalter ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, den sie bindenden Gleichbehandlungsgrundsatz zu wahren.¹⁶¹ Etwas missverständlich ist die Aussage, die „Mehrheit der Gesellschafter“ sei an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.¹⁶² Diese Mehrheit ist maßgeblich für die Beschlussfassung innerhalb des jeweiligen Verbandes und in dieser Funktion Normadressat. Entscheidend ist insgesamt nur, dass die Maßnahme der Gesellschaft zugerechnet werden kann.¹⁶³ Zusammenfassend sind Adressaten des Gleichbehandlungsgrundsatzes also die

153 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 b) bb).

154 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 b) bb).

155 Siehe bereits oben § 5 I 3 d).

156 Statt aller *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 171.

157 Zum Begriff *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 294 f.

158 Vgl. *Hadding/Kießling* in: *Soergel*, § 705 Rn. 66.

159 *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 13 Rn. 34; *Michalski* in: *KommBGB*, § 13 Rn. 124.

160 *Lutter/Zöllner* in: *KölnKomm. AktG*, § 53a Rn. 25; *Henze/Notz* in: *Großkomm. AktG*, § 53a Rn. 29.

161 Vertiefend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 c) aa) (2) mwN.

162 Vgl. OLG München NJW-RR 1995, 746.

163 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 226; aus der neueren Literatur statt aller *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 171 f. (zum Kapitalgesellschaftsrecht) und *Ulmer* in: *MünchKomm-BGB*, § 705 Rn. 244 (zum Personengesellschaftsrecht).

Gesellschafterversammlung, die Organe der Gesellschaft und die Gesellschaft selbst.¹⁶⁴

Zweifelhaft ist, ob auch einzelne Gesellschafter Adressaten des *verbandsrechtlichen* Gleichbehandlungsgrundsatzes sein können.¹⁶⁵ Davon sind horizontale Gleichbehandlungspflichten aus anderen Rechtsgrundlagen, insbesondere kapitalmarktrechtlicher Natur, zu unterscheiden. Das Problem lässt sich anhand des Sachverhalts in der Rs. *Audiolux* verdeutlichen:¹⁶⁶ Die Bertelsmann AG kontrollierte 80 % der Anteile an der Bertelsmann Westdeutsche TV GmbH, die ihrerseits 37 % der Aktien an RTL hielt. 30 % der Aktien hielt die Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL), 22 % waren in Händen eines weiteren Großaktionärs, der Pearson Television und 11 % im Streubesitz. Im Zuge mehrerer Transaktionen übertrug GBL ihren Anteil von 30 % am Kapital von RTL an Bertelsmann im Austausch gegen 25 % an deren Kapital. Schließlich erwarb Bertelsmann auch die Anteile von Pearson. Audiolux klagte in Luxemburg u.a. auf Schadensersatz. Bertelsmann habe die gesetzliche Verpflichtung nicht eingehalten, auch ihr anzubieten, ihre Aktien an RTL gegen Aktien von Bertelsmann zu den mit GBL vereinbarten Bedingungen zu tauschen. Der Europäische Gerichtshof malt die Konsequenzen einer Gleichbehandlungspflicht eindringlich aus:

„Diese Pflicht zwänge ihn zum Vertragsabschluss mit allen Minderheitsaktionären zu denselben Bedingungen wie denen, die beim Erwerb einer die Kontrolle verschaffenden oder verstärkenden Beteiligung vereinbart wurden, und führte zu einem entsprechenden Recht aller Aktionäre, ihre Aktien an den Hauptaktionär zu verkaufen.“¹⁶⁷

Allerdings tritt diese Rechtsfolge nur unter zwei kumulativ vorliegenden Voraussetzungen ein: (1.) RTL ist Adressat einer allgemeinen *verbandsrechtlichen*¹⁶⁸ Gleichbehandlungspflicht und (2.) die Differenzierung zwischen dem Erwerb eines Kontrollpakets und dem Erwerb sonstiger Anteile ist sachlich nicht gerechtfertigt. Es ist also nicht die Existenz eines den Gesellschafter treffenden Gleichbehandlungsgrundsatzes als solche, die zur Gleichbehandlung zwingt, sondern erst ein fehlender Rechtfertigungsgrund. Der Europäische Gerichtshof differenziert hier leider nicht mit der notwendigen Klarheit. Im Ergebnis lehnt der Gerichtshof eine verbandsrechtliche Pflicht des Mehrheitsgesellschafters ab, die Aktien von Minderheitsgesellschaftern zu den gleichen Bedingungen aufzukaufen, die er zum

164 Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 47 (zum schweizerischen Recht).

165 Dazu vertiefend Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 172 ff und zuletzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 c) aa) (3).

166 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 20-24.

167 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 55.

168 Zum kapitalmarktrechtlichen Pflichtangebot und der daraus folgenden Gleichbehandlung siehe unten § 5 III 4 b) (2).

Erwerb der Kontrollmehrheit geboten hat.¹⁶⁹ Bettet man diese Aussagen in den Kontext der Entscheidung ein, folgt daraus, dass sich der persönliche Anwendungsbereich eines möglichen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs im Verbandsrecht¹⁷⁰ auf das Verhältnis von Gesellschaft und Gesellschaftern beschränkt.

Auch im deutschen Gesellschaftsrecht wird der persönliche Anwendungsbereich nach ganz überwiegender Auffassung auf dieses Verhältnis beschränkt.¹⁷¹ Gesellschafter und Aktionäre untereinander sind nicht verbandsrechtlich zur Gleichbehandlung verpflichtet. Kapitalmarktrechtlich kann dagegen eine Gleichbehandlungspflicht aus § 3 Abs. 1 WpÜG und §§ 29 ff WpÜG folgen.¹⁷² Außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungsgebots ließe sich eine Pflicht des Mehrheitsaktionärs, die übrigen Aktionäre am Paketzuschlag zu beteiligen, aus der ihn treffenden Treuepflicht konstruieren.¹⁷³ Im Ergebnis werden daraus folgende Gleichbehandlungspflichten ganz überwiegend abgelehnt.¹⁷⁴ Treue- und Gleichbehandlungspflichten kollidieren hier mit dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundsatz der freien Verfügbarkeit des Gesellschaftsanteils bzw. der Aktie.¹⁷⁵ Es geht also erneut um den Konflikt von privatautonom zu gestaltender Freiheit des Gesellschafters mit Gleichbehandlungspflichten zugunsten anderer Gesellschafter. Das Ergebnis zeigt, dass er wieder methodisch über die Vorrangfrage gelöst wird. Dadurch kommt es zu einer methodisch unglücklichen Zweiteilung: Innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des WpÜG ist der Mehrheitsgesellschafter verpflichtet, die Minderheitsgesellschafter nicht ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln.¹⁷⁶ Außerhalb davon soll dagegen schon keine Pflicht zur Gleichbehandlung existieren. Zwingend vorgegeben ist diese dogmatische Einordnung nicht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz bietet mit dem sachlichen Grund das notwendige methodische Instrumentarium, die Fälle herauszufiltern, in denen die freie Verfügbarkeit zu Lasten der Minderheitsaktionäre nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

169 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 64.

170 Dazu oben § 5 II 3 a).

171 OLG Düsseldorf WM 1992, 986, 989; näher zum Ganzen *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 173 ff; aA *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991, 270 ff; *Berding*, WM 2002, 1149, 1152 f.

172 Dazu unten § 5 III 4.

173 *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991, 252 ff.

174 Näher zum Streitstand *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 180 ff; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 c) aa) (3).

175 Vgl. dazu *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Anh Rn. 116.

176 Zu den Einzelheiten unten § 5 III 4.

(2) Sachlicher Anwendungsbereich: mitgliedschaftlicher Bereich

Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nach allgemeiner Auffassung nur im mitgliedschaftlichen Bereich, also nur für die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern.¹⁷⁷ Der Anwendungsbereich ist nur eröffnet, wenn ein Gesellschafter im Vergleich zu anderen Gesellschaftern ungleich behandelt wird. Er greift nicht, wenn ein gesellschaftsfremder Dritter begünstigt wird.¹⁷⁸ Davon wird eine Ausnahme gemacht, wenn das Verhalten des Dritten einem Gesellschafter zugerechnet werden kann.¹⁷⁹ Probleme bereiten die Fälle, in denen der ungleich behandelte Gesellschafter zugleich Dritter ist. Die ganz überwiegende Meinung differenziert hier zwischen der verbandsrechtlich geprägten Gemeinschaftsbeziehung und den schuldrechtlich geprägten Individualbeziehungen zwischen Gesellschaft und Aktionär. Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes sei nur gegeben, wenn die Gesellschaft im mitgliedschaftlichen Bereich ungleich behandelt. Maßgebend für die Abgrenzung dieser Bereiche sei bei einem Vertragsschluss zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, ob die Gesellschaft den Vertrag wegen der Gesellschaftereigenschaft des Vertragspartners eingeht.¹⁸⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist danach nur dann anzuwenden, wenn zwischen der Entscheidung der Gesellschaftsorgane und der Gesellschaftereigenschaft ein innerer Zusammenhang besteht. Ist die Gesellschaftereigenschaft dagegen ein rein „zufälliger“ Begleitumstand, ist der Grundsatz unanwendbar.¹⁸¹ Handle es sich um einen beherrschenden oder maßgeblich beteiligten Gesellschafter, sollen nach umstrittener Auffassung Beweiserleichterungen zugunsten der ungleich behandelten Gesellschafter gelten.¹⁸² Die Geschäftsleitung könne diese Vermutung widerlegen, indem sie „die geschäftlichen Auswahlkriterien darlegt und ihre Auswahl insbesondere damit begründet, dass der Geschäftsabschluss mit dem Gesellschafter dem Gesellschaftsinteresse

177 BGH AG 1997, 414 und aus der Literatur statt aller *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 5 ff, 18 ff.

178 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 31, 39; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 6 und *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 27 f (zum schweizerischen Aktienrecht).

179 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 40 (dort auch zu den maßgeblichen Zurechnungskriterien); *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 6; *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 20 f; vertiefend zur Zurechnung *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 244 ff.

180 Siehe OLG Hamm GmbHR 1996, 768, 769; BGH AG 1997, 414 und aus der Literatur *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 193 ff und *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV c) bb) jeweils mwN.

181 Aus der Literatur grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 227 f; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 305 f; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 196 f.

182 *Lutter/Zöllner* in: Kölner Komm. AktG, § 53a Rn. 21; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 199 ff; aA *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 42; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 7; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 18; anders jetzt *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 47.

dient“.¹⁸³ Damit führt man auf der Ebene des sachlichen Anwendungsbereichs nichts anderes als eine verkappte Rechtfertigungsprüfung ein!

Dieser methodische Umweg wirft ein bezeichnendes Licht auf einen untauglichen Versuch, das eigentliche Problem zu adressieren. Man kann schon grundsätzlich nicht ausschließen, dass eine begünstigende oder benachteiligende Entscheidung der Gesellschaft ohne Rücksicht auf die Gesellschafterstellung erfolgt ist.¹⁸⁴ Die Vorstellung, man könne zwischen der Rolle des Gesellschafters als Gesellschafter und als Dritter grundsätzlich trennen, ist Fiktion. Eine Person ist nicht „lediglich zufällig“ auch Gesellschafter. Sie spielt insofern eine *Doppelrolle* und ist immer eine der Gesellschaft *nabe stehende Person*¹⁸⁵. Das zeigt ein vom OLG Hamm entschiedener Fall:¹⁸⁶

Die beklagte GmbH hatte fünf Gesellschafter mit gleichen Anteilen, die zugleich Geschäftsführer mit unterschiedlichen Aufgabenbereichen waren. Die GmbH vereinbarte mit allen Geschäftsführern Bezüge in gleicher Höhe, die von der Gesellschafterversammlung sukzessive auf 14.000 DM erhöht wurden. Mit zwei 1994 gefassten Beschlüssen wurden zunächst die Gehälter auf 17.000 DM erhöht und dann das Gehalt des Klägers auf 10.000 DM gekürzt, weil er angeblich zu geringe oder nicht hinreichend ergebnisbringende Arbeitsleistungen erbracht habe. Das OLG geht selbstverständlich davon aus, dass für den Abschluss und die Konditionen des Geschäftsführungsvertrages die Gesellschaftereigenschaft mitbestimmend war. Dagegen wurde eingewendet, man dürfe nur darauf abstellen, ob die Kürzung der Bezüge den davon betroffenen Gesellschafter wie einen externen Gesellschafter – dann keine Gleichbehandlung – oder als Gesellschafter treffe, weil es sich um eine Benachteiligung handle.¹⁸⁷ Das greift zu kurz, weil man dabei die übrigen vier Geschäftsführer nicht berücksichtigt. Hätte die GmbH nur einen Beschluss gefasst und darin die Bezüge der vier erhöht und die des Klägers unverändert gelassen, müsste man nämlich fragen, ob die vier wegen ihrer Gesellschafterstellung bevorzugt werden oder ob das „rein zufällig“ mit ihrer Gesellschaftereigenschaft zusammenhängt. Das zeigt, wie spitzfindig die Trennung letztlich ist. Im Ergebnis kann man diese Frage nicht entscheiden, ohne auf die für die Maßnahme relevanten Kriterien zurückzugreifen. Auch das OLG schließt den Gesellschafterbezug der Maßnahme implizit daraus, dass keine objektiven Gründe für die Ungleichbehandlung gegeben werden.

Die Trennung von Mitgliedschaft und Drittgeschäft kann man offenbar nicht ohne Rückgriff auf sachliche Gründe durchführen. Jeder Versuch einer Differenzierung auf Tatbestandsebene ist zwangsläufig mit Erklärungsaufwand verbunden.¹⁸⁸ Dann ist es methodisch konsequent, diese Prüfung innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes durchzuführen und sie nicht in den sachlichen

183 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV c) bb).

184 Ähnlich auch Michalski in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 128.

185 Dieser Begriff stammt aus Art. 678 Abs. 1 schweizerisches OR, näher dazu im Kontext der Gleichbehandlung Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 255 ff.

186 OLG Hamm GmbHR 1996, 768.

187 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 204.

188 Das gilt auch für den Vorschlag von Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV c) bb), im Anschluss an Bayer in: MünchKomm AktG, § 57 Rn. 36 ff zwischen Vorgängen innerhalb und außerhalb „normaler“ Umsatzgeschäfte zu differenzieren.

Anwendungsbereich zu verlagern. Es spricht daher alles dafür, den Anwendungsbereich auch auf Drittgeschäfte der Gesellschafter auszudehnen.¹⁸⁹ Das behindert die Gesellschaft freilich nicht, mit Gesellschaftern Individualvereinbarungen zu treffen. Voraussetzung dafür ist nur, dass sie rechtfertigen kann, warum sie mit einem Gesellschafter kontrahiert und mit dem anderen nicht. Die Anforderungen an den sachlichen Grund hängen dann von den Umständen des Einzelfalls ab. Handelt es sich beispielsweise um den dominierenden Mehrheitsgesellschafter, muss die Gesellschaft ihre Entscheidung mit Leistungsqualität, Zuverlässigkeit, Produktmodernität, Preisgestaltung etc. rechtfertigen können.¹⁹⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz kompensiert hier die Tatsache, dass Verkehrsgeschäfte mit Gesellschaftern wegen deren Doppelrolle nicht zwangsläufig den Marktgesetzen unterliegen.¹⁹¹ Sie muss einen Auftrag im Ergebnis auch nicht zwischen allen in Betracht kommenden Gesellschaftern aufteilen,¹⁹² weil es immer einen Sachgrund geben kann, nur mit einem Partner abzuschließen.¹⁹³ Entscheidend aber ist, dass diese Gründe offenbart werden, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Transparenz im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern erhöht und dadurch dem Interesse der Gesellschaft insgesamt dient. Gekünstelte Beschränkungen seines sachlichen Anwendungsbereichs schaffen dagegen Abgrenzungsprobleme und Intransparenz.

(3) Zeitlicher Anwendungsbereich: Vertrags- und Satzungsautonomie

Der Gleichbehandlungsgrundsatz schützt den Gesellschafter für die Dauer seiner Mitgliedschaft in dem Verband und in der Vorgesellschaft.¹⁹⁴ Zweifelhaft ist, ob er den Verband auch zur Gleichbehandlung des ausgeschiedenen oder des zukünftigen Gesellschafters verpflichtet.¹⁹⁵ Eine ganz andere Dimension hat die Frage, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gilt. Das ist für seine Ausprägung als Gleichberechtigungsprinzip¹⁹⁶ sicher zu bejahen.¹⁹⁷ In der Praxis sind die Mitwirkungsbefugnisse der ein-

189 IE auch *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 13 Rn. 63; *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 128.

190 AA *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 42, die einen zu beweisenden (!) tatsächlichen Einfluss auf die Organe der Gesellschaft verlangen.

191 Vgl. *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 255 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 178.

192 So aber *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 128.

193 Zutreffend insoweit *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 16 f.

194 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 44.

195 Für eine Nachwirkung *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 45; gegen eine Vor- oder Nachwirkung bei der Gesellschafterbenachteiligung aber *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 223 ff.

196 Zum Begriff oben § 5 II 1 b) (1).

197 Vgl. den Überblick bei *Hütte*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, 2003, 25 ff.

zelen Gesellschafter freilich sehr unterschiedlich gestaltet.¹⁹⁸ Das wirft die Frage auf, ob und inwieweit das Gleichberechtigungsprinzip und der Gleichbehandlungsgrundsatz i.e.S. disponibel sind. Es geht also erneut um den Vorrang von Vertragsfreiheit und Satzungsautonomie. Nach klassischer Position ist ein Grundsatz, wonach die Gesellschafter ungleiche Rechte und Pflichten in Gesellschaftsvertrag oder Satzung nur bei sachlicher Rechtfertigung vereinbaren dürfen, unvereinbar mit der Vertragsfreiheit.¹⁹⁹ Soweit die gesetzlichen Regelungen des Gleichberechtigungsprinzips oder -grundsatzes dispositiv sind, kann der Gesellschaftsvertrag also davon abweichen, ohne dass es eines sachlichen Grundes hierfür bedürfte.²⁰⁰ Der Gestaltungsfreiheit sind zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Gesellschafter Grenzen gesetzt.²⁰¹ Eine dieser Grenzen ist die sog. „Kernbereichslehre“. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:²⁰²

(1.) Die Kernbereichslehre bewirkt einerseits, dass bestimmte Gesellschafterrechte nicht beliebig dispositiv sind und sie daher auch im Gesellschaftsvertrag nicht abbedungen werden können. *Herbert Wiedemann* spricht insoweit von „Grund(mitgliedschafts)rechten“.²⁰³ Zu diesem unverzichtbaren Kernbereich zählen jedenfalls ein Mindestmaß an Teilhaberechten an der internen Willensbildung – das gilt etwa für das Teilnahmerecht an Beratungen, für das Antrags- und für das Kontrollrecht –, ferner das Lösungsrecht aus wichtigem Grund, das Verbot der Hinauskündigung aus freiem Ermessen ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes und die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.²⁰⁴ Auf dessen Geltung kann der Gesellschafter im Vertrag nicht verzichten.²⁰⁵ Nimmt man die Kernbereichslehre in diesem Bereich ernst, bedeutet dies, dass die Ungleichbehandlung von Gesellschaftern in Vertrag und Satzung letztlich nachvollziehbare Ursachen haben muss, die rechtlicher, steuerlicher oder wirtschaftlicher Art sein können.²⁰⁶ Die damit in der Kernbereichslehre implizit vorhandene Gleichbehandlungspflicht führt zur Einschränkung gesellschaftsvertraglicher Privatauto-

198 Dazu *Flume*, Personengesellschaft, Bd. 1, 1977, 133 f.

199 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 463; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 5; *Hadding/Kießling* in: *Soergel*, § 705 Rn. 65; *Altmeyden* in: *Roth/Altmeyden*, GmbHG, § 13 Rn. 61; *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 13 Rn. 33; in der Sache auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 a) aa). Siehe auch den Überblick bei *Hütte*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, 2003, 34 f.

200 Vgl. *Raiser* in: *Ulmer*, GmbHG, § 14 Rn. 102.

201 *Flume*, Personengesellschaft, Bd. 1, 1977, 191; ähnlich jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) dd).

202 Dazu *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts, 2001, 11 f; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 218.

203 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 218.

204 *Goette* in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, § 119 Rn. 53; speziell zum Gleichbehandlungsgrundsatz auch *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts, 2001, 13; *Ulmer* in: *MünchKomm-BGB*, § 705 Rn. 247.

205 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 267 f; vgl. auch *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 329 f.

206 *Westermann* in: *Erman*, § 705 Rn. 40.

nomie.²⁰⁷ Es muss nämlich sachliche Gründe für die Vereinbarung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag geben.²⁰⁸ Je nach anzuwendendem Kontrollmaßstab kann man darüber eine erhebliche Einschränkung der Satzungsautonomie erreichen.²⁰⁹

(2.) Die Kernbereichslehre beschränkt andererseits die Möglichkeit, einem Gesellschafter Mitgliedschaftsrechte ohne seine Zustimmung aufgrund Mehrheitsbeschlusses zu entziehen. *Wiedemann* spricht von „unentziehbaren (= mehrheitsresistenten) Mitgliedschaftsrechten“.²¹⁰ Der Kernbereich beschreibt Rechtspositionen, die der Gesellschafter nur willentlich preisgeben kann. Der Bundesgerichtshof geht in seiner neueren Rechtsprechung von einem zweistufigen Schutzkonzept aus:²¹¹ Auf erster Stufe verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz, dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag – sei es auch durch dessen Auslegung – eindeutig ergibt, dass der in Frage stehende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll. Auf zweiter Stufe der „Kernbereichslehre“ ist zu prüfen, ob ein unzulässiger Eingriff in schlechthin unverzichtbare oder in „relativ unentziehbare“, das heißt in nur mit (gegebenenfalls antizipierter) Zustimmung des einzelnen Gesellschafters oder aus wichtigem Grund entziehbare Mitgliedschaftsrechte, vorliegt. Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre sind insoweit Schranken der Verbandsmacht. Sie treten selbstständig neben den, hier uneingeschränkt anwendbaren, Gleichbehandlungsgrundsatz. Das bestätigt die Entscheidung BGHZ 116, 359:

Mit mehrheitlich gefasstem Beschluss der Gesellschafterversammlung wurde ein neuer Gesellschaftsvertrag für ausscheidende Gesellschafter beschlossen. Darin wurde u.a. geregelt, dass nach dem 31.12.1988 beigetretene Gesellschafter bei Ausscheiden lediglich einen Anspruch auf Rückzahlung der Stammeinlage haben, während den übrigen Gesellschaftern für jedes davor liegende Jahr ihrer Mitgliedschaft ein nach Jahren gestaffelter Betrag von 1.000-1.350 DM zusteht.

Der Bundesgerichtshof prüft das ganz selbstverständlich anhand des Gleichbehandlungsgrundsatzes.²¹² Angesichts des Sachverhalts war das naheliegend: Die mehrheitlich beschlossene nachträgliche Satzungsänderung betrifft den klassischen Anwendungsfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Schranke der Verbandsmacht. Beschränkt man die Bedeutung dieser Aussage auf die konkrete Fallkonstellation, läuft man Gefahr, die Bedeutung der Entscheidung zu relativieren.²¹³ Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang eine Aussage getrof-

207 *Habermeyer* in: Staudinger, § 706 Rn. 53.

208 *Märtens* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 109 Rn. 27.

209 Kritisch daher *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 5 f.

210 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 218.

211 BGHZ 170, 283, Rn. 9 f.; zum Ganzen statt vieler *Goette* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 119 Rn. 46 ff.; *Schmidt*, ZGR 2008, 1, 8 ff, 17 ff; *Ulmer/Schäfer* in: MünchKomm-BGB, § 709 Rn. 84 ff.

212 BGHZ 116, 359, 372 ff.

213 Vgl. *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 5 (Fn. 24).

fen, die ganz allgemein formuliert war und – wie sich mittlerweile herausstellt – auch ganz allgemein gemeint war:

*„Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter. Das bedeutet nicht, daß die Gewährung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag nicht erlaubt ist. Sie muß lediglich sachlich berechtigt sein und darf nicht den Charakter der Willkür tragen.“*²¹⁴

Dagegen wurde – reflexartig – der vermeintliche Vorrang der Vertragsfreiheit ins Feld geführt.²¹⁵ Die Beteiligungsrechte des „Gesellschafters minderen Rechts“, so der Einwand, seien bereits von Anfang an bewusst ungleich ausgestaltet worden.²¹⁶ Damit verkennt man, dass gerade die Ungleichbehandlung von Gesellschaftern ein Schutzbedürfnis begründet und damit eine Inhaltskontrolle aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten legitimiert.²¹⁷ Zwei jüngere Urteile des Bundesgerichtshofs belegen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz auch in der Phase des Zustandekommens der Gesellschaft anzuwenden ist. In beiden Verfahren rügten die Kläger, dass die im sog. „Managermodell“ oder „Mitarbeitermodell“ anzutreffenden Vereinbarungen zur Rückübertragung des GmbH-Gesellschaftsanteils bei Beendigung der Geschäftsführerstellung bzw. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.²¹⁸ Der Bundesgerichtshof hat die grundsätzliche Anwendbarkeit nicht thematisiert und nahm in beiden Fällen eine Ungleichbehandlung der Gesellschafter an, die er für rechtfertigungsfähig hielt.²¹⁹ Die Rechtfertigungsprüfung lässt offensichtlich ausreichend Raum dafür, die mit solchen Klauseln verfolgten Ziele der Gesellschaft zu berücksichtigen. Das lässt sich anhand des Falles zum Mitarbeitermodell gut verfolgen:

„Die Vereinbarung einer Pflicht zur Rückübertragung des Geschäftsanteils bei Ende des Arbeitsverhältnisses ist auch nicht wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz unwirksam. [...] Die Regelung enthält keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Die von dem Landgericht zu Unrecht verneinte Ungleichbehandlung beruht auf einem sachlichen, sie rechtfertigenden Grund. S hat die Gesellschaft – zusammen mit seiner Ehefrau, die zu 10 % beteiligt ist – gegründet und das erforderliche Kapital aufgebracht. Die Mitarbeiter-Gesellschafter haben dagegen in die Gesellschaft kein Kapital eingelegt, sondern allenfalls an S einen Kaufpreis für ihre Anteile bezahlt. Bei dieser Sachlage bestehen keine Bedenken gegen eine Regelung, wonach nur die Mitarbeiter-Gesellschafter und

214 BGHZ 116, 359, 373.

215 Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, 463; Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 13 Rn. 61.

216 Grundlegend Flume, Personengesellschaft, Bd. 1, 1977, 137 f, 178 ff; in jüngster Zeit Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 34 Rn. 40 ff und dagegen Ulmer/Schäfer in: MünchKomm-BGB, § 737 Rn. 17 ff.

217 Vgl. Henssler, FS Konzen, 2006, 270.

218 Dazu BGHZ 164, 107; BGHZ 164, 98.

219 BGHZ 164, 107, 112; BGHZ 164, 98, 104.

*nicht auch S bei Beendigung ihrer Tätigkeit für die [GmbH] zur Rückgabe ihrer Geschäftsanteile verpflichtet sind.*²²⁰

Damit war allerdings erst eine Hürde genommen. Der Gesellschaftsvertrag war nachträglich von der Gesellschafterversammlung geändert worden und das Abfindungsguthaben der zwingend auszuscheidenden Gesellschafter – und zwar nur dieser – wurde auf die für die Geschäftsanteile gezahlte Summe beschränkt.²²¹ Damit kam es darauf an, ob der Abfindungsanspruch in der Satzung wirksam beschränkt wurde.²²² Der Bundesgerichtshof hat *diese* Klausel interessanterweise nicht auf ihre gleichheitsrechtliche, sondern auf ihre freiheitsrechtliche Wirksamkeit geprüft. Es kam darauf an, ob der Beschluss nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig war, weil die Abfindung außer Verhältnis zum vollen wirtschaftlichen Wert des Anteils steht.²²³ Wieder einmal erleben wir eine Flucht aus der Gleichheitsdogmatik. In der Sache bleiben die Erwägungen freilich gleichheitsrechtlich durchtränkt:

*„Eine derartige Abfindungsbeschränkung ist vielmehr sachlich gerechtfertigt, weil andernfalls nur die erste Generation von Mitarbeiter-Gesellschaftern in den Genuß der Vorteile dieser Vertragsgestaltung gelangte, mit deren Ausscheiden unter Zahlung einer Abfindung zum Verkehrswert aber die für die weitere Durchführbarkeit des Modells erforderliche finanzielle Grundlage zerstört wäre. Hat er den Anteil unentgeltlich erhalten, kann damit eine Abfindung auch ganz entfallen.“*²²⁴

b) Ungleichbehandlung

(1) Gleichbehandlungsmaßstäbe

§ 53a AktG formuliert, dass Aktionäre „unter gleichen Voraussetzungen“ gleich zu behandeln sind. Das geht zurück auf Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG²²⁵, der zur Gleichbehandlung der Aktionäre verpflichtet, „die sich in denselben Verhältnissen“ befinden. Darin wird ein allgemeiner Gedanke des Gleichbehandlungsgrundsatzes exemplarisch ausgedrückt: Nicht jede verschiedene Behandlung von Gesellschaftern ist auch eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung. Entscheidend ist, ob die begünstigten und nicht begünstigten Gesellschafter hinsichtlich des konkreten Regelungsgegenstandes vergleichbar sind. Dass man hier bereits auf Tatbestandsebene differenzieren muss, zeigt sich besonders deutlich im Kapitalgesellschaftsrecht. Bei GmbH und AG verknüpft das Gesetz die Ausübung von

220 BGHZ 164, 107, 112 f.

221 BGHZ 164, 107, 108.

222 Dazu näher BGHZ 116, 359, 368 ff.; aus der Literatur statt vieler *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 34 Rn. 46 ff; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 34 Rn. 25.

223 Vgl. BGHZ 116, 359, 374 ff.

224 BGHZ 164, 107, 116.

225 Dazu oben § 5 II 3 a).

„Hauptrechten“ (Anspruch auf Gewinn, Stimmrecht, Liquidationserlös) mit der Beteiligungsquote des Gesellschafters.²²⁶ Der Gleichbehandlungsmaßstab ist also nicht – wie im Personengesellschaftsrecht²²⁷ – die Person des Gesellschafters im Vergleich zu den Mitgesellschaftern, sondern sein Anteil am Grundkapital.²²⁸ Differenziert die Satzung innerhalb dieser Gruppe und sieht sie beispielsweise Aktien mit verschiedenen Rechten oder Vorzugsaktien ohne Stimmrecht vor (§§ 11, 12, 23 Abs. 3 Nr. 4 AktG),²²⁹ sind bezüglich dieser Rechte²³⁰ nur die Aktionäre innerhalb der jeweiligen Aktiengattung vergleichbar.²³¹ Davon muss man die Frage unterscheiden, ob die Entscheidung, diese Differenzierung überhaupt zu treffen, eine Ungleichbehandlung ist. Die Frage wird für nachträgliche Satzungsänderungen einheitlich bejaht,²³² während nach herkömmlicher Vorstellung im Gründungsstadium beschlossene Differenzierungen nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes fallen sollen.²³³ Handelt es sich dagegen um die sog. „Hilfsrechte“ (Teilnahmerecht, Rederecht, Informationsrechte), spielt die Höhe des investierten Kapitals keine Rolle.²³⁴ Aus Gründen des Minderheitenschutzes²³⁵ ist der Gleichbehandlungsmaßstab daher die jeweilige Person des Gesellschafters.²³⁶

Der Gleichbehandlungsmaßstab drückt aus, welche Gleichbehandlung grundsätzlich geboten ist – welche Gesellschafter vergleichbar sind – und ist daher streng von den sachlichen Gründen zu unterscheiden, die eine davon abweichende Ungleichbehandlung rechtfertigen.²³⁷ Wie bereits beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz herausgearbeitet wurde, ist die Vergleichbarkeit rein deskriptiv zu bestimmen, während die normativen Aspekte im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen sind.²³⁸ Diese Trennung wird vielfach nicht nachvollzogen. *Verse* nimmt beispielsweise die gesetzlichen Differenzierungen bei der Ausübung von Minderheitsrechten (vgl. § 122 AktG, § 50 GmbHG) zum Anlass, die Vergleichbarkeit von Aktionären, die das Quorum erfüllen, mit

226 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 228 f.

227 Zu den Unterschieden eingehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) aa).

228 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 50.

229 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 86.

230 Zutreffend *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 208, der hier zwischen dem jeweiligen Regelungsgegenstand der Maßnahme differenziert.

231 *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 22.

232 Vgl. statt aller *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 89 ff; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 23; zum schweizerischen Recht vgl. *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 33 f.

233 Dazu oben II 5 a (3); zum schweizerischen Recht vgl. *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 32 f.

234 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 52.

235 Zutreffend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d).

236 Statt aller *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 105; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 26; *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 125, 127.

237 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 199 f; vgl. jetzt auch *Seibt* in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 45a; weniger klar dagegen *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 105.

238 Siehe oben § 5 I 4 b).

den sonstigen Aktionären zu verneinen.²³⁹ Das ist in der Sache eine weitere Beschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die methodisch nicht geboten ist. Ich finde es dagegen überzeugend, die Ungleichbehandlung unter Verweis auf die gesetzliche Differenzierung zu rechtfertigen. Dem steht offensichtlich das Verständnis entgegen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz immer eine „besondere sachliche Rechtfertigung im Gesellschaftsinteresse“ verlange.²⁴⁰ Das ist ein folgenreiches Missverständnis.²⁴¹ Im Gesetz angelegte Differenzierungen vergleichbarer Aktionärsgruppen bilden ebenfalls sachliche Gründe. Diese These wird von der Entscheidung *Mannesmann* (1977) belegt.²⁴² Danach ist die im Wege der Satzungsänderung erfolgte Festlegung eines Höchststimmrechts (§ 134 Abs. 1 S. 2 AktG) zwar eine (substantiell) ungleiche Behandlung des Aktionärs, der diesen Höchstbetrag überschreitet. Die Ungleichbehandlung ist allerdings sachlich gerechtfertigt,²⁴³ weil „der Gesetzgeber die notwendige Abwägung zwischen den Belangen etwa betroffener Aktionäre und dem Interesse der Gesellschaft an einer Abwehr gefährlicher Machteinflüsse von innen oder außen vorweggenommen und diesem den Vorrang eingeräumt hat“²⁴⁴. Das Gesetz schreibt den Rechtfertigungsgrund vor. Der Rechtsanwender ist daran gebunden.²⁴⁵ Daran wurde in der Literatur erhebliche Kritik geübt.²⁴⁶ Sie kann nicht gegen die Methode gerichtet werden, aber bei der – hier nicht weiter zu verfolgenden – Frage ansetzen, ob das vom Bundesgerichtshof ermittelte Abwägungsergebnis wirklich zwingend im Gesetz angelegt ist.²⁴⁷

Die Bindung an gesetzgeberische Wertungen kann auch in die entgegengesetzte Richtung gehen. In diesen Fällen ist eine sachliche Rechtfertigung nach allgemeinen Maßstäben ausgeschlossen. Beispiele dafür sind im Aktienrecht die §§ 60 Abs. 1, 134 Abs. 1 S. 1, 186 Abs. 1 S. 1, 271 Abs. 2 AktG. Diese Vorschriften enthalten nach herkömmlicher Auffassung spezielle Gleichbehandlungsmaßstäbe und sollen daher dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in § 53a AktG vorgehen. Soweit sie jedoch Spielräume für abweichende Gestaltungen eröffnen, ergebe sich Raum für die Anwendung des § 53a AktG.²⁴⁸ Methodisch kann man dasselbe Ergebnis einfacher erreichen, indem man die Sondervorschriften als gesetzlich vorgeschriebene Rechtfertigungsmaßstäbe liest.

239 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 210.

240 Siehe *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 210.

241 Vgl. auch OLG Hamm NZG 2008, 914, 915, das § 53a AktG nicht anwenden will, weil § 101 Abs. 2 AktG die Ungleichbehandlung gesetzlich billige.

242 BGH BGHZ 70, 1977, 117.

243 BGH BGHZ 70, 1977, 117, 121 ff.; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 82; aA *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 24: Ausnahme.

244 So die Zusammenfassung der Position in BGHZ 71, 40, 45.

245 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 83.

246 Vgl. die Angaben bei *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 211.

247 *Hüffer* in: *Hüffer*, AktG, § 53a Rn. 11; genau daran setzt auch die Kritik von *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 212 ff an.

248 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 54; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 8.

Beispiel: Ein Aktionär wird ungleich behandelt iSv § 53a AktG, wenn ihm bei einer Kapitalerhöhung keine seinem Anteil entsprechenden neuen Aktien zugeteilt werden (§ 186 Abs. 1 S. 1 AktG). Die bei § 53a AktG grundsätzlich mögliche Rechtfertigung dieser Entscheidung mit sachlichen Gründen hat der Gesetzgeber in § 186 Abs. 1 S. 1 AktG abschließend vorgenommen und verneint. Wird das Bezugsrecht wirksam ausgeschlossen (§ 186 Abs. 3 AktG),²⁴⁹ entfällt die gesetzgeberische Interessenbewertung und die Ungleichbehandlung der Aktionäre bei der anschließenden Verteilung ist aufgrund sachlicher Gründe (§ 53a AktG) zu rechtfertigen.

(2) Arten der Ungleichbehandlung

Keine großen Probleme bereitet die Feststellung einer formalen Ungleichbehandlung: Die Maßnahme knüpft an eine Differenzierung in der Person des Gesellschafters oder an einzelne Anteile an.²⁵⁰ Erheblich mehr Probleme bereiten die sog. „materialen“ Ungleichbehandlungen. Das sind Maßnahmen, die zwar alle Gesellschafter formal gleich behandeln, sich aber im Ergebnis unterschiedlich stark auf die Gesellschafter auswirken.²⁵¹ Dazu zwei Beispiele:

In RGZ 68, 210 war über den Beschluss der Generalversammlung einer GmbH zu entscheiden, wonach die Quote zur Einberufung der Versammlung von 10 % auf 20 % der Anteile erhöht wurde. Das Landgericht war der Auffassung, dieser Beschluss sei ungültig, weil er gegen die Minderheitsgesellschafter gerichtet sei, die zusammen auf 12,25 % der Stimmen kamen. Das Reichsgericht sah darin einen richtigen Gedanken „falsch angewendet“. Bei „der Frage, wann die Gleichberechtigung verletzt ist, muß von den rein zufälligen Verhältnissen der Gesellschaft und der Gesellschafter abgesehen werden.“ Der Beschluss wäre nur dann unzulässig, „wenn er schon seinem Inhalte nach, ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände, die einzelnen ungleich treffe.“²⁵²

In RGZ 122, 159 beschloss die Gesellschafterversammlung mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafters eine Kapitalerhöhung und ließ die Übernahme dieser Anteile durch die Steinhandelsgesellschaft zu, die vom Mehrheitsgesellschafter kontrolliert wurde. Das Reichsgericht stellte fest, dass der „Beschluß an und für sich [...] nicht gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter“ verstieß. „Durch den Beschluß über die Zulassung der Steinhandelsgesellschaft ist gleichzeitig die Bezugsberechtigung des bisherigen Gesellschaftes ausgeschlossen worden. Der Ausschluß traf formell beide Gesellschafter gleichmäßig. Der Umstand, daß er mittelbar und wirtschaftlich dem [Mehrheitsgesellschafter] besondere Vorteile bringen mochte, weil er Hauptgesellschafter der Steinhandelsgesellschaft war, würde für sich allein die Gültigkeit des Beschlusses nicht in Frage stellen.“²⁵³

249 Dazu statt aller Hüffer in: Hüffer, AktG, § 186 Rn. 25 ff.

250 Statt aller Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 231 f und jüngst Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) bb) (1).

251 Siehe dazu vertiefend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) bb) (2).

252 RGZ 68, 210, 213. Heute würde der Fall anders gelöst, weil § 50 Abs. 1 GmbHG als zwingende Mindestgrenze angesehen wird, vgl. Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 50 Rn. 1 mwN.

253 RGZ 122, 159, 163.

Die These des Reichsgerichts, den Gleichbehandlungsgrundsatz auf formale Ungleichbehandlungen zu beschränken, ist mittlerweile überholt.²⁵⁴ In der Sache handelt es sich bei diesen Fällen um eine mittelbare Ungleichbehandlung. Geeignete Kriterien dafür zu finden, ob sich eine Entscheidung lediglich zwangsläufig unterschiedlich auswirkt oder ob sie einen oder mehrere Gesellschafter in ihrer Position als Gesellschafter besonders trifft, ist außerhalb des besonderen Nichtdiskriminierungsrechts besonders schwierig.²⁵⁵ Regelmäßig wird zwischen den in der Mitgliedschaft angelegten und den persönlichen, außerhalb der Gesellschaft liegenden Verhältnissen unterschieden.²⁵⁶ Soweit sich die Maßnahme auf die Rechtsposition des Gesellschafters nachteilig auswirkt, liegt in der Regel eine materielle Ungleichbehandlung vor.²⁵⁷ Beispiele dafür sind der Stimmrechtsausschluss in RGZ 122, 159 und die Kapitalherabsetzung mit der Zusammenlegung von Aktien, wie sie im *Hilgers-Fall* exerziert wurde.²⁵⁸

Die Hauptversammlung beschloss eine Kapitalherabsetzung auf Null mit anschließender Kapitalerhöhung. Der Nennbetrag von Alt- und Neuaktien betrug 50 DM, wobei den ursprünglichen 138.600 Aktien nur mehr 2310 neue Aktien gegenüberstanden. Der Beschluss hatte zur Folge, dass eine neue Aktie nur von Aktionären gezeichnet werden konnte, die 60 Altaktien im Gesamtwert von 3.000 DM innehaben. Das führte wegen der vorhandenen Aktionärsstruktur zur Ungleichbehandlung von Kleinaktionären, weil diese aus der Gesellschaft ausscheiden mussten. Hätte man stattdessen den gesetzlichen Mindestbetrag von 5 DM gewählt, hätten sechs alte Aktien genügt und die Kleinaktionäre hätten Anteilseigner bleiben können.

Bei faktischen Beeinträchtigungen wird man danach fragen müssen, ob sie im Einzelfall dem Gewicht einer rechtlichen Beeinträchtigung gleichkommen.²⁵⁹ Das war im Fall RGZ 88, 220 zu bejahen:

*Mit Satzungsänderung wurde in den Gesellschaftsvertrag einer GmbH eine Klausel aufgenommen, nach der sich Gesellschafter, die an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt sind, bei Ausübung ihrer Gesellschafterrechte von einem anderen Gesellschafter vertreten lassen müssen. Der Beschluss erging, nachdem ein zwischen dem früheren geschäftsführenden Gesellschafter und der GmbH vereinbartes Wettbewerbsverbot erloschen war.*²⁶⁰

254 Vgl. BGH BGHZ 70, 1977, 117, 120 f.; näher Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 64 ff; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 232 ff mwN.

255 Näher Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 234 ff.

256 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 190 ff; Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 67; Drygala in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 22 f; vgl. auch BGH NZG 2005, 722, 724, wo eine Umwandlung einer AG in eine GmbH & Co KG im steuerlichen Interesse der Mehrheitsgesellschafterin war.

257 Siehe die im Einzelnen differierenden Vorschläge bei Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 242 f; Michalski in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 125 und Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) bb).

258 BGHZ 142, 167. Der Bundesgerichtshof hat den Fall allerdings nicht über den Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern über die Treupflicht gelöst; dazu weiterführend Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 43 ff.

259 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 243 f.

260 RGZ 88, 220 f.

Nach Lage des Falles war die Regelung ersichtlich auf diesen Gesellschafter gemünzt. Obwohl der Gesellschafter dem Vertretungsgebot hätte ausweichen können, wenn er den Wettbewerb eingestellt hätte, liegt eine unzumutbare faktische Beeinträchtigung und damit eine materielle Ungleichbehandlung vor.²⁶¹

Eine zumutbare faktische Beeinträchtigung ist es dagegen, wenn ein Aktionär an einer beschlossenen Kapitalerhöhung aus finanziellen Mitteln nicht partizipieren kann.²⁶² Hier ist der Gesellschafter nicht als Verbandsmitglied, sondern „in seinen persönlichen Verhältnissen und eigenverantwortlich betroffen.“²⁶³ Zusammenfassend liegt eine mittelbare Ungleichbehandlung vor, wenn eine Maßnahme einen qualifiziert unterschiedlichen Effekt auf verschiedene Gruppen von Gesellschaftern aufweist. Die auch mit diesem Begriff verbundenen Unschärfen und Abgrenzungsschwierigkeiten lassen sich nicht vermeiden, wenn man Ungleichbehandlungen effektiv bekämpfen möchte.²⁶⁴

c) Sachliche Rechtfertigung

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet nach traditioneller Auffassung nur eine willkürliche, also sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter.²⁶⁵ Diese Formel ermöglicht dem Rechtsanwender eine flexible Handhabung des Gleichbehandlungsgrundsatzes:²⁶⁶ Welche Differenzierungen jeweils sachlich gerechtfertigt sind und welche willkürlich sind, steht nicht fest, sondern unterliegt jeweils zeitgenössischen Verständnissen.²⁶⁷ Dennoch ist diese Formel zu unpräzise, weil sie keinen Entscheidungsmaßstab vorgibt, an dem sich der sachliche Grund messen lassen muss.²⁶⁸ Zugleich trifft sie keine Aussagen zur Kontrolldichte. Daher ist eine Konkretisierung notwendig. Dazu bieten sich zwei Ansätze an: In der aktienrechtlichen Literatur wird ganz überwiegend eine Parallele zur substantiellen Beschlusskontrolle gezo-

261 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 193; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 243.

262 Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 67.

263 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) bb) (2).

264 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 107 f, 244.

265 BGHZ 33, 175, 186 (im Anschluss an Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 340, 182 ff); BGHZ 116, 359, 373; BGHZ 120, 141, 150; ähnlich auch BGHZ 164, 107, 112; aus der Literatur Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 427; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, 464; Raiser in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 106; Seibt in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 45; Hadding/Kießling in: Soergel, § 705 Rn. 65; Märten in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 109 Rn. 27; Westermann in: Erman, § 705 Rn. 39; Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 13 Rn. 60; Ulmer in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 245; Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 32; Schöne in: Bamberger/Roth, BGB, § 705 Rn. 108.

266 Hütte, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, 2003, 68.

267 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 183.

268 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 281 f; aus anderen Gründen kritisch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) cc) (2).

gen.²⁶⁹ Interessanter ist der zweite Ansatz, der eine im Ergebnis vergleichbare Prüfungsdichte erreicht, indem man sich an der Prüfungsstruktur des Art. 3 Abs. 1 GG²⁷⁰ orientiert. Wie bereits beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsatz werden die dort geltenden Anforderungen auf den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz übertragen.²⁷¹ Die in der Begründung zu § 53a AktG hervorgehobene Strukturähnlichkeit beider Normen²⁷² bietet dafür einen methodischen Anhaltspunkt.

(1.) Danach muss mit der Differenzierung ein legitimer Sachgrund verfolgt werden. Darunter fallen grundsätzlich alle Belange, deren Verwirklichung im Interesse der Gesellschaft liegt. Das Gesellschaftsinteresse leitet sich nach traditionellem Verständnis ausschließlich aus dem von den Gesellschaftern gesetzten Verbandszweck ab und wird vom Unternehmensgegenstand begrenzt.²⁷³ Darunter lassen sich auch die Ziele der Gewinn- oder Marktwertmaximierung²⁷⁴ der Gesellschaft fassen.²⁷⁵ Umstritten, aber im Ergebnis zu bejahen, ist die Frage, ob daneben auch das Unternehmensinteresse ein sachlicher Grund sein kann.²⁷⁶ Damit kann man ein heterogenes Bündel von Interessen zusammenfassen, das neben dem Gesellschaftsinteresse auch andere Interessen, beispielsweise die der Arbeitnehmer oder öffentliche Interessen, einbezieht.²⁷⁷ Der Gesellschaft und ihren Organen kommt diesbezüglich eine Einschätzungsprärogative zu. Es ist insoweit nicht die Aufgabe der Gerichte, die eigene wirtschaftliche Beurteilung nachträglich an die Stelle einer in unternehmerischer Verantwortung beschlossenen, sachlich abgewogenen Entscheidung zu setzen.²⁷⁸ Voraussetzung für das unternehmerische Ermessen ist eine von Verantwortungsbewusstsein getragene, ausschließlich am Unternehmenswohl orientierte, auf sorgfältiger Ermittlung der

269 Lutter/Zöllner in: Kölner Komm. AktG, § 53a Rn. 13 ff; Tettinger, Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss, 2003, 93 f; Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 70 ff; Bungeroth in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 15; Hüffer in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 10; anders jetzt Drygala in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 9 f; vertiefend zum Ganzen Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 283 ff.

270 Dazu bereits oben § 5 I 4 c).

271 Bungeroth in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 15; Michalski in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 123; ergänzend auch Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 286.

272 BT-Drs. 8/1678, S. 13.

273 Grundlegend Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 23 ff; aus jüngerer Zeit vgl. Tettinger, Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss, 2003, 77 ff; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 253 ff (jeweils mwN).

274 Dazu Mühlert, ZGR 1997, 129, 156 ff.

275 Näher Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 256 ff, der die Frage verneinen möchte, vgl. S. 268 ff.

276 Zum Meinungsstand näher Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 264 ff.

277 So die Definition bei Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 254; grundlegend auch hier Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 73 ff; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 625 ff; kritisch Mühlert, ZGR 1997, 129, 147 ff.

278 BGHZ 71, 40, 49 f (zur materiellen Beschlusskontrolle).

Entscheidungsgrundlagen beruhende unternehmerische Entscheidung.²⁷⁹ Als Entscheidungsmaßstab kann danach die sog. *business judgment rule* herangezogen werden,²⁸⁰ die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert wurde.²⁸¹

(2.) Die Entscheidung muss ihrerseits verhältnismäßig sein. Es genügt nicht, dass die betreffende Maßnahme im Gesellschafts- oder Unternehmensinteresse ist.²⁸² Es besteht kein nachweisbarer Zusammenhang, dass eine Entscheidung im Interesse der Gesellschaft zugleich auch im Interesse *aller* Gesellschafter ist.²⁸³ Das zu verfolgende Ziel darf nicht auf einem gleichheitsneutralen Weg ebenfalls erreicht werden können. Vielmehr muss es gerade die Ungleichbehandlung verlangen.²⁸⁴ Das setzt voraus, dass die Ungleichbehandlung (a) geeignet ist, das Gesellschafts- oder Unternehmensinteresse auch tatsächlich zu erreichen und sie muss (b) dazu auch erforderlich sein. Erforderlich ist sie, wenn kein schonenderes gleichheitsfreundliches Mittel zur Verfügung steht, das den angestrebten Zweck mindestens ebenso gut erreichen kann.²⁸⁵ Ein Beispiel für eine schonendere Maßnahme findet sich in der *Hilgers*-Entscheidung:²⁸⁶ Es wäre für die mittelbar ungleich behandelten Kleinaktionäre schonender gewesen, wenn der Nennbetrag der neuen Aktien auf den gesetzlichen Mindestbetrag von 5 DM statt 50 DM festgelegt worden wäre. Der Hauptversammlungsbeschluss war insoweit nicht erforderlich und verstieß daher gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁸⁷ Weil die Geschäftsleitung einen Spielraum zur Ausübung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit benötigt, kommt ihr ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Eignung zur Zielerreichung der ungleich behandelnden Maßnahme zu.²⁸⁸ Die Ungleichbehandlung muss (c) auch angemessen (verhältnismäßig i.e.S.) sein. Der Verbandszweck, das daraus abgeleitete Gesellschaftsinteresse und u. U. das Unternehmensinteresse bleiben für die Rechtfertigung maßgeblich. Diese Interessen müssen dann von solchem Gewicht sein, dass sie in angemessenem Verhältnis zu den Interessen der benachteiligten Gesellschafter stehen.²⁸⁹ Nach ganz überwiegender Meinung kann die Ungleichbehandlung nicht mit einem angemessenen Ausgleich nach § 243 Abs. 2 S. 2 AktG gerechtfertigt werden.²⁹⁰ Nach klassischer

279 Vgl. BGHZ 135, 244, 253 – *ARAG/Garmenbeck*; BGHZ 136, 133, 139 f – *Siemens/Nold*.

280 Zu den Einzelheiten *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 272 ff.

281 Dazu statt aller *Spindler* in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 35 ff mwN.

282 AA *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, 186 ff, 80 ff, 122 ff.

283 *Schockenhoff*, Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluss, 1988, 30 ff.

284 *Tettinger*, Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss, 2003, 93 f; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 286 f.

285 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 292 f.

286 Dazu bereits oben § 5 II 4 b) (2).

287 Zutreffend *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 293.

288 Überzeugend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) cc) (4).

289 Vertiefend zur notwendigen Strukturierung der Abwägung *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 293 ff.

290 Dazu *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 308 ff mit Nachweisen zum Streitstand.

Auffassung rechtfertigt eine einseitig erklärte und der Gesellschaft zugewandene Verzichtserklärung die konkret vorliegende Ungleichbehandlung.²⁹¹ Die Wirksamkeit des situationsbezogenen Einzelverzichts hängt allerdings davon ab, dass der unverzichtbare Kernbereich ihrer Mitwirkungsrechte dadurch nicht berührt wird.²⁹²

5. Exkurs zur Wohnungseigentümergeinschaft

a) Einordnung der Wohnungseigentümergeinschaft

In der Vergangenheit wurde die Wohnungseigentümergeinschaft wegen §§ 1 Abs. 2 und 10 Abs. 2 S. 1 WEG von der überwiegenden Auffassung als eine besonders ausgestaltete Bruchteilsgemeinschaft konzipiert.²⁹³ Davon muss man sich verabschieden, seit der Bundesgerichtshof die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft festgestellt²⁹⁴ und der Gesetzgeber diese in § 10 Abs. 6 WEG positiv angeordnet hat.²⁹⁵ Dabei ist mit der herrschenden Auffassung zwischen den „Wohnungseigentümern“ (Miteigentümergeinschaft am Gemeinschaftseigentum iSd §§ 741 ff, 1008 ff BGB) einerseits und dem Verband „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ (§ 10 Abs. 6 S. 1 BGB) andererseits zu unterscheiden: Mit dem – rechtsfähigen – Verband und der – nicht rechtsfähigen – Miteigentümergeinschaft existieren zwei verschiedene Zuordnungsobjekte von Rechten und Verbindlichkeiten.²⁹⁶ Der Verband „Wohnungseigentümergeinschaft“ vereint Elemente verschiedener Verbandstypen in sich, ohne insgesamt einem von ihnen anzugehören. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist „eine Personenmehrheit, die durch Gesetz zu einer Organisation zusammengefasst ist“.²⁹⁷ Der Bundesgerichtshof sieht in ihr daher einen rechtsfähigen Verband *sui generis*.²⁹⁸ Im Gegensatz zu anderen Verbänden ist ihr Zweck nicht frei vereinbar oder gegenüber dem gesetzlichen Leitbild abänderbar. Sie bleibt auf

291 Grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 260; Drygala in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 33; vgl. dazu jetzt Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 320 ff.

292 Vgl. Ulmer in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 247.

293 Siehe BGHZ 150, 109, 114 mwN; aus der Literatur statt vieler den Überblick über den Streitstand bei Rapp in: Staudinger, Einl. zum WEG Rn. 2 ff, 23 ff.

294 BGHZ 163, 154, 158 ff; grundlegend bereits Bärmann, Die Wohnungseigentümergeinschaft, 1986, 215 ff; Bärmann, NJW 1989, 1057, 1060 ff.

295 Vertiefend dazu Wenzel, ZWE 2006, 2 ff; Fauser, Die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft nach neuem WEG, 2007, 7 ff; Commichau in: MünchKomm-BGB, Vor § 1 WEG Rn. 55 ff.

296 BGH NJW-RR 2007, 955 Rn. 10; siehe auch BGHZ 163, 154, 177; Dötsch in: Timme, WEG, § 10 Rn. 369 ff; Hügel in: Bamberger/Roth, BGB, § 10 WEG Rn. 4 f, jeweils mwN; Bassenge in: Palandt, Einl. WEG Rn. 5; aA beispielsweise Armbrüster, ZWE 2006, 470, 471 f; Wenzel, ZWE 2006, 462, 463 f.

297 Bärmann, Die Wohnungseigentümergeinschaft, 1986, 209.

298 BGHZ 163, 154, 172; vertiefend dazu Fauser, Die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft nach neuem WEG, 2007, 243 ff.

Verwaltungsfunktionen im Innern, insbesondere das Finanz- und Rechnungswesen, und die Erleichterung des Rechtsverkehrs nach außen beschränkt.²⁹⁹ Auch die Legitimation der Verbandsmitgliedschaft des Miteigentümers unterscheidet sich von den sonstigen Verbänden.³⁰⁰ Die Mitgliedschaft wird kraft Gesetzes erworben. Mit dem dinglichen Rechtserwerb (§§ 3, 8 WEG) wird jeder Wohnungseigentümer automatisch Zwangsmitglied im Verband.³⁰¹ Zwischen den Mitgliedern einer Wohnungseigentümergeinschaft untereinander und im Verhältnis zum Verband besteht eine schuldrechtliche Sonderverbindung kraft Gesetzes.³⁰²

b) Gleichberechtigungsprinzip im Recht der Wohnungseigentümergeinschaft

Das Prinzip der *Gleichberechtigung*³⁰³ aller Wohnungseigentümer ist im Recht der Wohnungseigentümergeinschaft Strukturmerkmal des rechtsfähigen Verbandes und der nicht rechtsfähigen Miteigentümergeinschaft. Das kommt exemplarisch in der grundsätzlich gleichberechtigten (quotalen) Verteilung von Nutzungen (§ 16 Abs. 1 WEG) und Lasten (§ 16 Abs. 2 WEG) des gemeinschaftlichen Eigentums zum Ausdruck. Nach dem Vorbild der Bruchteilsgemeinschaft (§ 743 Abs. 2 BGB) ist jeder Wohnungseigentümer zum gleichen Gebrauch des Gemeinschaftseigentums berechtigt (§ 13 Abs. 2 WEG).³⁰⁴ Von dem Gleichberechtigungsprinzip ist nach hier vertretener Auffassung der eigentliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu unterscheiden.³⁰⁵ In der Praxis des Wohnungseigentumsrechts ist die Geltung des Gleichberechtigungsprinzips im Ergebnis anerkannt.³⁰⁶ Dabei wird es nicht als eigenständige Schranke der Verbandsmacht aufgefasst, sondern als Anwendungsfall der im WEG angeordneten Grenzen der Mehrheitsherrschaft verstanden: Mehrheitlich darf nur entschieden werden, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, der in die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümerversammlung fällt (§ 23 Abs. 1 WEG)³⁰⁷ oder soweit vorher einstimmig vereinbart wurde, dass auch über außerhalb davon liegende Gegenstände beschlossen werden darf.³⁰⁸ Das Gesetz beschränkt daher die Mehrheitsmacht auf bestimmte Bereiche und jeder Eigentümer darf darauf vertrauen, dass sein Wohnungseigentum im Übrigen mehrheitsfest ist.³⁰⁹ Mit der Beschränkung des Rege-

299 BGHZ 163, 154, 172.

300 Fauser, Die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft nach neuem WEG, 2007, 208 f., 222 f., 244 f.

301 Dötsch in: Timme, WEG, § 10 Rn. 7.

302 BGHZ 163, 154, 175; BGH NZM 2007, 88 Rn. 8.

303 Dazu oben § 5 II 1 b).

304 Commichau in: MünchKomm-BGB, § 13 WEG Rn. 25.

305 Siehe oben § 5 II 1 b).

306 Vgl. BGHZ 139, 288, 296; Bub in: Staudinger, § 21 WEG Rn. 82.

307 Dazu BGHZ 145, 158, 166; näher Bub in: Staudinger, § 23 WEG Rn. 112 ff; Commichau in: MünchKomm-BGB, § 10 WEG Rn. 47 ff; Steinmeyer in: Timme, WEG, § 23 Rn. 141 ff.

308 BGHZ 145, 158, 167.

309 BGHZ 145, 158, 166.

lungsgegenstandes (§§ 23 Abs. 3, 15 Abs. 2 WEG) sichert das Gesetz die gleiche Berechtigung aller Wohnungseigentümer am gemeinschaftlichen Eigentum. Hat die Wohnungseigentümerversammlung beispielsweise einen im Gemeinschaftseigentum stehenden Vorgarten einem Eigentümer zur Nutzung als Freischankfläche seiner Gaststätte mehrheitlich zugewiesen, ist dieser Beschluss nichtig (§ 23 Abs. 4 S. 1 WEG), weil die Zuweisung nicht mehr zum ordnungsgemäßen Gebrauch (§ 15 Abs. 2 WEG) zählt.³¹⁰ Die Zuweisung der Sondernutzung schließt alle übrigen Miteigentümer vom Mitgebrauch vollständig aus. Dieser Eingriff in die gleiche Berechtigung (§ 13 Abs. 2 WEG) bedarf einer einstimmigen Vereinbarung.³¹¹

c) Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Schließlich darf ein Beschluss der Mehrheit „dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen“ nicht widersprechen (§§ 23 Abs. 4, 15 Abs. 3 WEG). Darauf stützt sich der Bundesgerichtshof, um die gleiche Behandlung der Wohnungseigentümer sicherzustellen.³¹² Das ist methodisch denselben Einwänden ausgesetzt, wie die Verankerung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in § 315 BGB,³¹³ des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in § 242 BGB³¹⁴ oder des bruchteilsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in § 745 Abs. 2 BGB³¹⁵. Stattdessen plädiere ich dafür, im Wohnungseigentumsrecht den verbandsrechtlichen bzw. den bruchteilsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz anzuwenden. Die jüngst erfolgte verbandsrechtliche Konzeption der Wohnungseigentümergeinschaft legt es nahe, den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Schranke der Verbandsmacht einzusetzen. Dafür spricht insbesondere die vom Bundesgerichtshof hervorgehobene Parallele in der Willensbildung zwischen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und dem Recht der Kapitalgesellschaften.³¹⁶ In den Fällen, in denen die Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung nicht als Organ des Verbandes handeln, sondern Beschlüsse für die daneben bestehende Bruchteilsgemeinschaft treffen, scheidet diese Möglichkeit aus. Hier greift dann der bruchteilsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.

310 BGHZ 145, 158, 167 f.

311 *Bassenge* in: Palandt, § 13 WEG Rn. 10.

312 BGHZ 139, 288, 296.

313 Siehe oben § 5 I 3.

314 Siehe oben § 5 II 3 b).

315 Siehe oben § 5 II 1 b).

316 BGHZ 163, 154, 172.

d) Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes lässt sich schön an einem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall exemplifizieren:³¹⁷

E ist Saxophonspieler und Wohnungseigentümer einer Wohnanlage in Marbach. Die Eigentümerversammlung beschließt gegen seine Stimme mehrheitlich eine Hausordnung, in der folgende Regelung enthalten ist: „Das Singen und Musizieren ist nur von 8 Uhr bis 12 Uhr und von 14 Uhr bis 20 Uhr und nur in nicht belästigender Weise und Lautstärke gestattet. Rundfunk- und Fernsehgeräte, Plattenspieler usw. dürfen nur in der Lautstärke betrieben werden, daß die Mitbewohner nicht belästigt werden. In Fällen schwerer Erkrankung eines Hausbewohners ist dies nur in Zimmerlautstärke gestattet. Nähmaschinen sind auf schalldämpfende Unterlagen zu stellen. Alle unnötigen Geräusche, z.B. das Zuwerfen von Türen und störendes Treppenlaufen sind im Interesse der Hausbewohner zu vermeiden.“ E beantragt, den Beschluss für ungültig zu erklären, §§ 43 Nr. 4, 23 Abs. 4 S. 2 WEG.

Der Beschluss fällt in die Kompetenz der Wohnungseigentümerversammlung nach §§ 23 Abs. 1, 15 Abs. 2 WEG. Er regelt den ordnungsgemäßen Gebrauch des Sondereigentums. Die konkrete Festlegung der Ruhezeiten liegt grundsätzlich innerhalb des im Rahmen des Selbstorganisationsrechts der Wohnungseigentümergeinschaft bestehenden Ermessensspielraums. Obwohl das Musizieren innerhalb der eigenen Wohnung Bestandteil eines sozial üblichen Verhaltens ist und zur Zweckbestimmung der Wohnanlage zählt, darf es auf bestimmte Zeiten und einen bestimmten Umfang beschränkt, nur nicht insgesamt verboten werden.³¹⁸ Die Regelung leidet aber unter einem inhaltlichen Mangel, weil sie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. Das sieht der Bundesgerichtshof im Ergebnis ähnlich, auch wenn er sein Ergebnis nicht damit, sondern mit § 21 Abs. 3 WEG begründet:

„Ihr Selbstorganisationsrecht geht nicht so weit, durch Mehrheitsbeschluß einzelne Störer gegenüber anderen ohne sachlichen Grund zu bevorzugen. Die Gebrauchsregelung darf nicht willkürlich sein, sondern muß in den Grenzen des billigen Ermessens unter Beachtung des Gebots der allgemeinen Rücksichtnahme in Abwägung der allseitigen Interessen erfolgen; andernfalls ist Einstimmigkeit erforderlich.“³¹⁹

Die Regelung in S. 1 ist für sich genommen keine formale Ungleichbehandlung, weil sie einheitlich für alle Wohnungseigentümer gilt. Ob darin eine – grundsätzlich ebenfalls relevante³²⁰ – mittelbare Ungleichbehandlung von Wohnungseigentümern liegt, die Musiker sind, kann dahinstehen. Dass die Regelung zwischen Musikern und Nicht-Musikern formal differenziert, ergibt sich im Vergleich von S. 1 mit S. 2. Die Regelung behandelt verschiedene Geräuschquellen hinsichtlich

317 Nach BGHZ 139, 288.

318 BGHZ 139, 288, 293 f.

319 BGHZ 139, 288, 296.

320 Siehe oben § 5 II 4 b).

der Ruhezeiten formal unterschiedlich.³²¹ Die Ungleichbehandlung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die Regelung lässt sich zwar auf einen legitimen Grund stützen. Die anderen Hausbewohner haben ein schützenswertes Interesse daran, dass es verbindliche Ruhezeiten gibt, in denen Geräusche, die von einer Wohnung nach außen dringen können, unterbleiben. Die Differenzierung nach Geräuschquellen in S. 1 und S. 2 der Regelung ist allerdings schon nicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen: „Vom Schutzzweck der Anordnung einer Ruhezeit her macht es keinen Unterschied, ob die Mitbewohner in der Ruhezeit durch die Ausübung oder das Anhören von vokaler oder instrumentaler Musik bzw. durch lautstarke Wortsendungen gestört werden.“³²² Der Beschluss ist daher teilweise unwirksam. Das führt zur Unwirksamkeit der gesamten Regelung, § 139 BGB analog.³²³

III. Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht

1. Gleichbehandlung als Instrument des Anleger- und Institutionenschutzes

Obwohl man eine allseits anerkannte Antwort auf die Frage: Was ist Kapitalmarktrecht?¹ nicht gefunden zu haben scheint,² ist man sich über die Aufgaben und Ziele des Kapitalmarktrechts im Wesentlichen einig. Es dient dem Funktionsschutz der Kapitalmärkte und dem Anlegerschutz.³ Deshalb wird „Kapitalmarktrecht“ hier als investorenbezogenes und anlegerschützendes Transaktionsrecht⁴ der Primär- und Sekundärmärkte des Kapitalmarkts verstanden. Anlegerschutz ist eine Querschnittsmaterie:⁵ Der Anleger handelt im Regelungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt.⁶ Man kann den Kapitalmarkt als System auffassen, in dem die Verbände als Kapitalnachfrager, die Anleger als Kapitalanbieter und Finanzinstitute als Marktintermediäre agieren. Die Verbände bilden gleichzeitig Subsysteme, in die die Anleger ein- und austreten können. Der Anleger ist daher sowohl Akteur in der Ordnung des Markts als auch – jedenfalls potentieller Akteur im Subsystem „Verband“. Der Wechsel vom Markt in das Subsystem Verband oder der Wechsel zwischen einzelnen Verbandssystemen erfolgt jeweils über den Markt. Dabei sind Schnittstellen zu passieren, an denen

321 So BGHZ 139, 288, 296.

322 BGHZ 139, 288, 296.

323 Zur Begründung BGHZ 139, 288, 297 f.

1 Dazu instruktiv *Fleischer*, ZIP 2006, 451, 458 f.

2 Dazu näher *Merkt/Rosbach*, JuS 2003, 217; *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 2009, Rn. 4 ff.

3 Grundlegend *Hopt*, ZHR 141 (1977), 389, 431; näher *Merkt/Rosbach*, JuS 2003, 217, 220; *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 2009, Rn. 7 ff.; zur Entwicklung des Kapitalmarktrechts siehe *Hopt*, WM 2009, 1873 ff mwN.

4 Vgl. *Fleischer*, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, F 14.

5 Dazu *Fleischer*, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, F 20 f.

6 Grundlegend dazu und zum Folgenden *Kalss*, Anlegerinteressen, 2001, 1 ff.

für den Anleger besondere Gefahrenlagen kumulieren. Damit sind vor allem die beiden kapitalmarktrechtlichen „Urkonflikte“ gemeint: das Informationsungleichgewicht zwischen den Emittenten, Finanzintermediären und Anlegern und die vorhandenen Interessenkonflikte der Marktteilnehmer in dieser vielgliedrigen Kette.⁷

Im Kapitalmarktrecht finden sich zahlreiche spezialgesetzliche Gleichbehandlungspflichten der Marktteilnehmer.⁸ Sie lassen sich grob in vier Gruppen einteilen:⁹ (1.) Gleichbehandlungspflichten von Wertpapieremittenten, (2.) auf Gleichbehandlung zielende Informationspflichten der Marktakteure, (3.) Gleichbehandlungspflichten der Finanzintermediäre und (4.) Gleichbehandlungspflichten gegenüber den Anteilseignern bei Unternehmensübernahmen. Diese unterschiedlichen Gleichbehandlungspflichten lassen sich auf einen gemeinsamen Nenner zurückführen: Sie sind Instrumente, um die Informationsasymmetrien und die vorhandenen Interessenkonflikte unter den verschiedenen Marktakteuren abzumildern.¹⁰ Die rechtzeitige Bekanntgabe zuverlässiger und umfassender Informationen über Wertpapieremittenten baut bestehende Informationsasymmetrien zwischen den Marktakteuren¹¹ ab, stärkt das Vertrauen der Anleger nachhaltig und dient damit dem Anlegerschutz sowie der Markteffizienz.¹² Informationelle Gleichbehandlungspflichten der Emittenten und Finanzintermediäre sind ein Mittel zur Verringerung bestehender Informationsungleichgewichte zu Lasten der Anleger. Die Gleichbehandlung von Anlegern bei Unternehmensübernahmen kann dazu beitragen, die Externalisierung von Übernahmekosten einer Transaktion zu Lasten einer Minderheit zu verhindern. Schließlich adressieren rechtlich sanktionierte Gleichbehandlungspflichten das empirisch nachweisbar vorhandene Vertrauen¹³ der Anleger auf faire Behandlung – und damit auf gleiche Partizipation an Chancen und Risiken.¹⁴ Das Vertrauen der Anleger ist ein zentraler ökonomischer Faktor funktionierender Kapitalmärkte.¹⁵ Damit sichert die Rechtsordnung primär die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts insgesamt

7 Fleischer, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, F 22 ff.

8 Dazu im Überblick Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 146 ff; Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 66 ff und jüngst Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III.

9 Etwas anders die Einordnung bei Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III.

10 Einzelheiten bei Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 47 ff.

11 Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, 192 f; grundlegend zur Ökonomik des Vertrauens in principal-agent-Beziehungen mit Informationsasymmetrien auch Rippenberger, Ökonomik des Vertrauens, 63 ff.

12 Vgl. Erwägungsgrund (1) RL 2004/109/EG.

13 Dazu näher Jolls/Sunstein/Thaler, 50 Stan. L. Rev. 1471, 1489-97 (1998); Ockenfels, Fairneß, Reziprozität und Eigennutz, 1999, 5 ff.

14 Vgl. Begründung zum 2. Finanzmarktförderungsgesetz, BT-Drs. 12/6679, S. 33: „Das Vertrauen der Anleger beruht insbesondere auf der Zusicherung, daß sie gleichbehandelt und gegen die unrechtmäßige Verwendung einer Information geschützt werden.“ Näher Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 169 f.

15 Grundlegend Rippenberger, Ökonomik des Vertrauens, 63 ff.

und dadurch auch den Schutz des einzelnen Anlegers.¹⁶ Diese Aufgabe teilen sich die kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten mit den allgemein vertragsrechtlichen,¹⁷ verbandsrechtlichen¹⁸ und wettbewerbsrechtlichen¹⁹ Gleichbehandlungsgrundsätzen. Überschneidungen sind möglich. Ein Beispiel dafür ist die Emission neuer Aktien. Die Aktiengesellschaft ist in diesem Fall verbandsrechtlich nach §§ 53a, 186 Abs. 1 AktG und als Emittent kapitalmarktrechtlich nach § 30a Abs. 1 WpHG zur Gleichbehandlung der Aktionäre verpflichtet.²⁰ Ein wesentlicher Unterschied zwischen verbandsrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten ist der jeweilige Geltungsgrund. Während im Gesellschaftsrecht der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz anerkannt ist und in § 53a AktG nur eine spezialgesetzliche Ausprägung erfahren hat,²¹ verhält es sich im Kapitalmarktrecht entgegengesetzt: Es gibt zahlreiche einzelgesetzliche Verankerungen. Kontrovers wird dagegen diskutiert, ob diese Ausdruck eines allgemeinen kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sind.²²

2. Gleichbehandlungspflichten von Wertpapieremittenten

a) Geltungsgrund

Das kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungsgebot im Unionsrecht geht zurück auf die Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen²³ der Kommission aus dem Jahr 1977,²⁴ die allerdings keine bindende Rechtsquelle sind.²⁵ Als solche wurden Gleichbehandlungspflichten im Kapitalmarktrecht erstmals in der

16 Eingehend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 2.

17 Dazu näher unten § 5 IV 2; zur Abgrenzung näher Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 138 und Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 162 f.

18 Siehe oben § 5 II.

19 Dazu näher unten § 5 IV. Zur Abgrenzung von § 20 GWB wegen der beim privaten Anleger fehlenden Unternehmenseigenschaft siehe Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 138.

20 Mühlert in: Assmann/Schneider, WpHG, § 30a Rn. 7.

21 Dazu oben § 5 II 3 b).

22 Dazu gleich unten § 5 III 6.

23 Empfehlung 77/534/EWG der Kommission v. 25.7.1977 betreffend europäische Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen, ABl. L 212 v. 20.8.1977, S. 37.

24 Dazu Reul, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991, 6 ff.

25 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – Audiolum S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG = Slg. 2009, I-9823 Rn. 45; Habersack/Tröger, NZG 2010, 1, 5.

Richtlinie 79/279/EWG (Börsenzulassungsrichtlinie)²⁶ verankert und finden sich mittlerweile²⁷ in Art. 17 Abs. 1 der Transparenzrichtlinie:²⁸

„Ein Emittent von Aktien, die zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, muss allen Aktionären, die sich in der gleichen Lage befinden, die gleiche Behandlung sicherstellen.“

Deutschland hat diese Gleichbehandlungspflichten seit 2007 in § 30a WpHG umgesetzt.²⁹ Danach müssen³⁰

„Emittenten, für die die Bundesrepublik Deutschland der Herkunftsstaat ist, [...] sicherstellen, dass alle Inhaber der zugelassenen Wertpapiere unter gleichen Voraussetzungen gleich behandelt werden“.

b) Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung

(1) Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgebots in Art. 17 der Transparenzrichtlinie ist auf „ganz bestimmte Sachlagen“ beschränkt:³¹ Die Aktionäre einer Gesellschaft sind nach Art. 1 der Richtlinie nur in *informationeller* Hinsicht gleich zu behandeln. Mit der Gleichbehandlungspflicht soll die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts gewährleistet werden, indem sämtliche Marktteilnehmer die Möglichkeit erlangen, sich rasch und gleichzeitig über preisrelevante Faktoren zu informieren.³² Die Richtlinie verfolgt insoweit also ein Konzept der informationellen Gleichbehandlung. Dieses basiert auf der Überlegung, dass Informationen über das Unternehmen die Grundlage der Handlungs-

26 Art. 4 Abs. 2 iVm Schema C Nr. 2 (A) der Richtlinie 79/279/EWG zur Koordinierung der Bedingungen für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse, ABl. L 66 v. 16.3.1979, S. 21.

27 Nach vorübergehender Aufnahme in Art. 65 Richtlinie 2001/34/EG über die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Börsennotierung und über die hinsichtlich dieser Wertpapiere zu veröffentlichenden Informationen, ABl. L 184 v. 6.7.2001, S. 1 (Börsenrechtsrichtlinie).

28 Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 390 v. 31.12.2004, S. 38; vgl. dazu EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 10-13.

29 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz – TUG) v. 5.1.2007, BGBl. I S. 10.

30 Näher *Bachmann*, FS Eberhard Schwark, 2009, 344.

31 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 42; GA Trstenjak, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 84.

32 *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1, 5.

möglichkeiten des Aktionärs-Anlegers bilden.³³ Der Anleger als Vertrauensgeber muss entscheiden, ob und inwieweit er Vertrauen in den Emittenten als Vertrauensnehmer setzen will. Diese Entscheidung wird er nur treffen, wenn er *ex ante* weiß, dass ihn der Vertrauensnehmer nicht informationell diskriminieren darf. Ohne die Zusicherung informationeller Gleichbehandlung ist es für ihn rational, einen informationsabhängigen Markt, auf dem selektiv informiert werden darf, zu meiden. Informationelle Gleichbehandlung sichert dagegen Fairness und Chancengleichheit aller Marktteilnehmer. Gleichbehandlung setzt sich im Interesse der Marktintegrität gegenüber einem extensiven Verständnis der Privatautonomie der Marktakteure durch.³⁴

Dagegen hat § 30a Abs. 1 Nr. 1 WpHG einen umfassenden sachlichen Anwendungsbereich. Aus der Entstehungsgeschichte folgt, dass der Gesetzgeber die fast wortlautidentische Vorgängerregelung in § 39 Abs. 1 Nr. 1 BörsG³⁵ inhaltsgleich übernehmen wollte.³⁶ Diese Norm wurde als eine allgemeine Gleichbehandlungspflicht verstanden, die inhaltlich und dogmatisch weitgehende Ähnlichkeiten und Überschneidungen mit § 53a AktG aufwies.³⁷ Für die Gleichbehandlung von Anlegern, die sich bereits im Subsystem des Verbandes befinden (aktuelle Aktionäre), ist § 30a Abs. 1 Nr. 1 WpHG daher grundsätzlich deckungsgleich mit § 53a AktG.³⁸ Der sachliche Anwendungsbereich des § 30a Abs. 1 Nr. 1 WpHG ist allerdings etwas weiter, weil aufgrund des Herkunftsstaatsprinzips auch ausländische Emittenten erfasst sind.³⁹ Die Gleichbehandlungspflicht erstreckt sich auch auf die Inhaber von Schuldverschreibungen und Investmentanteilen⁴⁰ sowie die Inhaber von Aktien vertretenden Zertifikaten (§ 30a Abs. 3 WpHG). Dagegen liegt die informationelle Gleichbehandlung von potentiellen Anlegern außerhalb des Anwendungsbereichs.

(2) Sachliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung der Wertpapierinhaber kann grundsätzlich sachlich gerechtfertigt werden.⁴¹ Bei informationeller Ungleichbehandlung sind die mit der selektiven Information zu erzielenden – und allen Aktionären zugute kommenden – Vorteile mit den dadurch verursachten Nachteilen für den Kapitalmarkt

33 *Kalss*, Anlegerinteressen, 2001, 251 ff.

34 Zum Ganzen vertiefend *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 294 ff.

35 Zu den aufsichtsrechtlichen Gründen der Änderung siehe BT-Drs. 16/2498, S. 39 f.

36 Einzelheiten bei *Mülbert* in: Assmann/Schneider, WpHG, § 30a Rn. 4; *Zimmermann* in: Fuchs, WpHG, § 30a Rn. 5 f.; aA *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 527 f.

37 Vertiefend *Mehring*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 88.

38 Anders *Bachmann*, FS Eberhard Schwark, 2009, 338 f und sich ihm anschließend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 c) aa).

39 *Mülbert* in: Assmann/Schneider, WpHG, § 30a Rn. 7; *Zimmermann* in: Fuchs, WpHG, § 30a Rn. 8.

40 BT-Drs. 16/2498, S. 40.

41 *Mülbert* in: Assmann/Schneider, WpHG, § 30a Rn. 5; *Zimmermann* in: Fuchs, WpHG, § 30a Rn. 7.

(Preisverzerrung, Vertrauensverluste) abzuwägen.⁴² Bei der Abwägung ist also immer auch das Interesse an einem funktionierenden Kapitalmarkt zu berücksichtigen.⁴³ Erhebliche Probleme bereiten die Fälle, in denen die Organe der Aktiengesellschaft Großaktionäre bevorzugt informieren.⁴⁴ Beispielhaft sei das sog. *Pilotfishing* erwähnt:⁴⁵ Dabei werden einige wenige ausgewählte Investoren vor einem geplanten Börsengang oder bei Kapitalerhöhungen börsennotierter Unternehmen angesprochen, um Anhaltspunkte für die Investorenakzeptanz und Unternehmensbewertung zu gewinnen. Spricht der Emittent gezielt eigene Großaktionäre an, behandelt er die nicht angesprochenen Aktionäre ungleich. Er kann diese Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen, weil sie hilft, Fehleinschätzungen in der Bewertung frühzeitig zu erkennen und ohne Nachteile für das Unternehmen – und damit auch im Interesse der Minderheitsaktionäre – zu beseitigen. Das Interesse an der Gleichbehandlung wird hier mit einer nachträglich hergestellten Informationssymmetrie gewahrt, indem die selektiv zugänglich gemachten Informationen anschließend im Prospekt wiederholt werden müssen.

Das Geflecht isolierter Gleichbehandlungspflichten steigert aber nicht selten die Transaktionskosten für den Emittenten. Neben § 30a WpHG gibt es einen besonderen prospektrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz⁴⁶ in § 15 Abs. 5 WpPG. Besteht keine Prospektspflicht, muss der Anbieter wesentliche Informationen, die sich an qualifizierte Anleger oder besondere Anlegergruppen richten, *allen* qualifizierten Anlegern oder *allen* besonderen Anlegergruppen, an die sich das Angebot ausschließlich richtet, mitteilen. Diese Ungleichbehandlung ist grundsätzlich nicht rechtfertigungsfähig.⁴⁷ Umstritten ist, ob auch der Emittent selbst Anbieter ist.⁴⁸ Bejaht man das, ist damit die Praxis einer selektiven Informationsweitergabe bei Einzelgesprächen auch gegenüber Großaktionären unvereinbar.⁴⁹ Zukunftsbezogene Informationen können daher nur dann Gegenstand einer prospektfreien – und damit gleichbehandlungsfreien (!) – Kommunikation sein, wenn sie nicht wesentlich sind.⁵⁰

42 Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 339.

43 Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 339.

44 Dazu vertiefend Kalss, Anlegerinteressen, 2001, 314 ff; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 534 ff; Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 365 ff; Fleischer, ZGR 2009, 505, 520 ff.

45 Zum Folgenden vertiefend Fleischer/Bedkowski, DB 2009, 2195 ff.

46 Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 337 f; Voß in: Just/Voß/Zeising/Ritz, WpPG, § 15 Rn. 53.

47 Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 338.

48 Zweifelhaft ist, ob daneben auch der Emittent Normadressat ist, vgl. dazu Gebhardt in: Schäfer/Hamann, KapitalmarktG, § 15 WpPG Rn. 13; Voß in: Just/Voß/Zeising/Ritz, WpPG, § 15 Rn. 56 f.

49 Vgl. zum Problem allgemein Fleischer, ZGR 2009, 505, 514 f mwN.

50 Wieneke, NZG 2005, 109, 113.

(3) Rechtsfolgen

Der Konflikt zwischen Privatautonomie und Gleichbehandlung wird hier interessanterweise auf der Rechtsfolgenebene zu lösen versucht. Die Erfahrungen beim allgemeinen arbeitsrechtlichen und verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zeigen, dass seine jeweilige Effektivität ganz entscheidend von der aktuellen Durchsetzung der den Adressaten konkret treffenden Gleichbehandlungspflichten abhängt. Anders formuliert: Die Gleichbehandlungspflicht ist nur dann effizient, wenn ihr ein Gleichbehandlungsanspruch als subjektives Recht des einzelnen Akteurs gegenübersteht. Erst dieses subjektive Recht ermöglicht die Mobilisierung des einzelnen Anlegers, über die – mittelbar – die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts gesichert wird. Lehnt man jede privatrechtliche Sanktionierung der Ungleichbehandlung ab, sichert man dem Emittenten *de facto* einen Bereich privatautonomes Verhalten, der frei von Rechtfertigungspflichten bleibt. Man könnte daher die Gleichbehandlungspflicht des § 30a Abs. 1 Nr. 1 WpHG als eine ausschließlich öffentlich-rechtlich zu qualifizierende aufsichtsrechtliche Pflicht auffassen.⁵¹ Das überzeugt nicht. Die „Alternativität von privatrechtlichen und öffentlichen Streitigkeiten“ ist im Regulierungsprivatrecht⁵² längst einer Zweispurigkeit gewichen. Die von § 30a Abs. 1 Nr. 1 WpHG adressierte Anlegerungleichbehandlung ist funktional gesehen eine Marktstörung. Das gilt insbesondere für den unionsrechtlich vorgegebenen Bereich der informationellen Gleichbehandlung. Im unionsrechtlichen Regulierungsprivatrecht wird gerade auch das Privatrecht zur Beseitigung solcher Marktstörungen instrumentalisiert.⁵³ Dahinter steht der Gedanke, dass privatrechtliche Sanktionierungen einen zentralen Anreizmechanismus zur Normbefolgung bieten, der vom Prinzip der eigenen Interessenwahrung eines Rechtsinhabers getragen wird.⁵⁴ Im nationalen Kontext spricht die weitgehend anerkannte Parallele zu § 53a AktG für eine auch privatrechtliche Natur. Bei sachlich nicht gerechtfertigter informationeller Ungleichbehandlung haben die ungleich behandelten Wertpapierinhaber einen Anspruch darauf, dass der Emittent den Verstoß beseitigt,⁵⁵ indem er ihnen unverzüglich dieselben Informationen zugänglich macht.⁵⁶ Informationen sind keine mengenmäßig beschränkten Güter. Der Verstoß gegen § 30a Abs. 1 Nr. 1 WpHG hat daher anspruchserzeugende Wirkung. Ob die ungleich behandelten Wertpapierin-

51 Vgl. Mühlbert in: Assmann/Schneider, WpHG, § 30a Rn. 32, der darin lediglich einen objektiv wirkenden Rechtsgrundsatz sieht.

52 Zum Begriff siehe Micklitz, GPR 2009, 254 ff.

53 Näher Micklitz, GPR 2009, 254, 261 f.

54 Dazu Kalss, Anlegerinteressen, 2001, 15 ff.

55 Vgl. dazu weiterführend Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 514 ff.; Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 351 f.

56 Zimmermann in: Fuchs, WpHG, § 30a Rn. 26.

haber darüber hinaus auch Anspruch auf Schadensersatz aufgrund der erst verspätet erhaltenen Information haben, ist umstritten.⁵⁷

c) Exkurs: Gleichbehandlung bei Gesamtemissionen

Eine besonders strenge Gleichbehandlungspflicht für den Emittenten findet sich im Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen (SchVG 2009).⁵⁸ Das SchVG 2009 ordnet eine „kollektive Bindung“ der Anleihegläubiger⁵⁹ an. Danach können Bestimmungen in Anleihebedingungen⁶⁰ der erfassten Schuldverschreibungen⁶¹ während der Laufzeit der Anleihe rechtsgeschäftlich nur durch gleich lautende Verträge mit sämtlichen Gläubigern oder nach Abschnitt 2 dieses Gesetzes geändert werden (§ 4 S. 1 SchVG 2009). Die kollektive Bindung bewirkt, dass zweiseitige Vereinbarungen zwischen dem Schuldner und einzelnen Schuldverschreibungsgläubigern während der Laufzeit der Anleihe ausgeschlossen sind.⁶² An die Stelle der vom Gesetz ausgeschlossenen privatautonomen Vereinbarung tritt der Grundsatz materialer Gleichbehandlung.⁶³ Daher ordnet § 4 S. 2 SchVG 2009 ausdrücklich an:

„Der Schuldner muss die Gläubiger insoweit gleich behandeln.“

Die „kollektive Bindung“ und der Gleichbehandlungsgrundsatz lassen sich mit der zwecktauglichen Ausgestaltung von Schuldverschreibungen als fungible Wertpapiere und ihrer Marktfähigkeit rechtfertigen:⁶⁴ Ohne Sicherheit über die inhaltliche Austauschbarkeit aller Wertpapiere derselben Emission wäre die Funktionsfähigkeit des auf schnelle und anonyme Abwicklung des Massengeschäfts ausgerichteten Kapitalmarkts gefährdet.⁶⁵ Jedenfalls senkt die gleiche Behandlung der Gläubiger deren Informationskosten erheblich. Zugleich schützt die Pflicht zur Gleichbehandlung ein dahingehendes Vertrauen der Anleger. Das wird besonders deutlich bei der Änderung von Anleihebedingungen. Die vom

57 Vgl. Zimmermann in: Fuchs, WpHG, § 30a Rn. 27 f; gegen eine Qualifikation als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB Mühlbert in: Assmann/Schneider, WpHG, § 30a Rn. 32.

58 Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen (Schuldverschreibungsgesetz – SchVG) v. 31.7.2009, BGBl. I S. 2512 (dazu im Überblick Cranshaw, BKR 2008, 504, 505 ff; Leuering/Zetzsche, NJW 2009, 2856 f; vertiefend Horn, ZHR 173 (2009), 12 ff). Es löste das Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (SchVG) v. 4.11.1899, RGBl. I, 691 ab (dazu Vogel, ZBB 1996, 321 ff; Cranshaw, BKR 2008, 504 f).

59 Zur dogmatischen Einordnung zwischen faktischer Rechtsgemeinschaft, Gesellschaftsrecht, Rechtsgemeinschaft und BGB-Gesellschaft siehe Horn, ZHR 173 (2009), 12, 46 ff.

60 Legaldefinition in § 2 Abs. 1 SchVG 2009.

61 Zum sachlichen Anwendungsbereich siehe § 1 SchVG 2009; dazu Horn, ZHR 173 (2009), 12, 17 f.

62 BT-Drs. 16/12814, S. 17.

63 Vgl. BT-Drs. 16/12814, S. 17.

64 Kritisch zu diesem Zusammenhang Cranshaw, BKR 2008, 504, 506, wonach eine kollektive Bindung und Gleichbehandlung nur bei Sanierungsvereinbarungen (Gesamtschuldregulierung) zwingend erforderlich sei.

65 BT-Drs. 16/12814, S. 17; Horn, ZHR 173 (2009), 12, 43 f.

Schuldner ausgegebenen Anleihen können in ihren Bedingungen vorsehen, dass die Gläubiger *derselben* Anleihe mit Mehrheitsbeschluss Änderungen der Anleihebedingungen zustimmen können (§ 5 Abs. 1 S. 1 SchVG 2009). Diese Mehrheitsbeschlüsse gelten nur für die Gläubiger *derselben* Anleihe (§ 5 Abs. 2 S. 1 SchVG 2009). Es gibt kein anleihenübergreifendes gemeinsames Mehrheitsprinzip.⁶⁶ Daraus folgt, dass nur die Gläubiger *derselben* Anleihe vergleichbar sind. Diese erwerben die Anleihe am Markt, weil sie darauf vertrauen, dass die Bedingungen *einer* Anleihe für alle Anleger dieselben sind. Daher sieht das Gesetz auch keine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung vor. Die einzige Möglichkeit, eine substantiell ungleiche Gestaltung zu erreichen, besteht darin, dass die ungleich behandelten Gläubiger dieser Behandlung ausdrücklich zustimmen (§ 5 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 SchVG 2009). Dieses Zustimmungserfordernis zeigt, dass es dem SchVG maßgeblich auf den Fortbestand des Vertrauens in die Gleichbehandlung ankommt. Die Rechtsfolgenanordnung bestätigt diese These: Allgemeine Beschlüsse der Gläubigerversammlung können nur angefochten werden (§ 21 SchVG 2009),⁶⁷ gleichheitswidrige Beschlüsse sind unwirksam (§ 5 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 SchVG 2009) und damit nichtig.⁶⁸

3. Informationelle Gleichbehandlung am Beispiel des Insiderverbots

Ad-hoc-Publizitätspflichten (Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2003/6/EG⁶⁹ und § 15 WpHG),⁷⁰ die allgemeine Prospektpflicht bei der Emission von Wertpapieren⁷¹ (Richtlinie 2003/71/EG⁷² und § 3 WpPG)⁷³ und Insiderverbote sind Bausteine der informationellen Gleichbehandlung der Anleger.⁷⁴ Geltungsgrund der Insiderverbote ist mittlerweile⁷⁵ die Richtlinie 2003/6/EG, die in Deutschland mit den §§ 12 ff WpHG umgesetzt wurde.⁷⁶ Die Insiderverbote sind eine exemplarische

⁶⁶ BT-Drs. 16/12814, S. 18.

⁶⁷ Dazu *Maier-Reimer*, NJW 2010, 1317 ff.

⁶⁸ BT-Drs. 16/12814, S. 18.

⁶⁹ Richtlinie 2003/6/EG v. 28.1.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, ABL L 96 v. 12.4.2003, S. 16 (Marktmissbrauchsrichtlinie).

⁷⁰ *Ekkenga*, ZGR 1999, 165, 178; näher *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 110 f; *Assmann* in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 15 Rn. 110; zurückhaltender *Leuring*, NZG 2005, 12 ff; *Kümpel/Veil*, Wertpapierhandelsgesetz, 2006, 101 f; vertiefend und kritisch jetzt *Bachmann*, FS Eberhard Schwark, 2009, 339 ff, der von „totem Recht“ spricht.

⁷¹ Zur Abgrenzung der Prospektpflicht nach dem VerkProspG siehe *Spindler* in: *Holzborn*, WpPG, Einl. Rn. 34.

⁷² Richtlinie 2003/71/EG v. 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABL L 345 v. 31.12.2003, S. 64 (Prospektrichtlinie).

⁷³ *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 147; *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 116 ff.

⁷⁴ Weiterführend jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 c) bb).

⁷⁵ Zuvor war es die Richtlinie 89/592/EWG v. 13.11.1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte, ABL L 334 v. 18.11.1989, S. 30 (Insiderrichtlinie).

⁷⁶ Zur Entwicklung des deutschen Insiderrechts statt vieler siehe *Assmann* in: *Assmann/Schneider*, WpHG, Vor § 12 Rn. 1-14; *Menicke* in: *Fuchs*, WpHG, Vor § 12 Rn. 1-40.

Regelung informationeller Gleichbehandlung, bei denen der marktfunktionale Bezug von Gleichbehandlung und Vertrauen besonders sichtbar wird. Nur wenn die Öffentlichkeit dem reibungslosen Funktionieren der Märkte vertraut und Marktintegrität besteht, kann man von einem effizienten, wohlfahrtssteigernden Finanzmarkt sprechen.⁷⁷ Dieses Vertrauen beruht unter anderem auf der den Anlegern von der Rechtsordnung gegebenen Zusicherung, dass sie gleich behandelt werden und dass sie gegen die unrechtmäßige Verwendung einer Insider-Information geschützt werden.⁷⁸ Insiderhandelsverbote gewährleisten „die Gleichheit der Vertragspartner bei einem Börsengeschäft“, indem sie verhindern, „dass einer von ihnen, der über eine Insider-Information verfügt und deshalb einen Vorteil gegenüber den anderen Anlegern hat, daraus zum Nachteil der anderen, die diese Information nicht kennen, einen Nutzen zieht.“⁷⁹

Weil es sich strukturell um Gleichbehandlungspflichten handelt, kennt das Gesetz folgerichtig auch Möglichkeiten einer sachlichen Rechtfertigung. Das lässt sich anhand des Verbots der *unbefugten* Weitergabe einer Insiderinformation⁸⁰ an Dritte (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG) belegen. Ob die Weitergabe unbefugt erfolgte, bestimmt sich auf Grundlage des Normzwecks. Das Verbot will die informationelle Chancengleichheit der Marktteilnehmer gewährleisten und verhindern, dass Sondervorteile aufgrund einer status-, funktions- oder zufallsbedingten Kenntnis von bestimmten Tatsachen erlangt werden.⁸¹ Nach richtlinienkonformer Auslegung ist die Weitergabe daher unbefugt, wenn sie nicht im normalen Rahmen der Ausübung der Arbeit oder des Berufes oder der Erfüllung der Aufgaben des Insiders geschieht. Die ungleiche Behandlung bei der Weitergabe von Insiderinformationen ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie für die Ausübung einer Arbeit oder eines Berufes oder für die Erfüllung einer Aufgabe unerlässlich ist und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet.⁸² Die selektive Informationsweitergabe ist grundsätzlich unbefugt, weil der Gesetzgeber das Interesse an informationeller Chancengleichheit und Insiderprävention höher gewichtet.⁸³

Besonderes Augenmerk verdienen die zivilrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Insiderhandelsverbot: Es gibt – pointiert gesagt – keine.⁸⁴ Die an sich nahe liegende Sanktion durch die Mitteilung der gleichen Informati-

77 Vgl. Erwägungsgründe 2 und 13 der Richtlinie 2003/6/EG.

78 EuGH, Urt. v. 23.12.2009, Rs. C-45/08 – *Spector Photo Group NV ua v. CBFA* = Slg. 2009, I-12073 Rn. 47.

79 EuGH, Urt. v. 23.12.2009, Rs. C-45/08 – *Spector Photo Group NV ua v. CBFA* = Slg. 2009, I-12073 Rn. 48.

80 Dazu § 13 WpHG und Art. 1 Nr. 1 RL 2003/6/EG.

81 Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 14 Rn. 73; Mennicke in: Fuchs, WpHG, § 14 Rn. 205 f.

82 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-384/02 – *Grongaard und Bang* = Slg. 2005, I-9939 Rn. 34; zu den Einzelheiten vgl. Versteegen in: Hirte/Möllers, KK-WpHG, § 14 Rn. 48 ff.; Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 14 Rn. 74 ff.; Mennicke in: Fuchs, WpHG, § 14 Rn. 205 f.; Schäfer in: Schäfer/Hamann, KapitalmarktG, § 14 Rn. 24 ff.

83 Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 337; Fleischer, ZGR 2009, 505, 512.

84 Einzelheiten bei Stoppel in: Grunewald/Schlitt, Kapitalmarktrecht, 257 f.

on an die ausgeschlossene Öffentlichkeit wird bereits mittels der Ad-hoc-Publizität (§ 15 Abs. 1 WpHG) hergestellt. Das Insidergeschäft ist seinerseits nicht nach § 134 BGB⁸⁵ oder § 138 BGB⁸⁶ nichtig. Schadensersatzansprüche aus § 826 BGB sind zwar möglich,⁸⁷ werfen aber erhebliche darlegungs- und beweislastrechtliche Probleme auf.⁸⁸ Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 14 Abs. 1 WpHG scheiden aus, weil das Insiderhandelsverbot keine individualschützende Norm ist.⁸⁹ Das ist an sich nur für die Ad-hoc-Publizität geregelt (§ 15 Abs. 6 WpHG), gilt wegen des engen Zusammenhangs von Ad-hoc-Publizität und Insiderhandelsverbot⁹⁰ nach überwiegenden Auffassung aber auch für letzteres.⁹¹ Anlegerschutz und informationelle Gleichbehandlung sind zwar Normziele, der einzelne Anleger partizipiert davon aber lediglich als Rechtsreflex.⁹² Das im Insiderhandelsverbot enthaltene Gebot der informationellen Gleichbehandlung ist damit eine Pflicht, der kein subjektives Recht entspricht.⁹³

Der enge Zusammenhang des Insiderhandelsverbots mit der in Art. 6 Abs. 1 Marktmissbrauchsrichtlinie und § 15 WpHG vorgesehenen Ad-hoc-Publizität wurde bereits angesprochen. Diese ist ein wesentlicher Baustein des kapitalmarktrechtlichen Publizitätssystems.⁹⁴ Danach muss ein Inlandsemittent von Finanzinstrumenten Insiderinformationen, die ihn unmittelbar betreffen, unverzüglich veröffentlichen. Die Ratio des § 15 WpHG ist im Kern unstreitig: Es geht um die Herstellung von Markttransparenz durch emittentenseitige Information. Dabei steht die Förderung und Bewahrung der Marktfunktionen (sogenannter Funktionenschutz) im Vordergrund, ohne dass bei der Ausformulierung der Schutzregeln nach dem Schutzbedürfnis einzelner Marktteilnehmer (Individualschutz) differenziert werden könnte.⁹⁵ Ad-hoc-Publizität dient nicht nur dazu, Markttransparenz im Allgemeinen herzustellen, sondern will auch Informationsgleichheit unter den Anlegern im Besonderen gewährleisten.⁹⁶ Die Bedeutung der informationellen Chancengleichheit der Anleger zeigt § 15 Abs. 1 S. 4 WpHG

85 Dazu Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 14 Rn. 206 f.

86 Mennicke in: Fuchs, WpHG, § 14 Rn. 414 ff, 442 (mit der Trennung zwischen Börsenumsatzgeschäft und außerbörslichem Geschäft).

87 Mennicke in: Fuchs, WpHG, § 14 Rn. 438, 446; Stoppel in: Grunewald/Schlitt, Kapitalmarktrecht, 258.

88 Schäfer in: Schäfer/Hammann, KapitalmarktG, § 14 Rn. 99; näher Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 14 Rn. 209 f.

89 Mennicke in: Fuchs, WpHG, § 14 Rn. 442; Schäfer in: Schäfer/Hammann, KapitalmarktG, § 14 Rn. 97 (jeweils mit Nachweisen zur Gegenansicht).

90 Den Zusammenhang betont der Rechtsausschuss des Bundestages, siehe BT-Drs. 12/7918, S. 96; näher Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 108 f; Versteegen in: Hirte/Möllers, KK-WpHG, § 15 Rn. 10; Mennicke in: Fuchs, WpHG, Vor § 12 bis § 14 Rn. 71 ff.

91 Kümpel/Veil, Wertpapierhandelsgesetz, 2006, 78 f mwN.

92 Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2004, Rn. 16.70 f; Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, Vor § 12 Rn. 49, § 14 Rn. 7.

93 Zu dieser Paarung bereits Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 94 f.

94 Dazu statt vieler Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 1 ff.

95 Ekkenga, ZGR 1999, 165, 170.

96 Ekkenga, ZGR 1999, 165, 178.

(Art. 6 Abs. 3 Marktmissbrauchsrichtlinie).⁹⁷ Wenn der Emittent oder eine in seinem Auftrag handelnde Person einem anderen Insiderinformationen befugt⁹⁸ mitteilt, muss er diese auch veröffentlichen, es sei denn, der andere ist rechtlich zur Vertraulichkeit verpflichtet. Die Ad-hoc-Publizität strebt also die informationelle Gleichbehandlung der Anleger an und sichert damit die Markttransparenz.⁹⁹ Unbestrittenes Schutzgut der Ad-hoc-Publizität ist daher die Sicherung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts.¹⁰⁰ Dabei geht es nicht um Markttransparenz schlechthin, sondern darum, Chancengleichheit zugunsten der Outsider herzustellen.¹⁰¹ Zweifelhaft ist dagegen, ob § 15 WpHG auch dem individuellen Anlegerschutz dient. Nach herkömmlicher Auffassung ist die informationelle Gleichbehandlung des einzelnen Anlegers auch hier bloßer Rechtsreflex.¹⁰² Das ist mittlerweile fraglich geworden, weil die mit dem Vierten Finanzmarktförderungsgesetz 2002 neu eingefügten §§ 37b und 37c WpHG¹⁰³ in der Sache den individuellen Anlegerschutz stärken. Daher spricht viel dafür, den Schutzzweck der Ad-hoc-Publizität auch im unmittelbaren Anlegerschutz zu sehen.¹⁰⁴ Schadenersatzansprüche wegen einer informationellen Ungleichbehandlung nach § 15 WpHG iVm § 823 Abs. 2 BGB scheiden trotzdem aus.¹⁰⁵ Das ist in § 15 Abs. 6 S. 1 WpHG ausdrücklich klargestellt.¹⁰⁶ Neben den spezialgesetzlichen Anspruchsgrundlagen kann sich auch hier eine kapitalmarktrechtliche Haftung aus § 826 BGB ergeben.¹⁰⁷

97 Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 110 f; Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 110; zurückhaltender Leuering, NZG 2005, 12 ff; Kümpel/Veil, Wertpapierhandelsgesetz, 2006, 101 f; vertiefend und kritisch jetzt Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 339 ff, der von „totem Recht“ spricht.

98 ISv § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, vgl. Leuering, NZG 2005, 12, 14. Zweifelhaft ist, ob die Veröffentlichungspflicht auch bei unbefugter Weitergabe gilt, dazu Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 340 f.

99 Klöhn, Kapitalmarktrecht, in: Langenbucher, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, 281, § 6 Rn. 73.

100 BT-Drs. 14/8017, S. 87; Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 27; zur ökonomischen Rechtfertigung der Informationspflicht des Emittenten vgl. Kümpel/Veil, Wertpapierhandelsgesetz, 2006, 88 f mwN.

101 Ekkenga, ZGR 1999, 165, 188 f.

102 Vgl. dazu schon BT-Drs. 12/7918, S. 96, 102 (Beschlussempfehlung des BT-RA zum 2. Finanzmarktförderungsg 1994), BT-Drs. 14/8017, S. 87 (RegE zum 4. Finanzmarktförderungsg 2002); BVerfG NJW 2003, 501, 502; BGHZ 160, 134, 138 f; vertiefend Barnert, WM 2002, 1473, 1477 ff; Assmann in: Assmann/Schneider, WpHG, § 15 Rn. 28.

103 Zur Entstehungsgeschichte Möllers/Leisch in: Hirte/Möllers, KK-WpHG, §§ 37b, c Rn. 21 ff; Fuchs in: Fuchs, WpHG, Vor §§ 37b, 37c, Rn. 17 ff.

104 Näher zum Ganzen Möllers/Leisch in: Hirte/Möllers, KK-WpHG, §§ 37b, c Rn. 4 ff; Versteegen in: Hirte/Möllers, KK-WpHG, § 15 Rn. 12; Casper in: Hess/Reuschle/Rimmelsbacher, KK-KapMuG, §§ 37b, 37c WpHG Rn. 4 ff; Sethe in: Assmann/Schneider, WpHG, §§ 37b, 37c Rn. 10 ff (jeweils mwN).

105 BGHZ 160, 134, 138 f.

106 Fuchs in: Fuchs, WpHG, §§ 37b, 37c Rn. 4.

107 Dazu weiterführend Fuchs in: Fuchs, WpHG, Vor §§ 37b, 37c Rn. 30 ff.

Auch die allgemeine Prospektpflicht bei der Emission von Wertpapieren,¹⁰⁸ geregelt in der Richtlinie 2003/71/EG (Prospektrichtlinie)¹⁰⁹ und im WpPG, strebt informationelle Gleichbehandlung an: Indem die Richtlinie vorschreibt, dass grundsätzlich¹¹⁰ jedes öffentliche Angebot von Wertpapieren und jede Zulassung von Wertpapieren zum Handel im geregelten Markt¹¹¹ an die vorherige Veröffentlichung eines Prospekts gebunden ist (Art. 3 der Prospektrichtlinie, § 2 WpPG), in den alle entscheidungsrelevanten Umstände aufgenommen werden müssen (vgl. Art. 5, 15 und 16 der Richtlinie; § 5 WpPG), gewährleistet sie, dass alle Marktakteure aufgrund gleicher Informationslage entscheiden.¹¹² Weil diese Informationen in leicht zu analysierender und verständlicher Form darzulegen sind (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Prospektrichtlinie und § 5 Abs. 1 S. 1 WpPG), kann man darin auch einen Ansatzpunkt substantieller Gleichbehandlung sehen.¹¹³

4. Übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze

Die wirtschaftliche Übernahme eines Unternehmens birgt für die Minderheitsaktionäre zwei Risiken:¹¹⁴ (1.) Der neue Großaktionär kann versuchen, die Übernahmekosten zu ihren Lasten zu externalisieren. (2.) Die Minderheitsaktionäre können im Vergleich zum veräußernden Großaktionär weniger stark am Unternehmenswert partizipieren. Der Sachverhalt in der Rs. *Audiolux*¹¹⁵ belegt nachdrücklich das Gleichbehandlungsinteresse der Minderheitsanteilseigner. Dieses Interesse wird im Unionsrecht mit den Gleichbehandlungspflichten in der Richtlinie 2004/25/EG betreffend Übernahmeangebote¹¹⁶ und auf nationaler Ebene mit den im WpÜG enthaltenen allgemeinen und besonderen Gleichbehandlungsgeboten geschützt. Sie schützen das Vertrauen der Marktakteure auf gleiche Teilhabe an den Markttransaktionen.

a) Der allgemeine übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Art. 3 Richtlinie 2004/25/EG sieht vor, dass alle Inhaber von Wertpapieren einer Zielgesellschaft, die der gleichen Gattung angehören, gleich zu behandeln sind,

108 Zur Abgrenzung der Prospektpflicht nach dem VerkProspG siehe *Spindler* in: Holzborn, WpPG, Einl. Rn. 34.

109 Richtlinie 2003/71/EG v. 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 345 v. 31.12.2003, S. 64.

110 Zu den Ausnahmen siehe Art. 4 Prospektrichtlinie und § 4 WpPG.

111 Zur Begrifflichkeit im Unionsrecht und im deutschen Recht siehe *Klöbn*, Kapitalmarktrecht, in: Langenbucher, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, 281, § 6 Rn. 17, 23 ff.

112 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 147.

113 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 147; *Mehring*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 116 ff.

114 Dazu jetzt vertiefend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 d) aa) (2) mwN.

115 Dazu oben § 5 II 4 a) (1).

116 v. 31.4.2004, ABl. L 142 v. 30.4.2004, S. 12.

wenn eine Person die Kontrolle über eine Gesellschaft erwirbt. § 3 Abs. 1 WpÜG setzt diese Regelung in deutsches Recht um.¹¹⁷ Darin wird die „Magna Charta“ des Übernahmerechts gesehen.¹¹⁸ Ihre dogmatische Einordnung fällt der kapitalmarktrechtlichen Literatur schwer: Das Spektrum reicht von der Einordnung als reine „Programmsätze“¹¹⁹ über die Qualifikation als lediglich objektiv geltendes Recht¹²⁰ bis hin zum subjektiven Recht auf Gleichbehandlung der betroffenen Anteilseigner¹²¹.

Die entscheidende Grenzziehung erfolgt erneut auf der Ebene des sachlichen Anwendungsbereichs (§ 1 Abs. 1 iVm § 2 WpÜG). Die Gleichbehandlungspflicht gilt nur für näher bestimmte Wertpapiere und nur für öffentliche Angebote.¹²² Im Vorfeld liegende Handlungen liegen außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs.¹²³ Erfasst sind nur Wertpapiere, die im organisierten Markt gehandelt werden. Bei im Freiverkehr (§ 57 BörsG) gehandelten Wertpapieren¹²⁴ und bei börsenfernen Gesellschaften¹²⁵ gilt keine Pflicht zur Gleichbehandlung. § 3 WpÜG ist daher ein genuin kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch.¹²⁶ Adressat der Gleichbehandlungspflicht aus § 3 Abs. 1 WpÜG ist jedenfalls der Bieter. Umstritten ist, ob daneben auch die Zielgesellschaft und deren Organe und die BaFin Adressaten sind.¹²⁷

Inhaltlich verpflichtet § 3 Abs. 1 WpÜG zur Gleichbehandlung der Inhaber von Wertpapieren, die *derselben Gattung* angehören wie die zu erwerbenden Wertpapiere. Darin drückt sich der allgemeine Gedanke des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus, wonach nicht jede verschiedene Behandlung auch eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung ist. Entscheidend ist, ob die begünstigten und nicht begünstigten Inhaber hinsichtlich ihrer konkreten Stellung vergleichbar sind. Dabei ist vor einer schematischen Anwendung dieses Vergleichsmaßstabes

117 Zur Umsetzung vgl. Baums/Rieder in: Baums/Thoma, WpÜG, Einl. Rn. 1.41 ff.

118 Paefgen, ZIP 2002, 1509, 1517; Schwennicke in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 3 Rn. 3 mwN.

119 In der Sache Assmann in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 3 Rn. 2 ff.

120 Dezidiert verneinend Assmann in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 3 Rn. 4.

121 Näher Versteegen in: Hirte/v. Bülow, KK-WpÜG, § 3 Rn. 13 und vertiefend Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 68 ff.

122 Versteegen in: Hirte/v. Bülow, KK-WpÜG, § 3 Rn. 25 ff; Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 2 Rn. 5 ff.

123 Versteegen in: Hirte/v. Bülow, KK-WpÜG, § 2 Rn. 28.

124 Mühlert, ZIP 2001, 1221, 1227; Hopt, ZHR 166 (2002), 383, 394; Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 2 Rn. 74.

125 Dazu kritisch Mühlert, ZIP 2001, 1221, 1228; dagegen Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 2 Rn. 76.

126 Vgl. Versteegen in: Hirte/v. Bülow, KK-WpÜG, § 1 Rn. 4; Pötzsch in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 1 Rn. 15.

127 Bajahend Wackerbarth in: MünchKomm-AktG, § 3 WpÜG Rn. 5 ff; Schwennicke in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 3 Rn. 4; nur auf den Bieter beziehen ihn dagegen Versteegen in: Hirte/v. Bülow, KK-WpÜG, § 3 Rn. 16; Möller in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 3 Rn. 8; Schüppen in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 3 Rn. 14; vertiefend zum Streitstand Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 69 f; Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 3 Rn. 5 ff; Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 d) bb) (1).

zu warnen. Der strikte Gattungsbezug gilt lediglich für die Angebotsbedingungen. Hinsichtlich der allgemeinen Informationen bezüglich der Unternehmensübernahme sind dagegen alle Wertpapierinhaber vergleichbar.¹²⁸ Insoweit erfasst § 3 Abs. 1 WpÜG auch einen Teilaspekt der informationellen Gleichbehandlung.¹²⁹ Innerhalb der Gruppe der Wertpapiere bestimmt sich die Vergleichbarkeit nach § 2 Abs. 2 WpÜG. Daher kann zwischen Aktien und Wandelschuldverschreibungen differenziert werden. Innerhalb der jeweiligen Wertpapiergattung ist weiter zu differenzieren.¹³⁰ Bei den Aktien bestimmt § 11 AktG, ob die Wertpapiere vergleichbar sind. Wichtigstes Beispiel sind die Stammaktien einerseits und die stimmrechtslosen Vorzugsaktien andererseits. Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Inhaber von Wertpapieren derselben Gattung erfordert es, dass der Preis bei einem Angebot im Normalfall dem höchsten Preis entsprechen sollte, den der Bieter für Aktien derselben Gattung — sei es an der Börse oder auf einem freien Markt — während eines bestimmten Zeitraums vor dem Erwerb der Wertpapiere, der zum Wechsel der Kontrolle über die Gesellschaft führte, gezahlt hat.¹³¹ Diesen Gedanken verankert das Gesetz mehrfach in Form besonderer Gleichbehandlungsregelungen und sichert damit die Gleichbehandlung der Aktionäre, die am regulären Angebotsverfahren teilnehmen, gegenüber einer Ungleichbehandlung im Vergleich zu Aktionären, die ihre Beteiligungen im Rahmen eines Vor-, Parallel- oder Nacherwerbs veräußert haben (§ 31 Abs. 3 bis Abs. 5 WpÜG).¹³²

Angesichts des nicht unerheblichen Anwendungsbereichs ist die Kontrolldichte der Rechtfertigungsprüfung der dogmatische Hebel, um sich im Konflikt zwischen Privatautonomie und Gleichbehandlung zu positionieren. Entsprechend vielfältig sind die vorgeschlagenen Lösungsansätze: Nach einer Auffassung soll jede Ungleichbehandlung der Wertpapierinhaber ohne weiteres rechtswidrig sein (Konzeption der absoluten Gleichbehandlung).¹³³ Nach anderer Ansicht könne sie mit sachlichen Gründen gerechtfertigt werden (Konzeption der relativen Gleichbehandlung).¹³⁴ Die zweite Lösung fügt sich besser in die herkömmliche gleichheitsrechtliche Dogmatik ein.¹³⁵ Damit lässt sich auch die Entscheidung des Gesetzes, jede Differenzierung der Angebotsbedingungen auszuschließen (§§ 31,

128 IE auch Noack/Holzborn in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 3 WpÜG Rn. 7; Möller in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 3 Rn. 15; Schüppen in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 3 Rn. 10; Schwennicke in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 3 Rn. 6 ff; aA Versteegen in: Hirtel/v. Bülow, KK-WpÜG, § 3 Rn. 20.

129 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 285; Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 334 mwN.

130 Näher Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 3 Rn. 13 f.

131 Winter-Bericht, S. 58, 60.

132 Vgl. dazu vertiefend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 d) cc) (3).

133 Versteegen in: Hirtel/v. Bülow, KK-WpÜG, § 3 Rn. 14 ff; Steinhardt in: Steinmeyer/Häger, WpÜG, Rn. 7; Baums/Hecker in: Baums/Thoma, WpÜG, § 3 Rn. 11.

134 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 174; Schüppen in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 3 Rn. 8 ff; Schwennicke in: Geibel/Süßmann, WpÜG, § 3 Rn. 5.

135 Näher zum Ganzen Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 71 ff.

39 WpÜG), vereinbaren.¹³⁶ Die Spanne der Rechtfertigungsgründe reicht von jedem sachlichen Grund (Willkürverbot) über eine gesteigerte Verhältnismäßigkeitsprüfung bis zum strengen Anknüpfungsverbot.¹³⁷ Die gesetzlich vorgegebenen Angebots- und Übernahmebedingungen fallen in die letzte Kategorie. Sie sind insoweit „besondere Gleichbehandlungsgrundsätze“ innerhalb des „allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes“. In den Fällen des Vor-, Parallel- und Nacherwerbs reduziert das Gesetz die Anzahl möglicher Rechtfertigungsgründe „auf Null“. Die konkrete Ungleichbehandlung kann daher nicht gerechtfertigt werden. Soweit keine Spezialregelungen zu höheren Rechtfertigungsanforderungen führen, kann eine tatbestandliche Ungleichbehandlung daher sachlich gerechtfertigt werden kann. Die Ungleichbehandlung von Wertpapierinhabern nach § 3 Abs. 1 WpÜG ist gerechtfertigt, wenn damit ein legitimer Zweck verfolgt wird und die Ungleichbehandlung geeignet, erforderlich und angemessen zur Zweckerreichung ist. Die übernahmerechtliche Gleichbehandlungspflicht ist Bestandteil eines Rechtsrahmens „für ein faires und transparentes Verfahren“¹³⁸ für die Abwicklung öffentlicher Wertpapierangebote. Ungleichbehandlungen lassen sich daher nicht mit dem Gesellschaftsinteresse rechtfertigen, sondern nur mit Blick auf die kapitalmarktrechtliche Funktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹³⁹

b) Besondere übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze

Neben dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz finden sich im Übernahmerecht eine Reihe von „besonderen Gleichbehandlungsgrundsätzen“,¹⁴⁰ von denen ich auf zwei exemplarisch eingehen möchte: (1.) Die beschränkte Zulässigkeit von Teilangeboten und die Konsequenzen eines Nachfrageüberhangs (§ 19 WpÜG¹⁴¹) sowie (2.) das Pflichtangebot gegenüber allen Anteilsinhabern beim Erwerb einer Kontrollbeteiligung (§ 35 WpÜG).

136 Klar gesehen von *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 174; dagegen verkennt *Versteegen* in: *Hirte/v. Bülow*, KK-WpÜG, § 3 Rn. 14 diesen Zusammenhang.

137 In der Sache wohl auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 d) bb) (2), auch wenn seine Position etwas widersprüchlich ist: Er behauptet einerseits, ein Willkürverbot, das sich „durch jeden sachlichen Grund überwinden“ ließe, verfehle den Sinn des § 3 Abs. 1 WpÜG. Kurz darauf formuliert er dagegen: „Zutreffenderweise steht auch § 3 Abs. 1 WpÜG unter dem Vorbehalt eines sachlichen Grundes.“

138 RegE WpÜG, BT-Drs. 14/7034, S. 27.

139 *Paefgen*, ZIP 2002, 1509, 1518; im Grundsatz auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 d) bb) (2).

140 Vgl. *Baums/Hecker* in: *Baums/Thoma*, WpÜG, § 3 Rn. 15.

141 Allg. Ansicht: *Hasselbach* in: *Hirte/v. Bülow*, KK-WpÜG, § 19 Rn. 3; *Möller* in: *Assmann/Pötzsch/Schneider*, WpÜG, § 19 Rn. 1; *Geibel* in: *Geibel/Süßmann*, WpÜG, § 19 Rn. 1.

(1) Gleichbehandlungspflichten bei Teilangeboten

Der Bieter kann unter bestimmten Voraussetzungen ein Angebot zum Erwerb von Wertpapieren auf einen bestimmten Anteil oder auf eine bestimmte Anzahl beschränken (Teilangebot). Bei Übernahme-¹⁴² und Pflichtangeboten ist ein Teilangebot nicht zulässig (vgl. §§ 32, 39 WpÜG).¹⁴³ Diese Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Anbieters ist ebenfalls Ausdruck eines besonderen Gleichbehandlungsgrundsatzes,¹⁴⁴ weil der Bieter verpflichtet wird, sein Angebot an die Inhaber sämtlicher Aktien(gattungen) der Zielgesellschaft zu richten.¹⁴⁵ Den Aktionären bleibt damit das Schicksal erspart, gegen ihren Willen zu außenstehenden Gesellschaftern eines nunmehr fremdbeherrschten Unternehmens zu werden und alle Aktionäre werden gleichmäßig an der im Angebot enthaltenen Übernahmeprämie beteiligt. Beides stärkt das Vertrauen in das Funktionieren der Kapitalmärkte und damit die Anlagebereitschaft der Kapitalmarktteilnehmer.¹⁴⁶

Ist das Teilangebot zulässig, gibt es ein Verteilungsproblem, wenn mehr Wertpapierinhaber der Zielgesellschaft die Annahme des Angebots erklären, als der Bieter zu erwerben bereit ist. Das Prioritätsprinzip bietet hier keine überzeugende Lösung, weil es die Wertpapierinhaber dem Zwang aussetzt, eine rasche, ökonomisch unüberlegte Entscheidung zu treffen („Windhundrennen“).¹⁴⁷ Privatautonome Lösungen des Verteilungsproblems scheiden aus. Der Bieter kann nicht alle ihm angedienten Wertpapiere erwerben, weil er während des Angebotsverfahrens sein Angebot nicht erhöhen darf.¹⁴⁸ Er kann auch nicht bestimmte Aktionäre bevorzugen, weil dies mit § 3 Abs. 1 WpÜG und Art. 3 Abs. 1 lit. a Übernahmerrichtlinie unvereinbar wäre.¹⁴⁹ Damit stärkt das Gesetz den Willen zum Vertragsabschluss der Wertpapierinhaber auf Kosten der Vertragsabschlussfreiheit des Bieters.¹⁵⁰ § 19 WpÜG löst das Verteilungsproblem gleichheitsrechtlich: Der Bieter muss grundsätzlich die Annahmeerklärungen aller Wertpapierinhaber der von ihm angebotenen Gattung berücksichtigen, allerdings nicht in voller Höhe, sondern nur verhältnismäßig (*pro rata*).

142 AA aber Wackerbarth in: MünchKomm-AktG, § 19 WpÜG Rn. 7 f.

143 Zur Unionsrechtskonformität siehe Mülbart, NZG 2004, 633, 640.

144 Noack/Holzborn in: Schwark/Zimmer, KMRK, § 32 WpÜG Rn. 2; Möller in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 32 Rn. 1; Steinmeyer in: Steinmeyer/Häger, WpÜG, § 32 Rn. 2; Vogel in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 32 Rn. 1; vertiefend Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 77 f.

145 BT-Drs. 14/7034, S. 57.

146 Ekkenga/Hofschroer, DStR 2002, 768, 369.

147 Oechsler in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, § 19 Rn. 1; Thoma in: Baums/Thoma, WpÜG, § 19 Rn. 5, 28.

148 Näher Möller in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 19 Rn. 11; Scholz in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 19 Rn. 33 ff; Thoma in: Baums/Thoma, WpÜG, § 19 Rn. 35 mwN; aA Hasselbach in: Hirte/v. Bülow, KK-WpÜG, § 19 Rn. 21.

149 Dazu Wackerbarth in: MünchKomm-AktG, § 19 WpÜG Rn. 16.

150 Wackerbarth in: MünchKomm-AktG, § 19 WpÜG Rn. 4.

Beispiel: Ein Bieter, der 5 % der stimmberechtigten Aktien an der Zielgesellschaft hält, veröffentlicht ein Teilangebot, mit dem er anbietet, 500.000 Stück davon zum Preis von 10 €/Aktie zu erwerben. Das Angebot nehmen Wertpapierinhaber mit insgesamt 1 Mio. Aktien an, darunter Aktionär X mit 20.000 Aktien und Aktionär Y mit 50.000 Aktien. Der Bieter muss nicht diese 1 Mio. Aktien zum Preis von insgesamt 10 Mio. € erwerben. Er muss aber alle Aktionäre verhältnismäßig befriedigen. Das Verhältnis von zu erwerbenden und erwerbenden Aktien beträgt 1/2. Danach ist Aktionär X verpflichtet, dem Bieter 10.000 Aktien zu verschaffen und erhält dafür 100.000 €, während Aktionär Y 25.000 Aktien übertragen muss und dafür 250.000 € erhält.

Über dieses Ergebnis ist man sich einig. Umstritten ist die, hier nicht relevante, dogmatische Konstruktion der von § 19 WpÜG vorgegebenen Lösung.¹⁵¹ Dabei wird die Relevanz der verhältnismäßigen Zuteilung für die Dogmatik des übernahmerechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht immer ausreichend gewürdigt. Grundsätzlich verpflichtet § 3 Abs. 1 WpÜG zur Gleichbehandlung. Gleichbehandlung bedeutet keine ungleiche Behandlung ohne sachlichen Grund. Die verhältnismäßige Zuteilung in § 19 WpÜG ist ein sachlicher Grund für eine – rein deskriptiv betrachtet – ungleiche Behandlung der Wertpapierinhaber.

Nach dem Wortlaut des § 19 WpÜG ist die verhältnismäßige Zuteilung nur der Grundsatz. Der Bieter kann nach allgemeiner Ansicht von diesem Grundsatz abweichen, sofern er sich auf einen sachlichen Grund stützen kann. Dieser Grund muss seinerseits wiederum mit dem Grundgedanken des § 19 WpÜG konform gehen. Der Bieter darf beispielsweise zur Vermeidung von Splitterbeteiligungen Kleinst- und Kleinaktionäre nicht bevorzugen.¹⁵² Kommt es dagegen zu Aktienbruchteilen, darf der Bieter bereits im Angebot ankündigen, wie er runden wird (vgl. § 2 Nr. 6 WpÜG-AngebotsVO). Kommt es in diesen Fällen im Ergebnis dennoch zu einem Angebotsüberhang oder einer Angebotsunterschreitung, stellt sich die Frage, ob der Bieter individuell runden darf. Das wird man als Konsequenz von Teilangeboten akzeptieren müssen. Die dafür gewählte Methode¹⁵³ muss ihrerseits auch sachlich gerechtfertigt sein.¹⁵⁴ Weil damit eine willkürliche Entscheidung ausscheidet und das Prioritätsprinzip von § 19 WpÜG grundsätzlich abgelehnt wird, ist in diesen Fälle ironischerweise nur das Losverfahren gleichheitskonform.¹⁵⁵

Verletzt der Bieter bei der Zuteilung den Gleichbehandlungsgrundsatz, ist bei den Rechtsfolgen zu differenzieren: Berücksichtigt er Wertpapierinhaber nicht

151 Vgl. den Überblick bei Wackerbarth in: MünchKomm-AktG, § 19 WpÜG Rn. 36; Möller in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 19 Rn. 8 und insbesondere Thoma in: Baums/Thoma, WpÜG, § 19 Rn. 12 ff einerseits und Steinmeyer in: Steinmeyer/Häger, WpÜG, § 19 Rn. 7 andererseits.

152 Näher Wackerbarth in: MünchKomm-AktG, § 19 WpÜG Rn. 42; Scholz in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 19 Rn. 31; aA Thoma in: Baums/Thoma, WpÜG, § 19 Rn. 26 mwN.

153 Dieser Unterschied wird gerne übersehen, vgl. Steinmeyer in: Steinmeyer/Häger, WpÜG, § 19 Rn. 11; Thoma in: Baums/Thoma, WpÜG, § 19 Rn. 23 f.

154 Näher Scholz in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 19 Rn. 19.

155 So auch Scholz in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 19 Rn. 30.

oder nicht in dem durch § 19 WpÜG oder seine Angebotsunterlagen vorgegebenen Umfang, bleibt er den übergangenen Wertpapierinhabern zur Abnahme und Bezahlung der angedienten Wertpapiere in dem Umfang verpflichtet, in dem diese Wertpapierinhaber bei Einhaltung der Zuteilungsgrundsätze berücksichtigt worden wären.¹⁵⁶ Das folgt – je nach gewählter Konstruktion – bereits aus der mit Annahme des Angebots entstandenen vertraglichen Verpflichtung zwischen Bieter und Wertpapierinhaber und ist kein eigenständiger Beseitigungsanspruch. Hat er Dritten mehr zugeteilt, als diese nach § 19 WpÜG erhalten durften, besteht kein Anspruch der insoweit übergangenen Wertpapierinhaber auf gleiche Abnahme.¹⁵⁷ Dabei handelt es sich um eine „Gleichbehandlung im Unrecht“, die nicht Anspruchsinhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist. Ungeklärt ist die Rechtsfolge eines sachlich nicht gerechtfertigten Verteilungsmaßstabes, wenn die BaFin das Angebot nicht untersagt hat. Die Zuteilungsregel ist zwar Inhalt des Angebots.¹⁵⁸ Dieses verstößt aber gegen § 19 WpÜG. Daher ist sie wegen § 134 BGB nichtig und an ihre Stelle tritt die pro-rata-Regel. Daraus folgt, dass die Wertpapierinhaber dann einen Anspruch auf verhältnismäßige Zuteilung haben.

(2) Pflichtangebot

Hat der Bieter eine Kontrollbeteiligung (§ 29 Abs. 2 WpÜG) erworben, ist er allen Wertpapierinhabern grundsätzlich verpflichtet, ein angemessenes (§ 31 Abs. 1 WpÜG) Erwerbsangebot abzugeben, sobald er die Kontrolle über die Zielgesellschaft erworben hat. Mit dem Pflichtangebot stärkt das Gesetz den Minderheitenschutz. Die Aktionäre haben das Recht, ihre Anteile außerhalb des Börsenmarkts zu übertragen und sie können gleichmäßig an einer Kontrollprämie partizipieren, die der Erwerber einem Großaktionär im Vorfeld der Unternehmensübernahme versprochen oder gewährt hat.¹⁵⁹ In der Sache handelt es sich um eine an den kontrollierenden Aktionär adressierte „Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen“¹⁶⁰. Die Angebotspflicht liegt auf der Schnittstelle von Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht.¹⁶¹ Man kann sie daher aus verbandsrechtlicher Perspektive als ein weiteres Schutzinstrument der Minderheitsaktionäre im Sinne eines Konzerneingangsschutzes betrachten.¹⁶² Mich überzeugt dagegen ein kapitalmarktrechtliches Verständnis: Der Kontroll-

156 *Hasselbach* in: *Hirte/v. Bülow, KK-WpÜG*, § 19 Rn. 26; *Geibel* in: *Geibel/Süßmann, WpÜG*, § 19 Rn. 21; *Thoma* in: *Baums/Thoma, WpÜG*, § 19 Rn. 49.

157 Zweifelnd auch *Geibel* in: *Geibel/Süßmann, WpÜG*, § 19 Rn. 41.

158 Nur insoweit zutreffend *Thoma* in: *Baums/Thoma, WpÜG*, § 19 Rn. 48.

159 *Fleischer*, NZG 2002, 545, 546; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 182.

160 So der Titel der Monographie von *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991.

161 *Fleischer*, NZG 2002, 545, 546.

162 So exemplarisch *Baums/Hecker* in: *Baums/Thoma, WpÜG*, Vor § 35 Rn. 89 ff.

erwerb berührt die Grundlage der ursprünglichen Investitionsentscheidung und damit das Vertrauen des Aktionärs-Investors so nachhaltig, dass ihm im Interesse der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts ein Austrittsrecht aus dem Subsystem Verband nach dem Prinzip der Meistbegünstigung gegeben wird.¹⁶³ Aus ökonomischer Sicht ist das Pflichtangebot umstritten.¹⁶⁴ Effiziente Unternehmensübernahmen könnten unterbleiben.¹⁶⁵ Andererseits kann der Gleichbehandlungsgrundsatz wettbewerbsfremde Konzentrationsanreize bei Übernahmen verhindern,¹⁶⁶ die – vielfach im Rahmen einer *due diligence* erworbene¹⁶⁷ – Informationsüberlegenheit des Bieters ausgleichen und das Preisbildungsrisiko des einzelnen Minderheitsaktionärs verringern. Die Gleichbehandlung gleicht also die Nachteile der kollektiven Entscheidungssituation der einzelnen Aktionäre aus, indem sie den Druck zur „rechtzeitigen“ Veräußerung („Windhundrennen“¹⁶⁸) verringert und dem Bieter die Möglichkeit nimmt, die Unkenntnis des Aktionärs über das Verhalten der übrigen Aktionäre auszunutzen („Gefangenendilemma“¹⁶⁹).

Zweifelhaft ist, ob der Verstoß gegen das Pflichtangebot mit einem subjektiven Recht des übergangenen Aktionärs auf Gleichbehandlung korreliert. Im Wesentlichen stehen sich zwei, sich im Einzelnen weiter ausdifferenzierende Schutzkonzeptionen gegenüber:¹⁷⁰ Nach der ersten Konzeption führt der Verstoß gegen § 35 WpÜG (auch) zu zivilrechtlichen Ansprüchen der Aktionäre der Zielgesellschaft. Dazu zählt ein gesetzlicher Anspruch auf Vertragsabschluss (Kontrahierungszwang)¹⁷¹ bzw. auf Schadensersatz (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG)¹⁷². Nach der Gegenansicht scheiden zivilrechtliche Ansprüche aus,¹⁷³ weil es keine Rechtsgrundlage für einen Kontrahierungszwang gebe¹⁷⁴ und § 35

163 Dazu näher *Kleindiek*, ZGR 2002, 546, 558 ff; *Paul*, Der Konzern 2009, 80 ff.

164 Im Überblick *Hopt*, ZHR 166 (2002), 383, 385 f; *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1 f mwN.

165 Dazu grundlegend *Easterbrook/Fischel*, 91 Yale L.J. 698 (1982); speziell zur Übernahmerrichtlinie siehe *Wymeersch*, ZGR 2002, 520, 542 ff; *Enriques*, 1 ECFR 440 (2004); zur Kritik an diesem Ansatz siehe *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991, 128 ff.

166 Dazu näher *Oechsler* in: *Ehrcke/Ekkenga/Oechsler*, WpÜG, § 3 Rn. 8 ff; *Mehring*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 83 ff.

167 Näher zur Frage, ob und inwieweit konkurrierende Bieter einen Anspruch auf Gleichbehandlung haben, wenn einem Bieter die Möglichkeit zur due-diligence gegeben wird, siehe *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 549 ff; *Mehring*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 192 ff.

168 BT-Drs. 14/7034, S. 35.

169 Dazu ein guter Überblick bei *Roth*, 98 Econ. J. 974, 997-1000 (1988).

170 Vgl. dazu den Überblick über den Streitstand bei *Müllbert/Schneider*, WM 2003, 2301, 2307 f; *Steinmeyer* in: *Steinmeyer/Häger*, WpÜG, § 35 Rn. 107 ff.

171 *Ekkenga/Hofschroer*, DStR 2002, 768, 777; *Ibrig*, ZHR 167 (2003), 315, 348 f; aA *Schlitt/Ries* in: *MünchKomm-AktG*, § 35 WpÜG Rn. 245 mwN zur Gegenansicht.

172 *Ekkenga/Schulz* in: *Ehrcke/Ekkenga/Oechsler*, WpÜG, § 35 Rn. 75; *von Bülow* in: *Hirte/v. Bülow*, KK-WpÜG, § 35 Rn. 199; *Baums/Hecker* in: *Baums/Thoma*, WpÜG, § 35 Rn. 297.

173 Vgl. OLG Frankfurt NZG 2004, 243 (kein subjektiv-öffentliches Recht der Aktionäre der Zielgesellschaft).

174 *Krause/Pötzsch* in: *Assmann/Pötzsch/Schneider*, WpÜG, § 35 Rn. 252; *Steinmeyer* in: *Steinmeyer/Häger*, WpÜG, § 35 Rn. 110; *Baums/Hecker* in: *Baums/Thoma*, WpÜG, § 35 Rn. 296.

WpÜG nicht den individuellen Anleger schütze.¹⁷⁵ Mittlerweile ist die Frage mit der Neuregelung des Erfüllungsanspruchs in § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG¹⁷⁶ entschieden. Aus § 35 WpÜG folgen keine subjektiven Rechte des einzelnen Aktionärs.¹⁷⁷ Damit ist § 35 WpÜG eine lediglich objektiv wirkende Gleichbehandlungspflicht.

5. Gleichbehandlungspflichten von Finanzintermediären

Adressiert das Recht Gleichbehandlungspflichten auch an Finanzintermediäre, wird das Spannungsverhältnis zur privatautonomen Handlungsfreiheit der Akteure um eine zusätzliche marktfunktionale Komponente aufgeladen: Die Bewertungs- und Allokationsfunktion des Kapitalmarkts könnte mit weitreichenden Gleichbehandlungspflichten unterlaufen werden.¹⁷⁸ Das ist unproblematisch, soweit die Gleichbehandlungspflicht unmittelbar die Funktionsfähigkeit des Markts gewährleistet. Das ist etwa beim Ausführungsanspruch der Handelsteilnehmer gegen den des Skontroführers (§ 28 Abs. 2 S. 1 BörsG) der Fall. Der Skontroführer hat die Aufgabe, den Börsenpreis für die an der Börse zugelassenen und gehandelten Wertpapiere zu ermitteln.¹⁷⁹ Seine Gleichbehandlungspflicht folgt aus der ihm zugewiesenen Monopolstellung.¹⁸⁰

Der Konflikt spitzt sich dagegen bei der Emission von Anteilen über ein Bankenkonsortium zu, wenn die Anteile überzeichnet sind. Grundsätzlich können der Emittent oder die Konsortialbanken die Zuteilungskriterien nach ihren eigenen Vorstellungen festsetzen.¹⁸¹ Den Emittenten treffen insoweit gegenüber bestehenden Anlegern besondere Gleichbehandlungspflichten.¹⁸² Daneben stellen sich die praktisch relevanten Fragen, ob die Konsortialbanken zur Gleichbehandlung interessierter Anleger verpflichtet und – allgemein – die Wertpapierdienstleistungsunternehmen bei der Zuteilung überzeichneter Wertpapiere zur Gleichbehandlung ihrer Kunden verpflichtet sind. Ich werde mich auf die zweite Fallvariante beschränken.¹⁸³ Hier besteht ein Interessenkonflikt der Wertpapierfirma,

175 Krause/Pötzsch in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG, § 35 Rn. 253; Steinmeyer in: Steinmeyer/Häger, WpÜG, § 35 Rn. 112 ff; Hommelhoff/Witt in: Haarmann/Schüppen, WpÜG, § 35 Rn. 118.

176 Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz v. 16.8.2005 (BGBl. I S. 2437), zul. geändert von Artikel 12 des Gesetzes v. 5.1.2007 (BGBl. I, S. 10).

177 Siehe BT-Drs. 15/5091, S. 20: „Nicht erfasst wird der Abschluss entsprechender Verträge, da das WpÜG entsprechende Individualansprüche von Anlegern auf den Abschluss solcher Verträge nicht vorsieht.“

178 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 2.

179 BT-Drs. 14/8071, S. 78.

180 Näher Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 93 f; Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 b) aa).

181 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 a).

182 Dazu oben § 5 III 2.

183 Vgl. zur ersten Variante eingehend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 a), der eine Gleichbehandlungspflicht jedes Emittenten ablehnt. Das sei eine staatliche Umverteilungsregelung und beeinträchtige die allokativen Effizienz des Kapitalmarkts.

weil sie die gleichgelagerten Interessen mehrerer Geschäftsherrn gegenüber einem Dritten vertritt.¹⁸⁴ In einer solchen Situation mag es für den Finanzintermediär rational sein, bestimmte Anleger – vor allem institutionelle Anleger – aufgrund der bestehenden Geschäftsbeziehungen zu bevorzugen.¹⁸⁵ Daher wird diskutiert, ob es ein gleiches Recht auf Zuteilung der Wertpapiere gibt.¹⁸⁶

Als normative Grundlage einer entsprechenden Pflicht kommen die in Art. 19 ff der Richtlinie 2004/39/EG¹⁸⁷ vorgesehenen und mit §§ 31 ff WpHG umgesetzten Wohlverhaltensregeln bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen für Kunden in Betracht. Danach müssen Wertpapierfirmen¹⁸⁸ bzw. Wertpapierdienstleistungsunternehmen¹⁸⁹ „ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden“ (Art. 19 Richtlinie 2004/39/EG) bzw. „mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse“ ihrer Kunden (§ 31 Abs. 1 WpHG) handeln. Bei der Pflicht zur redlichen, eindeutigen und nicht irreführenden Information an Kunden oder potenzielle Kunden (Art. 19 Abs. 2 Richtlinie 2004/39/EG) handelt es sich erneut um einen Fall informationeller Gleichbehandlung.¹⁹⁰ Umstritten ist, ob Richtlinie und WpHG das Wertpapierdienstleistungsunternehmen auch zur gleichen Berücksichtigung von Investitionschancen verpflichten.¹⁹¹ Das Gesetz geht im Grundsatz von einer Gleichbehandlungspflicht der Wertpapierdienstleistungsunternehmen aus: § 31c Abs. 1 Nr. 2 WpHG verpflichtet sie im Interesse des individuellen Kunden¹⁹² dazu, vergleichbare Kundenaufträge nach der Reihenfolge ihres Eingangs auszuführen.¹⁹³ Der Prioritätsgrundsatz sei deshalb ein eigenständiges Instrument zur Lösung von Interessenkonflikten.¹⁹⁴ Das ist schief formuliert. Der Prioritätsgrundsatz ist eine Verteilungsregel, welche die Gleichbehandlung der Anleger

184 Grundsätzlich und weiterführend zum Problem *Hopt*, ZGR 2004, 1 ff; *Kumpan/Leyens*, ECFR 2008, 72 ff.

185 So *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 a) für den Fall der Emission.

186 Dazu im Überblick *Fleischer*, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, F 76 f; *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 147 f und vertiefend zum Stand der Diskussion *Koehler*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, 2006, 174 ff sowie *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 a).

187 Richtlinie v. 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145 v. 30.4.2004, S. 1 (Finanzmarktrichtlinie).

188 Zur Legaldefinition siehe Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 der RL 2004/39/EG.

189 § 2 Abs. 4 WpHG.

190 Vgl. dazu näher *Mehring*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 98.

191 Vertiefend zum Ganzen *Mehring*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 94 ff.

192 *Fuchs* in: *Fuchs*, WpHG, § 31c Rn. 3.

193 Weitergehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 b) bb), der darin eine „echte Gleichbehandlungspflicht“ sieht.

194 *Möllers/Leisch* in: *Hirte/Möllers*, KK-WpHG, § 31 Rn. 115 ff; *Fuchs* in: *Fuchs*, WpHG, § 31 Rn. 63; *Koller* in: *Assmann/Schneider*, WpHG, § 31 Rn. 35.

voraussetzt.¹⁹⁵ Die Prioritätsregel ist daher nichts anderes als ein gesetzlich vorgeschriebener sachlicher Grund einer Ungleichbehandlung der bei der Zuteilung nicht berücksichtigten Anleger.¹⁹⁶

Vereinzelt wird eine Pflicht angenommen, allen gleichermaßen interessierten Kunden die Anteile pro rata zuzuteilen.¹⁹⁷ Das erlaubt es, sachgerecht nach verschiedenen Zeichnern mit jeweils gleich hoher pro-rata-Zuteilung innerhalb der jeweiligen Gruppe zu differenzieren.¹⁹⁸ Fraglich ist allerdings die Rechtsgrundlage dafür: Ein allgemeiner Gleichbehandlungsanspruch folgt weder aus § 53a AktG noch aus § 30a Abs. 1 Nr. 1 WpHG, weil beide Normen die Mitgliedschaft des Anlegers in der Aktiengesellschaft voraussetzen. Das Prioritätsprinzip in § 31c Abs. 1 Nr. 2 WpHG ist als sachliches Kriterium nicht überzeugend, weil es zum Wettlauf der Anleger („Windhundrennen“) führen würde. Auf § 19 WpÜG kann man sich nicht stützen, weil dort ein Angebotsüberhang besteht, während hier die Nachfrage überwiegt. Ansprüche aus § 33 Abs. 1 S. 1 iVm § 20 GWB scheitern an der fehlenden Unternehmenseigenschaft des Privatanlegers und eine Diskriminierung nach § 19 AGG mangels Anknüpfung an ein verbotenes Merkmal. Möglich ist es, ein vom Finanzintermediär dem Anleger gegenüber vertraglich abgegebenes Versprechen zur Gleichbehandlung anzunehmen.¹⁹⁹ Der Bundesgerichtshof sieht in solchen Begründungsversuchen allerdings eine „Fiktion“: Es gebe keine Anhaltspunkte für eine Bereitschaft der Bank, „sich schon bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung unter Aufgabe ihrer gesetzlich eingeräumten Vertragsfreiheit einem beschränkten privatrechtlichen Kontrahierungszwang zu unterwerfen.“²⁰⁰ Weil Gleichbehandlungspflichten angeblich scheitern, wird an die Interessenwahrungspflicht angeknüpft und für eine transparente Zuteilung und dem entsprechende Verfahren plädiert.²⁰¹

Diese Folgerung zeigt allerdings, dass man die eigentliche Bedeutung des Anspruchs auf *gleiche Behandlung* erneut verkennt. Es geht nicht um eine gleiche Behandlung im Ergebnis. Gleichbehandlungspflichten erlauben sachliche Diffe-

195 Insoweit zutreffend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 b) bb): „das Prioritätsprinzip ist dabei Ausdruck der Chancen- und nicht der Ergebnisgleichheit“.

196 Ansatzweise erkannt von Möllers/Leisch in: Hirte/Möllers, KK-WpHG, § 31 Rn. 123.

197 Koller in: Assmann/Schneider, WpHG, § 31 Rn. 9; vertiefend Koehler, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, 2006, 180 ff.; jetzt auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 b) bb).

198 Fuchs in: Fuchs, WpHG, § 31 Rn. 65.

199 So Hopt, ZGR 2004, 1, 42 f.; näher Koehler, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, 2006, 180 ff.

200 BGHZ 152, 114, 120.

201 Fleischer, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, F 77 f.; Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 a) (allerdings nur für den Fall der Fremdemission, anders aber für die allgemeine Tätigkeit von Wertpapierunternehmen: Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 3 b) bb)).

renzierungen.²⁰² Die geforderte Zuteilungstransparenz ist nichts anderes als ein Element innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Ohne vorherige Pflicht zur gleichen Behandlung des Anlegers – die sich ihrerseits wiederum marktfunktional mit dem auf Gleichbehandlung gerichteten Vertrauen begründen lässt²⁰³ – kann man kaum begründen, warum transparente Regeln notwendig sind. Könnte die Bank tatsächlich privatautonom handeln, müsste sie konsequenterweise ihre Entscheidungsprozesse nicht transparent machen. Gleichbehandlung zwingt dagegen zur Transparenz. Nur wenn zunächst eine Pflicht zur gleichen Behandlung besteht, muss der Akteur die Gründe einer Entscheidung offen legen, damit diese von den davon Betroffenen hinterfragt werden können. Diese Erwägungen zeigen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz mit der Möglichkeit zur sachlichen Rechtfertigung einen gegenüber der rein privatautonom gesteuerten Verteilung vorzugswürdigen Lösungsansatz bietet.²⁰⁴ Bei der Rechtfertigung ist maßgeblich auf die Struktur und Intention der Transaktion abzustellen, die vom Standpunkt des Emittenten aus zu beurteilen ist.²⁰⁵ Es sind also – wie beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz²⁰⁶ – Sinn und Zweck der kollektiven Maßnahme herauszuarbeiten und anhand des so ermittelten Maßstabes die Sachgerechtigkeit der vorgenommenen Differenzierung zu bestimmen.²⁰⁷ Ein so konstruierter Gleichbehandlungsgrundsatz ist ein taugliches Instrument, um vorliegende Interessenkonflikte zu lösen.²⁰⁸

6. Ein allgemeiner kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz?

Das Kapitalmarktrecht kennt also eine Reihe von Gleichbehandlungspflichten. Versucht man sie zu systematisieren, lassen sich vier deskriptive Kategorien²⁰⁹ bilden, die sich teilweise überschneiden: (1.) Regeln, die auf informationelle Gleichbehandlung zielen, (2.) Normen, die eine Leistungsgleichbehandlung bewirken, (3.) Grundsätze, die lediglich objektiv-rechtlichen Inhalt haben und (4.)

202 *Fuchs* in: *Fuchs*, WpHG, § 31 Rn. 65; strenger *Möllers/Leisch* in: *Hirte/Möllers*, KK-WpHG, § 31 Rn. 123; Die Ungleichbehandlung sei nur gerechtfertigt, wenn eine gleiche Behandlung unmöglich oder vom Prioritätsprinzip erlaubt sei; vertiefend *Koehler*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, 2006, 200 ff.

203 Dazu näher *Koehler*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, 2006, 193 ff.

204 Näher *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 98 ff; *Kumpan/Leyens*, ECFR 2008, 72, 97 f; kritisch dagegen *Hopt*, ZGR 2004, 1, 42 f.

205 Weiterführend *Koehler*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, 2006, 202 ff.

206 Dazu oben § 5 I 4 c).

207 Einzelheiten bei *Koehler*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, 2006, 201 ff.

208 *Koehler*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, 2006, 200; *Möllers* in: *Hirte/Möllers*, KK-WpHG, § 31 Rn. 121 ff; *Fuchs* in: *Fuchs*, WpHG, § 31 Rn. 65; ablehnend *Grundmann* in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 31 WpHG Rn. 228.

209 Diese Einschränkung berücksichtigt die zutreffende Kritik von *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 150 f an jeder Sachgruppenbildung; abweichend *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 155 f, der zwischen Informationsgleichbehandlung, Gegenleistungsgleichbehandlung und Investitionsleichbehandlung unterscheiden will.

Prinzipien, aus denen subjektive Rechte des Anlegers auf Gleichbehandlung folgen. Das heterogene Bild erschwert eine Antwort auf die Frage, ob es einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz im Kapitalmarktrecht als übergreifendes Rechtsprinzip gibt. Wer jeden Anwendungsfall in einem spezifischen Kontrollgrund verankert, muss dies schon im Ausgangspunkt verneinen.²¹⁰ Wer dagegen die Anlegergleichbehandlung als „sachliches Leitprinzip“ des Kapitalmarktrechts behandelt,²¹¹ schafft zumindest eine Grundlage für die Diskussion über die rechtliche Eigenschaft dieses Prinzips. Es handelt sich entweder lediglich um ein heuristisches Prinzip, das es uns erleichtert, Aussagen über das positive Recht zu treffen oder es könnte – weitergehend – ein mit Normwirkung ausgestatteter Grundsatz sein.

Exemplarisch für die – wohl überwiegende – Zurückhaltung bei der Begründung eines kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist die Position von *Gregor Bachmann*.²¹² Er verneint einen allgemeinen oder lediglich einen auf Informationsgleichbehandlung beschränkten Grundsatz der Gleichbehandlung der Kapitalmarktteilnehmer als Rechtsprinzip. Das Normenmaterial reiche für einen Induktionsschluss nicht aus.²¹³ Grundlage dafür sind zwei Wertungen:²¹⁴ (1.) Ein allgemeines Prinzip könne die austarierten Tatbestände des positiven Rechts aushebeln. (2.) Wenn man aber den Anwendungsvorrang der gesetzlichen Normen absichert, bleibt für einen allgemeinen Grundsatz kein praktischer Anwendungsbereich.

Die Gegenposition vertritt *Christoph Mehringer*.²¹⁵ Er bewegt sich mit seiner Argumentation zum Geltungsgrund in den traditionellen Bahnen der Diskussion zum Gleichbehandlungsgrundsatz im allgemeinen Zivilrecht: Maßgeblich sei das Prinzip der (austeilenden) Gerechtigkeit, abgestützt von der im Kapitalmarktrecht latent vorhandenen Gefahr eines Marktversagens, der impliziten Vereinbarung der Parteien zur Gleichbehandlung²¹⁶ und dem Gedanken der Anlegergemeinschaft;²¹⁷ Art. 3 GG scheide dagegen als Rechtsgrundlage aus.²¹⁸ Normadressaten des Gleichbehandlungsgrundsatzes seien alle Akteure auf dem Kapitalmarkt, die „eine Position mit negativen Einwirkungsmöglichkeiten innehaben“.²¹⁹ Vor einer Ungleichbehandlung geschützt seien die Anleger, die poten-

210 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 4.

211 So Fleischer, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, F 1, F. 26 ff; in der Sache auch Kalss, Anlegerinteressen, 2001, 249 ff; Seibt, ZGR 2006, 501, 510 f.

212 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 172 ff; Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 344 ff.

213 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 172; Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 345.

214 Bachmann, FS Eberhard Schwark, 2009, 345 f.

215 Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 122-169.

216 In der Informationsökonomik wird insoweit tatsächlich mit der Kategorie impliziter Verträge gearbeitet, vgl. Rippenberger, Ökonomik des Vertrauens, 73 ff.

217 Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 127-133, 137-141.

218 Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 125-127.

219 Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 145-147 (Zitat auf S. 146).

tiellen Anleger und Dritte, sofern deren Gleichbehandlung mittelbar dem Anlegerschutz diene.²²⁰ *Mehringer* tritt – im Anschluss an die verfassungsrechtliche Methodik – für einen strikt deskriptiven Ansatz bei der Ermittlung von Ungleichbehandlungen ein, indem er auf die Anleger insgesamt abstellt und jede Differenzierung als Rechtfertigungsproblem konzipiert.²²¹ Ebenfalls an der verfassungsrechtlichen Dogmatik orientiert, ist sein Ansatz zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen.²²² Dabei sei abzuwägen, „welche Folgen die Ungleichbehandlung für die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts und das Vertrauen der Anleger hat“²²³. Daraus entwickelt *Mehringer* konkrete Abwägungsmaßstäbe anhand seiner Systematisierung von Informations-, Gegenleistungs- und Investitionsungleichbehandlung.²²⁴

Diese Argumentation ist für das maßgeblich unionsrechtlich geprägte Kapitalmarktrecht von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Audiolux*²²⁵ erschüttert worden. Die Kläger – Minderheitsaktionäre der von der Bertelsmann-AG übernommenen RTL-Group, einer Aktiengesellschaft luxemburgischen Rechts – vertraten die These, dass es im *Primärrecht* der Union einen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre und Anleger gebe. Sie wählten diese Strategie, weil der Sachverhalt vor Verabschiedung und Inkrafttreten der Richtlinie 2004/25/EG spielte und das anwendbare luxemburgische Recht kein Pflichtangebot kannte.²²⁶ Nach Auffassung des Gerichtshofs könne weder aus der Richtlinie 2004/25/EG noch aus der Zusammenschau von Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG, Art. 17 Richtlinie 2004/109/EG ein allgemeiner Grundsatz mit einem bestimmten Inhalt abgeleitet werden.²²⁷ Die Normen beschränkten sich insgesamt darauf, spezifische gesellschaftsrechtliche Fallkonstellationen zu regeln, indem sie der Gesellschaft bestimmte Verpflichtungen zum Schutz aller Aktionäre auferlegten.²²⁸ Außerhalb der jeweiligen Regelungen im Sekundärrecht gibt es danach keinen „allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz [...] im Bereich des Gesellschaftsrechts“²²⁹, der den kontrolliererwerbenden Hauptaktionär verpflichtet, die Aktien der Minderheitsaktionäre zu den gleichen Be-

220 *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 147-149.

221 *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 151.

222 *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 151-153.

223 *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 153.

224 Siehe *Mehringer*, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 153-159.

225 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823.

226 *Mucciarelli*, ECFR 2010, 158, 160.

227 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 47 ff.

228 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 38 ff.

229 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 53 ff.

dingungen aufzukaufen.²³⁰ Der Gerichtshof spricht zwar durchgehend von einem *gesellschaftsrechtlichen* Gleichbehandlungsgrundsatz. In der Sache ist freilich ein *kapitalmarktrechtlicher* Gleichbehandlungsgrundsatz gemeint.²³¹ Die Gleichbehandlung der Anleger ist Leitprinzip nur für die jeweiligen Akte des Sekundärrechts und nur für die Umsetzung dieser Richtlinien durch die Mitgliedstaaten.²³² Ein eigenständiges, richtlinienübergreifendes subjektives Recht auf Gleichbehandlung bei kapitalmarktrechtlichen Transaktionen gibt es dagegen im geltenden Unionsrecht nicht.

Das lässt noch Raum für die Herausbildung gemeinsamer Strukturprinzipien der einzelnen Regelungskomplexe kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlung.²³³ So hat beispielsweise *Dirk Zetzsche* die Auffassung vertreten, dass es einen kapitalmarktrechtlichen Grundsatz der informationellen Gleichheit der Anleger gibt.²³⁴ Er leitet ihn aus dem Gebot der Fairness und Chancengleichheit als Folge der Kapitalmarktaktivität des Adressaten ab.²³⁵ Gleichbehandlung sei eine „kapitalmarktinduzierte Sorgfaltspflicht“²³⁶ des Emittenten. Ein extensives Verständnis von Privatautonomie sabotiere den Markt als Institution.²³⁷ Dennoch bleibt *Zetzsche* in den traditionellen Bahnen der Gleichbehandlungsdogmatik, weil er in der Gleichbehandlung eine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung der Privatautonomie sieht.²³⁸ Folglich operiert er – ebenfalls traditionell – auf der Ebene des sachlichen Anwendungsbereichs. Eine Pflicht zur informationellen Gleichbehandlung sei nur zu bejahen, wenn (1.) die Informationsherrschaft der Emittenten sich erheblich auf die Anleger auswirke, (2.) diese ein Gemeinschaftsverhältnis bildeten²³⁹ und (3.) das willkürliche Verhalten der Emittenten systemwidrig erfolge.²⁴⁰ Sobald diese Hürde genommen ist, zeigt sich die Operationalität des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Grundlage dafür ist ein strikt deskriptives Verständnis der Vergleichbarkeit, nach dem alle Anleger – gegenwärtige wie potentielle – vergleichbar seien.²⁴¹ Sehe das Gesetz Informationsprivilegien einzelner Akteure vor (Beispiel: § 131 Abs. 4 AktG), seien daraus folgende Ungleichbehandlungen gerechtfertigt.²⁴² Im Übrigen sei jede Ungleichbehandlung im Prinzip

230 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 55.

231 Metzger, 75 *RabelsZ* (2011), 845, 874; Mucciarelli, ECFR 2010, 158, 162; siehe dazu bereits oben § 5 II 3 a).

232 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 55.

233 Vgl. Möllers, ZGR 1997, 334, 338; Kalss, Anlegerinteressen, 2001, 287 f.

234 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 283 ff.

235 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 304.

236 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 297.

237 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 296.

238 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 297 f.

239 An dieser Stelle schlägt sich die These Götz Huecks nieder, dazu oben § 4 I 3.

240 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 298–303.

241 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 315 f.

242 Zetzsche, Aktionärsinformation, 2006, 316 ff (mit einzelnen Beispielen).

sachlich zu rechtfertigen.²⁴³ *Zetzsche* differenziert dabei zwischen „organrelevanten Informationen“ innerhalb des Subsystems Verband, auf die er auch die verbandsrechtlichen Rechtfertigungskriterien übertragen will, und „anlagebezogenen Informationen“, für die gesetzliche Informationsprivilegien Rechtfertigungsmaßstäbe lieferten.²⁴⁴ Kann eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden, sei der Normadressat ohne weiteres verpflichtet, allen Anlegern den gleichen Informationszugang einzuräumen.²⁴⁵ Interessant – aber mit Blick auf die gesetzlichen Grundlagen²⁴⁶ konsequent – ist die Differenzierung bei den Rechtsfolgen: Ein subjektives Recht auf Durchsetzung des Informationsanspruchs gewähre das Gesetz nur dem Aktionär.²⁴⁷ Für den potentiellen Anleger handle es sich lediglich um eine objektiv wirkende Gleichbehandlungspflicht.²⁴⁸

IV. Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerbsrecht

1. Gleichbehandlungspflichten und Wettbewerb – Ein exemplarisches Spannungsverhältnis

Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerb – das scheint sich auf den ersten Blick zu widersprechen. Die Behinderung der Konkurrenten und die Ungleichbehandlung privater Akteure sind im Grundsatz wettbewerbsimmanente Methoden, um seine eigene Leistung am Markt durchzusetzen.¹ Jedenfalls „sind diese Verhaltensweisen, auch wenn sie von marktmächtigen Unternehmen mit einer starken Marktstellung angewendet werden, häufig in ihren wettbewerbslichen Auswirkungen ambivalent und können deshalb nicht ohne weiteres als wettbewerbsschädlich angesehen werden.“² Ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot für Unternehmen – so die allgemeine Auffassung³ – sei daher nicht wettbewerbskonform:

„Ein solches Verbot würde der Natur des Wettbewerbs widersprechen, dem Differenzierung und nicht Gleichbehandlung eigen ist. Auszugehen ist vielmehr vom Grundsatz der Vertragsfreiheit. Jedem Unternehmen steht es frei, mit wem und mit welchem Inhalt es Verträge abschließt. Die Grenze der Vertragsfreiheit ist erreicht, wenn ein Unternehmen

²⁴³ *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 327 ff.

²⁴⁴ Dazu *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 327 ff.

²⁴⁵ *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 336 ff.

²⁴⁶ Dazu oben § 5 III 3.

²⁴⁷ Im Einzelnen *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 346 ff, 355 f.

²⁴⁸ *Zetzsche*, Aktionärsinformation, 2006, 353 f, 356.

1 Statt vieler *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, § 20 GWB Rn. 2.

2 *Markert* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 GWB Rn. 8.

3 *Eilmannsberger* in: *MünchKomm-KartR*, Art. 82 EG Rn. 264; *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, § 20 GWB Rn. 2; *Bunte* in: *Langen/Bunte*, Art. 82 Rn. 210; jüngst eingehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2.

*Marktmacht besitzt und die Marktpartner daher nicht auf andere Wettbewerber ausweichen können.*⁴

Grundsätzlich gilt also Vertragsfreiheit. Daher hat jedes Unternehmen das Recht, seine Handelspartner frei zu wählen und frei über den Einsatz seines (geistigen) Eigentums zu entscheiden.⁵ Seit *Ludwig Raiser*⁶ und *Franz Böhm*⁷ wissen wir aber, dass „private Macht“ einzelner Marktakteure dazu führen kann, dass „der freie Wettbewerb seine ordnende Kraft“⁸ einbüßt. Wegen der Marktmacht der agierenden Unternehmen kann man nicht mehr ohne weiteres davon ausgehen, dass der Wettbewerb und die ihm inhärente „Entmachtungsfunktion“⁹ die Voraussetzungen für eine sachgemäße Ausübung der Vertragsfreiheit herstellen.¹⁰ Marktbeherrschende oder marktmächtige Stellungen können die betreffenden Unternehmen dazu verleiten, ihre wirtschaftliche Macht als entscheidenden Transaktionsfaktor einzusetzen. Sie gefährden daher *per se* die intendierte Wettbewerbsordnung im europäischen Mehrebenensystem.¹¹ Darauf reagiert das moderne Wettbewerbsrecht mit Missbrauchs- (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB), Behinderungs- und Diskriminierungsverböten (§ 20 Abs. 1, 2 GWB). Darin weist es dem Unternehmen mit einer marktbeherrschenden¹² Stellung eine besondere Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu.¹³ Eine „besondere Verantwortung“ bedeutet, dass marktbeherrschenden Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen, die anderen Unternehmen erlaubt sind, verschlossen werden.¹⁴ Das Unternehmen darf seine eigenen geschäftlichen Interessen nur „in vernünftigem Maße“ am Markt durchsetzen und seine Maßnahmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den eigenen wirtschaftlichen Interessen stehen.¹⁵ Anders formuliert: Marktbeherrschende Unternehmen können ihre Entscheidungen am Markt nicht schlechthin unter Berufung auf die Privatautonomie

4 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 UWG Rn. 10.211.

5 EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207; EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft v. Komm.* = Slg. 2007, II-3601 Rn. 319; Mitteilung der Kommission: Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. Nr. C 45 v. 24.2.2009, 7 [im Folgenden: Kommission, Erläuterungen zu Art. 82], Rn. 75.

6 Eingehend oben § 4 I 1.

7 Eingehend oben § 4 I 4.

8 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 93 (dazu bereits oben § 4 I 1).

9 *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

10 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 445.

11 So zum AEUV *Jung* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 6.

12 § 20 Abs. 1 und 2 GWB erweitern den Adressatenkreis erheblich.

13 Vgl. EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – *Michelin v. Komm.* = Slg. 1983, 3461 Rn. 57.

14 EuG, Urt. v. 30.9.2003, Rs. T-191/98 – *Atlantic Container Line v. Komm.* = Slg. 2003, II-3275 Rn. 1460; EuG, Urt. v. 30.1.2007, T-340/03 – *France Télécom v. Komm.* = Slg. 2007, II-107 Rn. 186 (bestätigt von EuGH, Urt. v. 24.2.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 105).

15 EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 183 ff; EuGH, Urt. v. 16.9.2008, Verb. Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Lelos kai Sia EE ua v. GlaxoSmith-Kline AVEE Farmakeftikon Proionton* = Slg. 2008, I-7139 Rn. 50.

legitimieren. Unter bestimmten Umständen müssen sie ihre Maßnahmen grundsätzlich objektiv (sachlich) rechtfertigen.¹⁶ Konsequenz der „besonderen Verantwortung“ ist es, dass die Vertragsabschluss- und -inhaltsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs eingeschränkt werden. Die marktbeherrschende Stellung bzw. die relative Marktmacht (§ 20 Abs. 2 GWB) alleine genügen allerdings nicht, um vom Grundsatz der Vertragsbegründungsfreiheit abzuweichen. Es muss ein verschärfendes Moment hinzutreten, das mit „Missbrauch“ (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB), „unbilliger Behinderung“ (§ 20 Abs. 1 Var. 1 GWB) oder „ungleicher Behandlung“ (§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB) umschrieben wird.¹⁷

Ein Beispiel dafür ist die rechtliche Behandlung der *de novo*-Lieferverweigerung.¹⁸ Weigert sich ein marktbeherrschendes Unternehmen, in geschäftliche Beziehungen mit einem anderen Unternehmen zu treten, müssen nach der bisherigen Rechtsprechung „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, um einen Missbrauch zu begründen.¹⁹ Betrachtet man allerdings die europäische Entscheidungspraxis²⁰ genauer, kommt man zu einem Kontrahierungszwang des marktbeherrschenden Unternehmens, *soweit* es die begehrte Leistung bereits am Markt vergleichbaren Dritten anbietet und die Ablehnung des Zugangsprätendenten nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen kann.²¹ Weniger Begründungsaufwand erfordern die Fälle des Geschäftsabbruchs bzw. der Nichtverlängerung²² eines bestehenden Vertrags.²³ Beendet das marktbeherrschende Unternehmen eine bestehende Geschäftsbeziehung, obwohl das Geschäftsgebarren seines Vertragspartners den Handelsgebräuchen entspricht und sich dessen Bestellung im Rahmen des Üblichen hält,²⁴ muss es sich dafür *grundsätzlich* rechtfertigen.²⁵ Die

16 Vgl. EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft v. Komm.* = Slg. 2007, II-3601 Rn. 331, 333.

17 Vgl. *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 534.

18 Zur Einschätzung der Kommission siehe Erläuterungen zu Art. 82 (Fn. 837), Rn. 84; vgl. dazu vertiefend *Brand* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 375 ff.

19 Siehe EuGH, Urt. v. 30.4.1974, Rs. 155/73 – *Giuseppe Sacchi* = Slg. 1974, 409 Rn. 17; EuGH, Urt. v. 2.3.1983, Rs. 7/82 – *GVL v. Komm.* = Slg. 1983, 483 Rn. 41 ff; EuGH, Urt. v. 16.11.1998, Rs. C-7/97 – *Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG ua* = Slg. 1998, I-7791 Rn. 41.

20 Zum deutschen Recht näher unten § 5 IV 3.

21 Eingehend dazu *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 321 ff; vgl. dzu auch *Schröter* in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 EGV Rn. 267; *Eilmannsberger* in: MünchKommKartR, Art. 82 EG Rn. 269.

22 Zur Vergleichbarkeit beider Konstellationen *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 311.

23 *Brand* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 365, 375.

24 Grundlegend EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 182 f.

25 Grundlegend EuGH, Urt. v. 6.3.1974, Rs. 6 und 7/73 – *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation v. Komm.* = Slg. 1974, 223 Rn. 25; EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 183 ff; EuGH, Urt. v. 16.9.2008, Verb. Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Losos kai Sia EE ua v. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton* = Slg. 2008, I-7139 Rn. 34.

Lieferverweigerung würde nämlich die Absatzmöglichkeiten zum Nachteil der Verbraucher beschränken und „eine *Diskriminierung* schaffen, die bis zur Ausschaltung eines Geschäftspartners vom relevanten Markt gehen könnte“.²⁶ Das Unionsrecht verbietet es also marktbeherrschenden Unternehmen, eine bestehende Geschäftsbeziehung üblichen Umfangs gleichheitswidrig abzubrechen, es sei denn, der Abbruch oder die Reduktion sind objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig.²⁷ Dasselbe gilt im Kern auch, wenn die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung gleichheitswidrig versagt wird.²⁸ Die Ungleichbehandlung der Marktakteure wird in dieser Konzeption zum Indiz missbräuchlichen Verhaltens.²⁹ Darin sehe ich eine Ausprägung des „Prinzips der Gleichbehandlung“ im Wettbewerbsrecht.

Damit negiere ich nicht die vertrags- und wettbewerbstheoretischen Unterschiede beider Konstellationen. Es spricht nämlich einiges dafür, „dass sich die Beendigung einer bestehenden Lieferbeziehung eher als missbräuchlich erweist als eine *de novo*-Lieferverweigerung.“³⁰ Immerhin hat das marktbeherrschende Unternehmen mit der Aufnahme von Vertragsbeziehungen eine Abhängigkeits- und Gefährdungssituation des anderen Unternehmens begründet.³¹ Die deshalb sinnvolle Differenzierung beider Fallgruppen kann man durchaus auch auf Rechtfertigungsebene vornehmen. Dafür kommt es entscheidend darauf an, ob die Maßnahme mit dem Ziel vereinbar ist, Verfälschung im Wettbewerb zu vermeiden. Bei einem gleichbehandlungswidrigen Lieferabbruch ist von einem strengeren Prüfungsmaßstab auszugehen. Sachlich gerechtfertigt war beispielsweise die Entscheidung eines Mineralölunternehmens während der Ölkrise in den 1970er Jahren, zwischen Vertragsabnehmern und Gelegenheitskunden zu differenzieren. Eine gleiche Lieferung an die Gelegenheitsabnehmer würde seine vertraglichen Bindungen zur Stammkundschaft unzumutbar beeinträchtigen.³² Insgesamt gewährleistet Art. 102 AEUV eine weitreichende Gleichbehandlungs-

26 Dazu jetzt EuGH, Urt. v. 16.9.2008, Verb. Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Lelos kai Sia EE ua v. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton* = Slg. 2008, I-7139 Rn. 34, 49 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 182 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

27 EuGH, Urt. v. 6.3.1974, Rs. 6 und 7/73 – *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation v. Komm.* = Slg. 1974, 223 Rn. 25; EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 182 f.; EuGH, Urt. v. 16.9.2008, Verb. Rs. C-468/06 bis C-478/06 – *Sot. Lelos kai Sia EE ua v. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton* = Slg. 2008, I-7139 Rn. 34, 39, 50.

28 Für eine im Ausgangspunkt identische Behandlung beider Fallgruppen auch die Kommission, Erläuterungen zu Art. 82 (Fn. 837), Rn. 84; dazu *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 344.

29 Mit anderem Begründungsansatz auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 a) bb).

30 Kommission, Erläuterungen zu Art. 82 (Fn. 837), Rn. 84; dazu *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 349; auf die bestehenden Unterschiede hinweisend auch *Brand* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 374.

31 *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 312.

32 EuGH, Urt. v. 29.6.1978, Rs. 77/77 – *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV v. Komm.* = Slg. 1978, 1513 Rn. 29 ff.

pflicht marktbeherrschender Unternehmen: Innerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung ist es zur gleichen Behandlung — sprich: zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung! — seiner Geschäftspartner verpflichtet. Soweit es um die Konditionen geht, folgt diese Pflicht aus Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV,³³ soweit es um die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung geht, aus der Generalklausel, und gegenüber potentiellen Handelspartnern insgesamt auf Grundlage der Generalklausel.

Das „Prinzip der Gleichbehandlung“ durchzieht das europäische und nationale Wettbewerbsrecht. Beide Regelungsbereiche kennen eine Reihe von ausdrücklichen Gleichbehandlungspflichten.³⁴ In der wettbewerbsrechtlichen Literatur werden diese Bestimmungen üblicherweise als „Diskriminierungsverbote“ bezeichnet. Das ist unschädlich.³⁵ In der Sache handelt es sich um klassische Gleichbehandlungspflichten, also rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen vergleichbarer Sachverhalte. Ihre Existenz zeigt, dass das Recht Ungleichbehandlungen im Wettbewerb als Indikatoren für eine Gefährdung der Freiheit des Wettbewerbs wahrnimmt. Für das Recht bedeutet „Freiheit des Wettbewerbs“, die wettbewerbslichen Entfaltungsmöglichkeiten für alle Marktbeteiligten zu gewährleisten. Der Schutz des Wettbewerbs als Institution zwingt zum Schutz der einzelnen Marktbeteiligten vor Wettbewerbsbeschränkungen.³⁶ Es wird sich zeigen, dass die wichtigste Funktion der kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgebote darin liegt, diese wettbewerbsliche Entfaltungsfreiheit zu sichern.³⁷ Zentrale Aufgabe der Ausgestaltung kartellrechtlicher Gleichbehandlungsgebote ist es, die wettbewerbskonforme Ungleichbehandlung von der Ungleichbehandlung zu unterscheiden, die auf wettbewerbsfremden Faktoren beruht und zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt. Das geltende Recht löst die damit einhergehende Abgrenzung von wettbewerbskonformer und wettbewerbsfeindlicher Freiheitsausübung auf zwei Ebenen: (1.) Das Wettbewerbsrecht beschränkt den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich von Gleichbehandlungsgeboten auf bestimmte Konstellationen, bei denen es typisierend von einer Gefährdung des Wettbewerbs ausgeht. (2.) Eine Ungleichbehandlung kann grundsätzlich vom ungleich behandelnden Akteur gerechtfertigt werden. Damit öffnet sich das Recht erneut der Eigenrationalität der Wirtschaft, um die im Einzelfall zugunsten der

33 Dazu gleich unter § 5 IV 2.

34 Art. 101 Abs. 1 lit. d) AEUV, Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV sowie § 19 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 und § 20 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 und Abs. 6 GWB.

35 Anders aber Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II, nach dem eine falsche Nähe zu den angeblich völlig unterschiedlich strukturierten Diskriminierungsverboten des AGG evoziert werde.

36 Zum Stand der Schutzobjektdiskussion Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 187 f; vertiefend Busche, Privatautonomie, 1999, 315 ff.

37 So auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 a) aa), wenn auch mit stärkerer Akzentuierung der institutionellen Funktion wettbewerbsrechtlicher Gleichbehandlungsgebote.

Wettbewerbskonformität des Verhaltens vorgebrachten Gründe adäquat verarbeiten zu können.

2. Das „Prinzip der Gleichbehandlung“ am Beispiel der Preis- und Konditionenspaltung

Die Ungleichbehandlung ist Voraussetzung eines funktionsfähigen Wettbewerbs und zugleich potentielle Störung dieses Wettbewerbs.³⁸ Das erzeugt ein Spannungsfeld, dessen rechtliche Auflösung ich exemplarisch anhand der Preis- und Konditionenspaltung skizzieren möchte.

a) Geltungsgrund

Die Preis- und Konditionenungleichbehandlung ist sowohl unionsrechtlich (Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV)³⁹ als auch im nationalen Recht (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB) ein nicht abschließendes Regelbeispiel einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB). Strukturell handelt es sich bei beiden Regelungen um besondere Gleichbehandlungsgebote zugunsten der jeweiligen Marktgegenseite.⁴⁰ Der deutsche Rechtsanwender ist verpflichtet, bei Verhaltensweisen, die sich auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken können (Art. 102 S. 1 AEUV), neben § 19 GWB zugleich auch Art. 102 AEUV parallel anzuwenden (Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003).⁴¹ Soweit es sich dabei um einseitige Maßnahmen eines Unternehmens handelt, können die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte auch ein gegenüber Art. 102 AEUV strengeres nationales Recht (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003) anwenden. Das gilt in Deutschland für die Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB und für das Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens von marktbeherrschenden und marktstarken Unternehmen gem. §§ 20, 21 GWB.⁴² Der Missbrauchsbegriff wird kraft nationalen Rechts weitgehend übereinstimmend mit Art. 102 AEUV ausgelegt.⁴³ In der Praxis spielen die vier in § 19 Abs. 4 GWB genannten Regelbeispiele eines Missbrauchs die weitaus größte Rolle.⁴⁴ Zwischen

38 Dazu jetzt eingehend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) aa) mwN.

39 Siehe EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Europemballage & Continental Can Co. Inc. v. Komm.* = Slg. 1976, 215 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways Plc v. Komm.* = Slg. 2007, I-2331 Rn. 57 f.

40 Siehe Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 463.

41 VO (EG) 1/2003 v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L Nr. 1 v. 4.1.2003, 1 (KartellVerf-VO).

42 Vgl. dazu Bericht über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates, KOM(2009) 206 endg., Rn. 21.

43 Säcker/Gosse/Wolf in: MünchKomm-KartR, § 19 GWB Rn. 62; Weyer in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 19 GWB Rn. 817 f.

44 Bechtold, GWB, § 19 Rn. 75.

den Regelbeispielen in § 19 Abs. 4 GWB und Art. 102 AEUV bestehen im Ergebnis aber keine wesentlichen Unterschiede.⁴⁵

b) Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung

(1) Eingeschränkter Adressatenkreis: marktbeherrschende Unternehmen

Normadressaten der unionsrechtlichen Gleichbehandlungspflicht sind nur Unternehmen mit „einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt“ (Art. 102 S. 1 AEUV). Damit ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses (1.) in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm (2.) die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.⁴⁶ Auch der persönliche Anwendungsbereich des § 19 GWB beschränkt sich auf Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung. Das ist keine feststehende Eigenschaft eines Unternehmens.⁴⁷ Sie wird nach allgemeiner Ansicht mit einem zweistufigen Verfahren ermittelt:⁴⁸ Zunächst wird der sachlich, räumlich und gelegentlich auch zeitlich relevante Markt abgegrenzt (vgl. § 19 Abs. 2 S. 1 GWB). Auf dem so definierten Markt ist dann anhand von Marktstruktur- und Marktverhaltenskriterien der Grad der Marktbeherrschung zu ermitteln. Nach dem Gesetz ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es eines von vier Kriterien erfüllt (§ 19 Abs. 2 GWB).

Art. 102 AEUV soll den wirksamen Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen schützen.⁴⁹ Daher verbietet die Norm Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann.⁵⁰ Daraus ergeben sich die zwei Regelungsziele des Art. 102 AEUV: Das Verbot schützt primär den (Rest-) Wettbewerb als Institution.⁵¹ Zu-

45 Begr. RegE 6. GWB-Novelle, BT-Drs. 13/97209, S. 36.

46 St. Rspr. des EuGH, vgl. EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 63 ff; EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche v. Komm.* = Slg. 1979, 461 Rn. 38; zuletzt EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 103; siehe dazu jetzt auch Erläuterungen zu Art. 82 (oben Fn. 5). Zum Verhältnis beider Kriterien zueinander siehe *Eilmannsberger* in: MünchKomm-KartR, Art. 82 EG Rn. 72 f; *Bergmann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, Art. 82 EG Rn. 94.

47 *Ruppelt* in: Langen/Bunte, § 19 Rn. 15.

48 Dazu statt aller *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 18 ff; *Bechtold*, GWB, § 19 Rn. 3 f.

49 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche v. Komm.* = Slg. 1979, 461 Rn. 132.

50 Grundlegend EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Europemballage & Continental Can Co. Inc. v. Komm.* = Slg. 1976, 215 Rn. 26; zuletzt EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 105.

51 *Schröter* in: von der Groeben/Schwarze, Art 82 EGV Rn. 23; *Eilmannsberger* in: MünchKomm-KartR, Art. 82 EGV Rn. 6; *Bulst* in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 10; *Fuchs/Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 5.

gleich schützt es die Marktgegenseite.⁵² Das besondere Gleichbehandlungsverbot des Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV ist Bestandteil dieses Systems.⁵³ Das Geschäftsverhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung darf den Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, also zwischen Zulieferern oder Abnehmern, nicht verzerren. Im Wettbewerb untereinander sollen die Vertragspartner dieses Unternehmens nicht bevorzugt oder benachteiligt werden. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt eine „besondere Verantwortung“ dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt nicht beeinträchtigt.⁵⁴

Wie bei Art. 102 AEUV ist es Ziel des Verbotstatbestandes in § 19 GWB, Missbräuchen wirtschaftlicher Macht, die mit dem Fehlen wirksamen Wettbewerbs zusammenhängen, zu begegnen. § 19 GWB schützt Dritte in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit⁵⁵ und damit das „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ insgesamt.⁵⁶ Das Recht begrenzt den Handlungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens, um Handlungsspielräume anderer Marktteilnehmer zu eröffnen.⁵⁷ An die Stelle einer als unbegrenzt konzipierten Privatautonomie tritt eine Konzeption der beschränkten Vertragsfreiheit, deren Ziel es ist, die Voraussetzungen der Privatautonomie aller Marktteilnehmer zu verwirklichen. Die Herstellung von Wettbewerb bedeutet also zugleich Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁵⁸ Zur Lösung entscheidet sich das deutsche Recht ebenfalls für das „Prinzip Gleichbehandlung“. Die Preis- und Konditionenspaltung ist im Ausgangspunkt ein Anwendungsfall des Ausbeutungsmissbrauchs.⁵⁹ Das Gesetz unterstellt, dass ein höherer Preis nur deshalb auf dem beherrschten Markt zu Lasten der Kunden durchgesetzt werden kann, weil die Wettbewerbskräfte versagen, während das Unternehmen auf einem vergleichbaren Markt wegen des dort bestehenden Wettbewerbsdrucks zur Zurückhaltung bei der Ausübung seiner Marktmacht gezwungen ist.⁶⁰ Während im Normalfall eines Ausbeutungsmissbrauchs eine hypothetische „als-ob-Betrachtung“ notwendig ist (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB), verweist § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB auf einen einfacher zu ermittelnden Vergleichsmaßstab: die vom Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern geforderten Konditionen.

52 Eilmannsberger in: MünchKomm-KartR, Art. 82 EG Rn. 5 f.; Bulst in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 10 f.; Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 463.

53 EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways Plc v. Komm.* = Slg. 2007, I-2331 Rn. 143.

54 EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – *Michelin v. Komm.* = Slg. 1983, 3461 Rn. 57; EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 105.

55 Grundlegend dazu Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235, 252.

56 Dazu vertiefend Busche, Privatautonomie, 1999, 312 ff.

57 Paschke in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 19 Rn. 9; vgl. dazu das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium v. 24.6.1962 zur Reform des GWB, BT-Drs-IV/617, S. 96 f.

58 Busche, Privatautonomie, 1999, 318.

59 BGHZ 142, 239, 247 – *Flugpreisspaltung*; kritisch dazu Bechtold, NJW 2001, 3159, 3162.

60 BGHZ 142, 239, 246 – *Flugpreisspaltung*.

Ausgangspunkt der Missbrauchskontrolle sind also die eigenen Präferenzen des Unternehmens, an die es im Interesse des funktionsfähigen Wettbewerbs gebunden wird.⁶¹ Das Unternehmen wird deshalb zur Gleichbehandlung seiner Abnehmer verpflichtet.

Das Prinzip der Gleichbehandlung schlägt sich im Aufbau beider Regelbeispiele nieder: (1.) Das marktbeherrschende Unternehmen muss (a) auf vergleichbaren Märkten (b) eine Gruppe von Handelspartnern/Abnehmern anders behandeln als (c) vergleichbare Handelspartner/Abnehmer; (2.) diese ungleiche Behandlung darf nicht sachlich gerechtfertigt sein und sie muss – im Unionsrecht – (3.) zusätzlich eine Wettbewerbsverfälschung bewirken.

(2) Deskriptive Konzeption der Ungleichbehandlung

Das marktbeherrschende Unternehmen muss seine Handelspartner trotz gleichwertiger Leistungen ungleich behandeln (Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV). Handelspartner sind Unternehmen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem bereits in geschäftlichem Kontakt sind⁶² und in einem Konkurrenzverhältnis zu anderen Handelspartnern des Marktbeherrschers stehen⁶³. Alle übrigen Marktakteure (potentielle Handelspartner⁶⁴ und Endverbraucher⁶⁵) sind nicht erfasst. Sie fallen jedoch in den Anwendungsbereich des allgemeinen Missbrauchsverbots (Art. 102 S. 1 AEUV).⁶⁶ Das Regelbeispiel ist also ein „besonderes Gleichbehandlungsgebot“. Es verdichtet die allgemeine Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens bei bestehenden Vertragsbeziehungen ohne weiteres zur Gleichbehand-

61 So auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb).

62 Bunte in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 214.

63 EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Rs. 40/73 – *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie ua v. Komm.* = Slg. 1975, 1663 Rn. 525; näher Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 481.

64 Siehe Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 483. Anders entschied die Kommission noch im GVL-Fall (Entscheidung v. 29.10.1981 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/29.839 – GVL), ABl. L 370 v. 28.12.1981, S. 49, Rn. 51 f.). Der Gerichtshof ist dem Ansatz dort nicht gefolgt, vgl. EuGH, Urt. v. 2.3.1983, Rs. 7/82 – *GVL v. Komm.* = Slg. 1983, 483 Rn. 56. Mittlerweile scheint die Kommission davon auch wieder abgerückt zu sein, vgl. ihre Stellungnahme in der Rs. Bronner, EuGH, Urt. v. 16.11.1998, Rs. C-7/97 – *Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG ua* = Slg. 1998, I-7791 Rn. 30; mit guten Gründen für die Berücksichtigung auch potentieller Handelspartner: Weiß in: EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 56.

65 Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 Rn. 249; Bulst in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 215; Brand in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, Art. 102 AEUV Rn. 482; anders auch hier Weiß in: EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 56.

66 Zu den potentiellen Handelspartnern vgl. Bunte in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 214; Deselaers in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 425; Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 377; zu den Endverbrauchern siehe Entscheidung der Kommission vom 20. Juli 1999 in einem Verfahren gemäß Artikel 82 EG-Vertrag und Artikel 54 EWR-Abkommen (Sache IV/36.888 – Fußball-Weltmeisterschaft 1998), ABl. L 5 v. 8.1.2000, 55, Rn. 88 ff und die Erläuterungen zu Art. 82, ABl. C 45 v. 24.2.2009, 7 Rn. 7; de Bronett in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 22 Rn. 70; Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 375.

lungspflicht. Fehlt es daran, bedarf es dafür zusätzlicher Umstände. Damit wird ein abgestuftes Gleichbehandlungssystem im Unionsrecht sichtbar. Im deutschen Wettbewerbsrecht kommt es dagegen zu einer kreuzweisen Überschneidung des besonderen Gleichbehandlungsgebots in § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB;⁶⁷ Der sachliche Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB beschränkt sich einerseits auf die Fälle von Angebotsmacht, verbietet andererseits aber auch die Konditionendiskriminierung privater Endverbraucher.⁶⁸

Vergleichsmaßstab der Ungleichbehandlung in Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV sind die gleichwertigen Leistungen⁶⁹ auf demselben räumlichen und sachlichen Markt.⁷⁰ Tritt der Marktbeherrscher als Nachfrager auf, sind die Leistungen der verschiedenen Anbieter miteinander zu vergleichen. Wird er dagegen als Lieferant tätig, so bilden seine Leistungen gegenüber den verschiedenen Abnehmern den Vergleichsgegenstand.⁷¹ Die Leistungen sind vergleichbar, wenn auch die transaktionsrelevanten wirtschaftlichen Faktoren im Wesentlichen gleichwertig sind.⁷² Notwendig ist damit ein deskriptiver Gleichheitsmaßstab, der es ermöglicht, die objektiven Eigenarten der in Frage stehenden Leistungen unter Berücksichtigung der Marktbesonderheiten miteinander in Verhältnis zu setzen. Dazu zählt beispielsweise die Größe der ungleich behandelten Unternehmen.⁷³ Dagegen zählen mögliche objektive wirtschaftliche Gründe für ungleiche (Preis-) Bedingungen nicht mehr zur Ermittlung der Vergleichbarkeit, sondern zur Prüfung der sachlichen Rechtfertigung.⁷⁴

Im deutschen Recht hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den rein deskriptiven Ansatz der Vergleichbarkeitsprüfung deutlich herausgearbeitet. Das gilt zunächst für das Vergleichsmarktkonzept: Soweit aufgrund objektiver Gegebenheiten Unterschiede bestehen, sind diese Gesichtspunkte ausschließlich bei der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung zu berücksichtigen.⁷⁵ Es gilt auch für die Gleichartigkeit der ungleich behandelten Abnehmer. Diesem Tatbestandsmerkmal kommt – hier wie bei § 20 Abs. 1 GWB⁷⁶ – nur die Funktion zu, eine

67 Möschel in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 170.

68 Siehe BGHZ 142, 239 – *Flugpreisspaltung*, wo es unerheblich war, dass die Fluggäste der Lufthansa auf den Linien Berlin-Frankfurt und Berlin-München Unternehmen oder private Endverbraucher waren.

69 Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 379 (dort auch zur Streitfrage, ob man lediglich die Leistungen des Handelspartners bzw. des Normadressaten berücksichtigen darf).

70 Allg. Ansicht, statt vieler *de Bronett* in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 22 Rn. 72; *Deselaers* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 425 ff.

71 *Schröter* in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 EGV Rn. 225; *Eilmannsberger* in: MünchKommKartR, Art. 82 EG Rn. 275; *Bunte* in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 216.

72 *Deselaers* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 428.

73 Vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *Akzo Chemie BV v. Komm.* = Slg. 1991, I-3359, Rn. 113.

74 Zutreffend *de Bronett* in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 33 Rn. 72; nicht ganz trennscharf dagegen *Weiß* in: EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 60.

75 BGHZ 142, 239, 245 – *Flugpreisspaltung*.

76 Dazu unten § 5 IV 3 c) (2).

„grobe Sichtung“ unter den als Abnehmer in Betracht kommenden Marktakteuren zu ermöglichen. Es ist erfüllt, wenn die zu vergleichenden Abnehmer nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zum Unternehmen dieselben Anforderungen erfüllen.⁷⁷ Als allgemeine Richtlinie ist davon auszugehen, dass Unternehmen, die als Anbieter (§ 20 Abs. 1 GWB) oder Nachfrager (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB) einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind (Hersteller, Großhändler, Einzelhändler, gewerblicher Verbraucher), idR gleichartig sind.⁷⁸ Nur wenn die Abnehmer sich schon auf erste Sicht so signifikant unterscheiden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verbietet, ist es dem betroffenen marktbeherrschenden Unternehmen nicht zumutbar, nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise oder sonstigen abweichenden Konditionen gerechtfertigt sind.⁷⁹

Die gleichartigen Handelspartner bzw. Abnehmer müssen ungleich behandelt werden. Das marktbeherrschende Unternehmen behandelt nur ungleich, wenn es unterschiedliche Bedingungen verlangt. Die ungleiche Behandlung kann darin liegen, dass sie ungünstigere Entgelte für dieselbe Leistung entrichten müssen. Das Unternehmen darf daher keine künstlichen Preisunterschiede herbeiführen.⁸⁰ Eine ungleiche Behandlung liegt auch vor, wenn das Unternehmen ungünstigere sonstige Geschäftsbedingungen fordert.⁸¹ Es kommt dabei aber jeweils auf den gesamten Inhalt des Leistungsaustausches an.⁸² Besondere Bedeutung kommt diesem Aspekt bei Rabattsystemen zu.⁸³

(3) Sachliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung ist nach Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV nur dann missbräuchlich, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt werden kann. Sachliche Gründe sind „legitime geschäftliche Erwägungen“⁸⁴, die eine ungleiche Behandlung im Lichte der besonderen Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen erklä-

77 Vgl. BGHZ 160, 67, 74 f – *Standard-Spundfass*; BGH GRUR 2004, 351, 352 mwN – *Depotkosmetik im Internet*; BGH GRUR-RR 2008, 181, Rn. 11 – *Autoruf-Genossenschaft II*; weitere Nachweise zur Rechtsprechung bei *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, § 20 GWB Rn. 61.

78 *Markert* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 GWB Rn. 102.

79 BGH WRP 2010, 553 Rn. 29 – *Wasserversorgung Wetzlar* (zu § 103 GWB 1990).

80 EuG, Urt. v. 9.9.2009, Rs. T-301/04 – *Clearstream Banking AG & Clearstream International SA v. Komm.* = Slg. 2009, II-3155 Rn. 170 mwN; vgl. auch BGHZ 142, 239, 251 f – *Flugpreisspaltung*, wonach ein „Sicherheitszuschlag“ zu berücksichtigen sei. Dieser lag im Beispielsfall vor, weil die Lufthansa von den Abnehmern der Fluglinie Berlin-Frankfurt 250 bzw. 220 DM mehr verlangte als auf der vergleichbaren Fluglinie Berlin-München.

81 *Bechtold*, GWB, § 19 Rn. 94.

82 *de Bronett* in: *Wiedemann*, Hd. KartellR, § 22 Rn. 73; BGHZ 142, 239, 241 – *Flugpreisspaltung*.

83 Dazu der gute Überblick über die Rechtsprechung und neue Kommissionspraxis bei *Bulst* in: *Langen/Bunte*, Art. 82 Rn. 341 ff, 352 ff, 357 ff.

84 EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – *Michelin v. Komm.* = Slg. 1983, 3461 Rn. 90.

ren können. Das sind beispielsweise unterschiedliche Produktions-, Transport- und Vermarktungskosten.⁸⁵ Die Entscheidungspraxis erlaubt einen Rückschluss auf einen flexiblen Rechtfertigungsmaßstab.⁸⁶ Passt das Unternehmen beispielsweise seine Preise an konkurrierende Angebote der Wettbewerber an, um seine Kunden zu behalten, ist die ungleiche Behandlung der vom Wettbewerber angesprochenen Altkunden und der sonstigen Kunden gerechtfertigt.⁸⁷ Erheblich strengere Rechtfertigungsanforderungen bestehen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen systematisch die Preise der Wettbewerber unterbietet.⁸⁸ Damit erhöht sich die Gefahr, den Restwettbewerb auszuschalten. Beispielsweise konnte die *Deutsche Bahn AG* die ungleichen Tarifbedingungen auf den Weststrecken (Richtung Rotterdam) im Vergleich zu den Nordstrecken (Richtung Hamburg) nicht damit rechtfertigen, dass die Kosten der Leistungen auf den Weststrecken höher und die Beförderung auf den Weststrecken einem stärkeren Wettbewerb durch andere Verkehrsträger ausgesetzt seien.⁸⁹ Die Kostenstruktur der Weststrecken gehe, so das Gericht, auf eine autonome Entscheidung der Bahn selbst zurück. Zugleich zeigt die Rechtfertigungsprüfung ihr rationalisierendes Potential:

„[S]elbst wenn es zuträfe, daß der stärkere Wettbewerb zwischen verschiedenen Verkehrsträgern auf den Weststrecken einen Preisunterschied zu rechtfertigen vermag, könnte daraus kaufmännisch gesehen logischerweise nur ein Unterschied zugunsten der auf den Weststrecken angewandten Tarife resultieren.“⁹⁰

Darüber hinausgehend vermutet⁹¹ § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB sogar die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung, sofern es keine sachlich gerechtfertigten Gründe für den Preis- oder Konditionenunterschied gibt.⁹² Ob der vorgebrachte Grund rechtfertigend wirkt, ist aufgrund einer Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilen.

85 Schröter in: von der Groeben/Schwarze, Art. 82 EGV Rn. 231; de Bronett in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 22 Rn. 78.

86 Zum Folgenden näher Deselaers in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 430 ff.

87 Siehe EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *Akzo Chemie BV v. Komm.* = Slg. 1991, I-3359, Rn. 156.

88 Vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *Akzo Chemie BV v. Komm.* = Slg. 1991, I-3359, Rn. 115.

89 EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94 – *Deutsche Bahn AG v. Komm.* = Slg. 1997, II-1689 Rn. 85 ff.

90 EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94 – *Deutsche Bahn AG v. Komm.* = Slg. 1997, II-1689 Rn. 91 (Hervorhebung hinzugefügt).

91 Es handelt sich um eine Vermutung iSv § 292 ZPO; BT-Drs. 13/9720, S. 79 f; Bechtold, GWB, § 19 Rn. 96.

92 BGHZ 142, 239, 246 – *Flugpreisspaltung*.

(4) Wettbewerbsverfälschung

Aufgrund der Diskriminierung müssen die Handelspartner im Wettbewerb benachteiligt werden.⁹³ In aller Regel folgt bereits aus der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung, dass die Wettbewerbsposition der Handelspartner des Unternehmens beeinträchtigt ist.⁹⁴ Die Ungleichbehandlung indiziert also die Freiheitsbeeinträchtigung. Insoweit geht das Tatbestandsmerkmal in der Prüfung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf.

c) *Legitimation des Prinzips Gleichbehandlung*

Das „Prinzip Gleichbehandlung“ ist in einer Rechtsordnung, die von der „Präponderanz der Freiheit“ (Günter Dürig) ausgeht und die Privatautonomie als zentrales Verteilungsinstrument der „Privatrechtsgesellschaft“ (Franz Böhm) institutionalisiert, gerechtfertigt. Das „Entmachtungsinstrument“ Wettbewerb⁹⁵ funktioniert in diesen Fällen nicht mehr richtig. Der Wettbewerb kann den Verhaltensspielraum des Unternehmens aufgrund seiner Marktbeherrschung nicht mehr oder nur mehr unzureichend beschränken.⁹⁶ Es kommt zum systeminternen Wettbewerbsversagen. Das Recht sensibilisiert sich für dieses Versagen in seiner Umwelt durch ein strikt objektives Verständnis des Tatbestandsmerkmals der „missbräuchlichen Ausnutzung“.⁹⁷ Kontrollbegründend sind damit alle Verhaltensweisen, (1.) welche die Struktur eines Markts beeinflussen können, (2.) auf dem der Wettbewerb wegen der Anwesenheit des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist, und die (3.) dafür sorgen, dass der auf dem Markt noch bestehende Wettbewerb nicht aufrechterhalten oder weiterentwickelt wird, indem das Unternehmen (4.) Mittel einsetzt, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs abweichen.⁹⁸ Der gefährdete Wettbewerb kann nur dadurch wieder hergestellt werden, indem das Recht seinen, dem einzelnen Unternehmen grundsätzlich gewährten Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit wieder einschränkt.⁹⁹ Das ist notwendig, um die

93 EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways Plc v. Komm.* = Slg. 2007, I-2331 Rn. 144.

94 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76 – *United Brands Co. v. Komm.* = Slg. 1978, 207 Rn. 233 f; weitere Nachweise dazu bei Fuchs/Möschel in: Immenga/Mestmäcker, Art. 102 AEUV Rn. 382.

95 Dazu Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 20 (zum Kontext näher oben § 4 I 4).

96 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 15 Rn. 3.

97 Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche v. Komm.* = Slg. 1979, 461 Rn. 91.

98 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche v. Komm.* = Slg. 1979, 461 Rn. 91; EuGH, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81 – *Michelin v. Komm.* = Slg. 1983, 3461 Rn. 70; EuGH, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *Akzo Chemie BV v. Komm.* = Slg. 1991, I-3359 Rn. 69; EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways Plc v. Komm.* = Slg. 2007, I-2331 Rn. 66; EuGH, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07 P – *France Télécom SA v. Komm.* = Slg. 2009, I-2369 Rn. 104. Zur Auffassung der Kommission vgl. die Erläuterungen zu Art. 82 EG, ABl. C 45 v. 24.2.2009, S. 7, Rn. 19.

99 Busche, Privatautonomie, 1999, 318 (zu § 20 GWB).

wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Marktgegenseite zu gewährleisten, damit der Wettbewerb seine Funktion als Instrument zur Selbstregulierung der Marktkräfte wieder erfüllen kann.¹⁰⁰ Das spezifische Gleichbehandlungsverbot in Art. 102 S. 1 lit. c) AEUV bzw. § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB sichert damit die wettbewerblichen Handlungsfreiheiten der Marktgegenseite. Sein Ziel ist es, einen wirksamen Wettbewerb (im Binnenmarkt) aufrecht zu erhalten.¹⁰¹ Das wird in klassisch ordnungspolitischer Tradition erreicht, indem das Recht sicherstellt, dass seine Institutionen (Privatautonomie und subjektives Recht) nicht dazu „missbraucht“ werden können, den Wettbewerb ganz auszuschalten.¹⁰² Inwiefern sich die vor allem von der Kommission vorangetriebene Ökonomisierung des europäischen Wettbewerbsrechts („*more economic approach*“) mit den Leitzielen Effizienzsteigerung und Verbraucherwohl¹⁰³ auf die praktische Anwendung und theoretische Konzeption der Gleichbehandlungsgebote auswirken wird, ist dagegen noch unklar.¹⁰⁴

3. Das Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB als allgemeines wettbewerbsrechtliches Gleichbehandlungsgebot

Nach meiner These ist das sog. Diskriminierungsverbot¹⁰⁵ in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB der zentrale Baustein des allgemeinen kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im nationalen Recht. In der Sache ist es ein Gleichbehandlungsgebot. § 20 Abs. 1 GWB verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, Unternehmensvereinigungen und preisbindenden Unternehmen, andere Unternehmen unbillig zu behindern oder unterschiedlich zu behandeln; § 20 Abs. 2 GWB dehnt das Verbot auf relativ marktmächtige Unternehmen aus. Damit sollen Störungen des freien Wettbewerbs durch marktstarke Unternehmen verhindert werden, soweit sie auf einem Missbrauch der wirtschaftlichen Macht beruhen.¹⁰⁶ Die Handlungs- und Vertragsfreiheit der Normadressaten wird zum Schutz der Institution „Wettbewerb“ und zum Schutz der individuellen Wettbewerbsfreiheit der ande-

100 Busche, Privatautonomie, 1999, 320 f. (zum deutschen Kartellrecht).

101 Grundlegend EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Europemballage & Continental Can Co. Inc. v. Komm.* = Slg. 1976, 215 Rn. 25.

102 EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72 – *Europemballage & Continental Can Co. Inc. v. Komm.* = Slg. 1976, 215 Rn. 24.

103 Siehe dazu statt vieler Schmidtchen, WuW 2006, 6 ff.; Drexler, Wettbewerbsverfassung, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 905, 918 ff., 933 ff.

104 In den „Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung des Art. 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ ABL C Nr. 45 v. 24.2.2009, S. 7 fehlen konkrete Aussagen zum Gleichbehandlungsgebot. Im Überblick Maier-Rigaud/Adam, ZWeR 2009, 131 ff.; Petit, World Competition (32) 2009, 503 ff.; Bulst in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 22 ff.; kritisch zur Anwendungspraxis Akmar, World Competition 32 (2009), 71 ff.

105 Vgl. die gesetzliche Überschrift zu § 20 GWB.

106 BGHZ 49, 90, 96 – Jägermeister; BGH NJW 1976, 801, 802 – Rossignol.

ren Unternehmen beschränkt.¹⁰⁷ § 20 GWB sichert die von Dritten unbeeinflusste Freiheit aller unternehmerischen Marktakteure zur wettbewerblichen Entfaltung.¹⁰⁸ Die Normadressaten sollen über § 20 GWB zur Respektierung der Wettbewerbsfreiheit und Chancengleichheit gezwungen werden.¹⁰⁹

a) *Verhältnis von Missbrauchs- und „Diskriminierungsverbot“*

Das in § 19 GWB verankerte Missbrauchsverbot marktbeherrschender Unternehmen ist das nationale Äquivalent zu Art. 102 AEUV. Daneben gibt es eine Reihe ausdrücklicher Gleichbehandlungspflichten in § 20 GWB: Herausragende praktische Bedeutung hat das Behinderungs- und *Diskriminierungsverbot* für marktmächtige Unternehmen in § 20 Abs. 1 und 2 GWB.¹¹⁰ Bestimmte Vereinigungen dürfen die Aufnahme eines Unternehmens nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund ablehnen, § 20 Abs. 6 GWB. Das Verhältnis von § 19 GWB und § 20 Abs. 1 GWB ist nicht ganz unproblematisch, weil sich der Anwendungsbereich beider Normen seit der 6. GWB-Novelle von 1999¹¹¹ fast vollständig überschneidet.¹¹² Mit der Reform wollte man den Missbrauchstatbestand inhaltlich und konzeptionell an das unionsrechtliche Vorbild des Art. 102 AEUV anlehnen.¹¹³ Aus einem lediglich aufsichtsrechtlich sanktionierbaren Verbot wurde ein unmittelbar wirkendes und im Zivilrechtsweg verfolgbares Handlungsverbot. Mit der Novellierung kam es zum „System der überschneidenden Tatbestände“:¹¹⁴ § 19 GWB erfasst alle Fälle eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens, und ist insoweit weiter als § 20 GWB, der sich auf die unbillige Behinderung und ungleiche Behandlung beschränkt. Insoweit könnte man § 19 GWB als den Grundtatbestand und § 20 GWB als seine gesetzliche Konkretisierung verstehen.¹¹⁵ Allerdings hat § 20 GWB einen größeren persönlichen Anwendungsbereich, weil er nicht nur an marktbeherrschende Unternehmen, sondern auch an Unternehmen mit Marktmacht adressiert ist. Diese Erweiterung ist unionsrechtlich zulässig (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003).

107 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 14 f.

108 Ausführlich dazu *Busche*, Privatautonomie, 1999, 320 ff.

109 *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 49.

110 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 2.

111 BGBl. I S. 2521.

112 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 239; weitergehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb) (vollständige Überschneidung).

113 Vgl. Begr. RegE zur 6. GWB-Novelle, BT-Drs. 13/9720, S. 35 f, 51 f.

114 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 14.

115 Siehe *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235, 252.

b) Gleichbehandlung als Grundsatz

Das Gesetz geht in § 20 Abs. 1 GWB offensichtlich davon aus, dass Behinderung und Ungleichbehandlung alternative Regelungsvarianten sind. Der Bundesgerichtshof hat zunächst versucht, den Schutz der Konkurrenten des diskriminierenden Unternehmens der Behinderung zuzuordnen und die Ungleichbehandlung auf den Schutz von Unternehmen auf nachfolgenden oder vorangehenden Handelsstufen zu beschränken.¹¹⁶ Das hat sich in der Praxis als untauglich erwiesen. Indem man eigene Wettbewerber diskriminiert, kann man damit die eigenen Handelspartner im Wettbewerb behindern.¹¹⁷ Daher überwiegt heute die Auffassung, dass man zwischen beiden Alternativen keine scharfe Trennlinie ziehen könne.¹¹⁸ Konsequenter geht man daher von einem einheitlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aus.¹¹⁹ Durchbrochen wird dieser einheitliche Ansatz in prozessualer Hinsicht.¹²⁰ Nach ebenfalls ganz allgemeiner Meinung ist das diskriminierende Unternehmen darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist.¹²¹ Dagegen muss das Unternehmen, das seine Behinderung geltend macht, darlegen und beweisen, dass diese unbillig ist.¹²² Während die Ungleichbehandlung die Rechtswidrigkeit indiziert, ist das bei der Behinderung nicht der Fall.¹²³ Diese Differenzierung ist für das Verständnis des Diskriminierungsverbots (§ 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB) zentral.

Beide Varianten des § 20 Abs. 1 GWB verfolgen das Ziel, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aller Unternehmen am Markt zu gewährleisten. Dabei gehen sie allerdings unterschiedliche Wege: Das Behinderungsverbot adressiert unmittelbar den freiheitsrechtlichen Aspekt des Marktversagens. Allerdings „behindert“ jedes im funktionierenden Wettbewerb erfolgreiche Unternehmen zwangsläufig andere Marktakteure. Die Behinderung in § 20 Abs. 1 Alt. 1 GWB wird folgerichtig weit verstanden. Erfasst wird jedes Marktverhalten, das objektiv nachteilige Auswirkungen für den Betroffenen hat.¹²⁴ Wettbewerb ist Freiheitsbeschränkung anderer durch eigene Freiheitsausübung. Rechtlich relevant wird der Vorgang erst, wenn die Spielräume der wettbewerbsinhärenten Behinderung ver-

116 Vgl. BGH BGHZ 38, 90, 100 f – *Grote Revers*; näher zu diesem Ansatz Koller, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 169 ff.

117 Busche, Privatautonomie, 1999, 303.

118 Grundlegend BGHZ 49, 90, 93 – *Jägermeister*; aus der Literatur statt aller Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 115.

119 Busche, Privatautonomie, 1999, 302 f; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 144; Nothdurft in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 109 f.

120 Deutlich formuliert von BGHZ 116, 47, 57 – *Amtsanzeiger*.

121 BGH NJW 1976, 801, 803 – *Rosignol*; BGH GRUR 1981, 610, 611 – *SB-Verbrauchermarkt*.

122 Grundlegend BGHZ 116, 47, 56 f – *Amtsanzeiger*; zuletzt BGHZ 180, 312 Rn. 38 f – *Orange-Book-Standard*; zu Beweiserleichterungen bei rein unternehmensinternen Umständen siehe BGHZ 134, 1, 8 f – *Stromeinspeisung II*.

123 BGHZ 116, 47, 56 f – *Amtsanzeiger*.

124 BGHZ 81, 222, 227 – *Original-VW-Ersatzteile II*; BGHZ 116, 47, 57 – *Amtsanzeiger*.

lassen werden und die wettbewerbliche Handlungsfreiheit unbillig beschränkt wird.¹²⁵ Dieser Konflikt zwischen konkurrierenden Freiheitsphären kann nur im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung aufgelöst werden.

Das „Diskriminierungsverbot“ operiert dagegen primär gleichheitsrechtlich: Es zwingt die Normadressaten unmittelbar dazu, die Chancengleichheit aller anderen unternehmerischen Marktakteure zu respektieren, um damit mittelbar deren Wettbewerbsfreiheit zu garantieren.¹²⁶ Im Konflikt stehen hier nicht nur konkurrierende Freiheitspositionen. Die zugleich gegebene Ungleichbehandlung kommt als „verschärfendes Moment“¹²⁷ hinzu und verstärkt die rechtliche Position des betroffenen Unternehmens.¹²⁸ Jede sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist eine unbillige Behinderung.¹²⁹ Darin liegt das charakteristische Element des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots: Die vom marktmächtigen Unternehmen ausgehende Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen indiziert die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit. Ungleichbehandlung ist damit prinzipiell rechtfertigungsbedürftig. Darauf stütze ich meine These: *Für marktmächtige Unternehmen ist Gleichbehandlung der Grundsatz und Ungleichbehandlung die Ausnahme.* Der Grundsatz der Gleichbehandlung schafft also erst die Voraussetzungen, unter denen freier Tausch möglich ist. Gleichbehandlung gestaltet insoweit den institutionellen Rahmen der Vertragsfreiheit. Dieses Zusammenspiel von Gleichbehandlungsgrundsatz und Rechtfertigungspflicht von Ungleichbehandlungen manifestiert ein egalitäres Prinzip im Wettbewerbsrecht.¹³⁰ Damit plädiere ich nicht für eine ergebnisorientierte *par condicio concurrentium*¹³¹ oder eine Pflicht zur Herstellung material gleicher Ausgangslagen im Wettbewerbsrecht¹³². Es geht mir nur darum, das gleichheitsrechtliche Verständnis des § 20 Abs. 1 GWB hervorzuheben. Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB ist die spezifisch wettbewerbsrechtliche Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem.¹³³ Nach *Wolfgang Kilian* ist es sogar eine „besondere

125 BGHZ 81, 222, 227 – *Original-VW-Ersatzteile II*.

126 Vgl. *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 49.

127 *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 534.

128 So jetzt auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb).

129 Vgl. BGHZ 49, 90, 99 – *Jägermeister*; *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 171.

130 AA *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 35; *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 4.

131 Dagegen bereits *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537, 547 ff.

132 Dagegen auch *Busche*, Privatautonomie, 1999, 321, allerdings mit dem nicht ganz zutreffenden Begriff der „formal gleichen Ausgangslagen“. Formale Gleichheit der Marktakteure wird bereits über die gleiche Rechtsfähigkeit hergestellt, vgl. dazu oben § 2 III 1.

133 Siehe dazu oben § 2 III 3.

Ausprägung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes¹³⁴. Gleichbehandlung ist doch ein Wettbewerbsprinzip.¹³⁵

Das Diskriminierungsverbot ist eine *politische* Reaktion auf die mit der Marktmacht einhergehende Gefahr des Marktversagens.¹³⁶ Es ist die Kehrseite des erweiterten Verhaltensspielraums, der sich aus der Marktmacht des Normadressaten ergibt.¹³⁷ Keine Einigkeit besteht über ihre vertragstheoretische Verankerung. Klassisch ist die Position *Ernst-Joachim Mestmäcker*: Er maß dem (einheitlich konzipierten) Diskriminierungsverbot des § 20 GWB eine vertragsrechtsimmanente Wirkung zu, weil „es versucht einen Zustand zu schaffen, in dem frei ausgehandelte privatrechtliche Verträge als Mittel rechtlicher Gestaltung möglich bleiben oder wieder möglich werden.“¹³⁸ *Jan Busche* rekonstruiert das – ebenfalls weit verstandene – Diskriminierungsverbot dagegen als eine „Indienstnahme des Vertragsrechts für gemeinwohlorientierte Lenkungsziele.“¹³⁹ Er kontrastiert diesen wirtschaftspolitisch motivierten Eingriff¹⁴⁰ mit dem allgemeinen Kontrahierungszwang, den er als „ungeschriebene immanente Bindung der Vertragsbegründungsfreiheit“¹⁴¹ „allein aus dem Selbstbestimmungsprinzip“¹⁴² ableitet. Es gelingt *Busche* am Ende aber nicht, diese vermeintliche Dichotomie von „inneren Bindungen der Vertragsfreiheit und [...] den] ihr durch andere Rechtsprinzipien vermittelten äußeren Schranken“¹⁴³ überzeugend herauszuarbeiten. In beiden Fällen legitimiert *Busche* die Schranken nämlich sachlich übereinstimmend mit der „Einbindung des Individuums in den Sozialverband mit anderen Individuen“¹⁴⁴ bzw. der „Sicherung des Zusammenlebens in der Sozietät“¹⁴⁵. Die Unterscheidung zwischen immanenten und externen Schranken ist letztlich beliebig austauschbar. Es geht in beiden Fällen um die soziale Funktion des Vertrags.¹⁴⁶ Das ist der jeweils maßgebliche Gesichtspunkt. Mich

134 Kilian, AcP 180 (1980), 47, 60; dagegen Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) aa); Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 19.

135 Deziert aA Bechtold, GWB, § 20 Rn. 4. Dagegen teilt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb) in der Sache – wenn auch nicht in der Terminologie – meine Auffassung, weil die Ungleichbehandlung des marktmächtigen Unternehmens „in gesteigertem Maße Ausdruck wettbewerbschädlichen Verhaltens sein kann“ und „die Richtigkeitsvermutung privatautonomer Vereinbarungen umkehrt“.

136 Vgl. zur Natur solcher Korrekturen fehlerhafter Marktabläufe Böhm, ORDO 22 (1971), 11, 18 (zu Böhm ausführlich oben § 4 I 4).

137 Vgl. Schultz in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 6.

138 Mestmäcker, JZ 1964, 441, 445.

139 Busche, Privatautonomie, 1999, 597.

140 Busche, Privatautonomie, 1999, 579 f.

141 Busche, Privatautonomie, 1999, 273.

142 Busche, Privatautonomie, 1999, 126.

143 Busche, Privatautonomie, 1999, 126.

144 Busche, Privatautonomie, 1999, 273 (Hervorhebung hinzugefügt) zur Begründung immanenter Schranken.

145 Busche, Privatautonomie, 1999, 597 f. (Hervorhebung hinzugefügt) zur Begründung externer Schranken.

146 Dazu unten § 8 II 3.

kann deshalb auch der Versuch *Friedemann Kainers* nicht überzeugen, das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot auf die ausgleichende Gerechtigkeit zurückzuführen.¹⁴⁷ Der kartellrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bindet die Unternehmen in den sozialen Kontext des Wettbewerbs ein, der aus Kooperation und Abgrenzung mit anderen Unternehmen entsteht und sichert so die Kooperation freier und gleicher Akteure im Wirtschaftssystem. Das Diskriminierungsverbot ist insofern das Freiheitsrecht der vom marktmächtigen Unternehmen *abhängigen* Unternehmen.

c) Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung

(1) Persönlicher Anwendungsbereich

Das Gesetz bestimmt vier Gruppen zu den Adressaten des Gleichbehandlungsverbots:¹⁴⁸ (1.) marktbeherrschende Unternehmen (§ 20 Abs. 1 GWB),¹⁴⁹ (2.) freigestellte horizontale¹⁵⁰ Kartelle (§ 20 Abs. 1 GWB), (3.) bestimmte preisbindende Unternehmen (§ 20 Abs. 1 GWB)¹⁵¹ und¹⁵² (4.) Unternehmen mit „relativer Marktmacht“ (§ 20 Abs. 2 GWB).¹⁵³ Störungen des freien Wettbewerbs können nicht nur von marktbeherrschenden, sondern auch anderen marktstarken Unternehmen ausgehen. § 20 Abs. 2 GWB erfasst daher Unternehmen, die zwar nicht marktbeherrschend sind, deren wirtschaftliche Stellung im Einzelfall gegenüber einem Unternehmen aber so stark ist, dass ihre Maßnahmen dieselben Auswirkungen für abhängige Unternehmen haben, als ob sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgingen. Ihnen werden daher dieselben Beschränkungen in der Ausübung ihrer Privatautonomie auferlegt.¹⁵⁴

Wenn es sich dabei tatsächlich um „einen Schritt in Richtung auf ein allgemeines, d.h. für alle Unternehmen geltendes Behinderungs- und Diskriminierungsverbot“¹⁵⁵ handelt, dann hat das Gesetz allerdings einen sehr zaghaften Schritt unternommen. Nach § 20 Abs. 2 S. 1 GWB müssen vier Voraussetzungen vorliegen, bevor sich das Unternehmen für eine Ungleichbehandlung rechtfertigen muss. Der persönliche Anwendungsbereich kanalisiert insoweit den Zugang zum Diskriminierungsverbot und seinem Rechtfertigungsdiskurs ganz erheblich: (1.)

147 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) cc); eingehend dazu unten § 8 II 2.

148 Eingehend dazu *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 a).

149 Dazu oben § 5 IV 2 b) (1).

150 Begr. RegE 7. GWB-Novelle, BT-Drs. 15/3640, S. 45 f.

151 Zur Erklärung dieser Bindung vgl. BGHZ 49, 90, 96 – *Jägermeister*.

152 BGH NJW 1976, 801, 802 – *Rossignol*.

153 Zum Begriff *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 44 ff; kritisch dazu *Busche*, Privatautonomie, 1999, 333 f.

154 BGH NJW 1976, 801, 802 – *Rossignol*.

155 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 42.

Kleine oder mittlere Unternehmen sind (2.) als Anbieter oder Nachfrager von (3.) einem anderen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen (4.) abhängig. Nach Auffassung des Gesetzgebers sind große Unternehmen auf den Schutz des § 20 Abs. 2 GWB nicht angewiesen.¹⁵⁶ Die kleinen und mittleren Unternehmen müssen zudem als Anbieter oder Nachfrager des Normadressaten auftreten. Damit ist das Konzept der relativen Marktmacht auf vertikale Wettbewerbsverhältnisse beschränkt.¹⁵⁷ Zentrales Merkmal ist die Abhängigkeit. Kleine und mittlere Unternehmen sind abhängig, wenn keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen (§ 20 Abs. 2 S. 1 GWB). Das Gesetz geht zunächst davon aus, dass am Markt Ausweichmöglichkeiten bestehen. Auf diese verweist es die betroffenen Unternehmen. Allerdings ist nicht jede tatsächlich vorhandene Ausweichmöglichkeit auch ausreichend.¹⁵⁸ Ob die Marktsituation im Einzelfall ausreichende und zumutbare¹⁵⁹ Alternativen bereithält, bestimmt sich nach den individuellen Besonderheiten des als abhängig in Betracht kommenden Unternehmens und den konkreten Wettbewerbsbedingungen auf dem zu untersuchenden Markt.¹⁶⁰ Die Ausweichmöglichkeit ist – generell gesprochen – „dann nicht ausreichend, wenn die Alternative nicht in derselben Weise geeignet ist, die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens zu gewährleisten.“¹⁶¹ Die Alternative ist zumutbar, wenn sich die Wettbewerbschancen des betroffenen Unternehmens dadurch nicht verschlechtern. Weil es sich nicht um eine vorweggenommene Rechtfertigungsprüfung handelt, kommt es auf die Interessen des marktmächtigen Unternehmens nicht an.¹⁶²

In der Praxis haben sich vier Fallgruppen herausgebildet:¹⁶³ (1.) Eine sortimentsbedingte Abhängigkeit liegt vor, wenn der nachfragende Händler auf die Ware, deren Lieferung er verlangt, angewiesen ist, um ein angemessenes zur Herstellung und Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit erforderliches Sortiment anbieten zu können, weil keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.¹⁶⁴ Im Einzelnen wird dabei noch weiter unterschieden zwischen der

156 BT-Drs. 11/4610, S. 21; BGH GRUR 1993, 592, 593 – Herstellerleasing; zur zutreffenden Kritik daran vgl. *Busche*, Privatautonomie, 1999, 349 f mwN.

157 *Loewenheim* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartR, § 20 GWB Rn. 22.

158 BGH NJW 1976, 801, 802 – *Rossignol*.

159 Siehe zu den Voraussetzungen BGH GRUR 1988, 642, 644 – *Opel-Blitz*.

160 BGHZ 129, 53, 59 – *Importarzneimittel*; vertiefend zur konkret-individuellen Betrachtung der Abhängigkeit *Busche*, Privatautonomie, 1999, 335 ff; anders im Ausgangspunkt *Markert* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 GWB Rn. 55 f (objektiv-generalisierende Betrachtungsweise), wobei sich die Ergebnisse beider Ansätze im Wesentlichen decken; vgl. *Nothdurft* in: *Langen/Bunte*, § 20 GWB Rn. 55 f (generalisierend-individuelle Betrachtungsweise).

161 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 a).

162 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 a) mwN.

163 Grundlegend *Fischötter*, WuW 1974, 379, 381 ff; statt vieler *Nothdurft* in: *Langen/Bunte*, § 20 GWB Rn. 60-78; *Markert* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 GWB Rn. 62-82 und jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 b).

164 BGH NJW 1976, 801, 803 – *Rossignol*; BGH GRUR 1979, 731, 732 – *Markt-Renner*.

sog. Spitzenstellungs-¹⁶⁵ und Spitzengruppenabhängigkeit¹⁶⁶. (2.) Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit setzt voraus, dass das kleine oder mittlere Unternehmen seinen Geschäftsbetrieb so stark auf die Produkte des anderen Unternehmens ausgerichtet hat, dass es nur unter Inkaufnahme erheblicher Wettbewerbsnachteile auf die Vertretung eines anderen Herstellers überwechseln kann.¹⁶⁷ (3.) Eine knappheits- oder mangelbedingte Abhängigkeit liegt vor, wenn dem Unternehmen aufgrund einer plötzlich auftretenden Güterverknappung die bisherigen Bezugswege verschlossen werden und es mangels Angebots auch nicht auf andere ausweichen kann.¹⁶⁸ (4.) Bei der nachfragebedingten Abhängigkeit ist der Anbieter bestimmter Waren oder Dienstleistungen von einem Nachfrager dieser Güter abhängig.¹⁶⁹ Für diese Fälle sieht § 20 Abs. 2 S. 2 GWB eine umstrittene¹⁷⁰ „Abhängigkeitsvermutung“ vor, die auch im Zivilverfahren greift.¹⁷¹

(2) Sachlicher Anwendungsbereich

§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB verbietet die unterschiedliche Behandlung von Unternehmen „in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“. Private Endverbraucher scheiden damit als Schutzobjekte aus.¹⁷²

Die Unternehmen müssen „gleichartig“ und damit objektiv vergleichbar sein. Nach ständiger Rechtsprechung dient das Merkmal der Gleichartigkeit nur einer verhältnismäßig groben Sichtung.¹⁷³ Das ist sinnvoll, damit man der Marktöffnungsfunktion des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB gerecht wird.¹⁷⁴ Es genügt, wenn die zu vergleichenden Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zur Marktgegenseite dieselben Anforderungen erfüllen.¹⁷⁵ Dieses Tatbestandsmerkmal gilt sowohl für das Behinderungs- als auch das Diskriminierungsverbot. Man muss daher auf die Marktgegenseite abstellen. Der Normzweck besteht darin, die Wettbewerbsfähigkeit der Unterneh-

165 BGH GRUR 2000, 1108, 1109 – *Designer-Polstermöbel* mwN.

166 BGH GRUR 2000, 1108, 1110 – *Designer-Polstermöbel* mwN.

167 BGH GRUR 1988, 642, 643 – *Opel-Blitz*.

168 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 75; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 44.

169 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 94.

170 Siehe *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 48 („allenfalls schwachen ersten Anschein einer Machtstellung“); dagegen *Westermann* in: MünchKomm-KartR, § 20 Rn. 56; *Lübbert* in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 35 Rn. 25 (jeweils Regelung der formellen und materiellen Beweislast); vermittelnd *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 28 f.; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 52 (Regelung der sekundären Darlegungslast).

171 Vgl. Begr. RegE zur 5. GWB-Novelle, BT-Drs. 11/4610, S. 22.

172 *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 90.

173 Siehe BGH GRUR-RR 2008, 181 Rn. 10 – *Autoruf-Genossenschaft II*.

174 *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 96.

175 BGH GRUR 1998, 1049, 1050 – *Bahnhofsbuchhandel*; BGH GRUR 2004, 351, 352 – *Depotkosmetik im Internet* mwN; BGH GRUR-RR 2008, 181 Rn. 11 – *Autoruf-Genossenschaft II*.

men auf dem von ihnen gewählten Markt zu erhalten.¹⁷⁶ Bietet beispielsweise ein Unternehmen wie seine Wettbewerber ein auch für Endverbraucher bestimmtes Fernsehprogramm an, sind diese Unternehmen vergleichbar. Die Tatsache, dass es sein Angebot verschlüsselt und zusammen mit einem Decodersignal ausstrahlt, ist demgegenüber unerheblich.¹⁷⁷ In der Sache ist dieses Merkmal beim Diskriminierungsverbot überflüssig, da es ohnehin Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung ist.¹⁷⁸

§ 20 Abs. 1 GWB grenzt den sachlichen Anwendungsbereich noch weiter ein. Geschützt sind nur gleichartige Unternehmen, denen der Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich ist. Geschäftsverkehr ist jeder privatrechtlich geregelte Verkehr mit Waren und gewerblichen Dienstleistungen.¹⁷⁹ Der Geschäftsverkehr ist üblicherweise zugänglich, wenn (andere) Unternehmen die Möglichkeit zum Zugang zu dem Markt haben. Ob der angestrebte Geschäftsverkehr gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, kann sich zwangsläufig nicht nach der zu prüfenden tatsächlichen Geschäftspraxis des Normadressaten richten.¹⁸⁰ Maßgeblich ist die objektive Marktsituation. Das sind alle Kriterien, die sich bei der wirtschaftlichen Entwicklung der in Betracht kommenden Verkehrskreise allgemein eingeübt haben und die von den Beteiligten als angemessen empfunden werden.¹⁸¹ Damit berücksichtigt das Recht die jeweilige Eigenrationalität des von ihm zu regelnden sozialen Kontexts.¹⁸² Diese objektive Bestimmung ist unproblematisch, sofern der Normadressat tatsächlich einen Zugang zum Geschäftsverkehr eröffnet hat.¹⁸³ Das ist beim Diskriminierungsverbot zwangsläufig der Fall. Gibt der Hersteller von Feuerwehrausrüstungen seine Ersatzteile an selektierte Wiederverkäufer oder gewerbliche Verwender ab, hat er tatsächlich einen Zugang zum Geschäftsverkehr eröffnet.¹⁸⁴ Lizenzierte der Inhaber sein Patent an Standard-Spundfässern, ist *dieser* Geschäftsverkehr ebenfalls zugänglich.¹⁸⁵ Das gilt auch, wenn das Unternehmen den Zugang von bestimmten Zulassungsbedingungen abhängig macht.¹⁸⁶

176 Insoweit zutreffend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 353 ff.

177 BGH GRUR 1996, 808 – *Pay-TV-Durchleitung*.

178 Zutreffend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 b) bb).

179 *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 93; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 64; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 123.

180 Siehe BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

181 BGH GRUR 1979, 792, 794 – *Modellbauartikel*; BGHZ 119, 335, 338 f – *Stromeinspeisung I*; vgl. näher *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 102 f.

182 Kritisch dazu jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 b) aa).

183 Dazu und zum Folgenden *Busche*, Privatautonomie, 1999, 358 ff; vgl. dazu auch *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 92 ff.

184 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

185 BGHZ 160, 67, 74 f – *Standard-Spundfass*.

186 *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 138.

Die Funktion beider Kriterien des Tatbestandsmerkmals „gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich“ besteht im Kern darin, als „Filter“ die nachfolgende Prüfung der Behinderung und Ungleichbehandlung zu entlasten. Das ist rechts- und wettbewerbspolitisch problematisch.¹⁸⁷ Bei einer strikten Auslegung hätten sie das Potential, den Zugang zum Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB) empfindlich zu beschränken. Das würde dem Zweck der Gleichbehandlungsprüfung widersprechen. Diese könnte nicht mehr ihrer Aufgabe nachkommen, den Missbrauchstatbestand zu konkretisieren.¹⁸⁸ Die kurze Analyse zeigt, dass die Praxis dieser Gefahr mit einer weiten Auslegung beider Begrenzungsvarianten entgegentritt. Konsequenter wäre es, den Wortlaut des § 20 Abs. 1 GWB insoweit für das Diskriminierungsverbot teleologisch auf „null“ zu reduzieren.

(3) Tatbestandliche Ungleichbehandlung

Der Normadressat muss das Unternehmen im Vergleich zu anderen gleichartigen Unternehmen aus der Vergleichsgruppe unterschiedlich behandeln. Nach dem Wortlaut („*gegenüber* gleichartigen Unternehmen“)¹⁸⁹ und dem Zweck des Diskriminierungsverbots kommt es an dieser Stelle des Tatbestandes auf die Vergleichbarkeit des Zugangsprätendenten und der dritten Unternehmen im Verhältnis zum Normadressaten an.¹⁹⁰ Weil den Normadressaten aus § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB *prima facie* eine Gleichbehandlungspflicht trifft, müssen die gleich zu behandelnden Unternehmen gerade vom Standpunkt eines wettbewerbskonform handelnden Normadressaten vergleichbar sein. Damit wird ein deskriptives Verständnis von Vergleichbarkeit vorausgesetzt.¹⁹¹ „Behandlung“ ist weit zu verstehen und meint jedes Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Normadressaten, das sich auf seine geschäftliche Beziehung auswirkt.¹⁹² Sie kann also im Eingehen, Fortsetzen oder Abbruch¹⁹³ einer Geschäftsbeziehung bestehen oder alle sonstigen, im Wettbewerb eingesetzten Parameter (Preis, Rabatte, Qualität, Mengen) betreffen.¹⁹⁴ Ein klassisches Beispiel ist die Weigerung eines Herstellers von Original-Ersatzteilen, einen Reparaturbetrieb zu beliefern, obwohl er Drittunternehmen, sog. „Servicepartner“, beliefert.¹⁹⁵ Ist das Gut beschränkt, beinhaltet die

187 Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 92 mwN.

188 Überzeugend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 b).

189 So auch Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 99.

190 BGHZ 52, 65, 59 – *Sportartikelmesse II*; BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

191 Siehe Nothdurft in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 108, der zwischen dem deskriptiven (Ungleichbehandlung) und normativen (Rechtfertigung) Element unterscheidet.

192 Loewenheim in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 85.

193 Vgl. BGH GRUR 1995, 765, 767 f – *Kfz-Vertragshändler* (zur ordentlichen Kündigung eines Vertragshändlerverhältnisses).

194 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 153.

195 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

Entscheidung für einen oder einige Abnehmer ohne Weiteres die spiegelbildliche Diskriminierung ihrer Wettbewerber.¹⁹⁶ In solchen Fällen ist ein sachgerechtes Auswahlverfahren erforderlich, um die Ungleichbehandlung auszuschließen.¹⁹⁷ Bezugspunkt dieser Behandlung müssen die gleichen oder vergleichbaren Waren und Dienstleistungen des Normadressaten sein.¹⁹⁸ Ob die Unternehmen vom Normadressaten ungleich behandelt werden, soll nach überwiegender Meinung anhand eines „formalen“ Gleichheitsmaßstabes zu beurteilen sein.¹⁹⁹ Daher liegt eine Ungleichbehandlung vor, wenn ein Unternehmen im Unterschied zu anderen V.A.G.-Einzelhändlern bestimmte Rückvergütungen nicht erhält.²⁰⁰ Der Inhaber eines Patents behandelt einen Lizenzsucher ungleich, wenn er ihm im Unterschied zu anderen Unternehmen keine Lizenz am Patent einräumt.²⁰¹ Wertungen spielen auf dieser Ebene keine Rolle. Sie sind erst im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen.²⁰² Dagegen plädiert *Friedemann Kainer* jetzt für eine „Materialisierung des Gleichbehandlungsmaßstabs“. ²⁰³ Der Tatbestand der Gleichbehandlung komme nämlich nicht ohne Wertungen aus. Das trifft zu. Ironischerweise ist der von *Kainer* damit angegriffene „formale Gleichbehandlungsmaßstab“ seinerseits nichts anderes als das Ergebnis einer Wertung. Indem sich das Recht für eine strikt deskriptive Konzeption der Vergleichbarkeit entscheidet, ermöglicht es den übrigen Marktakteuren, das Verhalten des marktbeherrschenden bzw. relativ marktstarken Unternehmens auf den Prüfstand zu stellen. Das Recht weist diesen Marktakteuren eine besondere Verantwortung für das Funktionieren des Wettbewerbs zu. Diese Verantwortung aktualisiert sich, sobald ein Marktakteur eine Ungleichbehandlung erfolgreich geltend machen kann. *Kainers* Vorschlag, die Vergleichbarkeit von Waren und Dienstleistungen „durch ihre funktionelle Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite“ zu bestimmen, erschwert diese Überprüfung. Noch dazu wird der Vorschlag mit einer vorrangig greifenden Vermutung für die Vergleichbarkeit bei „technisch-physischer Identität“ unnötig kompliziert. *Kainer* hat sicherlich Recht, dass die Zuweisung an die Rechtfertigungsstufe selbst eine wertende Entscheidung ist, weil sie aufgrund der unterschiedlichen Darlegungs- und Beweislast streitentscheidend sein könne. Diese Wertung ist nach meiner Auffassung die beste Interpretation des geltenden Rechts. Darin realisiert sich die besondere Verantwortung des marktstarken Un-

196 *Martin-Ehlers*, ZWeR 2005, 163, 171 f.

197 Vgl. OLG Rostock WRP 1996, 465, 466 f – Kfz-Zulassungsstelle.

198 *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 98 ff.

199 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 123; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, KartR, § 20 GWB Rn. 85; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 155.

200 BGH GRUR 1990, 1047, 1049 – *Nora-Kunden-Rückvergütung*.

201 BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

202 BGH GRUR 1990, 1047, 1049 – *Nora-Kunden-Rückvergütung*; weitere Nachweise bei *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 c) cc).

203 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 c) cc).

ternehmens. Kann es die auf deskriptiver Basis ermittelte Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, muss es gleich behandeln. Keine unterschiedliche Behandlung ist die Gleichbehandlung ungleichartiger Unternehmen.²⁰⁴ Nach dem Wortlaut genügt auch eine sog. „mittelbare“ ungleiche Behandlung für den Diskriminierungstatbestand. Diese soll vorliegen, wenn der Normadressat, beispielsweise ein Hersteller, seine Abnehmer (Großhändler) dazu auffordert, ihre Abnehmer ungleich zu behandeln.²⁰⁵ In der Sache liegt darin eine Ausdehnung des Gleichbehandlungskonzepts auf Beeinträchtigungen, die im Verhältnis Normadressat – ungleich Behandelte ansonsten nur freiheitsrechtlich als Behinderung erfasst werden könnten.

(4) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

aa) Grundlagen

Dem Normadressaten ist die unterschiedliche Behandlung nicht verboten, wenn es dafür einen „sachlich gerechtfertigten Grund“ gibt. Damit wird jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Das Gesetz enthält selbst keine Rechtfertigungsmaßstäbe.²⁰⁶ Darin kommt sein Charakter als Gleichbehandlungsrecht zum Ausdruck. In der Praxis hat sich die Formel durchgesetzt, dass es auf eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB ankommt.²⁰⁷ Verfolgt der Normadressat mit der von ihm vorgenommenen Differenzierung Interessen, die mit dieser Zielsetzung des GWB unvereinbar sind, weil sie im konkreten Fall zu einer unangemessenen Einschränkung der Handlungsfreiheit des diskriminierten Unternehmens führen, ist die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt.²⁰⁸ Der Rechtfertigungsvorgang besteht aus drei Stufen:²⁰⁹

Auf erster Stufe geht es darum, die abwägungsfähigen Interessen zu ermitteln. Dabei wird nicht immer ausreichend scharf zwischen dem Behinderungsverbot und dem Diskriminierungsverbot differenziert. Während bei einer Behinderung

204 Siehe BGHZ 38, 90, 100 – *Treuhandbüro*; *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 113; *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 122; *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 53; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 150; anders jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 c) dd) auf Grundlage des von ihm postulierten „materialisierten“ Gleichbehandlungsmaßstabes.

205 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 125; *Loewenheim* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 87.

206 *Schockenhoff*, FS Bechtold, 2006, 419, 420 ff.

207 Grundlegend BGHZ 38, 90, 102 – *Treuhandbüro*; BGHZ 52, 65, 71 – *Sportartikelmesse II*; in jüngerer Zeit BGH GRUR 1996, 808, 810 – *Pay-TV-Durchleitung*; BGH GRUR 1998, 1049, 1050 – *Bahnhofsbuchhandel*; BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

208 BGH GRUR 1989, 220, 222 – *Lüsterbehangsteine*.

209 Zum Folgenden näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 372 ff und aus der Kommentarliteratur statt aller *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 129 ff.

die freiheitsrechtlichen Interessen des behinderten Unternehmens zu ermitteln sind, erübrigt sich dieser Schritt beim Diskriminierungsverbot. Bereits die ungleiche Behandlung verletzt das *prima facie* Recht auf Gleichbehandlung. Die umstrittene Frage, ob im Rahmen der Interessenabwägung auch Interessen Dritter oder der Allgemeinheit zu berücksichtigen sind,²¹⁰ erübrigt sich mangels Gleichbehandlungsrelevanz für das Diskriminierungsverbot.²¹¹ Daher konzentriert sich die Interessenermittlung ganz auf den Normadressaten. Dagegen verlangt *Friedemann Kainer*, dass „die Ungleichbehandlung zusätzlich wettbewerbschädliche Wirkungen entfaltet“.²¹² Das Merkmal kennen wir aus Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV und dort hat es sich als überflüssig herausgestellt.²¹³ Wenn ein Marktakteur erfolgreich eine Ungleichbehandlung geltend macht, zeigt bereits dieser Vorgang zwangsläufig, dass die Handlung eine wettbewerbschädliche Wirkung entfaltet. Weil § 20 Abs. 1 GWB von einem Handlungsspielraum des Normadressaten ausgeht und diesem Grenzen setzt, sind dessen Interessen in die Abwägung grundsätzlich einzustellen.²¹⁴ Dazu zählt vor allem, sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich richtig und sinnvoll hält, Art sowie Umfang des Vertriebs seiner Waren oder Leistungen nach seinen Vorstellungen zu organisieren und dabei auch die Vertriebspartner auszuwählen.²¹⁵ Als nicht abwägungsfähig scheiden die Interessen aus, die schon im Ausgangspunkt gegen die Wertungen des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts²¹⁶ oder gegen gesetzliche Verbote²¹⁷ verstoßen. Auf zweiter Stufe ist zu untersuchen, ob die Interessen des Normadressaten die Ungleichbehandlung aufwiegen können. Dabei sind die Interessen der Normadressaten und der Abnehmer gleichberechtigt.²¹⁸ Auf dritter Stufe wird abgewogen, ob die Pflicht zur Gleichbehandlung im konkreten Fall auch verhältnismäßig ist.²¹⁹ Hier kommt es insbesondere darauf an, ob die konkrete Einschränkung der wettbewerbslichen Handlungsfreiheit des Normadressaten mit Blick auf die über die Gleichbehandlung zu sichernde Entfaltungsfreiheit der anderen Unternehmen geeignet, erfor-

210 Verneinend BGHZ 114, 218, 232 – *Einzelkostenerstattung*; näher dazu *Busche*, Privatautonomie, 1999, 372; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 166.

211 AA BGH GRUR 1998, 1049, 1050 – *Bahnhofsbuchhandel*, der auf die Versorgung der Bevölkerung mit Reiseproviant abstellt.

212 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 d aa).

213 Siehe oben § 5 IV 2 b) (4).

214 *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 77; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 164.

215 Ständige Rspr., vgl. nur BGH GRUR 1998, 1049, 1051 – *Bahnhofsbuchhandel*; BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

216 BGH GRUR 1999, 276, 278 – *Depotkosmetik*; näher *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 135 ff, 140 ff.

217 Vgl. BGH GRUR 1996, 808, 811 – *Pay-TV-Durchleitung*; BGH GRUR-RR 2008, 181 Rn. 18 f – *Autorufgenossenschaft II*; *Nothdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 126 ff, 138 f.

218 *Koller*, Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, 1972, 77 f.

219 Zur Verteidigung der Verhältnismäßigkeitsprüfung zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 d aa).

derlich und angemessen ist. An dieser Stelle sind insbesondere zumutbare Ausweichmöglichkeiten der diskriminierten Unternehmen zu prüfen, sofern diese nicht bereits im Rahmen von § 20 Abs. 2 S. 1 GWB anzusprechen waren. Das hat besondere Relevanz, wenn über einen Kontrahierungszwang des Normadressaten gestritten wird.²²⁰ Dieser setzt voraus, dass zur Beseitigung gleich geeignete, die rechtliche und wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Normadressaten aber weniger beschränkende Verhaltenspflichten nicht in Betracht kommen.²²¹ Dieser Rechtfertigungsmaßstab hat „Biss“. Den marktbeherrschenden und relativ marktstarken Unternehmen wird „ein höherer Grad an Rücksichtnahme für das Funktionieren des Wettbewerbs auferlegt, weil ihre Marktstärke potenziell marktstörend ist“.²²² Damit erklärt sich die Kontrolldichte der Rechtfertigungsprüfung.

bb) Rechtfertigungsgrund: Privatautonomie

In der Praxis haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet,²²³ von denen der Geschäftsverweigerung eine intensive gleichbehandlungsrechtliche Relevanz zukommt.²²⁴ Die Bandbreite der davon erfassten Verhaltensweisen reicht von der einseitigen Beendigung bestehender Vertragsbeziehungen²²⁵ über die Ablehnung, eine in der Vergangenheit bestandene Vertragsbeziehung fortzusetzen, bis hin zur Weigerung, mit potentiellen Geschäftspartnern erstmals zu kontrahieren;²²⁶ und dies innerhalb wie außerhalb selektiver Vertriebssysteme²²⁷. Dazu zählen auch die Fälle der Nichtaufnahme in Verbände und Vereinigungen,²²⁸ wobei § 20 Abs. 6 GWB für bestimmte Vereinigungen spezieller ist.²²⁹ Als Rechtsfolge dieser Ungleichbehandlung kann nach ständiger Rechtsprechung ein Kontrahierungszwang aus § 33 GWB iVm § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB folgen.²³⁰ Gemeinsam ist diesen Konstellationen, dass sich hier der Konflikt zwischen Vertragsfreiheit und Gleichbehandlung zuspitzt. Es verwundert dann nicht, dass damit erneut die Vorrangfrage gestellt wird: Kommt der Vertragsfreiheit ein Vorrang zu oder setzt

220 Lübbert in: Wiedemann, Hd. KartellR, § 29 Rn. 35.

221 BGH NJW-RR 1991, 825, 826 – *Zuckerrübenanlieferungsrecht*.

222 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 3 d aa).

223 Statt vieler *Notdurft* in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 144 ff; *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 149; *Bunte*, Kartellrecht, 2008, 314 ff.

224 Siehe dazu bereits oben § 5 IV 1.

225 Vgl. statt vieler Beispiele BGH GRUR 1995, 765 – *Kfz-Vertragshändler*; BGH GRUR 2005, 177 – *Sparberaterin*.

226 Vgl. BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*.

227 Die unionsrechtlichen Grundsätze zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme sind auch für die Auslegung des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB von Bedeutung, zu den Einzelheiten siehe *Pischel*, GRUR 2008, 1066 ff; *Ruess/Slopek*, WRP 2009, 1021 ff.

228 Grundlegend BGH WuW/E BGH 1496 – *Autorufgenossenschaft*; BGHZ 33, 259, 262 ff – *Molkereigenossenschaft II*; in jüngerer Zeit BGH GRUR-RR 2008, 181, 182 f – *Autorufgenossenschaft II*.

229 Dazu unten § 5 IV 4.

230 Dazu gleich unten § 5 IV 4 a).

sich die Freiheit des gleichen Marktzugangs durch?²³¹ § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB gibt darauf eine für die Konzeption von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht generell aufschlussreiche Antwort: Innerhalb seines Anwendungsbereichs kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung ein *methodischer* Vorrang zu. Dazu der Bundesgerichtshof:

„Der Umstand, dass es der [...] Patentinhaberin grundsätzlich freisteht, ob sie überhaupt Lizenzen am Klagepatent vergibt und gegebenenfalls an wen, entbindet sie nicht von der Beachtung des Diskriminierungsverbots und enthebt demgemäß nicht von der Prüfung der Frage, ob die Lizenzverweigerung gegenüber [dem Lizenzsucher] eines sachlich gerechtfertigten Grundes entbehrt.“²³²

Aus der Normstruktur folgt, dass Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen der Grundsatz und Ungleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme ist. Das Interesse des Normadressaten am ungestörten Fortbestand seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit muss *überwiegen*.²³³ Innerhalb dieser Struktur ist die Ausübung von Privatautonomie auf der Rechtfertigungsebene angesiedelt. Zugespitzt formuliert, ist Vertragsfreiheit im System des § 20 GWB also ein Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung. Aufgrund dieser elementaren methodischen Weichenstellung konzentriert sich die Prüfung maßgeblich auf die im Einzelfall notwendigen Anforderungen an den Rechtfertigungsmaßstab.

Untersucht man die Anwendungsfälle aus der Praxis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, kann man feststellen, dass die Prüfungsmaßstäbe erheblich variieren. Am unteren Ende stehen die Fälle, in denen es genügt, dass sich der Normadressat auf seine Vertragsfreiheit beruft, ohne dafür weitere Gründe nennen zu müssen. Exemplarisch dafür ist die Entscheidung *Kfz-Vertragshändler*. Der Bundesgerichtshof ging davon aus, dass der Hersteller, der von der vertraglich vereinbarten Kündigungsmöglichkeit Gebrauch macht, *keine* näheren Gründe angeben muss, die das Gericht auf ihre Berechtigung und ihr Gewicht, zumal unter betrieblichen und unternehmerischen Gesichtspunkten, zu prüfen hätte.²³⁴ Wörtlich heißt es:

„Die Ausübung einer vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigung – sofern sie durch eine angemessene Kündigungsfrist dem abhängigen Vertragspartner eine ausreichende Umstellungsfrist gewährt – ist aber, wenn keine besonderen Umstände hinzutreten, kein Mißbrauch von Marktmacht. Sie bedarf daher außer dem Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung grundsätzlich keiner weiteren sachlichen Rechtfertigung.“²³⁵

231 Zur Debatte näher Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 193 ff.

232 BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

233 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

234 BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler*; ähnlich schon BGHZ 107, 273, 279 – *Staatslotterie*.

235 BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler* (Hervorhebung hinzugefügt).

Derselben Konzeption folgt das Gericht in der Entscheidung *Standard-Spundfass*.²³⁶ Die unterschiedliche Behandlung von Interessenten bei der Entscheidung, ein geschütztes Immaterialgut verwerten zu dürfen, ist ein wesentliches Element der Ausschließungswirkung des Schutzrechts selbst.²³⁷ Die Ausschließungsbefugnis beinhaltet gerade das Recht, nicht jedem Interessenten, sondern anstelle oder neben einer Eigennutzung nur einzelnen Bewerbern eine Lizenz zur Nutzung des Schutzrechts zu erteilen. Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Lizenzinteressenten besteht daher grundsätzlich ein weiterer Spielraum.²³⁸ Anders ausgedrückt: Die aus dem Ausschließungsrecht folgende Vertragsbe gründungsfreiheit des Schutzrechtsinhabers kann als solche die Ungleichbehandlung einer Lizenzvergabe grundsätzlich rechtfertigen.

Die Rechtfertigungsanforderungen steigen, wenn zu der schlichten Vertragsverweigerung zusätzliche oder besondere Umstände hinzutreten, angesichts derer die Ungleichbehandlung die zu sichernde Freiheit des Wettbewerbs gefährdet.²³⁹ Diese „besonderen Umstände“ führen also dazu, dass die schlichte Berufung auf die Ausübung von Privatautonomie die Ungleichbehandlung nicht mehr rechtfertigen kann. Ein solcher Umstand liegt vor, wenn die Marktgegensseite von dem Angebot des Normadressaten abhängig ist: Mit zunehmender Abhängigkeit steigen die Anforderungen an die Rechtfertigung und daher an die Schutzwürdigkeit der vom Normadressaten verfolgten Belange.²⁴⁰ Allein die Berufung auf die freie Wahl der Vertragspartner kann die Ungleichbehandlung daher nicht rechtfertigen, wenn sein Angebot auf dem sachlich relevanten Markt nicht zu substituieren ist.²⁴¹ Die Privatautonomie versagt hier als Rechtfertigungsgrund, weil sie dazu eingesetzt werden kann, den Markt für Wartungs- und Reparaturarbeiten zu schließen. Das ist mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes unvereinbar.²⁴² Der Normadressat ist dann gezwungen, seine Entscheidung mit konkreten Gründen zu rechtfertigen, die vom Gericht vollumfänglich auf ihre inhaltliche Überzeugungskraft überprüft werden. Die Entscheidung *Feuerwehrgeräte* ist dafür ein gutes Beispiel:²⁴³

Der marktbeherrschende Hersteller von Feuerwehrtechnikgeräten konnte die Verweigerung der Lieferung von Ersatzteilen an einen Reparaturbetrieb nicht sachlich rechtfertigen: Der hohe Standard bei Wartung und Reparatur blieb dem Hersteller und seinen „Service-Partnern“ unbenommen. Die Gefahr der unsachgemäßen Verwendung konnte er nicht mit hinreichend großer Wahrscheinlichkeit darlegen. Die mit einer unsachgemäßen Reparatur einhergehende Rufgefährdung war eine zu abstrakte Gefahr, um die Lieferver-

236 BGHZ 160, 67, 75 ff – *Standard-Spundfass*.

237 Dazu näher Ullrich/Heinemann in: Immenga/Mestmäcker, VII Abschnitt, GRUR B Rn. 21 ff.

238 BGHZ 160, 67, 75 f – *Standard-Spundfass*.

239 Vgl. BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler*; BGHZ 160, 67, 76 – *Standard-Spundfass*.

240 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

241 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

242 BGH GRUR 2000, 95, 96 – *Feuerwehrgeräte*.

243 BGH GRUR 2000, 95, 96 f – *Feuerwehrgeräte*.

weigerung rechtfertigen zu können. Die Lieferung hat auch keinen negativen Einfluss auf die vom Hersteller erhaltene Zertifizierung seiner Produkte, weil Verbraucher nicht erwarten können, dass ein Hersteller für Arbeiten, die nicht seiner Kontrolle unterliegen, eintreten wird. Daher komme auch eine mögliche Produkthaftung des Herstellers nicht in Betracht. Die Lieferpflicht greift auch nicht in Geschäftsgeheimnisse ein, weil die Teile der Öffentlichkeit zugänglich sind.

Entscheidet sich der Normadressat im Grundsatz dafür, seine Leistungen nicht nur selbst oder über Tochterunternehmen, sondern auch über Dritte anzubieten, trifft ihn grundsätzlich die Pflicht zur Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen.²⁴⁴ Er kann die potentiellen Teilnehmer seines Vertriebssystems folglich nicht mehr allein aufgrund beliebiger qualitativer oder quantitativer Kriterien „willkürlich“ auswählen.²⁴⁵ Für die Benachteiligung einzelner Abnehmer müssen dann besondere rechtfertigende Umstände geltend gemacht werden.²⁴⁶ Dabei sind im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung an den Normadressaten verschärfte Anforderungen zu stellen, wenn er als Anbieter von Waren oder gewerblichen Leistungen den Vertragsabschluss mit potentiellen Abnehmern – im Sinne einer Liefersperre – gänzlich verweigert und den betreffenden Unternehmen hierdurch den Zutritt zum Markt praktisch verwehrt.²⁴⁷ In der Entscheidung *Sparberaterin* konnte sich die Herausgeberin des Telefonverzeichnisses daher nicht auf ihre Vertragsbegründungsfreiheit stützen, um ihre Weigerung zu rechtfertigen, keine Anzeigen mehr zu schalten, die von der klagenden Werbeagentur vermittelt worden waren.²⁴⁸ Die Normadressatin begründete ihre Entscheidung damit, dass die Agentur mit einer sog. „Sparberaterin“ zusammenarbeite, die insbesondere bei bestehenden Inserenten Sparpotentiale zu Lasten der Herausgeberin und ihrer Vertriebsstruktur ermittle. Dieser Grund ist nicht mit der Zielsetzung des GWB vereinbar: die Normadressatin will damit ein bestimmtes Beratungsverhalten unterbinden, das ihren eigenen Geschäftsinteressen abträglich ist und nimmt daher Einfluss auf die Vertragsverhältnisse einer vorgelagerten Marktstufe.²⁴⁹ Entscheidet sich der Normadressat für ein qualitatives selektives Vertriebssystem, muss er rechtfertigen, warum er nicht mit einem Unternehmen kontrahiert, das die Qualifikationsvoraussetzungen erfüllt. Ein sachlicher Grund dafür ist beispielsweise die auf Tatsachen gegründete Befürchtung, das Unternehmen werde sich nicht an die vertraglichen Pflichten halten.²⁵⁰ Eine Differenzierung innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, mit der der Normadressat gesetzlichen Vorschriften nachkommt, ist ebenfalls ein geeigneter sachlicher

244 BGH GRUR 2003, 542, 543 – *Vorleistungspflicht*; BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

245 Zu den Einschränkungen im Einzelnen siehe *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 153 ff mwN; *Westermann* in: MünchKomm-KartR, § 20 GWB Rn. 82 ff.

246 BGH GRUR 2003, 542, 543 – *Vorleistungspflicht*; BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

247 BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

248 BGH GRUR 2005, 177 – *Sparberaterin*.

249 BGH GRUR 2005, 177, 178 – *Sparberaterin*.

250 Vgl. dazu BGH GRUR 1999, 276, 278 – *Depotkosmetik*.

Grund.²⁵¹ Etwas anders gelagert waren die „besonderen Umstände“ im *Standard-Spundfass*-Fall. Man hatte mit einem strukturellen Versagen des Immaterialgüterrechts umzugehen.²⁵² Der Zugang zum nachgelagerten Markt der Spundfasserstellung war davon abhängig, dass das Patent befolgt wurde, weil dieses den de facto-Standard bildete. Der vom Patentrechtsschutz eigentlich angestrebte Substitutionswettbewerb versagte daher. Daraus folgt, dass der Patentinhaber eine Ungleichbehandlung nur mit solchen Gründen rechtfertigen kann, die mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB vereinbar sind.²⁵³

Die Analyse dieser exemplarischen Entscheidungen weist auf einen flexiblen Rechtfertigungsmaßstab von Ungleichbehandlungen hin: Er reicht von dem schlichten Verweis auf die ausgeübte Privatautonomie bis hin zur strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Gemeinsam ist den „besonderen“ Umständen, die zur strengeren Rechtfertigungsprüfung führen, dass es sich um Situationen handelt, in denen die „Entmachtungsfunktion“ des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist. Im Interesse der Chancengleichheit aller Unternehmen unterwirft das Gesetz Ungleichbehandlungen des Normadressaten einer strengeren Prüfung, um damit die gleiche wettbewerbliche Freiheit aller Akteure herzustellen. Darin realisiert sich die Zuweisung der „besonderen Verantwortung“ marktmächtiger bzw. relativ marktstarker Unternehmen für die Wettbewerbsstruktur.

(5) Rechtsfolgen

Wer entgegen § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB ohne sachlichen Grund ungleich behandelt, ist gegenüber dem diskriminierten Unternehmen²⁵⁴ zur Beseitigung bzw. Unterlassung verpflichtet, § 33 Abs. 1 S. 1 GWB. Bei einem schuldhaften Verstoß macht sich der Normadressat schadensersatzpflichtig, § 33 Abs. 3 GWB. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Schadensersatzanspruch die Grundlage eines Kontrahierungszwangs des Normadressaten.²⁵⁵ Der Normadressat habe nach § 249 BGB den Zustand herzustellen, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde; er müsse dem diskriminierten Unternehmen die bisher bestellten Waren Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises und – soweit rele-

251 Siehe BGH GRUR 2004, 351 – *Depotkosmetik im Internet*.

252 Vgl. dazu näher Busche, FS Tilmann, 2003, 645, 656.

253 BGHZ 160, 67, 76 f – *Standard-Spundfass*.

254 Bornkamm in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 59.

255 Grundlegend BGHZ 36, 91, 100 f – *Gummistriümpfe*; BGH NJW 1976, 801, 803 – *Rossignol*; BGH GRUR 1979, 792, 794 ff – *Modellbauartikel I*; BGH GRUR 1980, 125, 127 f – *Modellbauartikel II*; offengelassen von BGH GRUR 1988, 642, 644 – *Opel-Blitz*; BGHZ 107, 273, 279 f – *Staatslotterie*; BGH GRUR 1999, 276, 278 – *Depotkosmetik*.

vant – innerhalb seiner Vertriebsbindung liefern.²⁵⁶ Dagegen werden in der Literatur seit langem Einwände erhoben: Der erstrebte Vertrag behebt keinen in der Vergangenheit herbeigeführten Schaden, sondern ist zukunftsgerichtet und kann sinnvollerweise nicht von einem Verschulden abhängen.²⁵⁷ Das diskriminierte Unternehmen beansprucht in der Sache die Beendigung eines rechtswidrigen Verhaltens, nämlich die Beseitigung der ungleichen Behandlung. Vorzugswürdig ist daher die Einordnung als Unterlassungsanspruch²⁵⁸ oder Beseitigungsanspruch,²⁵⁹ mit der die ungleiche Behandlung und ihre Folgen für die Zukunft beseitigt werden. Auch der Bundesgerichtshof geht in seiner neueren Rechtsprechung von einem verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch aus, wenn die Behinderung bzw. Ungleichbehandlung sonst als rechtswidriger Störungszustand fortwirken würde.²⁶⁰ Mit der Anerkennung des Beseitigungsanspruchs wird auf die Notwendigkeit eines wirksamen Rechtsgüterschutzes reagiert.²⁶¹

Mit dem Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch kann grundsätzlich nur die Beseitigung der ungleichen Behandlung verlangt werden. Daraus folgt kein Anspruch auf Vornahme einer bestimmten Handlung.²⁶² Eine entsprechende Verurteilung, die nicht auf ein Unterlassen, sondern auf ein positives Tun gerichtet ist, setzt voraus, dass das kartellrechtswidrige Verhalten auf andere Weise nicht beseitigt werden kann.²⁶³ Verweigert etwa ein Hersteller zu Unrecht die Belieferung eines Einzelhändlers, kann er die Ungleichbehandlung nicht nur damit beseitigen, dass er die Belieferung aufnimmt, sondern auch indem er sein Angebotsverhalten gegenüber den anderen Nachfragern ändert, beispielsweise den Vertriebsweg der Direktbelieferung gänzlich aufgibt und nur noch über den Großhandel vertreibt.²⁶⁴ Diese Reaktionsmöglichkeiten sind dem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot immanent. Will man daher auf seine effektive Sanktionierung nicht verzichten, müssen nur theoretisch verfolgbare Alternativen ausscheiden, sofern sie nicht bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung tatsächlich realisiert worden sind.²⁶⁵ Der Bundesgerichtshof hat im Rahmen von Art. 101 AEUV entschieden, dass aus der Verletzung des Gleichbehandlungsan-

256 BGHZ 36, 91, 100 – *Gummistrümpfe*; BGHZ 49, 90, 98 f – *Jägermeister*; näher zu den zu stellenden Anträgen BGH GRUR 1980, 125, 128 f – *Modellbauartikel II* und *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 66.

257 Vgl. *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 98; *Bydliński*, AcP 180 (1980), 1, 9 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 220 ff, 396 ff; *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 191 f (jeweils mwN).

258 *Bork* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145-146 Rn. 20; *Bornkamm* in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 95 ff; *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 191 f; *Rixen* in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 293.

259 Näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 225 ff, 396 ff mwN; siehe auch *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 82; *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 231; dagegen aber *Bydliński*, AcP 180 (1980), 1, 11 f.

260 BGHZ 119, 335, 345 f – *Stromeinspeisung I*; BGHZ 133, 177, 183 – *Kraft-Wärme-Kopplung*.

261 BGHZ 133, 177, 183 – *Kraft-Wärme-Kopplung*.

262 BGH GRUR 2008, 608, 609 – *Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger*.

263 BGH GRUR 2008, 608, 609 – *Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger*.

264 Zum Problem näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 399 ff.

265 Vgl. *Schmidt* in: Immenga/Mestmäcker, EG/2, VO 1/2003 Anh. 2 Rn. 32.

spruchs innerhalb selektiver Vertriebssysteme kein Kontrahierungszwang folgt.²⁶⁶ Diese zweifelhafte Auffassung²⁶⁷ passt jedenfalls nicht auf die Verletzung des allgemeinen Diskriminierungsverbots in § 20 GWB.²⁶⁸ Sie ist erkennbar von dem Bemühen getragen, den von Gleichbehandlungsgeboten ausgehenden Zwang zur Gleichbehandlung mit der Vertragsbegründungsfreiheit zu vereinbaren. Damit folgt sie dem alten Muster im deutschen Recht, verabsolutiert die Vertragsfreiheit und verkennt, dass das Gesetz mit der festgestellten Pflicht zur Gleichbehandlung diesen Konflikt bereits gelöst hat. Im Regelfall ist daher davon auszugehen, dass der Normadressat die ungleiche Behandlung praktisch nur damit beseitigen kann, indem er mit dem ungleich behandelten Unternehmen kontrahiert. Eine andere Möglichkeit, die verbotswidrige Vertragsverweigerung zu *beseitigen* und nicht nur zu *kompensieren*, besteht nicht.²⁶⁹ Daraus folgt noch nicht, dass er mit ihm zu denselben Bedingungen wie mit anderen zu kontrahieren hat.²⁷⁰ § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB ist keine allgemeine Meistbegünstigungsklausel, die das marktbeherrschende Unternehmen generell zwingen soll, allen die gleichen – günstigsten – Bedingungen, insbesondere Preise, einzuräumen. Ihm soll insbesondere nicht verwehrt werden, auf unterschiedliche Marktbedingungen auch differenziert reagieren zu können.²⁷¹ Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Preis- oder Konditionenspaltung ihrerseits wettbewerbskonform ist. *Jan Busche* spricht plastisch von der geschuldeten „wettbewerblichen Gleichbehandlung“ des Normadressaten.²⁷²

4. Die Aufnahmeverweigerung (§ 20 Abs. 6 GWB) als besonderes Diskriminierungsverbot

a) Grundlagen

§ 20 Abs. 6 GWB verpflichtet Wirtschaftsvereinigungen, Berufsvereinigungen und Gütezeichengemeinschaften dazu, Unternehmen aufzunehmen, wenn die Ablehnung eines Aufnahmeantrags „eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung“ ist. Das ist ein besonderes Diskriminierungsverbot, das über das „all-

266 BGH GRUR 1999, 276, 277 f – *Depotkosmetik*; zustimmend Traugott, WuW 1997, 486 ff; *Bechtold*, NJW 2003, 3729, 3732; Nolte, WRP 2005, 1124, 1125; *Säcker/Jaecks* in: MünchKommKartR, Art. 81 EG Rn. 911 ff; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2009, Art. 1 VO 2790/1999 Rn. 18; *Bunte* in: Langen/Bunte, Art. 81 Generelle Prinzipien Rn. 272.

267 *Haslinger*, WRP 1999, 161 ff; *Weyer*, GRUR 2000, 848 ff; *Schmidt* in: Immenga/Mestmäcker, EG/2, VO 1/2003 Anh. 2 Rn. 33; *Veelken* in: Immenga/Mestmäcker, EG/1, Kfz-GVO Rn. 45; *Jaeger* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, Art. 81 Abs. 2 EG Rn. 55.

268 Vgl. BGH GRUR 1999, 276, 278 – *Depotkosmetik*, worin explizit auf die unterschiedlichen gesetzgeberischen Zielsetzungen hingewiesen wird.

269 Vgl. *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 265.

270 Näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 401 f.

271 BGH GRUR 1996, 808, 811 – *Pay-TV-Durchleitung*.

272 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 402.

gemeine“ Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB hinausgeht.²⁷³ Das Diskriminierungsverbot greift in die von Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 11 EMRK gewährleistete Vereinigungsfreiheit ein. Nach der Rechtsprechung ist auch die Vereinigung selbst Träger des Grundrechts.²⁷⁴ In den Schutzbereich fallen die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte sowie – unbeschadet der Frage der Rechtsfähigkeit – das Recht auf Entstehen und Bestehen.²⁷⁵ Dazu zählt auch die Aufnahme und der Ausschluss von Mitgliedern.²⁷⁶ Diesen Aspekt betont der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einer jüngeren Entscheidung:

*„Article 11 cannot be interpreted as imposing an obligation on associations or organisations to admit whosoever wishes to join. Where associations are formed by people, who, espousing particular values or ideals, intend to pursue common goals, it would run counter to the very effectiveness of the freedom at stake if they had no control over their membership.“*²⁷⁷

Daher ist die Vereinigung kraft der auch ihr zustehenden Privatautonomie grundsätzlich frei, die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft festzulegen und anzuwenden. Auch wenn die satzungsmäßigen Voraussetzungen für eine Aufnahme erfüllt sind, kann sie in der Regel frei entscheiden, ob sie einen Mitgliedschaftsbewerber aufnehmen will oder nicht.²⁷⁸ Aus Art. 9 Abs. 1 GG folgt allerdings auch eine Pflicht des Staates, die positive Vereinigungsfreiheit des Bewerbers zu schützen.²⁷⁹ Dieser kann ein schutzwürdiges Interesse daran haben, Mitglied der Vereinigung zu werden. Die aus dem Grundrecht fließende Schutzpflicht wird – soweit das Interesse einen Wettbewerbsbezug hat – mit § 20 Abs. 6 GWB erfüllt.²⁸⁰ Die Rechtsprechung ging allerdings schon früh über die Beschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs des § 20 Abs. 6 GWB hinaus.

In Umsetzung des staatlichen Schutzauftrages aus Art. 9 Abs. 1 GG – der BGH spricht hier noch traditionell von der „mittelbaren Drittwirkung“²⁸¹ – wurde eine Aufnahmepflicht des Vereins bejaht, „wenn die Rechtsordnung mit Rücksicht auf schwerwiegende Interessen der betroffenen Kreise die Selbstbestimmung des

273 Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 328; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 Rn. 167.

274 BVerfGE 13, 174, 175; BVerfGE 80, 244, 253; BGHZ 140, 74, 76; kritisch zur unmittelbaren Ableitung aus Art. 9 Abs. 1 GG Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 25 f mwN.

275 BVerfGE 80, 244, 253.

276 Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 16; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 8.

277 EGMR, Urt. v. 27.7.2007, App. No. 11002/05 – ASLEF v. U.K. = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/para.39>.

278 BGHZ 140, 74, 76 f.

279 Zur dogmatischen Verankerung in der Schutzpflichtentheorie vgl. Höfling in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 29, 35; grundlegend dazu Nicklisch, JZ 1976, 105, 107 ff; zurückhaltend dagegen Bartodziej, ZGR 1991, 517, 520 f.

280 Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 96 f.

281 BGHZ 140, 74, 77; ähnlich auch OLG Stuttgart NZG 2001, 997, 998.

Vereins über die Aufnahme von Mitgliedern nicht hinnehmen kann.“²⁸² Das ist ganz allgemein der Fall, wenn der Verein im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich eine überragende Machtstellung innehat und ein wesentliches oder grundlegendes Interesse an dem Erwerb der Mitgliedschaft besteht.²⁸³ Der Bundesgerichtshof hat ursprünglich nur auf die „Monopolstellung“ des Vereins oder Verbands abgestellt.²⁸⁴ Mit Ende der 1970er Jahre kam es unter dem Einfluss der Literatur²⁸⁵ zu einer Öffnung. Neben die Monopolstellung trat eine Machtstellung aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Funktion des Verbands gekoppelt an die Abhängigkeit des Interessenten.²⁸⁶ Im Interesse des Vereins wird dieser Aufnahmezwang dahingehend eingeschränkt, dass die Ablehnung nicht zu einer – im Verhältnis zu bereits aufgenommenen Mitgliedern – sachlich nicht gerechtfertigten ungleichen Behandlung und unbilligen Benachteiligung eines die Aufnahme beantragenden Bewerbers führen darf.²⁸⁷ Nach klassischer Auffassung bietet der damit konkurrierende Aufnahmeanspruch aus § 20 Abs. 6 GWB iVm mit § 33 Abs. 1 GWB keinen weitergehenden Schutz des Beitrittswilligen.²⁸⁸ Methodisch kann das nicht ganz überzeugen,²⁸⁹ weil § 20 Abs. 6 GWB einen spezifischen Wettbewerbsbezug hat und letztlich ein typisierter Anwendungsfall des allgemeinen Diskriminierungsverbots aus § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB ist: Er sichert die Chancengleichheit der Unternehmen im Wettbewerb.²⁹⁰ Das Gesetz geht typisierend davon aus, dass die genannten Organisationen über ausreichend Marktmacht verfügen, dass sie es sich erlauben können, Interessenten nicht aufzunehmen. § 20 Abs. 6 GWB wurde in das Gesetz aufgenommen, weil es für jedes Unternehmen von wesentlicher Bedeutung ist, ob es Mitglied einer Wirtschafts- oder Berufsvereinigung ist.²⁹¹

282 BGHZ 140, 74, 77; grundlegend BGHZ 29, 344 – *Großhändlerverband II*; näher zum „nichtkartellrechtlichen Aufnahmeanspruch“ Traub, WRP 1985, 591 ff; Bartodziej, ZGR 1991, 517 ff; Reichert, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 1999, Rn. 665 ff; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, 707 ff; Weick in: Staudinger, § 35 Rn. 28 ff; Reuter in: MünchKomm-BGB, Vor § 21 Rn. 108.

283 BGHZ 93, 151, 152; BGH GRUR 1986, 332, 333 mwN aus der älteren Rechtsprechung; BGHZ 102, 265, 276; BGHZ 140, 74, 77; aus der Literatur vgl. Grunewald, AcP 182 (1982), 181 ff.

284 BGHZ 63, 282, 284 f – *Deutscher Sportbund*.

285 Birk, JZ 1972, 343, 347 ff; Nicklisch, JZ 1976, 105, 107 ff; Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 203 ff.

286 Angekündigt in BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*; entschieden in BGHZ 93, 151, 152 f; BGH GRUR 1986, 33, 333 – *Aikido-Verband*; BGHZ 140, 74, 77; zur Entwicklung siehe auch Bartodziej, ZGR 1991, 517, 524 ff.

287 BGHZ 140, 74, 77.

288 BGHZ 63, 282, 286 – *Deutscher Sportbund*.

289 Vgl. dazu auch Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 184; Steinbeck, WuW 1996, 91, 94.

290 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 418.

291 BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

§ 20 Abs. 6 GWB richtet sich an drei Adressaten: Wirtschaftsvereinigungen, Berufsvereinigungen und Gütezeichengemeinschaften. Vereinigungen sind Wirtschafts- und Unternehmensvereinigungen, wenn sie zwei Eigenschaften erfüllen:²⁹² (1.) Es muss sich um eine auf privatautonomer Grundlage gestaltete Vereinigung handeln (freiwilliger Zusammenschluss). Deren Mitglieder müssen Unternehmen sein. Es ist unerheblich, ob ihr auch andere Organisationen angehören.²⁹³ Auf Rechtsform und Gewinnerzielungsabsicht der Vereinigung kommt es ebenfalls nicht an.²⁹⁴ Umstritten ist, ob Spitzen- und Dachverbände, deren Angehörige Verbände ohne eigene unternehmerische Tätigkeit sind, ebenfalls dazu zählen.²⁹⁵ (2.) Die Vereinigung muss die berufsständischen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen ihrer Mitglieder in wirtschaftspolitischer (Wirtschaftsvereinigung) oder berufsstandspolitischer (Berufsvereinigung)²⁹⁶ Hinsicht in ihrer Gesamtheit fördern und nach außen vertreten (verbandspolitische Zielsetzung)²⁹⁷. Der Verband bildet das „Sprachrohr“ für die gemeinsamen Belange seiner Mitglieder.²⁹⁸ Diese umfassende wirtschaftspolitische Zwecksetzung unterscheidet die Wirtschafts- und Berufsvereinigung von der Unternehmens- oder Arbeitgebervereinigung.²⁹⁹ Vereinigungen, die im Wesentlichen nur selbstständige, gewerbliche Tätigkeiten für ihre Mitglieder erbringen, zählen nicht dazu.³⁰⁰ Dasselbe gilt für rein ideelle Zwecke.³⁰¹ Werden allerdings neben dem wirtschaftlichen Zweck auch ideelle oder erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt, steht dies der Bewertung als Wirtschafts- und Berufsvereinigung nicht entgegen, solange die verfolgten wirtschaftlichen Zwecke ihn entscheidend mitprägen.³⁰² Die Gütezeichengemeinschaften sind ausdrücklich genannt, weil ihnen der umfassende verbandspolitische Zweck fehlt. Ihre Tätigkeit beschränkt sich darauf, Gütebedin-

292 Steinbeck, WuW 1996, 91, 96 f; Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 330 ff; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 419 ff.

293 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*.

294 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*.

295 Verneinend Westermann in: MünchKomm-KartR, § 20 GWB Rn. 178; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 Rn. 423; bejahend Steinbeck, WuW 1996, 91, 97.

296 Zu dieser Differenzierung Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 176.

297 Ständige Rspr., vgl. nur BGH GRUR 1980, 940, 942 – *Taxi-Besitzer-Vereinigung*; tendentiell weiter dagegen Schultz in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 266 (Verzicht auf die Vertretung in der Öffentlichkeit).

298 Steinbeck, WuW 1996, 91, 97.

299 Bechtold, GWB, § 20 Rn. 103; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 423a.

300 BGHZ 33, 259, 260 – *Molkereigenossenschaft II*; BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

301 Vgl. BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*.

302 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*; BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

gungen für Waren und Dienstleistungen aufzustellen, Unternehmen das Recht zu verleihen, diese Gütezeichen zu führen und ihre Einhaltung zu überwachen.³⁰³

c) Ungleichbehandlung

§ 20 Abs. 6 GWB verbietet es den Normadressaten, die Aufnahme eines Unternehmens abzulehnen. Normbegünstigte sind nur Unternehmen. Sie bilden die Vergleichsgruppe. Für den Tatbestand der Ungleichbehandlung kommt es nicht darauf an, ob das Unternehmen auch mit den bereits vorhandenen Mitgliedern vergleichbar ist.³⁰⁴ Das ist eine Frage der Rechtfertigung.³⁰⁵ Es gilt der allgemeine kartellrechtliche Unternehmensbegriff der §§ 19 ff GWB. Es kommt entscheidend darauf an, ob die Leistungen des Aufnahmeantragstellers insgesamt gesehen den Rahmen der privaten Tätigkeit überschreiten und als Tätigkeiten im geschäftlichen Verkehr angesehen werden müssen.³⁰⁶ Ein Hundezüchterverein, der verbindliche Regelungen für die Hundezucht aufstellte und den danach gezüchteten Hunden Abstammungsurkunden erteilte, die deren Verkehrswert steigerten, wurde als Unternehmen angesehen. Die von den privaten Mitgliedern und Nichtmitgliedern innerhalb dieses Rahmens vorgenommenen Transaktionen waren so erheblich, dass die Tätigkeiten des Vereins in der Summe den Rahmen einer privaten Tätigkeit überschritten.³⁰⁷ Das muss konsequenterweise auf Amateursportvereine übertragen werden.³⁰⁸

Die von § 20 Abs. 6 GWB verbotene Ungleichbehandlung besteht darin, dass der Normadressat ein Beitrittsgesuch eines Unternehmens ablehnt, obwohl er andere Unternehmen aufnahm.³⁰⁹ Dasselbe muss gelten, wenn ein Unternehmen ausgeschlossen wird,³¹⁰ wenn dem Antrag nicht innerhalb angemessener Frist stattgegeben wird³¹¹ oder wenn die Aufnahme von Bedingungen abhängig gemacht wird³¹². Ob diese Bedingungen ihrerseits gerechtfertigt oder unzumutbar

303 Vgl. LG Köln WuW/E DE-R 20902 - *Hundezuchtverband*; OLG Frankfurt GRUR 1986, 184 - *Entziehung des Weinsiegels*; Bechtold, GWB, § 20 Rn. 106; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 178.

304 Zweifelnd Westermann in: MünchKomm-KartR, § 20 GWB Rn. 182.

305 Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 343; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 444.

306 BGH WuW/E BGH 1726 - *Deutscher Landseer-Club*; näher Steinbeck, WuW 1996, 91, 95 und zu weiteren Beispielen aus der Rspr. siehe Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 180.

307 BGH WuW/E BGH 1726 - *Deutscher Landseer-Club*.

308 Steinbeck, WuW 1996, 91, 96.

309 AA Nothdurft in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 272, der nicht scharf genug zwischen der Ungleichbehandlung und der Rechtfertigung differenziert, was ihn bei der satzungsgemäßen Ablehnung einholt, vgl. Rn. 275.

310 OLG Frankfurt GRUR 1986, 184, 186 - *Entziehung des Weinsiegels*; Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 341; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 437 ff.

311 Vgl. BGH WuW/E BGH 2269 - *Verband für Deutsches Hundewesen*; BGH GRUR 1986, 332, 335 - *Aikido-Verband*.

312 Vgl. dazu BGHZ 21, 1 - *Darmimporteure* (noch zum alliierten Dekartellierungsrecht).

sind, ist auf Rechtfertigungsebene zu prüfen.³¹³ Dasselbe gilt für die Frage, ob die satzungsgemäßen Voraussetzungen für einen Beitritt erfüllt sind.³¹⁴ Voraussetzung ist immer, dass es sich um eine endgültige verbandsrechtliche Maßnahme handelt.³¹⁵

d) Rechtfertigung

Die Aufnahmeverweigerung – oder die ihr gleichstehenden Verhaltensweisen – sind nach der Konzeption des § 20 Abs. 6 GWB grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig. Notwendig ist eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen. Abzuwägen sind die berechtigten Interessen des Bewerbers an der Mitgliedschaft und die Bedeutung der damit verbundenen Rechte und Pflichten, die ihm vorenthalten werden, mit den Interessen der Wirtschafts- oder Berufsvereinigung an der Nichtaufnahme des Bewerbers.³¹⁶ Bei der Abwägung sind nur solche Interessen anzuerkennen, die sich aus der Mitgliedschaft wegen der Tätigkeit und der Bedeutung des Verbandes als Wirtschafts- und Berufsvereinigung ergeben.³¹⁷ Es lassen sich vier Fallgruppen von möglichen Ablehnungsgründen bilden:³¹⁸ Gründe gestützt auf (1.) die Satzung, (2.) den Verbandszweck, (3.) die ständige Aufnahmepraxis³¹⁹ und (4.) Gründe in der Person des Bewerbers. Erfüllt der Bewerber nicht die generellen Aufnahmebedingungen der Satzung, ist die Ablehnung grundsätzlich sachlich gerechtfertigt.³²⁰ Das gilt insbesondere für Aufnahmebeschränkungen, die sich aus der Begrenzung des Verbandszwecks auf Unternehmen bestimmter Wirtschaftsstufen („Großhändler“ oder „Fachhändler“) oder Branchen ergeben.³²¹ Das folgt bereits daraus, dass es den Vereinigungen wegen Art. 9 Abs. 1 GG freisteht, ihren Verbandszweck und damit ihre Mitgliedschaftsstruktur festzulegen.³²² Allgemein gesprochen, ist die Verbandsautonomie daher ein prinzipieller Rechtfertigungsgrund: Bereits der Verweis auf die Satzung kann ohne Weiteres genügen, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Damit steht § 20 Abs. 6 GWB ganz in der Linie des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB, der die Privatautonomie des Normadressaten ebenfalls als Rechtfertigungsgrund behandelt. Die Rechtfertigungsanforderungen können allerdings steigen. Nach ständi-

313 Siehe BGH WuW/E BGH 2269 – *Verband für Deutsches Hundewesen*.

314 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 444.

315 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 440 ff.

316 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*.

317 BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

318 Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 345 ff.; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 445; anders die Einteilung bei Steinbeck, WuW 1996, 91, 99 f, die zwischen objektiven und subjektiven, in der Person des Bewerbers liegenden Gründen unterscheidet.

319 Vgl. dazu BGH GRUR 1986, 332, 334 f – *Aikido-Verband*.

320 LG Köln WuW/E DE-R 20902 – *Hundezuchtverband*.

321 Vertiefend Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 450 ff.

322 Vgl. BGH GRUR 1969, 242, 243 f – *Universitätssportclub*; BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

ger Rechtsprechung ist die Ablehnung unter bestimmten Voraussetzungen nicht zu rechtfertigen, auch wenn sie sich auf eine Bestimmung der Satzung stützt.³²³ Andernfalls würde der Kontrahierungszwang nämlich zur Disposition der Vereinigung stehen.³²⁴ Das ist der Fall, wenn die Satzungsbestimmung ihrerseits gegen § 20 Abs. 6 GWB verstößt.³²⁵ Das Diskriminierungsverbot führt hier mittelbar zu einer Inhaltskontrolle der Satzung, damit das freiheitsrechtliche Interesse des Bewerbers geschützt wird. Hier kommt es entscheidend darauf an, ob die Mitgliedschaft für den Bewerber eine wesentliche Voraussetzung für die gleiche Wettbewerbsfähigkeit ist. Das ist der Fall, wenn die Zurückweisung den Bewerber im Wettbewerb unbillig benachteiligen würde.³²⁶ Eine wichtige Rolle spielt auch die bisherige Aufnahmepraxis, weil man aus ihr Schlüsse für die gleichheitswidrige Behandlung ziehen kann.³²⁷ In diesen Fällen ist der Normadressat verpflichtet, den Verbandszweck mit einer verhältnismäßigen Satzungsbestimmung zu erreichen, die dem Gebot der Gleichbehandlung stärker Rechnung trägt.³²⁸

Die praktisch wichtigsten Ablehnungsgründe außerhalb der Satzung sind Gründe in der Person des Bewerbers.³²⁹ Die Ablehnung kann mit dem Ansehen und der Vertrauenswürdigkeit des Bewerbers oder der für ihn tätig werdenden Personen zusammenhängen, wobei von besonders hohen Rechtfertigungsvoraussetzungen auszugehen ist.³³⁰ Gründe dafür sind Interessenkollisionen³³¹, Verstöße gegen Satzungsbestimmungen³³² oder eine massive, rechtswidrige Druckausübung³³³. Kritik des Mitglieds ist dagegen hinzunehmen.³³⁴ Entscheidungen, in denen die Ablehnung mit dem Namen des Bewerbers („Universitätsclub“³³⁵, „Vorspiel-Schwuler Sportverein“³³⁶, „FSC Dynamo Windrad“³³⁷) und der damit

323 BGH NJW-RR 1986, 339, 340 – *Schwarzbuntzüchter*.

324 Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 210.

325 Vgl. BGHZ 63, 282, 285 – *Deutscher Sportbund*; KG WuW/E OLG 3159 – *Kunstversteigerer*; Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 448.

326 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*; BGHZ 63, 282, 285 f, 293 f – *Deutscher Sportbund*; BGHZ 140, 74, 82 f.

327 BGHZ 140, 74, 82 f.

328 BGH WuW/E BGH 1726 – *Deutscher Landseer-Club*; BGHZ 63, 282, 285 f, 293 f – *Deutscher Sportbund*; BGHZ 140, 74, 83.

329 Dazu näher – auch zum allgemeinen Aufnahmeanspruch – Bartodziej, ZGR 1991, 517, 543 ff.

330 LG Köln WuW/E DE-R 20902 – *Hundezuchtverband*.

331 OLG München WUW/E OLG 2781, 2783 – *Trabrennverein*; BGH WM 1970, 594 – *Zeitschriften-großhandel II*.

332 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 460.

333 LG Köln WuW/E DE-R 20902 – *Hundezuchtverband*.

334 Vgl. OLG Hamburg WuW/E OLG 2775, 2779 – *Hauptverband für Traberzucht und -rennen*; näher Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 353; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesen-kampff, KartR, § 20 GWB Rn. 193 mwN.

335 BGH GRUR 1969, 242 – *Universitätssportclub*.

336 KG NJW-RR 1993, 183.

337 BVerfG NJW-RR 1993, 636.

kollidierenden Neutralitätspflicht der Vereinigung gerechtfertigt wurde, können dagegen nicht mehr überzeugen.³³⁸

e) Unbillige Benachteiligung

Der Normadressat ist trotz sachlich nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung nur dann zur Aufnahme verpflichtet, wenn die Ablehnung zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führt. Die Benachteiligung muss im Wettbewerb erfolgen, gesellschaftliche oder politische Nachteile alleine reichen nicht aus.³³⁹ Die Benachteiligung ist unbillig, wenn der Bewerber seine wettbewerblichen Interessen nicht auf andere, gleich geeignete Weise erreichen kann.³⁴⁰ Hat er die Möglichkeit, einem anderen Verband beizutreten, ist die Aufnahmeverweigerung nicht unbillig, wenn seine Einfluss- und Betätigungsmöglichkeiten dort gleichwertig sind.³⁴¹

Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung und die unbillige Benachteiligung müssen kumulativ vorliegen.³⁴² Sie stehen allerdings nicht isoliert nebeneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig.³⁴³ So kommt der unbilligen Benachteiligung im Rahmen der Satzungskontrolle Bedeutung zu und die Benachteiligung folgt – streng genommen – bereits aus der ungleichen Behandlung des Aufnahmeantrages: Wird beispielsweise ein Verband im Gesetzgebungsverfahren angehört, hat der nicht aufgenommene Bewerber nicht die gleichen Möglichkeiten wie die anderen Verbandsmitglieder gehört zu werden.³⁴⁴ Eine Benachteiligung liegt auch vor, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Marktgegenseite die Mitgliedschaft als wesentlich für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen ansieht.³⁴⁵ Eine Benachteiligung liegt immer vor, wenn dem Unternehmen Leistungen vorenthalten werden, die seine Wettbewerber im Verband genießen.³⁴⁶ Weil dies bereits aus der Ungleichbehandlung folgt, besteht in der Praxis eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Benachteiligung vorliegt.³⁴⁷ Erneut stößt man auf einen wichtigen Zusammenhang von Gleichbehandlung und Ausübung

338 Näher dazu Steinbeck, WuW 1996, 91, 99 ff.

339 Vgl. BGH GRUR 1979, 788, 789 – *Anwaltsverein*; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 198.

340 Steinbeck, WuW 1996, 91, 98.

341 Vgl. BGH GRUR 1979, 788, 789 – *Anwaltsverein*. Im Ergebnis ist die Entscheidung nicht überzeugend, weil der BGH die Mitgliedschaft in einem privatrechtlich organisierten Verein mit der Mitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer vergleicht. Wegen der öffentlich-rechtlichen Natur jener Mitgliedschaft ist die im Anwaltsverein nicht gleichwertig.

342 Steinbeck, WuW 1996, 91, 97; Bechtold, GWB, § 20 Rn. 110.

343 Vgl. Markert in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 342.

344 OLG München WuW/E OLG 2781, 2782 – *Trabrennverein*.

345 Vgl. BGHZ 21, 1, 7 – *Darmimporteure*.

346 Rixen in: Frankfurter Kommentar zum KartellR, § 20 GWB Rn. 467.

347 Bechtold, GWB, § 20 Rn. 110; Dorß in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR, § 20 GWB Rn. 199.

wirtschaftlicher Freiheit: Der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz indiziert die Beeinträchtigung der Entfaltung im Wettbewerb. Anders gewendet: Gleichbehandlung schützt Freiheit.

Verstößt der Normadressat gegen § 20 Abs. 6 GWB, hat der zu Unrecht abgelehnte Bewerber³⁴⁸ einen Aufnahmeanspruch. Die Rechtsprechung hat diesen Anspruch in der Vergangenheit als verschuldensunabhängigen quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch eingeordnet.³⁴⁹ Vorzugswürdig ist es, den Aufnahmewang als Beseitigungsanspruch aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB zu begründen.³⁵⁰ Verstößt der Ausschluss eines Mitgliedes gegen § 20 Abs. 6 GWB, ist die darauf gerichtete Willenserklärung des Verbandsvertreters nach § 134 BGB nichtig.³⁵¹ Die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung trägt die Vereinigung.³⁵²

5. Gleichbehandlungspflichten im Lauterkeitsrecht

a) Ausgangspunkt

Der Begriff „Wettbewerbsrecht“ wird in Deutschland mittlerweile als der gemeinsame Oberbegriff von Kartellrecht bzw. dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen einerseits und dem Lauterkeitsrecht andererseits verstanden.³⁵³ Dem war nicht immer so, weil Wettbewerbsrecht über einen langen Zeitraum mit dem deutlich älteren UWG gleichgesetzt wurde. Genau umgekehrt verlief die Entwicklung im Unionsrecht. Dort wird „Wettbewerbsrecht“ seit Inkrafttreten der Römischen Verträge traditionell mit dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen gleichgesetzt.³⁵⁴ Diesem primärrechtlich verankerten Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen steht kein primärrechtliches Lauterkeitsrecht gegenüber.³⁵⁵ Dort war und ist das Lauterkeitsrecht Gegenstand des an die Mitgliedstaaten adressierten Diskriminierungsverbots³⁵⁶ auf Grundlage der

348 *Bornkamm* in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 61.

349 BGHZ 29, 344, 351 f – *Großhändlerverband II*; vgl. *Bornkamm* in: Langen/Bunte, § 33 GWB Rn. 95.

350 *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 112.

351 *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 369.

352 *Bechtold*, GWB, § 20 Rn. 113.

353 Zur Terminologie vgl. auch *Köhler*, WRP 2005, 645 f; *Erdmann* in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Hdb. WettbewR, § 1 Rn. 1; *Ohly* in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf A Rn. 2.

354 Statt aller *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 1 Rn. 1 ff.

355 *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, 217 f.

356 Dazu statt vieler *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 161 ff; speziell zum lauterkeitsrechtlichen Zusammenhang *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, 81 ff; *Heermann* in: Münch-Komm-UWG, EG B Art. 28 EG Rn. 38 ff.

europäischen Grundfreiheiten.³⁵⁷ Erst in jüngerer und jüngster Zeit bildet sich auf sekundärrechtlicher Ebene³⁵⁸ ein europäisches Lauterkeitsrecht heraus.³⁵⁹

Gleichbehandlungspflichten oder Diskriminierungsverbote Privater spielen im Lauterkeitsrecht keine besondere Rolle. Das gilt insbesondere für den sog. „wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch“:³⁶⁰ Handelt ein Marktteilnehmer unlauter, wenn er einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, an die sich andere Marktteilnehmer halten? Eugen Ulmer (1903-1988) sah 1933 darin ein Problem des Gleichheitsgrundsatzes im Wettbewerb, der *par condicio concurrentium*.³⁶¹ Seit seinen Untersuchungen geht man im Lauterkeitsrecht davon aus, dass (1.) die Rechtsordnung die normative *par condicio concurrentium* aller Marktteilnehmer ist und (2.) ihre Missachtung es dem Marktteilnehmer erlaubt, marktleistungsfremde Einkommen durch Rechtsbruch zu erzielen, was (3.) das Lauterkeitsrecht nicht hinnehmen dürfe.³⁶² Mittlerweile haben sich die Auffassungen zu den einzelnen Voraussetzungen des Rechtsbruchtatbestandes gewandelt.³⁶³ Die Formulierung einer *par condicio concurrentium* legt es schon begrifflich nahe, dass „im Vorsprung durch Rechtsbruch nichts anderes als ein Gleichheitsrecht durchgesetzt wird.“³⁶⁴ Der Anspruch sei danach auf Abwehr „des faktischen Eingriffs durch Ungleichbehandlung in einem Wettbewerbsverhältnis“ gerichtet.³⁶⁵ Ob diese Konstruktion überzeugt, sei dahingestellt. Jedenfalls hat sie nichts mit an Privaten adressierten Gleichbehandlungspflichten gemeinsam. Das hat Gerhard Schricker zutreffend erkannt:

„Es geht nicht um das Prinzip der gleichen Behandlung, sondern um das der gleichen Position. Es wird nicht jemandem verboten, andere ungleich zu behandeln, sondern es wird den Wettbewerbern geboten, sich an die gesetzlich fixierte Position der Gleichheit zu halten.“³⁶⁶

357 Vgl. zu der Problematik und zu den Fallgruppen näher Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 7 Rn. 9 ff; Müller-Graff in: von der Groeben/Schwarze, Art. 28 EG Rn. 193 ff; Becker in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 30 Rn. 42 ff; Leible in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 34 AEUV Rn. 52 ff.

358 Ein knapper Überblick über die Rechtsquellen bei Ohly in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf C Rn. 26 ff; Schulte-Beckhausen in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Hdb. WettbewR, § 9 Rn. 4 ff.

359 Näher zur Entwicklung Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006 und Micklitz in: Münch-Komm-UWG, Einl. D Rn. 1 ff; Glöckner in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einl. B Rn. 6 ff.

360 Zum Begriff siehe Mahlberg, Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, 2003, 64 ff.

361 Grundlegend Ulmer, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, 1933, 22.

362 Siehe nur Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, 265 f; Schünemann, WRP 2001, 466, 469.

363 Dazu näher Doeppner, GRUR 2003, 825 ff; Götting in: Fezer, UWG, § 4-11 Rn. 5 ff.

364 Mahlberg, Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, 2003, 68; den Bezug zum Gleichheitsgrundsatz stellte bereits Ulmer, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, 1933, 22, her und er wurde von Meyer-Cording, FS Nipperdey, 1965, 537, 547 ff (kritisch) ausgebaut.

365 Mahlberg, Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, 2003, 74.

366 Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, 265; dagegen Mahlberg, Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, 2003, 75 ff.

Der Ausdruck „wettbewerblicher Gleichbehandlungsanspruch“ ist daher irreführend. Man sollte auf ihn im Kontext des § 4 Nr. 11 UWG vollständig verzichten.

b) Gleichbehandlung und Rechtfertigung im Lauterkeitsrecht

Stellt man die Frage nach lauterkeitsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten oder Diskriminierungsverboten, erhält man regelmäßig eine eindeutige Antwort: Das Lauterkeitsrecht kenne kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot.³⁶⁷ Art. 3 GG habe keine mittelbare Wirkung im Lauterkeitsrecht.³⁶⁸ Ungleichbehandlung sei ein wesentliches Element des Wettbewerbs.³⁶⁹ Die Grundsätze der Vertragsabschluss- und Vertragsinhaltsfreiheit haben danach im Lauterkeitsrecht Vorrang vor der Gleichbehandlung. Das gilt vor allem für die eigenverantwortliche Preisgestaltung der Unternehmen, weil sie einen Eckpfeiler eines marktwirtschaftlich, dezentralisiert gesteuerten Wirtschaftssystems bildet, der von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht zu sichern ist.³⁷⁰ Daher sei es einem Unternehmen grundsätzlich unbenommen, von seinen von ihm üblicherweise geforderten Preisen bestimmten Kunden gegenüber abzugehen und einzelnen Kunden Sonderpreise zu gewähren.³⁷¹ Das Lauterkeitsrecht kenne keine Pflicht des Unternehmens, allen seinen Kunden denselben Preis für gleiche Waren zu berechnen.³⁷² Methodisch kann man dieses Ergebnis auf zwei Wegen erreichen: (1.) Man negiert bereits im Ausgangspunkt eine Pflicht zur Gleichbehandlung. (2.) Man geht davon aus, dass die Vertragsfreiheit als sachlicher Grund eine Ungleichbehandlung ohne weiteres rechtfertigen kann. Das Problem lässt sich exemplarisch anhand der Debatte um das RabattG beschreiben.

Das RabattG v. 1933,³⁷³ das in der Bundesrepublik fortgalt,³⁷⁴ gehörte zu den wettbewerbsrechtlichen Sondergesetzen und ergänzte die allgemeinen Bestimmungen des UWG.³⁷⁵ Bei der Veräußerung von Waren und gewerblichen Leistungen des täglichen Verkehrs an letzte Verbraucher durften im Wesentlichen nur ein Preisnachlass für Barzahlung (Barzahlungsnachlass) von 3 % des Preises der Ware oder Leistung oder handelsübliche Mengenrabatte gewährt werden (§§ 1 Abs. 1, 2, 7 RabattG). Das RabattG wollte verhindern, dass Unternehmer die

367 LG Frankfurt GRUR-RR 2005, 96, 97 f – *Hibu-Taler*; LG Saale WM 2009, 655; *Stuckel* in: *Hartebavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 4 Nr. 1 Rn. 141; *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 10.122; *Ohly* in: *Piper/Ohly/Sosnitza*, UWG, § 4.10 Rn. 10/17.

368 *Sosnitza* in: *MünchKomm-UWG*, § 3 Rn. 70.

369 LG Saale WM 2009, 655.

370 BGH GRUR 1958, 487, 489 – *Antibiotica*; *Lehmann*, GRUR 1984, 313.

371 BGH GRUR 1958, 487, 489 – *Antibiotica*.

372 *Steinbeck*, ZIP 2001, 1741, 1747.

373 Gesetz über Preisnachlässe v. 25.11.1933, RGBl. I, S. 1011; zur Entstehungsgeschichte *Meyer*, GRUR 2001, 98, 102 ff.

374 BVerfGE 21, 292, 295 f – *Warenhaus-Rabatt*.

375 BT-Drs. 14/5441, S. 6.

Rabattgewährung dazu missbrauchen, mit übermäßigen Nachlässen Käufer anzulocken. Damit würden sie eine überhöhte Preisgestaltung verschleiern und auf diese Weise zum Nachteil der Mitbewerber und letztlich der Verbraucher den Preiswettbewerb verzerren.³⁷⁶ Zugleich sollte damit der „allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung der Käufer“ verwirklicht werden.³⁷⁷ Das Rabattgesetz wirkte im Interesse der Verhinderung einer Ungleichbehandlung des einzelnen Verbrauchers als *spezielles Diskriminierungsverbot* zugunsten der Letztverbraucher.³⁷⁸ Das Gesetz verbot dem Unternehmen grundsätzlich, einzelnen Kunden seine Waren zu einem niedrigeren als seinem Normalpreis zu verkaufen. Der diskriminierungsrechtliche Charakter des RabattG kommt besonders in § 1 Abs. 2 RabattG zum Ausdruck. Danach wurden „Sonderpreise, die wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt werden“, als grundsätzlich verbotene Preisnachlässe behandelt, die nur unter engen Voraussetzungen (vgl. § 9 RabattG) erlaubt wurden. Damit wollte das Gesetz unterschiedliche Behandlung einzelner Käufer oder Käufergruppen verbieten.³⁷⁹ Gleichbehandlung war damit zentraler Bestandteil des lautereren Wettbewerbs. Die methodische Einordnung des RabattG blieb offen. Man konnte es so verstehen, dass es die Gleichbehandlung der Letztverbraucher als solche erst anordnete. Es ist aber auch möglich, es als Rechtfertigungshürde zu interpretieren. Danach konnten Preisnachlässe nicht mehr unter Rückgriff auf die Privatautonomie gerechtfertigt werden, sondern unterlagen strengeren Anforderungen.

Das RabattG wurde zum 25.7.2001 aufgehoben.³⁸⁰ Die Rechtsordnung billigt damit dem Verbraucher zu, im Grundsatz selbst über Rabatte zu verhandeln und die wirtschaftlichen Folgen abzuschätzen, die sich aus derartigen Geschäften ergeben können.³⁸¹ Damit gilt auch für Rabatte der lauterkeitsrechtliche Grundsatz der Preisfreiheit: Unternehmen können seitdem dem einen Abnehmer andere Rabatte gewähren als dem anderen Kunden.³⁸² Ungleiche Preisnachlässe sind seit 2001 grundsätzlich erlaubt.³⁸³ Die bewusste Entscheidung des Gesetzes, Ungleichbehandlungen im Interesse der Wettbewerbsfreiheit grundsätzlich zu erlauben, wurde kritisiert: Die Freigabe von Rabatten benachteilige die Verbraucher,

376 BGH GRUR 1963, 64 – *Bonusring* mwN.

377 BGH GRUR 1983, 682, 683 – *Fach-Tonband-Kassetten*; *Steinbeck*, ZIP 2001, 1741, 1747; vertiefend zum Schutzzweck *Gloy* in: GK-UWG, RabattG, Einl. Rn. 6.

378 *Piper*, WRP 1994, 433; *Nordemann*, NJW 2001, 2505, 2507; kritisch dagegen *Schricker*, GRUR Int. 1994, 586, 590 wegen der tatsächlichen Ungleichheit aufgrund fehlender Normakzeptanz.

379 BGH GRUR 1987, 185, 186 f – *Rabattkarte*; *Gloy* in: GK-UWG, § 1 RabattG Rn. 103.

380 Vgl. Art. 1 und Art. 4 des Gesetzes zur Aufhebung der Zugabeverordnung und zur Anpassung weiterer Rechtsvorschriften v. 23.7.2001, BGBl. I 1661.

381 BT-Drs. 14/5441, S. 8.

382 *Berneke*, WRP 2001, 615, 619.

383 *Cordes*, WRP 2001, 867, 874; *Meyer*, GRUR 2001, 98, 110 f; *Nordemann*, NJW 2001, 2505, 2507 f.

die entweder nicht über die ausreichende Marktkennntnis verfügen oder nicht die psychologischen Voraussetzungen oder die Zeit für erfolgreiche Preisverhandlungen mit sich bringen; sie müssten dann die von anderen Verbrauchern erzielten Preisnachlässe mitfinanzieren.³⁸⁴ Deshalb sei das Diskriminierungsverbot aus § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB auf Verbraucher auszudehnen.³⁸⁵ Dieser Vorschlag konnte sich mit Recht nicht durchsetzen.³⁸⁶ Er basiert auf einer immer wieder anzutreffenden Verwechslung von Gleichbehandlung als Grundsatz mit Rechtfertigungsmöglichkeit und Ergebnisgleichheit. *Peter W. Heermann* hat diesen Fehler zutreffend benannt: Die ‘Gleichheit am Start’ (jeder darf verhandeln) darf nicht mit der ‘Gleichheit am Ziel’ (da manche dies besser können, darf keiner verhandeln) ersetzt werden.³⁸⁷ Das Lauterkeitsrecht geht nämlich davon aus, dass die Einräumung oder Wiedereinräumung von Freiheit zunächst denjenigen mehr nützt, die verstehen, von ihr Gebrauch zu machen.³⁸⁸

Methodisch kann man dieses Ziel wiederum über eine Negation von Gleichbehandlungspflichten generell oder auf Rechtfertigungsebene lösen. *Anja Steinbeck* sprach von der sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Verbraucher.³⁸⁹ Rechtfertigungsgrund ist die Ausübung von Freiheitsrechten.

Die Ausübung von Privatautonomie genügt dann nicht mehr, wenn zur unterschiedlichen preislichen Behandlung besonders erschwerende Begleitumstände hinzutreten.³⁹⁰ Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die vom Unternehmen gewählten Unterscheidungskriterien gegen die zivilrechtlichen Benachteiligungsverbote aus § 19 AGG verstoßen.³⁹¹ Diskriminiert das Unternehmen anhand der dort genannten Kriterien, handelt es unlauter, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG.³⁹² Eine in den Anwendungsbereich des § 19 AGG fallende Diskriminierung ist grundsätzlich eine geschäftliche Handlung iSv § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.³⁹³ Die Entscheidung, mit jemandem nicht kontrahieren zu wollen oder ihn bei der Vertragsdurchführung zu diskriminieren, ist objektiv darauf gerichtet, eine geschäftliche Entscheidung des Vertragsinteressenten zu beeinflussen. Sie wird ihn davon abhalten, mit dem Unternehmen erstmals oder zukünftig zu kontrahieren. § 19 Abs. 1 AGG ist zudem eine gesetzliche Vorschrift, die das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regelt. Sie begründet für den Unternehmer Verhaltenspflichten beim An-

384 Köhler, BB 2001, 265, 266.

385 Köhler, BB 2001, 265, 266.

386 Zu den Einwänden siehe Steinbeck, ZIP 2001, 1741, 1747.

387 Heermann, WRP 2001, 883, 885 f.

388 Meyer, GRUR 2001, 98, 111; zustimmend Steinbeck, ZIP 2001, 1741, 1747.

389 Steinbeck, ZIP 2001, 1741, 1747.

390 BGH GRUR 1958, 487, 489 – *Antibiotica*; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 10.210; Ohly in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 4.10 Rn. 10/17.

391 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 10.210; vgl. auch Berneke, WRP 2001, 615, 619; Heermann, WRP 2001, 883, 886; Steinbeck, ZIP 2001, 1741, 1747.

392 Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 11.157.

393 AA Köhler, WRP 2009, 898, 905 f.

gebot von Waren und Dienstleistungen und bei der Durchführung der Verträge. Wenn ein Unternehmen bestimmte Rabatte nur für Ehen gewähren und Lebenspartnerschaften davon ausschließen würde, läge eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Identität nach § 19 Abs. 1 AGG vor.³⁹⁴ Bei Rabatten, die sich am Lebensalter oder am Geschlecht einer Person orientieren, hängt ihre lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit entscheidend von dem mit der Differenzierung verfolgten Zweck ab.³⁹⁵ Die Behauptung, das Lauterkeitsrecht kenne keine Diskriminierungsverbote und erlaube dem Unternehmen willkürlich zu unterscheiden, ist mittlerweile sehr brüchig geworden. Das Lauterkeitsrecht kennt zwar keine Gleichbehandlung im Ergebnis. Das wäre mit der Wettbewerbsfreiheit unvereinbar. Rechtfertigungsfähige Gleichbehandlungspflichten zählen dagegen zum lauterkeitsrechtlichen Inventar. Das ist keine neue Erkenntnis. *Wolfgang B. Schünemann* stellte noch zum alten UWG mit Blick auf Art. 3 GG zutreffend fest, dass der

„Satz, es bestehe grundsätzlich kein Verbot unterschiedlicher Behandlung im wirtschaftlichen Wettbewerb, demnach irreführend und selbstverständlich zugleich [ist]: Gleichheit etwa der Vertragskonditionen iS ihrer Identität ist gerade nicht die grundgesetzlich gemeinte Gleichheit. Nur 'willkürliches' Verfahren, nicht aber z. B. auf ökonomisch unterschiedlich starken Markt- und Verhandlungspositionen beruhende Differenzierungen würden überhaupt mit der ideellen Substanz des Gleichheitsprinzips kollidieren können.“³⁹⁶

V. Grundsatz der Gleichbehandlung im Insolvenzrecht

1. Inhalt und Konzeptionen des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Jedes Insolvenzrecht kennt das Prinzip der *par condicio creditorum*.¹ Der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung („par condicio creditorum“, „equal treatment of all creditors“, „pari passu“) ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs „das Kernstück des Konkurses als einer Gesamtvollstreckung“². Er prägt daher das deutsche Insolvenzrecht,³ die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union⁴ und das Europäische Insolvenzrecht⁵. Der Grundsatz be-

394 Dazu näher *Grünberger*, FPR 2010, 203, 207 und unten § 6 III 4 c).

395 Vgl. *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 1.96; nicht ausreichend differenzierend dagegen *Steinbeck* in: *Fezer*, UWG, § 4-1 Rn. 276.

396 *Schünemann* in: *GK-UWG*, Ein A 69.

1 Vgl. *Fletcher*, *Insolvency in Private International Law*, 2005, Rn. 1.08 und die Nachweise bei *Mokal*, 60 *Cambridge L.J.* 581-82 (2001).

2 BGHZ 88, 147, 150.

3 Dazu einstweilen *Hueck*, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, 1958, 73 ff.

4 Vgl. dazu den Überblick bei *Wiórek*, *Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht*, 2005, 99 ff.

5 Dazu *Wiórek*, *Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht*, 2005, 61 ff.

deutet, dass (1.) im Fall der Insolvenz alle Gläubiger des insolventen Schuldners gemeinschaftlich befriedigt werden, (2.) dass sie im Prinzip gleichmäßig befriedigt werden und (3.) dass diese Befriedigung, soweit eine volle Befriedigung nicht möglich ist, anteilig erfolgt.⁶ Mit anderen Worten: Das Vermögen des Insolvenzschuldners, also die Insolvenzmasse, haftet allen Gläubigern grundsätzlich zu gleichen Teilen relativ zur Höhe ihrer Forderungen. Die gleiche Behandlung der Gläubiger ist die *default-rule* in der Insolvenz. Das ist ein ausfüllungsbedürftiges Konzept und erlaubt daher verschiedene Deutungsmöglichkeiten:⁷

Nach einer Auffassung ist die Gleichbehandlung angesichts der vom Gesetz angeordneten Priorität bestimmter Gläubiger ein Mythos.⁸ Die InsO enthält eine Rangordnung von Gläubigern, die von der Aussonderung (§ 47 InsO) über die Absonderung (§§ 49 ff InsO) und die Masseverbindlichkeiten (§§ 53 ff InsO) zu den regulären Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO) – unter denen die aufrechnungsberechtigten (§ 94 InsO) ihrerseits Vorrang genießen – und schließlich zu den nachrangigen Insolvenzgläubigern (§ 39 InsO) führt. Das Gleichbehandlungsprinzip beschränke sich daher auf die Funktion einer transaktionskostenniedrigen *fall back rule*, welche die Verteilung unter nicht vorrangig gesicherten Gläubigern und innerhalb derselben Kategorie von Gläubigern regelt.⁹

Dagegen geht die in Deutschland überwiegende Auffassung davon aus, dass die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung wichtigster Zweck des Insolvenzverfahrens und damit oberster Verfahrensgrundsatz und primäre Verteilungsregel ist.¹⁰ Der Gegensatz des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist das Prioritätsprinzip in der Einzelvollstreckung. Während dort die Chance besteht, dass jeder Gläubiger, der die Vollstreckung betreibt, aus dem Vermögen befriedigt werden kann, ist das bei der Zahlungsunfähigkeit ausgeschlossen. Daher wird der vom Prioritätsprinzip gewollte Wettlauf der Gläubiger zur Befriedigung gestoppt (vgl. § 87 InsO). An seine Stelle tritt ein Verfahren gemeinschaftlicher (vgl. § 1 S. 1 InsO), gleichmäßiger (vgl. § 89 Abs. 1 InsO) und anteiliger (vgl. §§ 38, 187, 188, 195 f InsO) Befriedigung. Damit werden die Interessen aller Gläubiger berücksichtigt, weil sie wenigstens die gleichen Chancen auf Befriedigung erhalten.¹¹ Die formale Gleichbehandlung aller Gläubiger wird in dieser Konzeption durch das Gebot sachgerechter Differenzierung ergänzt, das eine

6 Vgl. Prütting in: Kölner Schrift zur InsO, Kap. 1 Rn. 61.

7 Vgl. zum Folgenden näher Wiórek, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 75 ff; Guski, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 118 ff.

8 Mokal, 60 Cambridge L.J. 581, 585-90 (2001); ähnlich auch Flessner, ZIP 1981, 113, 117 f.

9 Mokal, 60 Cambridge L.J. 581, 611-16 (2001); ähnlich auch Dorndorf, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 40.

10 Exemplarische Vertreter dieser in Deutschland wohl überwiegenden Position sind Prütting in: Kölner Schrift zur InsO, Kap. 1 Rn. 61 ff; Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II – Insolvenzrecht, 1990, 49; Stürmer in: MünchKomm-InsO, Einl. Rn. 62 f und Uhlenbruck in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Kap. 12 Rn. 10.

11 Vgl. Wiórek, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 76 f.

Gruppenbildung und Rangordnung unter den Gläubigern nicht nur erlaubt, sondern gebietet.¹² Das gilt insbesondere für die nach wie vor umstrittene Begründung der Unterschiede zwischen dinglich gesicherten und ungesicherten Gläubigern.¹³ Utilitaristisch betrachtet, dient sie dem gesamtwirtschaftlichen Nutzen, weil sie die (gesicherte) Kreditvergabe anreize.¹⁴ Normativ argumentiert, sind die dinglichen Sicherungsrechte Ausdruck der privatautonomen Handlungsfreiheit zwischen Schuldner und individuellem Gläubiger und gehen daher einer Gleichbehandlung vor.¹⁵ Gerechtigkeits-theoretisch formuliert, sei die Privilegierung der dinglich gesicherten Gläubiger auf Grundlage des Leistungsprinzips gerechtfertigt, weil ihre bevorzugte Befriedigung ein Äquivalent zur Leistung des Kreditgebers ist.¹⁶ Mit diesen Begründungsansätzen wird teilweise bereits die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes verneint.¹⁷ Überzeugender scheint mir dagegen der Ansatz, darin jeweils Rechtfertigungsgründe einer tatbestandlich vorliegenden Ungleichbehandlung zu sehen.¹⁸ Im Ergebnis wird Gläubigergleichbehandlung dann zur „Gruppengerechtigkeit“¹⁹ (vgl. §§ 222, 226 InsO).

Damit ist aber nur eine Facette des Gleichbehandlungsgrundsatzes angesprochen. *Ludwig Häsemeyer* hat vorgeschlagen, drei Schichten des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu unterscheiden:²⁰ (a) Das internationale Insolvenzrecht regle die Gleichbehandlung der Gläubiger aus verschiedenen Staaten (vgl. Erwägungsgrund 21 S. 1 VO 1346/2000/EG²¹). (b) Der Gleichbehandlungsgrundsatz im nationalen Sachrecht sichere die Chancengleichheit der Gläubiger im Insolvenzverfahren und damit ihre „formelle“ Gleichbehandlung. (c) Seine primäre Aufgabe sei es, die „substantielle“ Gleichbehandlung der Gläubiger untereinander zu

12 Vgl. *Ganter* in: MünchKomm-InsO, § 1 Rn. 51 f.

13 Vgl. dazu einerseits *Wiörek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 147 ff und andererseits jetzt *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 232 ff, die dieses Verständnis einer grundlegenden und überzeugenden Kritik unterziehen.

14 *Stürner*, ZRP 94 (1981), 263, 270 f; *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65, 71 ff; *Eidenmüller*, Unternehmensanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999, 24 f.

15 Zu diesem Ansatz näher *Harris/Mooney*, 80 Va. L. Rev. 2021, 2047-66 (1994) und zur deutschen Diskussion *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 28 ff, 38 ff. Ähnlich *Paulus*, FS Uhlenbruck, 2000, 33, 41 ff, wenn er die Insolvenzanfechtung, die ihrerseits Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist (dazu gleich im Text) als Beschränkung der Privatautonomie von Schuldner und Gläubiger einordnet.

16 *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 47 ff; mit guten Gründen dagegen *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 245 ff.

17 So beispielsweise *Windel*, Jura 2002, 230, 231.

18 Dafür *Wiörek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 150; ähnlich auch *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65, 70.

19 *Schmidt*, Gutachten D, in: Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentags, München, 1982, Bd. I, 1982, D1, D51.

20 Dazu näher *Häsemeyer*, ZRP 107 (1994), 111, 116.

21 VO Nr. 1346/2000/EG über Insolvenzverfahren, ABl. Nr. L 160 v. 30.6.2000, S. 1 (EuInsVO).

wahren.²² Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird danach nicht mehr als Verteilungsregel im bipolaren Verhältnis Gläubigergemeinschaft-Insolvenzmasse aufgefasst. Er stellt vielmehr eine rechtliche Beziehung der Insolvenzgläubiger untereinander her, die zu einer wechselseitigen Ausgleichshaftung²³ der Insolvenzgläubiger mit ihren Forderungen führt.²⁴ Die Privatautonomie von Schuldner und Gläubiger ist in dieser Konzeption prinzipiell kein ausreichender Rechtfertigungsgrund dafür, den Gläubiger im Vergleich zu den übrigen besser zu behandeln. In der Insolvenz „verlieren alle auf privatautonomen Entscheidungen des Schuldners beruhenden Vorzugsrechte einzelner Gläubiger letztendlich ihre Rechtfertigung.“²⁵

Damit lassen sich Teile des Insolvenzrechts zutreffend erklären. Ein Beispiel ist die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff InsO). Sie wird ganz überwiegend als Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verstanden.²⁶ Danach wird die Gleichbehandlung nicht auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschränkt, sondern auf die kritische Zeit der materiellen Insolvenz vorgezogen. Das Gesetz steckt in den §§ 130, 131 InsO den dafür maßgeblichen Zeitrahmen ab. „Nur in diesem Zeitraum wird“, so der Bundesgerichtshof, „im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung den Gläubigern die Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme auferlegt.“²⁷ Adressaten dieser Gleichbehandlungspflicht sind beide beteiligten Parteien. Die Deckungsanfechtung (§§ 130, 131, 135 InsO) sorgt dafür, dass der Schuldner nicht mehr frei in der Entscheidung ist, ihm beliebige Gläubiger zu befriedigen, und dass der Gläubiger daran gehindert wird, sich einen Vorteil vor anderen Gläubigern zu verschaffen.²⁸ Der Gläubiger, der vom Schuldner unter Benachteiligung der übrigen Insolvenzgläubiger (§ 129 Abs. 1 InsO) gesichert oder befriedigt wurde, muss den Vorteil wieder an die Insolvenzmasse herausgeben (§ 143 InsO). Ein auf Gläubiger und Schuldner beschränktes Verständnis vom Gleichbehandlungsgrundsatz könnte dagegen nicht erklären, wieso der Gläubiger das, was er zur Erfüllung oder Sicherung seiner Forderung erhalten hat, an die Masse – also an die Gesamtheit

22 Grundlegend *Häsemeyer*, KTS 1982, 505 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.17 ff; dem folgend etwa *Windel*, Jura 2002, 230, 232; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 241 ff und im Wesentlichen auch *Bauer*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 61 ff.

23 Zur Verteidigung des Begriffs siehe *Windel*, Jura 2002, 230, 232.

24 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 516 f, 521 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.28 f, 2.31 ff.

25 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.23; zustimmend *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 123.

26 Vgl. BGHZ 59, 230, 232; BGH NZI 2010, 439 Rn. 10; *Fußmann*, Die Auswirkungen des reformierten Insolvenzanfechtungsrechts auf das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung, 2001, 45 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.26; *Bork* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, Vor § 129 Rn. 1; gesonderte Betrachtung verdient dabei die Anfechtung nach § 133 InsO, dazu *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 75 f.

27 BGH NZI 2010, 439 Rn. 10.

28 *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 74 f; *Thole*, NZI 2009, 800, 801.

der Insolvenzgläubiger – zurückgewähren muss.²⁹ Bettet man diesen Anspruch in eine den übrigen Gläubigern geschuldete und damit „allseitige“ Gleichbehandlungspflicht ein, ist die gesetzliche Lösung stringent.

2. Geltungsgrund

Mit der Vielfalt an Konzeptionen des Gleichbehandlungsgrundsatzes korrespondieren unterschiedliche Auffassungen über seinen Geltungsgrund.³⁰ Unbestritten ist, dass das geltende Insolvenzrecht auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz beruht. In der InsO kommt er allerdings nur andeutungsweise zum Ausdruck.³¹ Deutlicher ausgeprägt ist er auf unionsrechtlicher Ebene.³² Es verwundert daher nicht, dass man traditionell von der Prämisse ausgeht, Gleichbehandlung sei legitimationsbedürftig.³³ Warum also Gleichbehandlung der Gläubiger in der Insolvenz? Eigentlich darf und soll doch jeder Wirtschaftsteilnehmer in der Privatrechtsgesellschaft³⁴ „nicht Gleichheit, sondern seinen Vorteil, ja Wettbewerbsvorsprung suchen“³⁵. Man kann die Pflicht der Gläubiger, sich untereinander gleich zu behandeln, nicht aus einer zwischen ihnen bestehenden Rechts- oder Interessengemeinschaft folgern.³⁶ Der Gleichbehandlungsgrundsatz legitimiert erst die Zuweisung der gleichen Befugnisse an der Insolvenzmasse und kann daher nicht seinerseits damit gerechtfertigt werden.³⁷ Im Übrigen gilt auch hier, dass die Gläubiger keine Interessengemeinschaft gebildet haben, sondern erst durch das Recht zu einer solchen geschmiedet werden.³⁸ Damit ist die Suche nach *privatrechtlichen* Begründungsmaßstäben dafür, warum die Gläubiger gleich zu behandeln sind, nicht abgeschlossen. Ausgehend von der Prämisse, dass „Gleichbehandlung als Frage des Privatrechts“ aufzufassen ist,³⁹ stehen sich im

29 Brinkmann, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 247.

30 Vgl. dazu den Überblick bei Bauer, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 63 ff.

31 Vgl. die von Prütting in: Kölner Schrift zur InsO, Kap. 1 Rn. 61 und Becker, Insolvenzrecht, 2010, Rn. 211 zitierten Normen.

32 Vgl. Erwägungsgrund 21 und Artt. 4, 20, 32, 35, 39 EuInsVO; vgl. dazu Wiórek, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 63 ff.

33 Exemplarisch Berger, ZZP 121 (2008), 407, 413.

34 Zum Begriff oben § 4 I 4.

35 Flessner, ZIP 1981, 113, 117.

36 AA Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 138.

37 Windel, Jura 2002, 230, 231 f.

38 de Boor, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 23 f.; Häsemeyer, KTS 1982, 507, 523; Windel, Jura 2002, 230, 232; Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4) 3 b).

39 Grundlegend Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.19 f.; ähnlich auch Bauer, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 66 f.; in der Sache bereits Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 73 f.

Wesentlichen zwei auf gemeinsamen Wurzeln basierende, aber im Ergebnis konkurrierende privatrechtliche Erklärungsversuche gegenüber:⁴⁰

a) Billigkeits- und Gerechtigkeitsdenken

Der Gleichbehandlungsgrundsatz entspricht einem fundamentalen Billigkeits- und Gerechtigkeitsdenken.⁴¹ Danach ist die zufällige Befriedigung eines Gläubigers bei der Geltung von Schuldnerautonomie und Prioritätsgrundsatz unvereinbar mit dem Gedanken der materiellen Rechtsgleichheit.⁴² Mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit entfallen alle möglichen Rechtfertigungsgründe dafür, dem einen Gläubiger ohne Weiteres mehr Befriedigung zu erlauben als den anderen.⁴³ Ausgehend von der Verteilungsfunktion des Grundsatzes wird die darin angelegte Differenzierung, Gleiches gleich und Verschiedenes ungleich zu behandeln, betont.⁴⁴ Damit wird der Gleichbehandlungsgrundsatz bereits auf Tatbestandsebene für differenzierende Wertungen geöffnet, die ihrerseits nicht aus dem Prinzip der Gleichbehandlung abgeleitet werden können. Gleichbehandlung im Insolvenzrecht ist somit Ausdruck der verteilenden Gerechtigkeit.⁴⁵

b) Haftungsungleich unter den Gläubigern

Dagegen hat insbesondere *Häsemeyer* den Gleichbehandlungsanspruch als „allgemeines Prinzip eines haftungsrechtlichen Ausgleichs zwischen den Gläubigern“ konzipiert.⁴⁶ Zur Gleichbehandlung zwingt „die mit der Begründung, Verfolgung, Durchsetzung jeder einzelnen Forderung notwendig verbundene Einflussnahme auf das Vermögen des Gemeinschuldners und dessen Haftung.“⁴⁷ Alle Insolvenzgläubiger könnten sich daher wechselseitig ihren Einfluss auf die Rechts- und Haftungsverhältnisse des Schuldners in Höhe der jeweiligen Forderung vorhalten.⁴⁸ Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz basiert damit

40 Dazu *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 78 ff; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 235 ff; zu weiteren, hier zu vernachlässigenden Differenzierungen siehe *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 121 ff.

41 Vertiefend zum Folgenden *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 125 ff.

42 Vgl. *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II – Insolvenzrecht, 1990, 49.

43 Instruktiv *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 129 f.

44 *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II – Insolvenzrecht, 1990, 49; *Stürner* in: MünchKomm-InsO, Einl. Rn. 62 f; *Prütting* in: Kölner Schrift zur InsO, Kap. 1 Rn. 64; *Uhlenbruck* in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Kap. 12 Rn. 10.

45 Vgl. dazu referierend *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 511 ff.

46 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.26; grundlegend *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 515 ff. Ihm folgend *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 241 ff.

47 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 516 f.

48 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 517.

letztlich auf dem Gedanken ausgleichender Gerechtigkeit.⁴⁹ Dieser Ansatz erlaubt es, „die Grenzen des Grundsatzes nach stringenten haftungsrechtlichen Kriterien zu bestimmen“.⁵⁰ Das gilt vor allem für die umstrittene Rechtfertigung der bevorzugten Behandlung von Gläubigern dinglicher Sicherheiten in der Insolvenz.⁵¹

Traditionell werden die Vorrechte aus den dinglichen Sicherungsrechten in der Insolvenz mit der vor (!) der Insolvenz bestehenden Verfügungsfreiheit der Parteien gerechtfertigt. *Moritz Brinkmann* hat jüngst nachgewiesen, dass die darin liegende tatbestandliche Ungleichbehandlung der übrigen Gläubiger nur unter bestimmten Voraussetzungen mit der Privatautonomie des Schuldners legitimiert werden kann.⁵² Vereinbaren Schuldner und Gläubiger ein Befriedigungsvorrecht, greifen sie in die insolvenzrechtliche Verteilungsordnung ein und berühren damit das Verhältnis der Insolvenzgläubiger untereinander. Die vor Verfahrenseröffnung bestehende Verfügungsbefugnis des Schuldners erlöscht im Moment der Verfahrenseröffnung zum Schutze der Insolvenzgläubiger. Insofern ist die Privatautonomie des Schuldners ab diesem Zeitpunkt eingeschränkt. Von dieser Beschränkung müssen auch zeitlich davor liegende Rechtsgeschäfte betroffen sein, deren Sicherungswirkungen rechtsgeschäftlich auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bedingt wurden und deren Zweck darin liegt, das Sicherungsgut in der Insolvenz dem Sicherungsnehmer vorrangig zuzuweisen. *Brinkmann* weist überzeugend nach, dass die Einschränkungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht restlos unter Verweis auf die Privatautonomie erklärt werden können. Voraussetzung ist immer, dass die Funktionsbedingungen von Privatautonomie im Allgemeinen und eigenverantwortlicher Schuldregulierung im Besonderen gegeben sind. In der Insolvenz bricht dieses System zusammen.⁵³

Brinkmanns Ansatz zeigt daneben, dass die Rechtfertigungsebene des Gleichbehandlungsgrundsatzes der geeignete Ort ist, über die mit einer Ungleichbehandlung verfolgten Zwecke zu diskutieren. *Brinkmann* differenziert nämlich zwischen Sicherheiten am schuldnerfremden Vermögen und Sicherheiten am gegenwärtigen Vermögen des Schuldners, die gegen die Überlassung von Kredit gewährt wurden, einerseits und revolvingierenden Sicherheiten, die auch künftiges Vermögen des Schuldners erfassen, andererseits.⁵⁴ Bestellt der Schuldner Sicherheiten der ersten Gruppe, ist die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

49 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 517; nur insoweit zustimmend *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 42 ff.

50 *Windel*, Jura 2002, 230, 232.

51 Eine Fundamentalkritik dazu bei *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 531 f, 567 ff.

52 *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 245 ff; anders *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 44 ff, der die Ungleichbehandlung mit den von den dinglich gesicherten Gläubigern vor der Insolvenz erbrachten Leistungen zur rechtfertigen glaubt; dagegen aber mit Recht *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 245 f.

53 Siehe unten § 5 V 2 c) (1).

54 *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 257 f.

in der Insolvenz *gerechtfertigt*, weil das Sicherungsrecht „haftungsrechtlich neutral“ sei: Der spätere Gemeinschuldner erhielt frisches Kapital und bestellte daher wertmäßig äquivalente Sicherheiten. Diese haftungsrechtliche Neutralität fehlt den Sicherheiten der zweiten Gruppe. Das Sicherungsrecht wird in diesen Fällen nicht durch neues Kapital „surrogiert“. Mit der Sicherheitenbestellung wird die Insolvenzforderung des gesicherten Gläubigers im Ergebnis „enthaftet“. Die übrigen Gläubiger werden dafür nicht kompensiert: Das Schuldnervermögen als die spätere Insolvenzmasse habe sich dadurch nicht in gleichem Maße vergrößert. *Brinkmanns* Untersuchung zeigt, dass die methodengerechte Verwendung beider Bausteine des Gleichbehandlungsgrundsatzes – Ungleichbehandlung *und* Rechtfertigung – zu differenzierenden Lösungen im Insolvenzrecht führt, ohne dass man dabei das Prinzip der Privatautonomie vollständig aufgeben muss.

Man müsste allerdings genauer formulieren und sagen, dass der *Häsemeyer'sche* Ansatz differenzierende Lösungen erlauben *würde*. Die von *Brinkmann* vorgeschlagene Interpretation weist auf die haftungsrechtlichen Legitimationsdefizite bestimmter Formen von Mobiliarsicherheiten hin und er kann diese in der *lex lata* auch nachweisen. Es bleibt aber dabei, dass die Ausgleichshaftung mit Blick auf das geltende Recht die dinglichen Gläubigerrechte erfassen *sollte*.⁵⁵ Das geltende Recht – oder zumindest das ganz herrschende Verständnis davon – hat sich anders positioniert. Das relativiert daher die Bedeutung dieses Erklärungsansatzes als juristische Theorie des geltenden Rechts.⁵⁶

c) Rückbindung an Art. 3 Abs. 1 GG

(1) Gleichbehandlung als Korrelat zur Grundrechtsbeschränkung

Man nähert sich dem Problem vielleicht am Besten, wenn man von den Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeht. Mit der Beschlagnahme des Schuldnervermögens kann der einzelne Gläubiger nicht mehr vom Schuldner Erfüllung verlangen (§§ 80, 81 InsO) und die Einzelzwangsvollstreckung wird ausgeschlossen (§§ 89, 88⁵⁷ InsO).⁵⁸ Damit greift der Staat hoheitlich in die grundrechtlich geschützten Leistungsbeziehungen des jeweiligen Schuldverhältnisses ein und beschränkt den ihn aus den grundrechtlichen Schutzpflichten und dem

⁵⁵ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.36.

⁵⁶ Zum hier verwendeten Prüfungskriterium *Canaris*, JZ 1993, 377, 385 ff.

⁵⁷ Zu der Verfassungsmäßigkeit der Rückschlagsperre des § 88 InsO vgl. *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 192 ff.

⁵⁸ Zum Begriff der „Beschlagnahme“ und ihren Wirkungen vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 2005, Rn. 115 ff.

Rechtsstaatsprinzip verpflichtenden Justizgewährleistungsanspruch.⁵⁹ Damit verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, „die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen“, § 1 InsO. Dieses Ziel kann bei (drohender) Zahlungsunfähigkeit (§§ 17 ff InsO) des Schuldners nicht mehr mit den jeweils isolierten Mitteln der privatautonomen Schuldnerverfügung und der nach Priorität ausgerichteten Einzelzwangsvollstreckung erreicht werden.⁶⁰ Deshalb tritt eine gesetzliche Haftungsanordnung an deren Stelle, die sich ihrerseits grundrechtlich legitimieren lässt.⁶¹ Mit der Beschlagnahme werden also die Beziehungen *aller Beteiligten* untereinander *verrechnet*.⁶² „Folglich muss der grundrechtsgebundene Staat bei der Verteilung des Restvermögens alle Gläubiger gleich behandeln.“⁶³ Wegen der verfassungsrechtlichen Rückbindung halte ich den dafür von *Christian Berger* verwendeten Begriff des „verfahrensrechtlichen Verteilungsprinzips“⁶⁴ für nicht sehr glücklich gewählt. Dass jeder Gläubiger grundsätzlich dieselbe Chance zur Verwirklichung seiner Forderung haben muss, ist grundrechtsdogmatisch vorgegeben. Das folgt sowohl aus dem Abwehrcharakter als auch der Schutzpflichtendimension der Freiheitsrechte und des allgemeinen Gleichheitssatzes. Die Gleichbehandlung der Gläubiger ist *vom Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gefordert*.⁶⁵

Das ist beim hoheitlichen Handeln der Vollstreckungsorgane unproblematisch, weil die abwehrrechtliche Dimension des Grundrechts einschlägig ist. Dagegen sind die vorgesehenen Handlungsmöglichkeiten der nicht hoheitlich handelnden Insolvenzorgane erklärungsbedürftig. Die Handlungen des Insolvenzverwalters innerhalb seines *privaten* Amtes⁶⁶ oder der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses in Ausübung des Grundsatzes der Gläubigerautonomie⁶⁷ sind privatrechtlich zu qualifizieren.⁶⁸ Trotzdem ordnet das Gesetz auch für diese privatrechtlichen Handlungen die Gleichbehandlung vergleichbarer Gläubiger an. Exemplarisch dafür ist die Gleichbehandlung beim Insolvenzplan.⁶⁹

§ 226 InsO ist grundrechtsdogmatisch ein fast allgemein übersehener Anwendungsfall des Art. 3 Abs. 1 GG in seiner objektiv-rechtlichen Dimension als

59 Zum Justizgewährleistungsanspruch allgemein vgl. *Sachs* in: *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 162; speziell im Insolvenzrecht näher *Prütting* in: *Kölner Schrift zur InsO*, Rn. 30; *Becker* in: *Nehrlich/Römermann*, InsO, § 1 Rn. 3.

60 Allg. Auffassung, statt aller *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 2005, Rn. 1.

61 Vgl. dazu ansatzweise *Bauer*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 72 ff; *Becker*, Insolvenzrecht, 2010, Rn. 15.

62 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.04.

63 *Berger*, ZZZ 121 (2008), 407, 414 f.

64 *Berger*, ZZZ 121 (2008), 407, 414 f.

65 Vgl. *Jaffé* in: *Wimmer*, FK-InsO, § 226 Rn. 1; *Becker*, Insolvenzrecht, 2010, Rn. 215; *Karsten* in: *Kühler/Prütting/Bork*, InsO, § 226 Rn. 1.

66 Dazu *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 2005, Rn. 55; *Windel* in: *Jaeger*, InsO, § 80 Rn. 19.

67 Vgl. dazu *Prütting* in: *Kölner Schrift zur InsO*, Kap. 1 Rn. 78 f; *Pape* in: *Uhlenbruck*, InsO, § 1 Rn. 13.

68 Näher zum Ganzen *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 26 ff.

69 Dazu näher unten § 5 V 2 c) (2).

Schutzpflicht.⁷⁰ Er ordnet an, dass Privatrechtssubjekte die Gleichbehandlung anderer Privatrechtssubjekte sicherstellen müssen. Die Gleichbehandlung ist als Legitimationsvoraussetzung für die Verbindlichkeit des Insolvenzplans und den darin liegenden privatautonom gewollten Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Forderungsrecht der davon betroffenen Gläubiger unabdingbar. Die Schutzpflichtdimension von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht⁷¹ ist daher nicht nur „theoretisch“ möglich, sondern praktische Wirklichkeit.⁷² Auf diese Weise entsteht ein „mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis“, das sich als grundrechtlich determiniertes Dreieck darstellen lässt:⁷³ An dessen Spitze steht der Insolvenzrechtsgesetzgeber. Den einen Schenkel besetzt der einzelne Gläubiger als Betroffener eines privaten Handelns, dem ein grundrechtlicher *status positivus* in Form eines Rechts auf Eingriffsabwehr in seine verfassungsrechtlich aus Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition zukommt. Ihm gegenüber steht der Insolvenzplanersteller, dem ein grundrechtlicher *status negativus* in Form eines Rechts auf Abwehr staatlicher Eingriffe in seine Privatautonomie zukommt. Zugleich verdeutlicht die gesetzliche Regelung auch die Schranken einer grundrechtsdogmatischen Ableitung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dem Gesetzgeber kommt bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.⁷⁴ Ihm soll es obliegen, die unterschiedlichen und unter Umständen kollidierenden Interessen und Rechtsgüter zu berücksichtigen, verhältnismäßig zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Damit lassen sich die Differenzierungen nach Gläubigergruppen im geltenden Recht *verfassungsrechtlich* legitimieren. Das möchte ich am Beispiel des Insolvenzplans demonstrieren.

(2) Gleichbehandlungspflichten der privaten Akteure im Insolvenzverfahren am Beispiel des Insolvenzplans

Der Insolvenzplan ist ein Vertrag oder quasiverbandsrechtlicher Organisationsakt eigener Art.⁷⁵ Den Verfahrensbeteiligten wird damit eine Option auf eine Privatisierung der Insolvenzabwicklung eingeräumt: Alle wesentlichen insolvenz-

70 Zur Bedeutung der Schutzpflichtendogmatik im Insolvenzrecht vertiefend Lepa, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 62 ff.

71 Zur Konzeption des Insolvenzrechts als Teil des Privatrechts vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 1.05 f.

72 Anders Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 174 ff, weil er das Problem übersieht.

73 Vgl. zu dieser Konstruktion Callies, JZ 2006, 321, 325 ff; Callies in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 44 Rn. 18 ff.

74 Vgl. dazu allgemein Callies in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 44 Rn. 6; näher zum privatrechtlichen Kontext Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, 267 ff und Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 141 ff.

75 Näher zur problematischen Einordnung Karsten in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 217 Rn. 65 ff, 76 ff.

rechtlichen Fragestellungen können darin privatautonom geregelt werden.⁷⁶ Trotz dieser privatautonomen Regelung zwingt das Recht zur Gleichbehandlung. Der Insolvenzplan ist angenommen, wenn in jeder Gruppe die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger dem Plan zustimmt (Kopfmehrheit, § 244 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und die Summe der Ansprüche der zustimmenden Gläubiger die Hälfte der Summe der Ansprüche der Gläubiger der jeweiligen Gruppe übersteigt (Summenmehrheit, § 244 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Diese Mehrheitsentscheidung kann aus zwei Gründen aufgrund der Gleichbehandlung in der Gruppe legitimiert werden. (1.) Die vom Gesetz in § 222 Abs. 1 InsO vorgesehene und in § 222 Abs. 2 InsO ermöglichte Gruppenbildung nach „gleichartigen wirtschaftlichen Interessen“ schafft Abstimmungskörper, die ein möglichst hohes Maß an Interessenparallelität der Abstimmenden aufweisen. Daher steigt die Wahrscheinlichkeit, dass die Entscheidung der Mehrheit auch im Interesse der überstimmten Minderheit liegt.⁷⁷ (2.) Das Gesetz zwingt den Planersteller dazu, alle Gläubiger innerhalb einer gebildeten Gruppe gleich zu behandeln, § 226 Abs. 1 InsO. Darunter ist nach umstrittener, aber zutreffender Auffassung eine formelle und substantielle Gleichbehandlung zu verstehen. Es genügt nicht, wenn die Gläubiger nur gleichberechtigt am Ergebnis partizipieren.⁷⁸ Eine Ungleichbehandlung ist nur mit Zustimmung der betroffenen Gläubiger gerechtfertigt, § 226 Abs. 2 InsO. Ist die Begünstigung Gegenstand eines Abkommens, durch das dem Gläubiger für sein Verhalten bei Abstimmungen oder sonst im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren ein nicht im Plan vorgesehener Vorteil gewährt wird, so ist obendrein das Abkommen nach § 226 Abs. 3 InsO nichtig, falls der Insolvenzplan zustande kommt.⁷⁹ Diese Gleichbehandlungspflicht ist nach § 231 Abs. 1 Nr. 1 InsO zwingend ausgestaltet und vom Gericht zu kontrollieren.⁸⁰

Der Gesetzgeber hat aus Gründen der Praktikabilität und Effizienzsteigerung der mit dem jeweiligen Insolvenzplan verfolgten Regelung⁸¹ auf eine gruppenübergreifende Gleichbehandlung verzichtet.⁸² Das folgt aus dem in § 226 Abs. 1 InsO festgelegten Vergleichsmaßstab, der sich lediglich auf die anderen Gläubiger in der jeweiligen Gruppe bezieht. In dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs schlägt sich die Vorstellung des Gesetzes nieder, dass die Ungleichbehandlung von verschiedenen Gläubigergruppen regelmäßige Folge des Insolvenzplanverfahrens ist.⁸³ Danach kann die Gruppenmehrheit einem Plan

76 Eidenmüller in: MünchKomm-InsO, Vor §§ 217-269 Rn. 1.

77 Näher Eidenmüller in: MünchKomm-InsO, § 222 Rn. 2 ff; Karsten in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 245 Rn. 47.

78 Flessner in: HK-InsO, § 226 Rn. 1 mwN.

79 BGHZ 162, 283, 290 f.

80 Otte in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 226 Rn. 2.

81 Näher dazu Otte in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 245 Rn. 57 f.

82 Kritisch dazu Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 28.37 ff.

83 Breuer in: MünchKomm-InsO, § 226 Rn. 2; Lüer in: Uhlenbruck, InsO, § 226 Rn. 3; zu weitgehend Braun in: Nehrlich/Römermann, InsO, § 226 Rn. 3, der darin den „Zweck“ des Planverfahrens sieht.

zustimmen, der sie im Vergleich zu anderen ungleich behandelt. Dieser Beschluss drückt die autonome Entscheidung der Gruppe aus, dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.⁸⁴ Der Gesetzgeber konnte dieses Konzept mit einer Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs des Gleichbehandlungsgrundsatzes verfassungsrechtlich zulässig umsetzen. Die freiheitsrechtlichen Interessen der betroffenen Gläubiger werden insoweit also nicht mehr über den Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt. Damit wird es im Hinblick auf die aus Art. 14 Abs. 1 GG folgende Schutzpflicht verfassungsrechtlich notwendig, den ungleich behandelten Gläubiger vor einer Rechtsverkürzung durch die Mehrheit zu schützen. Das Gesetz sieht deshalb einen einzelfallbezogenen Minderheitenschutz in § 251 InsO vor. Damit wird dem ungleich behandelten Gläubiger wenigstens der Liquidationswert seiner Forderung garantiert.⁸⁵ Mit diesem Minderheitenschutz verwirklicht der Gesetzgeber seine aus Art. 14 Abs. 1 GG folgende Pflicht, den einzelnen Gläubiger vor ihn benachteiligenden Mehrheitsentscheidungen zu schützen.⁸⁶ Darüber hinaus kann ein Insolvenzplan auch gegen eine Gruppe durchgesetzt werden. Die Ungleichbehandlung einer Gruppe kann danach auch gegen den mehrheitlich oder sogar einstimmig gefassten Beschluss dieser Gruppe im Insolvenzplan vereinbart werden, wenn die Gläubiger dieser Gruppe damit voraussichtlich nicht schlechter als ohne Plan gestellt werden (Schlechterstellungsverbot), sie angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt werden (Gleichberechtigungsgebot)⁸⁷ und⁸⁸ die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan zugestimmt hat, § 245 Abs. 1 InsO.

Problematisch an § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist, dass der Wortlaut keine Mehrheit aller Gläubiger verlangt. Danach genügt eine Mehrheit der Gruppen. Das kann im Ergebnis zu einer Majorisierung der Mehrheit aller Gläubiger durch die Minderheit führen, wenn diese sich in der Mehrheit der Gruppen durchsetzt.⁸⁹ Legitimiert man die Gläubigerautonomie im Insolvenzplanverfahren mit dem Mehrheitsprinzip, muss man konsequenterweise § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO verfassungskonform auslegen und um das ungeschriebene Merkmal des § 76 Abs. 2 InsO ergänzen.⁹⁰ Die Mehrheit der Gruppen muss also zugleich „mehr als die Hälfte der Summe der Forderungsbeträge der abstimmenden Gläubiger“ erreichen, um wirksam zu sein. Auch dann bleibt es aber dabei, dass die Mehrheit der anderen Gruppen die Ablehnung einer Gruppe überwinden kann. Dieser Gruppe

84 Vgl. *Karsten* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 245 Rn. 49.

85 *Flessner* in: HK-InsO, § 251 Rn. 1.

86 Vertiefend *Lepa*, Insolvenzzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 251 ff.

87 Damit kommt die hier vertretene Differenzierung zwischen Gleichbehandlung und Gleichberechtigung im Ergebnis zum Ausdruck, dazu oben § 5 II 1.

88 Alle Kriterien müssen daher kumulativ vorliegen, OLG Köln NZI 2001, 660, 661 f.

89 Zum Problem siehe *Karsten* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 245 Rn. 55 ff.

90 Vgl. *Schmid*, FS Pawlowski, 1997, 423 ff; zur verfassungsrechtlichen Argumentation näher *Lepa*, Insolvenzzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 260 ff.

wird mit dem Plan eine wirtschaftliche Entscheidung aufgezwungen, die sie so nicht getroffen hätte und zugleich verlieren ihre Mitglieder den Schutz aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der nur gruppenbezogen gilt. Hier zwingt Art. 14 Abs. 1 GG den Gesetzgeber dazu, die überstimmte Gruppe vor der Rechtsverkürzung durch die Mehrheit der übrigen Gruppen zu sichern.⁹¹ Diese Aufgabe übernehmen die beiden substantiellen Kriterien in § 245 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO. Während § 251 InsO den Minderheitenschutz des Einzelgläubigers in der Gruppe wahrt, sichern § 245 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO den Minderheitenschutz der Gruppe innerhalb der Gruppengemeinschaft.⁹²

Die aus Art. 14 Abs. 1 GG fließende Schutzpflicht verlangt, dass das realisierbare Forderungsrecht des Gläubigers unmittelbar vor dem Zugriff der Mehrheit gesichert werden muss. Wie dieser Schutz ausgestaltet wird, überlässt die Verfassung dem Gesetzgeber. Dieser entscheidet sich zunächst dafür, ihn über den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verwirklichen. Dort, wo er ihn zurückdrängt, muss er den Minderheitenschutz unmittelbar freiheitsrechtlich sicherstellen. Dieses Zusammenspiel belegt die hier aufgestellte These über die Funktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes:⁹³ Es ist ein Freiheitsrecht zweiter Ordnung.

VI. Kontrahierungszwang

1. Grundlagen

Besteht eine Gleichbehandlungspflicht und kann der Normadressat die von ihm vorgenommene Differenzierung nicht sachlich rechtfertigen, hat der Begünstigte regelmäßig einen Anspruch darauf, den von ihm gewünschten Vertrag mit dem ungleich Behandelnden abzuschließen. Gleichbehandlungspflichten können also zum Kontrahierungszwang führen. Die mittlerweile klassische Definition des Kontrahierungszwangs stammt von *Hans Carl Nipperdey*:

„Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten Inhalts oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts zu schließen.“¹

Weil damit lediglich eine Mittel-Zweck-Beziehung beschrieben wird, ergänzte *Wolfgang Kilian* die Definition um einen funktionalen Aspekt:

⁹¹ Dazu vertiefend *Lepa*, Insolvenzzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 255 ff.

⁹² Vertiefend zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden *Jungmann*, KTS 2006, 135 ff.

⁹³ Dazu oben § 1 III.

¹ *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 7. Zu *Nipperdeys* Einfluss auf die Gleichbehandlungsthematik siehe oben § 4 I 2 b).

„Kontrahierungszwang ist aufzufassen als ein Korrektiv für das marktbedingte Fehlen einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragsschluss über wichtige Güter oder Dienstleistungen.“²

Ein Kontrahierungszwang weist, darauf machte bereits *Ludwig Raiser* aufmerksam, lediglich „auf eine bestimmte Lösung eines rechtlichen Problems hin, für das auch andere Lösungsmöglichkeiten denkbar“ sind.³ Das eigentliche Problem ist dem Kontrahierungszwang vorgelagert:

„Kann ein Unternehmer, der als Produzent oder Händler Waren oder Dienstleistungen anbietet, sich seine Abnehmer selbst aussuchen, also auch einzelnen Nachfragern den Geschäftsabschluß und damit die begehrte Leistung verweigern? Nur wenn diese Frage generell oder in bestimmten Fällen verneint werden muß, und wenn die Gründe der Verneinung klargestellt sind, erhebt sich die weitere Frage, welche Mittel die Rechtsordnung bereitstellt, um einen solchen Unternehmer auch gegen seinen Willen zum Geschäftsabschluß zu veranlassen. Eines dieser Mittel ist das, was wir Kontrahierungszwang nennen [...].“⁴

Der Kontrahierungszwang setzt also voraus, dass die Vertragsbegründungsfreiheit (Abschlussfreiheit) begrenzt werden kann. Besonders deutlich wird der Zusammenhang von „Kontrahierungszwang und Diskriminierungsverbot“⁵ im Kartellrecht.⁶ Kontrahierungszwang ist also eine *Rechtsfolge*, mit der das Recht auf eine soziale Störung im Markt reagiert. Mit dieser Einschränkung kann man „Kontrahierungszwang“ ein die Vertragsabschlussfreiheit und die Vertragsinhaltsfreiheit⁷ begrenzendes Rechtsinstitut des Privatrechts verstehen.⁸ Damit werden Vertragsbeziehungen erzwungen, soweit am Markt die Voraussetzungen für einen gleichberechtigten Gebrauch der Vertragsfreiheit beider Parteien nicht gegeben sind.⁹ Der Rechtszwang kann mit einer an den Normadressaten gerichteten Verpflichtung zu einer bestimmten Handlung ausgedrückt werden. *Nipperdey* sprach plastisch von der „Verpflichtung, sich zu verpflichten“¹⁰. Die Rechtsordnung kann stattdessen auch dem begünstigten Vertragsinteressenten ein subjektives Recht auf die konkrete Leistung zuweisen.¹¹ Der Kontrahierungszwang ist nach wie vor kein nach Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen ein-

2 Kilian, AcP 180 (1980), 47, 52.

3 Raiser, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523; zu Raiser oben § 4 I 1.

4 Raiser, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523.

5 So die Abschnittsüberschrift bei *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

6 Siehe dazu den vorherigen Abschnitt, § 5 IV 3 c) (5).

7 Darauf weist schon *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 31 hin; aus der aktuellen Literatur siehe statt aller *Bork*, BGB AT, 2011, Rn. 665. Dass die Eingriffe in die Vertragsinhaltsfreiheit unterschiedlich intensiv ausfallen können, betont *Busche*, Privatautonomie, 1999, 251 ff, 589 ff.

8 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 111.

9 Vgl. *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 444.

10 *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 87.

11 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 111 f.

heitliches Rechtsprinzip.¹² Man kann zwei Kategorien unterscheiden:¹³ den „besonderen Kontrahierungszwang“ als Sammelbegriff spezialgesetzlich geregelter Erscheinungsformen¹⁴ und einen darüber hinausgehenden „allgemeinen Kontrahierungszwang“ als selbstständiges Rechtsprinzip.¹⁵

Die praktisch wichtigsten Anwendungsfälle spezialgesetzlicher Kontrahierungszwänge bilden die wettbewerbsrechtlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbote.¹⁶ Daneben gibt es eine Reihe von gesetzlichen Kontrahierungspflichten¹⁷ im Versicherungsrecht,¹⁸ im Telekommunikationsrecht und – praktisch bedeutsam – im Energierecht¹⁹. Ein spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang verfolgt idR drei Ziele:²⁰ (1.) Der „leistungssichernde Kontrahierungszwang“ soll sicherstellen, dass bestimmte Leistungen an die Allgemeinheit diskriminierungsfrei erbracht werden (§§ 17, 18 EnWG). (2.) Der „zugangsermöglichende Kontrahierungszwang“ verhindert, dass Eigentums- und Ausschließlichkeitsrechte missbräuchlich eingesetzt werden und sichert einen diskriminierungsfreien Zugang im überwiegenden Interesse der Öffentlichkeit (§ 24 PatG,²¹ § 5 Abs. 3 S. 2 UrhG²², 87 Abs. 5 UrhG²³). (3.) Der „wettbewerbspolitische Kontrahierungszwang“ setzt das Gleichbehandlungsgebot ein, um wettbewerbswidrige Zustände zu beseitigen (§ 42a UrhG²⁴). Dazu kommt (4.) eine Versorgungsfunktion („Daseinsfürsorge“), die den im jeweiligen Landesrecht vorgesehenen Kontrahierungszwang für Sparkassen erklärt.²⁵ § 5 Abs. 1 Sparkassengesetz NW (SpkG)²⁶ verpflichtet beispielsweise die Sparkassen des Landes dazu, Spareinlagen iHv 1 € anzunehmen und § 5 Abs. 3 SpkG sieht einen Kontrahierungszwang für Girokonten auf Guthabenbasis vor.

12 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 117; in der Sache schon *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 6.

13 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 301 ff. Anders dagegen *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 189, der zwischen dem wettbewerbsrechtlichen und dem sonstigen auf Spezialtatbeständen basierenden Kontrahierungszwang differenziert.

14 Vgl. dazu die Auflistung einschlägiger Spezialgesetze bei *Ellenberger* in: Palandt, Einf v § 145 Rn. 8 und die Systematisierung bei *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 53 f; *Bork* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145–156 Rn. 17.

15 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 119; *Kramer* in: MünchKomm-BGB, § 145 Rn. 10, 13.

16 *Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 190; dazu oben § 5 IV.

17 Siehe die Auflistung bei *Bork* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145–156 Rn. 17; *Kramer* in: MünchKomm-BGB, Vor § 145 Rn. 10; *Armbrüster* in: Erman, Vor § 145 Rn. 28.

18 Dazu vertiefend *Jannott*, FS E. Lorenz, 1994, 341 ff und *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung 2010, 64 ff.

19 Dazu vertiefend *Buntscheck*, WuW 2006, 30 ff und *Busche*, Privatautonomie, 1999, 405 ff.

20 Terminologisch angelehnt an *Busche*, Privatautonomie, 1999, 578 ff, der diese Kategorien allerdings streng trennen will.

21 Dazu näher *Scheffler*, GRUR 2003, 97 ff.

22 Dazu *Buhrow/Nordemann*, GRUR Int. 2005, 407, 411.

23 *Dreier* in: Dreier/Schulze, UrhG, § 87 Rn. 26.

24 Zu dieser Rechtfertigung des § 42a jetzt instruktiv *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639 f.

25 Dazu näher *Günnewig*, ZIP 1992, 1670 f; *Reifner*, ZBB 1995, 243, 248 ff; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 634 ff; *Grünekle*, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001, 34 ff.

26 Gesetz v. 18.11.2008, GVBl. S. 696.

rungszwang unproblematisch auf einen quasinegatorischen Beseitigungsanspruch (§ 1004 BGB analog iVm § 826 BGB) stützen.³⁵ Der störende Zustand liegt nicht allein im fehlenden Vertragsschluss, sondern in der vorgelagerten Ungleichbehandlung. Setzt man bei der Ungleichbehandlung an, wird deutlich, dass man die Vertragsverweigerung nicht als ein Unterlassen qualifizieren kann.³⁶ Liegen die Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs vor, besteht zwischen dem Anbieter und dem Vertragsinteressenten daher ein gesetzliches Schuldverhältnis,³⁷ gerichtet auf Abschluss eines Vertrages. Es kommt dann zur Anwendung des allgemeinen Zivilrechts.³⁸

b) Geltungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen

Die genaue Herleitung des allgemeinen Kontrahierungszwangs und dessen Voraussetzungen im Einzelfall sind nicht abschließend geklärt.³⁹ § 826 BGB ist nach traditioneller Auffassung nur Bestandteil der Anspruchsgrundlage.⁴⁰ Den eigentlichen Rechtsgrund für den Kontrahierungszwang eines Privatrechtsakteurs in einer vom Grundsatz der Vertragsbegründungsfreiheit geprägten Rechtsordnung könne er nicht enthalten.⁴¹ Möglich ist eine Gesamtanalogie zu den spezialgesetzlich geregelten Tatbeständen.⁴² Das hat sich wegen der heterogenen Regelungsziele der Spezialtatbestände⁴³ nicht durchgesetzt. In der Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof und im Schrifttum werden eine ganze Reihe von Aspekten genannt, mit denen im Einzelfall ein Kontrahierungszwang legitimiert werden könne.⁴⁴ Interessanterweise bilden sie zugleich auch die Tatbestandsvoraussetzungen. Ausgangspunkt dafür ist die Entscheidung des Reichsgerichts im *Dampfschiffahrtsgesellschaftsfall* aus dem Jahr 1901, dem eigentlichen

35 Einzelheiten bei *Busche*, Privatautonomie, 1999, 230 ff; kritisch dazu bereits *Bydliński*, AcP 180 (1980), 1, 12.

36 Generell *Busche*, Privatautonomie, 1999, 232 f, ohne allerdings auf die gleichbehandlungsrechtliche Komponente einzugehen.

37 Insoweit zutreffend *Armbrüster* in: Erman, Vor § 145 Rn. 31; nicht überzeugend ist dagegen seine schadensersatzrechtliche Konstruktion der Vertragsabschlusspflicht aus § 280 BGB.

38 Zu den damit zusammenhängenden Konstruktionsproblemen im Einzelnen *Bydliński*, JZ 1980, 378 ff; *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, 235 ff.

39 BGH NJW 1990, 761, 762.

40 Kritisch dazu *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 196.

41 Ähnlich auch *Oechsler* in: Staudinger, § 826 Rn. 429; grundlegend anders dagegen die von *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 54 ff begründete Tradition; dazu kritisch *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 58.

42 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts – Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1987, 48 (für Unternehmen der „öffentlichen Hand“); zustimmend *Kramer* in: MünchKomm-BGB, Vor § 145 Rn. 14; weitergehend *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, 2012, § 48 Rn. 13; *Oechsler* in: Staudinger, § 826 Rn. 433; *Ellenberger* in: Palandt, Einf v. § 145 Rn. 10.

43 Näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 597 f; in der Sache schon *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 526 f.

44 Dazu im Überblick *Busche*, Privatautonomie, 1999, 162 ff mwN.

leading case.⁴⁵ Diese Entscheidung benutze ich als Leitfaden, um daran Geltungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen zu strukturieren.

(1) Der *leading case* – Die Entscheidung Dampfschiffahrtsgesellschaft von 1901

Ein Speditionsunternehmen verklagte eine Dampfschiffahrtsgesellschaft, es zu unterlassen, ihr höhere als die bekanntgemachten und den übrigen Kunden angebotenen Frachttarife zu berechnen. Indem die Beklagte der Klägerin die bisherigen Tarife „kündigte“, wollte sie diese vom Markt verdrängen, weil die Klägerin mit Segelschiffunternehmen zusammenarbeitete, die der Beklagten auf einer Linie Konkurrenz machten.⁴⁶ Während die Klage am Landgericht Erfolg hatte, gab das Oberlandesgericht der dagegen eingelegten Berufung statt. Das Reichsgericht hob dieses Urteil auf. Es stützte seine Entscheidung auf zwei Erwägungen: (1.) den Gedanken eines Kontrahierungszwangs und (2.) der wettbewerbswidrigen Ausübung wirtschaftlichen Drucks. Obwohl die Kündigung als solche „an und für sich noch kein rechtswidriger [Akt]“ sei, ergebe sich „ein gewisser Berührungspunkt zwischen § 826 B.G.B. und den Grundgedanken, welche auf anderen Rechtsgebieten zu einem Kontrahierungszwange geführt haben“.⁴⁷ Das Reichsgericht bezog sich damit auf die im zeitgenössischen Schrifttum rezipierten⁴⁸ Kontrahierungszwänge im französischen und im anglo-amerikanischen Recht. Insbesondere die Bezugnahme auf die Rechtslage in den U.S.A. entbehrt nicht der Ironie, weil der aus dem *common law* abgeleitete Gleichbehandlungsgrundsatz just zu dieser Zeit in den U.S.A. einem weiten Verständnis der Vertrags- und Diskriminierungsfreiheit weichen musste.⁴⁹ Das war aber nur der vom Gericht gewählte Einstieg in die eigentliche Begründung, aus der sich mosaikartig die Tatbestandsvoraussetzungen (im Folgenden *kursiv* gesetzt) herausdestillieren lassen:

„Ein derartiger Zwang mochte im allgemeinen Interesse hauptsächlich gegenüber Unternehmungen, welche rechtlich oder thatsächlich ein Monopol besitzen, welche eine öffentliche Zweckbestimmung haben, als Verkehrsbedürfnis erscheinen. Die wirtschaftliche Anforderung, daß diejenigen Gewerbe, die für das Gemeinwohl oder den Geschäftsverkehr unentbehrlich sind, niemanden ihre Dienstleistung versagen sollen, bringt, zum Rechtsgebot ausgestaltet, auch eine Gebundenheit bezüglich der Vertragsbedingungen mit sich. Ein Transportzwang verpflichtet den Unternehmer, welcher dem Publikum seine Dienste unter bestimmten Bedingungen öffentlich anbietet, die auf ihn angewiesenen Interessenten mit gleichem Maße zu messen, und spricht demselben das Recht ab, willkürlich oder aus illoyalen Gründen den Einzelnen von den dem Publikum sonst dargebotenen Transport-

45 Vgl. die prominente Bezugnahme darauf in RGZ 115, 253, 258 – *Branntweinmonopol*. Ich folge hier im Wesentlichen der Einschätzung von Kilian, AcP 180 (1980), 47, 57.

46 RGZ 48, 114 f – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*.

47 RGZ 48, 114, 127 – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*.

48 Vgl. Biermann, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 289 ff; vertiefend Busche, Privatautonomie, 1999, 183 ff.

49 Dazu näher oben § 3 III 3 b und 4 b.

bedingungen auszuschließen. Ein Vorgehen der letzteren Art kann aber dort, wo eine Zwangspflicht gesetzlich nicht besteht, sich als ein Handeln gegen die guten Sitten darstellen.“⁵⁰

(2) Von der Monopolstellung zur Marktmacht

Mit dem Hinweis auf die *Monopolstellung* wurde das zentrale Begründungs- und Tatbestandselement der folgenden reichsgerichtlichen Rechtsprechung eingeführt.⁵¹ Jan Busche hat nachgewiesen, dass damit kein enger Monopolbegriff mit einer Alleinstellung eines Anbieters gemeint war. Ausschlaggebend war vielmehr die fehlende Ausweichmöglichkeit des Kunden.⁵² Diese Ausweitung zeigt sich besonders deutlich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1937, in der das Gericht die rechtliche oder tatsächliche Monopolstellung gleich wie eine „sonstige Machtstellung“ wertete und behandelte.⁵³ Der Bundesgerichtshof hielt zunächst an der Monopolstellung fest.⁵⁴ In Übereinstimmung mit dem Reichsgericht ging er davon aus, dass es keine abschließende allgemeingültige Begriffsbestimmung des Monopolmissbrauchs gibt.⁵⁵ Davon rückte er seit den späten 1970er Jahren zunehmend ab.⁵⁶ An die Stelle der Monopolmissbrauchs trat eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich einerseits und ein wesentliches oder grundlegendes Interesse der Gegenseite am Vertrag andererseits.⁵⁷ Diese Rechtsprechung bildete sich anhand von Fällen heraus, in denen jeweils über einen Aufnahmepflicht von Vereinen und damit über einen besonderen Anwendungsfall des Kontrahierungszwangs gestritten wurde.⁵⁸ Damit wird *Marktmacht* zum zentralen Begründungsfaktor.⁵⁹ Das Kriterium der Marktmacht stellt den Rechtsanwender *außerhalb* des GWB vor erhebliche Herausforderungen.

Das belegen die kontroversen Einschätzungen zur Pflicht privater Banken, vertragswilligen Kunden ein privates Guthaben-Girokonto – einen Zahlungsdienst-

50 RGZ 48, 114, 127 – *Dampfschiffahrtsgesellschaft* (Hervorhebungen hinzugefügt).

51 Vgl. RGZ 155, 257, 283 ff; RGZ 115, 253, 258 f – *Branntweinmonopol*; RGZ 132, 273, 276 – *Stromsperre II*; RGZ 133, 388, 392 f – *Theaterkritiker*; RGZ 148, 326, 334 – *Wasserleitung II*; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 61; anders dagegen *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 280, 286 ff, der lediglich den rechtlichen, nicht aber den „faktischen“ Monopolisten mit einem Kontrahierungszwang belegen wollte.

52 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 167 ff.

53 RGZ 155, 257, 284 f.

54 BGHZ 63, 282, 284 f – *Deutscher Sportbund*; BGHZ 41, 271, 276 f – *Werkmilchabzug*.

55 BGHZ 41, 271, 277 – *Werkmilchabzug*; dazu näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 174 ff.

56 Grundlegend dafür *Nicklisch*, JZ 1976, 105, 110.

57 Angedeutet in BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*; grundlegend dann BGHZ 93, 151, 152 f; BGH GRUR 1986, 332 – *Aikido-Verband*; BGHZ 140, 74, 77.

58 *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 185; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 173.

59 Dazu grundlegend *Raiser*, JZ 1958, 1, 8; *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443 ff; vgl. auch *Bydliński*, AcP 180 (1980), 1, 35; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 61 f; *Kramer* in: MünchKomm-BGB, Vor § 145 Rn. 13; aA *Armbrüster* in: Erman, Vor § 145 Rn. 29 („faktische Monopolstellung“).

terahmenvertrag iSv § 675f Abs. 1 BGB⁶⁰ – anzubieten.⁶¹ Vielfach wird von einem „faktischen Monopol“ gesprochen, ohne dass näher erklärt wird, wann ein solches vorliegt.⁶² Im Regelfall hat die verweigernde Bank weder ein Monopol noch eine marktbeherrschende Stellung, sondern ist einer von vielen Anbietern privater Girokonten.⁶³ Viele belassen es bei dieser Feststellung und halten die Frage nach dem Kontrahierungszwang privater Banken damit für erledigt.⁶⁴ Damit verfehlt man aber die zentrale Fragestellung dieser Fälle: Besteht trotz theoretischer Angebotsvielfalt tatsächlich ein ausreichender Wettbewerb? Das einheitliche Marktverhalten aller anderen Anbieter drängt den Schluss geradezu auf, dass dem Kunden ein „Ablehnungskartell“ gegenübersteht.⁶⁵ Das Landgericht Berlin verzichtete daher mit Recht auf die Monopolstellung als Tatbestandsvoraussetzung.⁶⁶ Die zutreffende Begründung dafür findet man bei *Jan Busche*: Für die Annahme eines Kontrahierungszwangs genügt bereits die „Vertragsmächtigkeit eines Anbieters“, unter der er eine „Kontrolle über eine konkrete Austauschbeziehung“ versteht.⁶⁷

Damit stellt sich die Gretchenfrage, ob neben einer Monopolstellung oder Marktmacht auch die „Vertragsmacht“ für sich genommen genügt, um den das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit auszuschalten. Nach ganz allgemeiner Auffassung bedarf es dafür zusätzlicher Voraussetzungen.⁶⁸ Allerdings besteht eine relationale Abhängigkeit beider Faktoren: Je stärker die Marktmacht, desto geringer sind die Anforderungen an die zusätzlichen Voraussetzungen, während sie bei geringer oder nicht vorhandener Marktmacht erheblich ansteigen.⁶⁹

(3) Öffentliche Zweckbestimmung?

Das Reichsgericht betonte im *leading case* die *öffentliche Zweckbestimmung* des vertragsverweigernden Unternehmens. Damit knüpfte es an eine Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland weit verbreitete Überlegung an, einen Kontrahierungszwang als Konsequenz der Übernahme öffentlicher Versorgungsaufgaben

60 *Sprau* in: Palandt, § 675f Rn. 11, 22.

61 Dazu im Überblick *Pieper*, ZVI 2008, 457, 459f mwN.

62 OLG Brandenburg NJW 2001, 450, 451; *Reifner*, ZBB 1995, 243, 256.

63 LG Berlin WM 2008, 1825, 1827.

64 So eine andere Kammer des LG Berlin Urt. v. 12.8.2008, 10 S 4/08 (juris) Rn. 19 und *Köndgen*, NJW 1996, 558, 559.

65 Vgl. LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348; *Reifner*, ZBB 1995, 243, 256.

66 LG Berlin WM 2008, 1825, 1827; kritisch dazu *Pieper*, ZVI 2008, 457, 460.

67 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 204f; ähnlich insoweit auch *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 190, wenn sie auf den konkreten nachfrageorientierten Aspekt des Leistungsbegehrens abstellt.

68 BGH NJW 1990, 761, 763 und aus der Literatur statt aller *Busche*, Privatautonomie, 1999, 198 ff.

69 Vgl. näher *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, 233 ff.

und staatlicher Konzessionierung zu rechtfertigen.⁷⁰ Wie bereits in den U.S.A.⁷¹ konnte sich dieser Ansatz gegenüber der ab 1900 zunehmend als Grundsatz ins Feld geführten Vertragsfreiheit nicht mehr behaupten.⁷²

(4) Öffentliches Angebot und Vertragsneigung

Das Reichsgericht stützte sich daher ergänzend auch auf das *öffentliche Angebot* des Unternehmens. Dieser Gedanke war dem 19. Jahrhundert sehr vertraut. So hat *Johannes Biermann* 1893 jedenfalls für Gastwirte, Theater-, Konzert- und Ballanzeigen ein Angebot an die Öffentlichkeit angenommen, aus dem er einen wirksamen Vertrag konstruierte.⁷³ Ein Vertrag komme dann nicht zustande, wenn der Offerent die Annahme eines Mitglieds der Öffentlichkeit *ex justa causa* zurückweisen dürfe.⁷⁴ Die Parallelen zur Gleichbehandlungspflicht im Civil-Rights-Act von 1875⁷⁵ und deren Wurzeln, den Gleichbehandlungspflichten des traditionellen *Common Law*,⁷⁶ sind mit Händen zu greifen.⁷⁷ Durchsetzen konnte sich dieser Gedanke allerdings nicht.⁷⁸ Verzichtete man mit *Biermann* auf die konkrete Feststellung des Rechtsbindungswillens, käme man zu einer vertraglichen Begründung von Kontrahierungspflichten, die mit dem herkömmlichen Verständnis der Vertragsfreiheit als Grundsatz nicht mehr vereinbar scheint.⁷⁹ Das Reichsgericht entschied daher, dass ein staatlich subventioniertes Theater einem ihm unliebsamen Theaterkritiker aufgrund seiner Abschlussfreiheit nicht den Besuch der Vorstellungen gestatten müsse.⁸⁰ Heute würde man am Prinzip festhalten – wie beispielsweise *Busche*:

„Es ist mit einer auf dem Prinzip der Privatautonomie basierenden Rechtsgeschäftsordnung schlechthin unvereinbar, ein Rechtssubjekt nur aus dem Grunde zum Vertragsschluss zu verpflichten, weil es zuvor einen Geschäftsverkehr mit bestimmten Waren oder Dienstleistungen eröffnet hat.“⁸¹

70 Näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 183 ff mwN der zeitgenössischen Quellen.

71 Siehe oben § 3 III 4 b).

72 Vgl. exemplarisch auch hier *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 45 ff.

73 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 292 ff.

74 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 311 ff mit Beispielen.

75 Dazu oben § 3 III 3 a).

76 Dazu oben § 3 III 3 b).

77 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 291 f diskutiert sie allerdings in etwas anderem Zusammenhang.

78 Eine Ausnahme ist *Tilmann*, ZHR 141 (1977), 32, 76, der ebenfalls auf die allgemeine Geschäftseröffnung abstellt.

79 Deutlich daher die Kritik von *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 46 ff. Vgl. *Biermanns* Verteidigung *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 314 ff; dagegen wieder *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 40. Zur grundlegenden Kritik am klassischen Vertragsmodell zugunsten einer Selbstbindung, in dem *Biermanns* Ansatz aufgehen könnte, siehe *Köndgen*, Selbstbindung, 1981, 118 ff, 156 ff.

80 RGZ 133, 388 – *Theaterkritiker*; zur zeitgenössischen Diskussion vgl. die Nachweise bei *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 47 Anm. 1.

81 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 205.

- und den Theaterkritikerfall trotzdem anders entscheiden.⁸² Das Prinzip ist also durchlässig geworden. Wie durchlässig, das ist noch nicht abschließend geklärt. Das Problem wurde jüngst im Zusammenhang mit dem „Recht auf ein Girokonto“ neu thematisiert. Den Ausgangspunkt bilden die Selbstverpflichtungen von Banken bzw. Bankenverbänden.⁸³ Gestritten wird darüber, ob daraus ein Anspruch eines potentiellen Kunden auf Abschluss eines Girovertrags folgt. Die *Deutsche Kreditwirtschaft* (vormals *Zentrale Kreditausschuss*), der Zusammenschluss der fünf Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft, gab 1995 eine „Empfehlung“ zum „Girokonto für jedermann“ ab:

„Alle Kreditinstitute, die Girokonten für alle Bevölkerungsgruppen führen, halten für jeden Bürgerin/Bürger in ihrem jeweiligen Geschäftsgebiet auf Wunsch ein Girokonto bereit. [...] Das Kreditinstitut ist nicht verpflichtet, ein Girokonto für den Antragsteller zu führen, wenn dies unzumutbar ist.“⁸⁴

Nach mittlerweile gefestigter Auffassung ist die Empfehlung der Deutschen Kreditwirtschaft *als solche* kein Rechtsgrund für eine Bindung der einzelnen Bank.⁸⁵ Es fehlt schlichtweg an einer rechtlichen Zurechnung der Erklärung zur einzelnen Bank. Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen sich die Bank ausdrücklich selbst zum „Girokonto für jedermann“ verpflichtet. Hier kommt es entscheidend darauf an, ob dieses Verhalten im konkreten Einzelfall⁸⁶ von einem Rechtsbindungswillen der jeweiligen Bank getragen wird. Die besseren Gründe sprechen dafür, diese Möglichkeit jedenfalls im Grundsatz zu bejahen.⁸⁷

Selbst dann ist das öffentliche Angebot einer Leistung keine hinreichende, sondern nur eine notwendige Bedingung des Kontrahierungszwangs: Es indiziert die prinzipielle Vertragseignetheit eines Anbieters.⁸⁸ Wer grundsätzlich leistungsbereit ist und dies der Öffentlichkeit generell anzeigt, begründet eine Vertrauensgrundlage des Publikums, dass man im Bedarfsfall die Leistungen von ihm erwer-

82 Vgl. Kilian, AcP 180 (1980), 47, 70 f.; Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 193; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts – Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1987, 47 f.; Busche, Privatautonomie, 1999, 165; Bork in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 23; Oechsler in: Staudinger, § 826 Rn. 434; aA Eidenmüller, NJW 1991, 1439, 1441.

83 Derleder, EWiR 2003, 963 f.; Bachmann, ZBB 2006, 257, 260 ff.; Koch, WM 2006, 2242 ff.; Kothe, VuR 2006, 163 ff.; Segna, BKR 2006, 274 ff.

84 Der vollständige Wortlaut ist zu finden unter <http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de/die-deutsche-kreditwirtschaft/kontofuehrung/konto-fuer-jedermann/empfehlung.html> [Stand: 31.12.2012]. Zur Umsetzung siehe Bericht der Bundesregierung zur Umsetzung der Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses zum Girokonto für jedermann, BT-Drs. 17/8312.

85 Nachweise bei Pieper, ZVI 2008, 457, 458; zur Begründung im Einzelnen siehe Koch, WM 2006, 2242, 2244 ff.; Segna, BKR 2006, 274, 276 ff.

86 Im Fall OLG Bremen ZIP 2006, 798 hat das Gericht aufgrund der spezifischen Präsentation der Selbstverpflichtung im Internet unter der Rubrik „Geschichte“ einen Rechtsbindungswillen verneint; kritisch dazu Kothe, VuR 2006, 163 f.

87 Zu den Gründen näher Bachmann, ZBB 2006, 257, 261 f.; Koch, WM 2006, 2242, 2247 ff.; aA Segna, BKR 2006, 279 f.

88 Dazu grundlegend Busche, Privatautonomie, 1999, 136 ff, 206 ff.

ben kann.⁸⁹ Davon ist bei einem Unternehmen idR auszugehen,⁹⁰ wobei das jeweils letzte Verhalten relevant sein soll.⁹¹ Hat der Anbieter gleichartige Verträge mit anderen Interessenten abgeschlossen, kann man daraus die grundsätzliche Vertragsgeneigntheit ableiten.⁹² In den Girokontofällen sind die Banken idR vertragsgeneigt.⁹³ Damit bleibt die Freiheitssphäre des von einem Kontrahierungszwang Betroffenen zunächst gewahrt, weil es allein seine Entscheidung ist, ob er der Allgemeinheit Leistungen anbietet oder nicht.⁹⁴

Diese Grundsätze hat der Bundesgerichtshof im Fall *Udo Voigt* jüngst bestätigt:⁹⁵

Der Betreiber des Hotel Esplanade in Bad Saarow erteilte dem damaligen Vorsitzenden der NPD, Udo Voigt, Hausverbot. Dessen politische Überzeugung sei mit dem Ziel des Hauses, jedem Gast nach Möglichkeit ein exzellentes Wohlfühlerlebnis zu bieten, nicht zu vereinbaren. Im Interview gab der Hoteldirektor auch zu erwägen, dass man insoweit „wirtschaftlich denken“ müsse.⁹⁶ Der Kläger sah sich dadurch diskriminiert und möchte mit der Klage den zukünftigen Widerruf des Hausverbots – in der Sache also einen Kontrahierungszwang des Hotels⁹⁷ – erreichen.

Öffnet der Hausrechtsinhaber die Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr, gibt er dadurch seine Bereitschaft zu erkennen, „generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem den Zutritt zu gestatten, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt“.⁹⁸ Dann „bedarf ein gegenüber einer bestimmten Person ausgesprochenes *Verbot*, die Örtlichkeit (künftig) zu betreten, zumindest *grundsätzlich eines sachlichen Grundes*“.⁹⁹ Die Privatautonomie tritt in solchen Fallgestaltungen zurück.¹⁰⁰ Diese Rechtfertigungspflicht folgt allerdings nicht aus der „selbstbestimmten rechtlichen Bindung des Verhaltens“.¹⁰¹ Privatautonomie schützt nämlich – innerhalb der durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen¹⁰² – auch die Befugnis des Anbieters *ad hoc* auf die Zusammensetzung des Publikums Einfluss zu nehmen.¹⁰³ Wenn diese Befugnis allerdings nur

89 Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 38 ff; ähnlich auch BGHZ 124, 39, 43: „Wer ein Geschäft für den allgemeinen Publikumsverkehr öffnet, bringt damit [...] zum Ausdruck, dass er an jeden Kunden Waren verkaufen oder Dienstleistungen erbringen will.“

90 Ähnlich auch Wolf, JZ 1976, 41, 45; kritisch zur Fixierung auf den Unternehmensbegriff Busche, Privatautonomie, 1999, 207 f.

91 Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 38 ff, 40.

92 Busche, Privatautonomie, 1999, 137.

93 Vgl. Bachmann, ZBB 2006, 257, 263.

94 Wolf, FS Raiser, 1974, 597, 611.

95 BGH JZ 2012, 686.

96 Siehe Spiegel Online v. 25.5.2010, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,696666,00.html> [Stand: 31.12.2012].

97 Zutreffend Mörsdorf, JZ 2012, 688, 689.

98 BGH JZ 2012, 686 Rn. 22.

99 BGH JZ 2012, 686 Rn. 22 (Hervorhebung hinzugefügt).

100 BGH JZ 2012, 686 Rn. 23.

101 Anders Gurlit, NZG 2012, 698, 699, 700.

102 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

103 Zum Problem vertiefend unten § 5 IX 2.

gegenüber einer bestimmten Person – und handle es sich dabei auch um einen rechtsradikalen Politiker – ausgeübt wird, steht „das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 GG) bei der gebotenen Abwägung einem willkürlichen Ausschluss entgegen.“¹⁰⁴

Im Ergebnis lehnte der Bundesgerichtshof einen Zwang zur sachlichen Rechtfertigung des Hotelbetreibers allerdings ab.¹⁰⁵ Nicht überzeugen kann aber die Begründung dafür, „[w]eshalb diese für Apotheken, Supermärkte, Fußballstadien oder Flughafenterminals bejahte Voraussetzung bei einem Wellnesshotel nicht erfüllt sein soll“.¹⁰⁶ Der Bundesgerichtshof meint, bei Hotels mit Wellnesscharakter solle erkennbar nur ein eingeschränkter Besucher- oder Kundenkreis angesprochen werden. Die potentiellen Gäste wüssten, dass sich der Hotelbetreiber eine individuelle Entscheidung über die Beherbergung vorbehalten wolle.¹⁰⁷ Das ist angesichts der Tatsache, „dass heute kaum noch ein Hotel auf das Werben mit Wellness-Angeboten verzichtet, eine höchst gewagte Annahme.“¹⁰⁸ Die Abgrenzung ist „gekünstelt“.¹⁰⁹ Der Bundesgerichtshof kann sich auch nicht darauf stützen, der konkrete Vorbehalt sei Ausdruck der geschützten Privatautonomie und unternehmerischen Freiheit.¹¹⁰ Jeder Betreiber öffentlich zugänglicher Einrichtungen hat das Interesse „auf die Zusammensetzung des Publikums Einfluss auszuüben“¹¹¹ und trotzdem mutet ihm das Recht im Regelfall eine Rechtfertigungspflicht zu. Die Entscheidung des BGH ist daher gemessen an den eigenen und zutreffenden Grundsätzen inkonsistent.¹¹²

(5) Allgemeinbedürfnis oder Angewiesenheit?

Bleibt die Frage, ob das *Verkehrsbedürfnis* einen Kontrahierungszwang rechtfertigt. Das Reichsgericht formulierte 1935, dass es „grundsätzlich [...] dem Ermessen des Herstellers einer Ware überlassen bleiben müsse, seinen Abnehmerkreis einschränkend festzulegen, soweit dadurch nicht die Belange der Allgemeinheit und der Grundsatz der Volksgemeinschaft verletzt würden.“¹¹³ Sieht man von der zweiten Einschränkung ab, die dem nationalsozialistischen Denken geschul-

104 BGH JZ 2012, 686 Rn. 22 mit Bezugnahme auf BGH NJW 2010, 534 Rn. 13 – *Stadionverbot*. Zur dogmatischen Konstruktion siehe *Gurlit*, NZG 2012, 698, 699. Mit den altvertrauten Argumenten gegen eine in Art. 3 GG verankerte Beschränkung der Privatautonomie aber *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 690.

105 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

106 *Gurlit*, NZG 2012, 698, 699.

107 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

108 *Gurlit*, NZG 2012, 698, 699.

109 Zutreffend *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 690.

110 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

111 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

112 Zutreffend *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 690.

113 RGZ 148, 364, 371 – *Eau de Cologne*.

det war,¹¹⁴ bleiben die *Belange der Allgemeinheit*. Im „Bedürfnis des Publikums“ sah *Biermann* daher 1893 die Rechtfertigung für einen Kontrahierungszwang der rechtlichen Monopolisten.¹¹⁵ Seiner Überzeugungskraft schadete allerdings, dass er das „bloße wirtschaftliche Bedürfnis“ in anderem Zusammenhang als rechtlich belanglos behandelte.¹¹⁶ Der Gedanke blieb. Das Reichsgericht nahm 1935 an, dass schutzwürdige Belange der Allgemeinheit nur vorliegen bei „Waren, die zur Befriedigung lebenswichtiger Bedürfnisse dienen“.¹¹⁷ Bis heute wird in der Kombination von Marktmacht und dem Bedarf an lebenswichtigen Gütern ein Kontrahierungszwang bejaht.¹¹⁸ Fraglich ist nur, ob es sich immer um lebenswichtige Güter handeln muss, oder ob Güter mit „wichtiger Bedeutung“¹¹⁹ genügen. Der Bundesgerichtshof prüft, ob es im – auch weitgefassten – Allgemeininteresse liegt, dass jedermann Zugang zu der begehrten Leistung hat.¹²⁰ Das wirft natürlich die Frage auf, wer zu entscheiden hat, welche Güter für wen wichtig sind, weil die Ansichten darüber „je nach wirtschaftlichen Interessenkreisen“ sehr auseinandergehen.¹²¹ *Franz Bydlinki* hat deshalb vorgeschlagen, auf den „Normalbedarf“¹²² abzustellen. Danach sollten die Güter und Leistungen,

*„die praktisch jedermann zur Verfügung stehen und vom Durchschnittsmenschen tatsächlich im Alltag oder doch regelmäßig in Anspruch genommen werden, [...] auf längere Sicht dem einzelnen nicht vorbehalten bleiben, jedenfalls wenn er willens und in der Lage ist, sie zu den gewöhnlichen Bedingungen zu erwerben.“*¹²³

Das Problem ist damit freilich nicht gelöst: Jede Begrenzung des Kontrahierungszwangs auf bestimmte Bedürfnislagen ist im Ansatz ein freiheitsfeindlicher Eingriff in die Vertragsrechtsordnung, weil Dritte bestimmen, was ein Vertragsinteressent zu brauchen hat.¹²⁴ Funktioniert der Wettbewerb gar nicht, kommt es auch nicht darauf an, welches Gut der Vertragsinteressent nachfragen möchte.¹²⁵ Ich sehe keinen überzeugenden Grund dafür, warum man in den übrigen Fällen davon abweichen sollte. Die Befürchtung, der Kontrahierungszwang hänge dann

114 Dieses kommt in der Arbeit von *Bülck*, Vom Kontrahierungszwang zur Abschlußpflicht, 1939, deutlich zum Vorschein, in der weitgehende Abschlusspflichten aus dem Gemeinschaftsdenken der Volksgenossenschaft begründet wurden.

115 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 278.

116 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 288 f.; darauf machte bereits *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 51 f. aufmerksam; näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 186 f.

117 RGZ 148, 364, 371 – *Eau de Cologne*.

118 Vgl. *Ellenberger* in: Palandt, Einf. v. § 145 Rn. 10.

119 *Jauernig* in: Jauernig, BGB, Vor § 145 Rn. 11.

120 BGH NVwZ 1994, 1240, 1241.

121 So schon treffend *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 299; in jüngerer Zeit *Bydlinki*, AcP 180 (1980), 1, 36.

122 *Bydlinki*, AcP 180 (1980), 1, 36 f.; dem folgend *Brinkmann* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Vor § § 145 ff Rn. 23.

123 *Bydlinki*, AcP 180 (1980), 1, 37; im Ergebnis auch *Wolf*, FS Raiser, 1974, 597, 611 f.

124 Zutreffend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 200 f.

125 Vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, 234 f.

nur von „ganz persönlichen Wertungen des Nachfragers“ ab,¹²⁶ erweist sich als Scheinproblem: Selbst wenn man jedes rechtlich legitime Interesse des Anspruchstellers genügen ließe, steht damit noch nicht fest, dass dieses auch im Ergebnis zu einem Kontrahierungszwang führt.¹²⁷

Dafür kommt es nach Ansicht vieler zusätzlich darauf an, ob der Vertragsinteressent auf die begehrte Leistung angewiesen ist *und* keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hat.¹²⁸ Beispielhaft dafür ist die von *Busche* gegebene Begründung.¹²⁹ Er stützt sich auf die Funktion des Vertrages als Instrument zur Sicherung der beiderseitigen Freiheitsinteressen. Er konstruiert den Kontrahierungszwang nicht als Aufhebung der Vertragsfreiheit, sondern als Instrument ihrer Funktionssicherung und damit zur Durchsetzung des auf beide Parteien bezogenen Selbstbestimmungsprinzips. In der Abschlussverweigerung komme es zum Konflikt zwischen beiden Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit:

*„Da im Ausgangspunkt weder die positive Vertragsbegründungsfreiheit des Vertragsinteressenten noch die negative Vertragsbegründungsfreiheit des Vertragsverweigerers vorrangig ist, kann der infolge der Vertragsverweigerung entstehende Konflikt nicht einfach zu Lasten des Verweigerers und damit durch dessen Verpflichtung zum Vertragsschluß gelöst werden. Ein Kontrahierungszwang kann, wenn überhaupt, nur im Falle einer ‘qualifizierten’ Vertragsverweigerung in Betracht gezogen werden.“*¹³⁰

Darunter fällt die Abhängigkeit des Vertragsinteressenten gerade von dem Vertragsverweigerer:

*„Die Sicherung der privatautonomen Betätigungsfreiheit des Vertragsinteressenten verlangt nur dann die Inpflichtnahme eines Anbieters, wenn die Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Interessenten gerade an der fehlenden individuellen (konkreten) Leistungsbereitschaft des potentiellen Vertragspartners scheitert. Es geht um die Beschränkung der für den Anbieter real bestehenden Freiheit auf das Maß der von der Rechtsordnung zugestandenen Freiheit, um den Vertragsinteressenten das von der Vertragsrechtsordnung als notwendig vorausgesetzte Maß an Freiheit zu gewähren.“*¹³¹

Dieser Versuch, den Kontrahierungszwang aus der Privatautonomie heraus zu legitimieren, ist nicht selbstverständlich.¹³² Nach traditioneller Ansicht ist der Vertrag nämlich – in den Worten *Werner Flumes* – „seines Charakters als einer Institution der Privatautonomie entkleidet, soweit ein Rechtszwang zu seinem

126 Etwa von *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 195 f.

127 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 201 f.

128 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 131 ff, 203 ff; *Neuner*, JZ 2003, 57, 62; *Bork*, BGB AT, 2011, Rn. 669; ähnlich auch *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 41; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 194 ff und jüngst *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 690 zum Fall *Udo Voigt* (dazu bereits oben § 5 VI 2 b) (4).

129 Zum Folgenden *Busche*, Privatautonomie, 1999, 124 ff.

130 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 127.

131 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 132.

132 Vgl. aber *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 534: „Das Verbot der Geschäftsverweigerung dient nicht dazu, die Vertragsfreiheit aufzuheben, sondern das gestörte Gleichgewicht wieder herzustellen, in dem die Freiheit sich erst entfalten kann.“

Abschluß besteht.“¹³³ Allerdings war auch *Flume* der Auffassung, der Kontrahierungszwang von Monopolunternehmen entspreche der Ordnung der Privatautonomie, weil es andernfalls zur Fremdbestimmung komme.¹³⁴ Diese Debatte weist auf die genuin freiheitsrechtliche Problematik des Kontrahierungszwangs hin: Wettbewerb und Machtgleichgewicht kristallisieren sich erneut als die ökonomischen Prämissen beiderseitiger Vertragsfreiheit heraus.¹³⁵ Sind sie gestört, hat der Kontrahierungszwang die Aufgabe, gegenzusteuern („Kompensationsfunktion“). Er ist dann ein Instrument, um den Freiheitsspielraum eines Akteurs auf den davon abhängigen Vertragspartner zu verlagern und hat daher „distributiven Charakter“.¹³⁶

Hervorgehoben wird dieser Aspekt in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in welcher er den vereinsrechtlichen Aufnahmewang¹³⁷ mit einer aus Art. 9 Abs. 1 GG abgeleiteten Schutzpflicht begründet.¹³⁸ Nachdem der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidungspraxis zunächst darauf abstellte, ob „der Bewerber zur Verfolgung oder Wahrung wesentlicher Interessen auf die Mitgliedschaft angewiesen ist“¹³⁹, genügt es nach jetzt gefestigter Rechtsprechung, dass der Interessent ein „wesentliches oder grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft“ hat.¹⁴⁰ Besteht dieses Interesse nur dann, wenn der Verbandszweck in der Förderung wettbewerblicher und wirtschaftlicher Interessen seiner Mitglieder liegt?¹⁴¹ Oder genügt es, dass der Bewerber in keiner anderen geeigneten Form (konkurrierende Organisation, Neugründung, Außenseiterfunktion) gleichermaßen an den vom Verband verfolgten wirtschaftlichen, sozialen oder politischen¹⁴² Zwecken *partizipieren* kann?¹⁴³ Die zweite Variante ist die bessere Lösung. Auch in diesem Fall versagt der Wettbewerb, weil der Verband aufgrund seiner Machtstellung nicht um seine Mitglieder werben muss.¹⁴⁴ Es fehlt die „Zweckmotivati- on“, weil der Verband nicht mehr auf die Mitglieder motivation und den Erhalt

133 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 611; vgl. auch *Hönn*, JuS 1990, 953, 961 und *Raiser*, JZ 1958, 1, 8.

134 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 613.

135 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 61.

136 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 64, 74; ablehnend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 126, dessen Gegenüberstellung in der jeweiligen Begründung des allgemeinen und besonderen Kontrahierungszwangs die Gemeinsamkeiten beider Erscheinungsformen übersieht und damit den Unterschied erst konstruiert und nicht – wie *Busche* glaubt – ihn rekonstruiert.

137 Dazu bereits oben § 5 IV 4.

138 BGHZ 140, 74, 77.

139 BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*.

140 BGHZ 93, 151, 152; BGHZ 140, 74, 77; näher zur Aufweichungstendenz *Bartodziej*, ZGR 1991, 517, 536.

141 So pointiert *Traub*, WRP 1985, 591, 598.

142 Für politische Parteien hat die Rechtsprechung wegen § 10 Abs. 1 PartG einen Aufnahmewang grundsätzlich abgelehnt, BGHZ 101, 193, 200 ff mwN.

143 So *Bartodziej*, ZGR 1991, 517, 537; ähnlich bereits *Birk*, JZ 1972, 343, 348 f; aus der Rechtsprechung beispielsweise der Fall LG Heidelberg NJW 1991, 927.

144 BGHZ 105, 306, 319.

bzw. Ausbau des Mitgliederbestands angewiesen ist.¹⁴⁵ Bei Vereinen und Verbänden mit überragender wirtschaftlicher oder sozialer Machtstellung sind die Mitglieder umgekehrt auf die Mitgliedschaft bei den Vereinen angewiesen.¹⁴⁶ Die Abhängigkeit ist dann nichts anderes als die Kehrseite der Machtstellung.¹⁴⁷

Ein anderes aktuelles Beispiel sind die Girokontenfälle. Man ist sich im Wesentlichen darüber einig, dass jedermann auf ein Girokonto angewiesen ist. Die Möglichkeit jeder Person, an Zahlungsdiensten¹⁴⁸ teilzunehmen, zählt zu den wesentlichen Voraussetzungen wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit.¹⁴⁹ Umstritten ist dagegen, ob der Vertragsinteressent zumutbare Ausweichmöglichkeiten hat. Tatsächlich besteht ein Wettbewerb der Banken und (!) Sparkassen um lukrative Kunden. Man machte es sich aber zu einfach, daraus den Schluss zu ziehen, es gebe deshalb zumutbare Ausweichmöglichkeiten.¹⁵⁰ Gerade die Fälle der Girokontenkündigung bei rechtsextremen Parteien oder religiösen Sekten zeigen, dass die Anbieter von Zahlungsdiensten als „Block“ bzw. „Gruppe“ gegenüber dem Vertragsinteressenten auftreten, ohne dass die Voraussetzungen des § 1 GWB vorliegen.¹⁵¹ Berücksichtigt man die Gruppe der Finanzinstitute als Gesamtheit, wird schnell deutlich, dass man für die Zumutbarkeitsprüfung auch darauf abstellen muss.¹⁵² Ungeklärt ist, wieviele Ablehnungen sich der Vertragsinteressent „holen“ muss, bevor er nach seiner Wahl¹⁵³ ein Mitglied der „Gruppe“ verklagen darf: eine oder zwei,¹⁵⁴ sieben¹⁵⁵ oder mehr als 17?¹⁵⁶ Schließlich spitzt sich alles auf die Frage zu, ob man den Vertragsinteressenten zunächst an eine lokale Sparkasse verweisen darf, weil diese entweder einem spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegt oder als Anstalt des öffentlichen Rechts unmittelbar an Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG gebunden¹⁵⁷ ist.¹⁵⁸ Das hätte für private Banken die

145 Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, 275 ff, 37 ff.

146 BGHZ 105, 306, 319; BGH GRUR 1986, 332, 334 – *Aikido-Verband*.

147 Bartodziej, ZGR 1991, 517, 537.

148 Zum Begriff *Sprau* in: Palandt, § 675c Rn. 3.

149 Vgl. LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348; BGH NJW 2004, 1031, 1032; LG Berlin WM 2008, 1825, 1827; Reifner, ZBB 1995, 243, 246 f, 260; Kothe, VuR 2006, 163, 164; Pieper, ZVI 2008, 457, 460 f.

150 Zutreffend LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348; LG Berlin WM 2008, 1825, 1827; Bachmann, ZBB 2006, 257, 263; anders wohl Köndgen, NJW 1996, 558, 559.

151 Vgl. LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348 f, wo Scientology die Ablehnung von 17 (!) Banken im Großraum Ulm darlegen konnte.

152 Busche, Privatautonomie, 1999, 638; Bachmann, ZBB 2006, 257, 263; Pieper, ZVI 2008, 457, 462.

153 Busche, Privatautonomie, 1999, 638.

154 Kothe, VuR 2006, 163, 164.

155 OLG Köln NJW 2001, 452 (zur NPd).

156 LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348 f (zu Scientology); mit Recht kritisch dazu Bachmann, ZBB 2006, 257, 263.

157 Zur unmittelbaren Grundrechtsbindung BGH NJW 2004, 1031; zum Kontrahierungszwang der Sparkassen, der aus ihrem öffentlichen Versorgungsauftrag abgeleitet wird, näher Grünekle, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001, 85 ff.

158 Bejahend LG Berlin Urt. v. 12.8.2008, 10 S 4/08 (juris) Rn. 20 f; Segna, BKR 2006, 274, 275 f; Pieper, ZVI 2008, 457, 463 ff; verneinend LG Berlin WM 2008, 1825, 1828.

erfreuliche Konsequenz, dass es praktisch nie zu einem Kontrahierungszwang kommen würde.¹⁵⁹ Darin sehen manche mit guten Gründen eine problematische Wettbewerbsverzerrung.¹⁶⁰ Daraus erklären sich jüngere rechtspolitische Bestrebungen, einen allgemeinen Kontrahierungszwang auch für private Banken einzuführen.¹⁶¹ Ein anderes Beispiel ist die im Fall *Udo Voigt*¹⁶² thematisierte „Kooperationsvereinigung“ zwischen dem Land Brandenburg und dem brandenburgischen Hotelverband, nach der sich dessen Mitglieder verpflichtet hätten, Funktionäre rechtsextremer Parteien nicht zu beherbergen.¹⁶³ „Wäre es dem Kläger aufgrund einer solchen Vereinbarung deutlich erschwert, in der von ihm bevorzugten Region einen Hotelaufenthalt zu buchen, wäre ein Kontrahierungszwang unter dem Aspekt der Bedarfsdeckung wohl zu bejahen.“¹⁶⁴

c) Ein gleichbehandlungsrechtlicher Erklärungsansatz

Die bisherige Analyse verdeutlicht die bisherige Fokussierung der Diskussion auf den freiheitsrechtlichen Aspekt des Kontrahierungszwangs. Diese Engführung ist nach meiner Auffassung verantwortlich dafür, dass man die gleichbehandlungsrechtliche Dimension der Problematik aus dem Blick verloren hat. Der Kontrahierungszwang ist selbst nur die Reaktion auf ein ihm vorgelagertes Problem unterschiedlicher Freiheitsausübung. Dieses hat seine Ursache in der ungleichen Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten unter den Akteuren in der Gesellschaft. Daher plädiere ich für eine konsequent gleichbehandlungsbezogene Legitimation des allgemeinen Kontrahierungszwangs.

Historisch gesehen, war die Gleichbehandlung der Ausgangspunkt der reichsgerichtlichen Entscheidungspraxis: In der Entscheidung *Dampfschiffahrtsgesellschaft*¹⁶⁵ war über einen gleichbehandlungsrechtlichen Sachverhalt zu entscheiden: Die Beklagte wollte dem klagenden Speditionsunternehmen höhere – also ungleiche – Tarife als seinen sonstigen Vertragspartnern berechnen, um ihr Verhalten im Wettbewerb zu sanktionieren. Dasselbe gilt für *Nipperdeys* Schulbeispiel:

„Wenn der einzige Fleischer (vor 1914) in einem einsamen weit abgelegenen Gebirgsdorf, dem Lehrer, der dem Sohn des Fleischers eine verdiente Züchtigung erteilt hat, aus diesem Grunde die Abgabe von Fleisch verweigert oder sie ihm nur gewähren will, wenn er das

159 Pieper, ZVI 2008, 457, 465.

160 LG Berlin WM 2008, 1825, 1827; Gschwandtner/Bornemann, NJW 2007, 1253, 1254.

161 Dazu weiterführend Gschwandtner/Bornemann, NJW 2007, 1253, 1255 f; Linnert, ZRP 2009, 37 ff.

162 BGH JZ 2012, 686; zum Sachverhalt oben § 5 VI 2 b) (4).

163 LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 22.6.2010, 12 O 17/10 (juris). Dieser Aspekt spielte in der Revision keine Rolle mehr, siehe BGH JZ 2012, 686.

164 Mörsdorf, JZ 2012, 688, 690; anders aber die Berufungsinstanz OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 890, 891.

165 RGZ 48, 114.

*Doppelte des Kaufpreises zahlt, den alle anderen zahlen müssen, so würde das eine sittenwidrige Abkehr sein. Daher besteht Kontrahierungszwang.*¹⁶⁶

und – realitätsnäher – für die Girokontenfälle. Bei Vertragsverweigerung oder Kündigung behandeln Banken regelmäßig vermögenslose Personen,¹⁶⁷ rechtsextreme Parteien¹⁶⁸ oder religiöse Sekten¹⁶⁹ ungleich.

Ludwig Raiser wies schon früh darauf hin, dass die eigentliche Problematik „nicht die grundsätzliche Frage der Versorgungspflicht, sondern nur die der Berechtigung willkürlicher Einzelmaßnahmen gegen bestimmte Kunden“ sei.¹⁷⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz wirkt in drei Formen auf Inhalt und Begründung des allgemeinen Kontrahierungszwangs ein: (1.) Es ist anerkannt, dass der Kontrahierungszwang für die davon betroffenen Adressaten die Rechtspflicht begründet, mit allen vergleichbaren Interessenten entsprechende Verträge abzuschließen, „sie also hinsichtlich des Vertragsabschlusses gleich zu behandeln“. ¹⁷¹ Kontrahierungsgebote sind in der Sache meist nur Diskriminierungsverbote, weil ein Kontrahierungszwang ausscheidet, wenn sachliche Gründe dem Vertragsabschluss entgegenstehen.¹⁷² (2.) Besteht eine Abschlusspflicht, folgt daraus notwendigerweise, dass der Adressat den Vertragsinteressenten grundsätzlich gleich behandeln muss; Ungleichbehandlungen sind dann rechtfertigungsbedürftig.¹⁷³ (3.) Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung eines Vertragsinteressenten indiziert ein mögliches Versagen des Wettbewerbs. Im Kern reagiert das Recht mit dem Kontrahierungszwang auf ein freiheitsrechtliches Problem der Teilhabe einzelner Akteure am Markt.¹⁷⁴ Solange und soweit auf dem Markt Wettbewerb herrscht, stellt sich das Teilhabeproblem nicht.¹⁷⁵ Es wird erst virulent, wenn der Wettbewerb nicht funktioniert. Die Entscheidung darüber beinhaltet zwangsläufig ein Wertungsproblem.¹⁷⁶ Der Grundsatz der Gleichbehandlung hilft dabei, den Spielraum *dieser* Wertung einzuschränken. Er sichert damit „indirekt“¹⁷⁷ die freiheitswahrende Funktion des Kontrahierungszwangs. Diesem Modell folgt § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB.¹⁷⁸ Es ist in seinen Grundzügen auf

166 Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920, 61.

167 Vgl. LG Berlin Urt. v. 12.8.2008, 10 S 4/08 (juris); LG Berlin WM 2008, 1825.

168 OLG Köln NJW 2001, 452; BGH NJW 2004, 1031.

169 LG Stuttgart NJW 1996, 3347.

170 Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 87 f [Zitat auf S. 88]; vgl. auch Raiser, JZ 1958, 1, 8; Raiser, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 531.

171 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 78 f; vgl. auch Bezenberger, AcP 196 (1996), 395, 406.

172 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 264.

173 Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920, 31; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 79; Bydlinski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 45 f; Heinrich, Formale Freiheit, 2000, 235.

174 Vgl. Wolf, FS Raiser, 1974, 597, 611 f.

175 So im Grundsatz auch Raiser, JZ 1958, 1, 8.

176 Hönn, JuS 1990, 953, 957.

177 Raiser, JZ 1958, 1, 8.

178 Dazu oben § 5 IV 3.

den allgemeinen Kontrahierungszwang übertragbar. In beiden Fällen wird die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines abhängigen Marktakteurs gesichert. Die jeweils verfolgte Zwecksetzung unterscheidet sich bei genauer Betrachtung weniger, als man zunächst glauben mag: Das Wettbewerbsrecht schützt den Akteur als Agenten des Wettbewerbs und sichert dadurch zugleich seine positive Freiheit, im Wettbewerb handeln zu können. Der allgemeine zivilrechtliche Kontrahierungszwang schützt dagegen nach klassischer Auffassung nur die Freiheitsinteressen des Akteurs um seiner selbst willen.¹⁷⁹ Das greift zu kurz. Indem das Recht sicherstellt, dass jeder Akteur gleiche Partizipationsmöglichkeiten am Markt hat, wird der Wettbewerb als freiheitsermöglichende soziale Institution geschützt.¹⁸⁰ Die Ungleichbehandlung von Marktakteuren ist in beiden Fällen Auslöser einer Rechtfertigungskontrolle. Der maßgebliche Unterschied liegt in der Rechtfertigungslast. Bei § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB indiziert die Ungleichbehandlung die Unbilligkeit der Freiheitseinschränkung, es sei denn, sie ist sachlich gerechtfertigt. Diese Belastung des Normadressaten ist gerechtfertigt, weil das Gesetz nur marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen zur Gleichbehandlung verpflichtet. Diese Wertung des GWB ist bei der Anwendung des allgemeinen Kontrahierungszwangs zu respektieren.¹⁸¹ Wenn man – wie die Rechtsprechung – darauf verzichtet, den Anwendungsbereich auf „Monopolunternehmen“ zu beschränken, hat das Auswirkungen auf den Rechtfertigungszusammenhang. Die Ungleichbehandlung als solche indiziert nur dann eine Einschränkung der Freiheitssphäre des Vertragsinteressenten, wenn der Normadressat keinen sachlichen Grund geltend machen kann, sondern willkürlich handelt. Dies ist vom Anspruchsteller darzulegen und zu beweisen. Dabei trifft den Vertragsverweigerer allerdings eine sekundäre Behauptungslast, weil er die Gründe seiner Entscheidung offen legen muss. Im Ergebnis ist die sachliche Rechtfertigung als eigenständiger Prüfungspunkt anerkannt, auch wenn sie regelmäßig nicht in die Gleichbehandlungsdogmatik eingebettet wird.¹⁸² Der praktisch wichtigste Rechtfertigungsgrund einer Ungleichbehandlung sind fehlende Leistungskapazitäten.¹⁸³ In den hier beispielhaft behandelten Girokontofällen können der Empfehlung der Deutschen Kreditwirtschaft¹⁸⁴ und den landesrechtlichen Regelungen zum Kontrahierungszwang von Sparkassen¹⁸⁵ ausreichend Anhalts-

179 Busche, Privatautonomie, 1999, 597 f; Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 190 f.

180 Auf die rechtstheoretischen Grundlagen dieser These gehe ich in § 8 II 3 ein.

181 Vgl. allgemein zum Einfluss des GWB auf das Zivilrecht Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235, 253 ff.

182 Vgl. Bork in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145-156 Rn. 22; Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 137; Brinkmann in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Vor §§ 145 ff Rn. 22; Ellenberger in: Palandt, Einf v § 145 Rn. 10.

183 Wolf, JZ 1976, 41, 42; Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 137.

184 Dazu oben § 5 V 2 b) (4).

185 Dazu oben § 5 V 1.

punkte für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung entnommen werden.¹⁸⁶ Im Übrigen können die bei § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB anerkannten Rechtfertigungsgründe entsprechend herangezogen werden.¹⁸⁷

d) Anwendungsbereich

Die Parallelen zwischen dem allgemeinen Kontrahierungszwang, dem wettbewerblichen und dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz sind nicht zufällig.¹⁸⁸ Auch diesbezüglich ist die Entscheidung *Dampfschiffahrtsgesellschaft* aufschlussreich. Das Reichsgericht begründete die Sittenwidrigkeit der Ungleichbehandlung des Transportunternehmens damit, dass dieses einen Einzelnen oder eine bestimmte Gruppe ungleich behandelt.¹⁸⁹ Darin sah es ein unlauteres Verhalten im Wettbewerb:

„Einen illoyalen Wettbewerb aber würde es ausmachen, wenn im vorliegenden Fall die Beklagte lediglich zu dem Zweck, eine ihr unbequeme Konkurrenz zu verdrängen oder zu erdrücken, durch Ausnahmetarife die Interessenten ihrer Konkurrenz zu schädigen unternahm. [...] Es handelt sich also um eine exceptionelle, in den Handelsbetrieb des davon Betroffenen empfindlich einschneidende und auch im Konkurrenzkampf, zumal in den Kreisen des Großhandels und Rhedereiverkehrs, doch wohl ungewöhnliche Maßnahme, wobei das gewählte Kampfmittel durch den an sich erlaubten Endzweck, den eigenen Geschäftsbetrieb lohnender zu gestalten, noch nicht gerechtfertigt würde; es fragt sich, ob nicht in solchem Vorgehen eine wirtschaftliche Vergewaltigung anderer Wettbewerber, unter Mißbrauch der Abhängigkeit der Interessenten von einer überseeischen Transportanstalt, zu finden ist, und ob nicht von der Beklagten die Schranken, welche einem rücksichtslosen Wettkampf durch die gute Sitte gesetzt sind, überschritten worden seien.“¹⁹⁰

Das Gericht argumentierte hier ganz modern mit dem Missbrauch von Marktmacht. Der Fall wäre heute – Marktmacht der Beklagten unterstellt¹⁹¹ – als Behinderungsmissbrauch und Preisdiskriminierung über Art. 102 AEUV bzw. §§ 19 Abs. 4 Nr. 3, 20 Abs. 1 Var. 2 GWB zu lösen. Die Schiffahrtsgesellschaft diskriminiert den Spediteur, um ihn dazu zu bewegen, nicht mehr mit ihren Konkurrenten zu kontrahieren. Damit behindert sie mittelbar ihre Konkurrenten auf der Strecke Hamburg/Bremen/Antwerpen-Brisbane und beeinträchtigt dadurch den unverfälschten Wettbewerb auf diesem Markt. Die Entscheidung enthält im Kern bereits die Wertungen, die das GWB – und später das Wettbewerbsrecht der Union – übernehmen wird. Ironischerweise trägt die Entscheidung, die den Grund-

186 IE auch LG Berlin WM 2008, 1825, 1827 f.; Kothe, VuR 2006, 163, 165; Pieper, ZVI 2008, 457, 465 f.

187 Dazu oben § 5 IV 1 b (3)(dd).

188 Vgl. dazu bereits Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 77 ff.

189 RGZ 48, 114, 127 – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*.

190 RGZ 48, 114, 127 f – *Dampfschiffahrtsgesellschaft* (Hervorhebungen hinzugefügt).

191 Die Angaben im Tatbestand sind diesbezüglich wenig aufschlussreich, vgl. Busche, Privatautonomie, 1999, 163 f.

stein zur Karriere des allgemeinen Kontrahierungszwangs legte, damit zugleich auch zur Bedeutungslosigkeit des allgemeinen Kontrahierungszwangs bei. Während der Kontrahierungszwang vermeintlicher oder wirklicher Monopolisten für das Reichsgericht im Anschluss an diese Entscheidung eine erhebliche Rolle spielte,¹⁹² hat sich die Fallgruppe unter den modernen rechtlichen Rahmenbedingungen „praktisch erledigt“.¹⁹³ Grenzt man den Anwendungsbereich vom Wettbewerbsrecht aus gesehen ab, ist sie nur mehr in wenigen Fällen relevant: (1.) Es agiert kein marktbeherrschendes bzw. marktmächtiges Unternehmen, daher ist der Vertragsverweigerer nicht Normadressat der Wettbewerbsverbote. (2.) Der Vertragsinteressent ist kein Unternehmen – daher ist § 20 Abs. 1 oder Abs. 6 GWB nicht anwendbar – und es liegt keine marktbeherrschende Stellung vor, weshalb auch Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 1, Abs. 4 GWB ausscheiden. (3.) Der Vertragsinteressent begehrt Aufnahme in eine Vereinigung, bei der es sich aber nicht um eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung (§ 20 Abs. 5 GWB)¹⁹⁴ handelt. Der sachliche Anwendungsbereich des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist daher aus kartellrechtlicher Sicht maßgeblich beschränkt. Von der anderen Seite grenzt das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht des AGG den Anwendungsbereich ab.¹⁹⁵ Dieses Verhältnis lässt sich anhand einer Entscheidung des LG Karlsruhe beispielhaft darstellen:¹⁹⁶

Der Badische Sängerbund hatte im Jahr 1999 im badischen Landesteil von Baden-Württemberg 2166 Chöre in über 1500 Vereinen mit über 73000 aktiven Sängern als Mitglieder. Er unterhält zahlreiche regionale Untergliederungen, ist seinerseits Mitglied im Deutschen Sängerbund, der wiederum Mitglied im Deutschen Musikrat und im Deutschen Kulturrat ist, und hatte im Jahr 1999 einen zu verteilenden Haushalt von knapp 2,6 Mio. DM. Daneben besthet noch der Baden-Württembergische Sängerbund, der seinerseits Mitglied im Deutschen Allgemeinen Sängerbund ist, in ganz Baden-Württemberg im Entscheidungszeitpunkt etwa 3000 aktive Mitglieder hatte und damit knapp 2 % der organisierten Chormitglieder in Baden-Württemberg repräsentierte. Drei Chöre begehrt Aufnahme beim Badischen Sängerbund: ein Chor schwuler Männer und lesbischer Frauen in Freiburg, der den Namen „QueerFlöten – Freiburgs lesbisch-schwuler Chor e.V.“ führt und seit 1994 besteht, ein schwuler Männerchor aus Heidelberg, der den Namen „Rosa-Kehlchen e.V.“ führt und seit 1992 besteht und ein schwuler Männerchor aus Karlsruhe, welcher den Namen „Die Schrällmänner – Schwuler Chor Karlsruhe e.V.“ führt und seit 1995 besteht. Nach den jeweiligen Satzungen besteht der Vereinszweck in der Förderung von Kunst und Kultur, bei den „Rosakehlchen“ insbesondere auch in der Pflege des Chorgesangs sowie der Unterstützung der Emanzipation von Lesben und Schwulen und dem Entgegenwirken ihrer Diskriminierung. Der Badische Sängerbund lehnte die Aufnahme

192 RGZ 155, 257, 283 ff; RGZ 115, 253, 258 f – *Branntweinmonopol*; RGZ 132, 273, 276 – *Stromsperrung II*; RGZ 133, 388, 392 f – *Theaterkritiker*; RGZ 148, 326, 334 – *Wasserleitung II*.

193 Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 134; ähnlich Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 190 („zur Studentenmaterie verkommen“).

194 Dazu oben § 5 IV 4.

195 Vgl. dazu auch Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 136.

196 LG Karlsruhe NJW-RR 2002, 111.

anträge ab, weil sexuelle Neigungen eine ganz persönliche Angelegenheit seien und nicht mit dem Chorgesang in Verbindung gebracht werden sollten.

Der Aufnahmeanspruch konnte nicht auf § 20 Abs. 6 GWB gestützt werden, weil der Badische Sängerbund keine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung¹⁹⁷ ist. § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB schied schon deshalb aus, weil keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die klagenden Chöre – Idealvereine – unternehmerisch tätig sind. § 19 Abs. 1 GWB kommt nicht in Betracht, weil der Sängerbund seinerseits auch kein Unternehmen ist.¹⁹⁸ Damit war der Anwendungsbereich des allgemeinen Aufnahmeanspruchs eröffnet. Das Landgericht hat sowohl die überragende Machtstellung des Badischen Sängerbundes als auch das wesentliche oder grundlegende Interesse an dem Erwerb der Mitgliedschaft bejaht. Das Landgericht sah auch keinen sachlichen Grund für die Ablehnung:

„Die sexuellen Neigungen der Mitglieder der Kläger sind nur ein identitätsstiftendes Merkmal, wie sie vielfach für die Mitgliedschaft bei Chören – zum Beispiel Männerchöre, Betriebschöre, Innungschöre oder landsmannschaftliche Chöre – anzutreffen sind.“

Darin liegt in der Sache eine Gleichbehandlungsprüfung: Die Ablehnung ist rechtswidrig, weil der Sängerbund vergleichbare Chöre mit identitätsstiftenden Merkmalen aufnahm. Diese Ungleichbehandlung konnte nicht mit dem Chorgesang als Verbandszweck gerechtfertigt werden, weil dieser aufgrund der sexuellen Orientierung der einzelnen Chormitglieder nicht tangiert wird.¹⁹⁹ Der Fall wäre heute über §§ 21 Abs. 1 S. 1, 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, nach anderer Ansicht über § 18 Abs. 2 AGG zu lösen. Die Mitgliedschaft im Badischen Sängerbund ist eine Dienstleistung, die der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, weil grundsätzlich jeder Gesangsverein, der die Satzungsvoraussetzungen erfüllt, die Mitgliedschaft beantragen kann. Der Anwendungsbereich des AGG ist damit wegen § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG eröffnet.²⁰⁰ Angesichts des bisher erfolgten Beitritts von über 2000 Chören ist die Aufnahme in den Badischen Sängerbund ein Massengeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 AGG). Das AGG kennt auch keine Bereichsausnahme für die Aufnahme in Verbände. Die Aufnahmeverweigerung ist eine unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG) wegen der sexuellen Identität der Chormitglieder. Dabei ist es unschädlich, dass mit dem jeweiligen Verein eine (juristische) Person benachteiligt wurde, die selbst nicht Träger des Diskriminierungsmerkmals ist. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in § 19 Abs. 1 AGG genannten Grün-

197 Zu den Kriterien siehe oben § 5 IV 4 b).

198 Vgl. zu ähnlichen Konstellationen BGHZ 63, 282, 286 f – *Deutscher Sportbund*; BGH GRUR 1986, 332, 334 – *Aikido-Verband*; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, EG/1, § 1 Rn. 59.

199 Ähnlich auch LG Heidelberg NJW 1991, 927 zur Verpflichtung einer Arbeitsgemeinschaft im Stadtgebiet tätiger Jugendverbände, eine „schwule Jugendgruppe“ aufzunehmen.

200 Zu dieser Voraussetzung siehe Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 4 ff.

de.²⁰¹ Die Zweckmotivation, also der Zusammenhang von Organisationszweck des Verbandes und Mitglieder motivation,²⁰² führt hier dazu, dass sich der Verband auf die Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität seiner Mitglieder berufen kann. Die Benachteiligung kann nicht nach § 20 Abs. 1 AGG gerechtfertigt werden. Die Erwägungen des Landgerichts gelten entsprechend. Die Prüfung zeigt, dass im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht die Mächtigkeit des Verbandes und das Aufnahmeinteresse irrelevant sind. Die ungerechtfertigte Benachteiligung als solche ist die sanktionierte Rechtsverletzung. Darin unterscheidet es sich von einem gleichbehandlungsrechtlich konzipierten Kontrahierungszwang. Dort indiziert die Ungleichbehandlung lediglich die festzustellende Freiheitsbeschränkung. Dieser unterschiedliche Ansatz rechtfertigt die in § 21 Abs. 3 AGG ausdrücklich vorgesehene Anspruchskonkurrenz zu § 826 BGB.²⁰³

VII. Gleichbehandlung von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten

1. Teil- und Gesamtschuld

Agieren mehrere Personen im weitesten Sinne gemeinsam und haben sie keine (vollständige) Regelung ihres Verhältnisses getroffen, muss das Recht einen Maßstab bieten, wie die gegenseitigen Rechte und Pflichten innerhalb der Gruppe verteilt werden.¹ Das Gesetz sieht in diesen Fällen regelmäßig eine gleiche Berechtigung bzw. Verpflichtung vor. Darin wird traditionell eine Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gesehen.² Nach meiner Auffassung handelt es sich dagegen um Anwendungsfälle des *Gleichberechtigungsprinzips*.³ Das gilt insbesondere für die Teilschuld (§ 420 BGB).⁴ Das Schuldverhältnis zerfällt dabei in so viele „kleine“ Teile, wie es Personen auf der anderen Seite gibt. Die Regelung zeugt daher – anders als Götz Hueck meinte⁵ – nicht „von echter Gleichbehandlung“. § 420 BGB verpflichtet weder den Gläubiger, seine Teilschuldner gleich zu behandeln, noch den Schuldner, seine Teilgläubiger gleich zu behandeln. § 420 BGB ist vielmehr eine „Gleichverteilungsregel“⁶, die besagt, welcher Gläubiger was zu fordern und welcher Schuldner was zu leisten hat.

201 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38; dazu näher unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

202 Zum Begriff *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, 37 ff.

203 Dazu *Wagner* in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 136; *Spindler* in: Bamberger/Roth, BGB, § 826 Rn. 79.

1 Siehe den Überblick bei *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, 1984, 6 ff.

2 Näher *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 24 ff.

3 Zum Unterschied siehe oben § 5 II 1 b). Siehe auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 e) aa), der aus anderen Gründen eine Gleichbehandlungspflicht verneint.

4 *Looschelders* in: Staudinger, § 420 Rn. 27.

5 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 24.

6 *Medicus*, JuS 1980, 697, 698.

Dasselbe gilt für die Gesamtschuld. Im Außenverhältnis kann „der Gläubiger die Leistung *nach seinem Belieben* von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern“ (§ 421 S. 1 BGB). „Eine Befugnis des Gläubigers zur Auswahl unter den Schuldnern ist, wie sich aus § 421 BGB ergibt, für die Gesamtschuld typisch.“⁷ Der Gläubiger braucht grundsätzlich keine Rücksicht darauf zu nehmen, welcher von den jeweiligen Gesamtschuldnern etwa im Innenverhältnis zu den anderen ausgleichs- oder regresspflichtig ist.⁸ Nur unter besonderen Umständen ist die Ausübung des Wahlrechts rechtsmissbräuchlich.⁹ Das ist der Fall, wenn der Gläubiger sich nur deswegen an einen von mehreren Gesamtschuldnern hält und diesem das Regressrisiko aufbürdet, weil er aus missbilligenswerten Motiven die Absicht verfolgt, gerade diesen Schuldner zu belasten.¹⁰ Dem Wahlrecht des Gläubigers entspricht bei ihrem Spiegelbild, der Gesamtgläubigerschaft,¹¹ das Wahlrecht des Schuldners (§ 428 BGB).¹² Die mit der Auswahlfreiheit einhergehende „besondere Macht und Willkür der Gläubiger“¹³ der Gesamtschuldner war im 19. Jahrhundert nicht selbstverständlich.¹⁴ *Savigny* rechtfertigte die Gesamtschuld mit der „Sicherheit und Bequemlichkeit in der Rechtsverfolgung“¹⁵. Das findet sich in den Motiven beinahe wörtlich wieder¹⁶ und wird noch heute zur Erklärung der Gesamtschuld herangezogen.¹⁷ Weil „dem Gläubiger dadurch eine freiere Macht verliehen werden [soll] in der Verfolgung seiner Schuld“¹⁸, muss er folglich frei auswählen können, welcher Schuldner am besten zur Erfüllung geeignet ist. Die Auswahlfreiheit ist daher Teil der Privatautonomie des Gläubigers.¹⁹ Mit dieser Konzeption ist eine Gleichbehandlung im Ergebnis (!) unvereinbar. Der Gläubiger ist daher nach allgemeiner Ansicht nicht zur Gleichbehandlung der Gesamtschuldner verpflichtet. Ob er an die speziellen Diskriminierungsverbote gebunden ist, hängt von ihrem sachlichen Anwendungsbereich ab.²⁰

Im Innenverhältnis geht das Gesetz in § 426 Abs. 1 S. 1 BGB von der Regel aus, dass alle Gesamtschuldner „zu gleichen Anteilen“ ausgleichspflichtig sind. Damit folgt es früheren Regelwerken²¹ und steht in gemeineuropäischer Tradition.

7 BGHZ 137, 76, 84.

8 BGH NJW 1992, 1289; BGHZ 173, 1, Rn. 14.

9 BGH NJW 1992, 1289; BGHZ 173, 1, Rn. 15.

10 BGH NJW 1992, 1289; BGHZ 173, 1, Rn. 15; vgl. auch *Looschelders* in: Staudinger, § 421 Rn. 124 ff.; *Bydlinski* in: MünchKomm-BGB, § 421 Rn. 75.

11 *Ehmann* in: Erman, § 428 Rn. 1.

12 Näher *Looschelders* in: Staudinger, § 438 Rn. 10 f.

13 *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1851, 216.

14 Dazu *Meier* in: HKK-BGB, §§ 420-432/I Rn. 8 ff.

15 *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1851, 218.

16 *Motive*, Bd. II – Schuldrecht, 1896, 155 f.

17 Vgl. *Ehmann* in: Erman, Vor § 420 Rn. 13.

18 *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1851, 217.

19 Siehe *Schünemann/Bethge*, JZ 2009, 448, 449.

20 Bejahend *Schünemann/Bethge*, JZ 2009, 448, 449 ff.

21 *Meier* in: HKK-BGB, §§ 420-432/I Rn. 124.

on.²² Rechtsdogmatisch als Anspruch ausgestaltet, ist § 426 Abs. 1 BGB funktionell betrachtet eine Vermutung.²³ Zum Ausgleich nach Kopfteilen kommt es allerdings nur, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“ (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB). Das wurde in der Praxis schon bald sehr weit verstanden.²⁴ Die gleiche Verteilung wird damit in der Praxis²⁵ zur Ausnahme.²⁶ In der Sache handelt es sich auch bei § 426 Abs. 1 S. 1 BGB nicht um einen Fall „echter Gleichbehandlung“.²⁷ Weil es sich um eine Teilschuld handelt, muss das Gesetz regeln, in welcher Höhe die einzelnen Mitschuldner verpflichtet sind. Es entscheidet sich im Zweifel für den Grundsatz der gleichen Verpflichtung. Der leistende Gesamtschuldner ist also nicht seinerseits zur Gleichbehandlung der anderen verpflichtet. Das Gesetz bestimmt lediglich den Inhalt (die Höhe) seines Ausgleichsanspruchs. § 426 Abs. 1 S. 2 BGB ist damit ein Anwendungsfall des Prinzips der gleichen Berechtigung bzw. gleichen Verpflichtung.

2. Erfüllung beschränkter Gattungsschulden

a) Regelungsproblem

Die soeben behandelten Formen der Schuldner- und Gläubigermehrheit setzen jeweils ein einheitliches Schuldverhältnis voraus, an dem auf einer oder beiden Seiten mehrere Personen beteiligt sind.²⁸ Schuldet beispielsweise ein Schuldner mehreren Gläubigern denselben Gegenstand aus unabhängig voneinander bestehenden Schuldverhältnissen, spricht man von einer Gläubigerkumulation.²⁹ Die §§ 420 ff BGB gelten nicht für solche unverbundenen Einzelschuldverhältnisse.³⁰ Die Erfüllung erfolgt grundsätzlich völlig unabhängig nebeneinander. Man kann vom „Grundsatz der isolierten Betrachtungsweise“ der jeweiligen Schuldverhältnisse sprechen.³¹ Weil der Schuldner in solchen Fällen nur einmal vollständig leisten kann, führt die Leistung an den Gläubiger A dazu, dass Gläubiger B leer ausgeht. Er ist insoweit auf die Sanktionsmöglichkeiten des Leistungsstö-

22 Vgl. die Nachweise bei *Bar/Clive*, DCFR, Bd. I, 2009, 984 f.

23 Näher *Goette*, Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem, 1974, 106 ff; *Meier* in: HKK-BGB, § § 420-432/II Rn. 25; aA *Rütten*, Mehrheit von Gläubigern, 1989, 161.

24 Vgl. BGH NJW 1988, 133, 134; zur Entwicklung im 20. Jahrhundert siehe *Meier* in: HKK-BGB, § § 420-432/I Rn. 136 ff; zu einzelnen „Fallgruppen“ siehe *Looschelders* in: Staudinger, § 426 Rn. 52 ff.

25 Zu fortbestehenden prozessualen Auswirkungen siehe BGH NJW 2001, 365, 366 mwN.

26 *Meier* in: HKK-BGB, § § 420-432/I Rn. 136; *Grüneberg* in: Palandt, § 426 Rn. 8.

27 So aber *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 26.

28 Statt aller *Ehmann* in: Erman, Vor § 420 Rn. 13, § 432 Rn. 1.

29 *Looschelders* in: Staudinger, Vorbem zu § § 420 ff Rn. 86; *Bydlinski* in: MünchKomm-BGB, Vor § 420 Rn. 9.

30 Näher *Rütten*, Mehrheit von Gläubigern, 1989, 33 ff.

31 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 12 ff, 17.

rungsrechts angewiesen.³² Sein Leistungsinteresse wird lediglich schadensersatzrechtlich kompensiert. Nun kann es für den Gläubiger einen erheblichen Unterschied machen, ob er den geschuldeten Gegenstand oder stattdessen nur Geldersatz erhält.³³ Das Problem stellt sich aus seiner Sicht bei der Stückschuld und bei der beschränkten Gattungsschuld (Vorratsschuld). Bei der marktbezogenen Gattungsschuld tritt es nicht in gleicher Schärfe auf, weil der Gläubiger, der bei der Verteilung leer ausgegangen ist, sich am Markt eindecken und die dafür notwendigen Mehraufwendungen und Gewinneinbußen als Schadensersatz vom Schuldner zurückverlangen kann. In den verbleibenden Fällen muss man sich fragen, wie die Leistung unter den Gläubigern verteilt werden soll.

b) Gesetzliche Lösungsvarianten

Das Gesetz steht vor einem ähnlichen Problem bei der Auslobung (§§ 657 ff BGB): Es musste sich entscheiden, wem die versprochene Belohnung gebührt, wenn die Handlung von mehreren Personen selbstständig und unabhängig voneinander vorgenommen wurde. Es sieht dafür insgesamt vier Verteilungsmaßstäbe vor, die als generelle Regelung auch auf das Problem der eingeschränkt lieferbaren Schuld anwendbar sind.

(1) Prinzip der Selbstbestimmung

Der Auslobende kann sich die Entscheidung über die Zuteilung der Belohnung vorbehalten und den Gläubiger nach Vornahme der Handlung selbst bestimmen.³⁴ Dem entspricht es, wenn der Schuldner frei nach seinem Belieben entscheidet, wie er den Gegenstand verteilt.³⁵ Er kann ein berechtigtes Interesse daran haben, an G_1 zu leisten, weil G_1 im Unterschied zu G_2 ein langjähriger Kunde ist. Er *kann* sich aber auch – soweit möglich – zur gleichmäßigen Verteilung entschließen, wenn er G_2 als Kunden behalten möchte. Oder er entscheidet sich dafür, an den Gläubiger zu leisten, der die Leistung als erster verlangt.

(2) Prioritätsprinzip

Haben mehrere die Handlung vorgenommen, gebührt die Belohnung – vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung des Auslobenden³⁶ – demjenigen, der

32 *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, 1984, 137 f.

33 Vgl. *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 26; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 143.

34 RGZ 167, 225, 234 f; *Seiler* in: MünchKomm-BGB, § 657 Rn. 20; *Sprau* in: Palandt, § 659 Rn. 1.

35 So *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; *Leßmann*, JA 1982, 280, 285; *Emmerich* in: MünchKomm-BGB, § 243 Rn. 17; *Schiemann* in: Staudinger, § 243 Rn. 20.

36 *Seiler* in: MünchKomm-BGB, § 659 Rn. 1.

die Handlung zuerst vorgenommen hat, § 659 Abs. 1 BGB. Überträgt man dies auf unseren Fall, *muss* der Schuldner an den Gläubiger leisten, der die Leistung als erster verlangt.³⁷ Damit wäre der schnellere Gläubiger privilegiert. Zugleich unterstützte man damit die schnelle Rechtsdurchsetzung.³⁸ Das Prioritätsprinzip gilt jedenfalls in der Einzelzwangsvollstreckung;³⁹ Klagen und vollstrecken die Gläubiger auf Übereignung und Herausgabe des Gegenstands, wird der Schuldner befreit, sobald der Gerichtsvollzieher für einen Gläubiger die Sache weggenommen hat; zugleich ist dieser Gläubiger damit Eigentümer geworden (§§ 883 Abs. 1, 894 Abs. 1, 897 ZPO).⁴⁰

(3) Ausgleichsprinzip

Ist die Handlung von mehreren gleichzeitig vorgenommen worden, ist die Belohnung nach Köpfen aufzuteilen, § 659 Abs. 1 S. 1 BGB. Voraussetzung ist die Teilbarkeit der Leistung (vgl. § 659 Abs. 2 BGB),⁴¹ was sich nach § 420 BGB bestimmt.⁴² In unserem Fall *muss* der Schuldner die Leistung folglich an alle Gläubiger gleichmäßig verteilen (*par condicio creditorum*).⁴³ Dafür spricht, dass alle leistungsinteressierten Gläubiger an der Verteilung des Gegenstands gleichmäßig partizipieren können. Die Verteilung nach Köpfen ist hier allerdings nicht der einzig sinnvolle Verteilungsmaßstab. Handelt es sich um eine beschränkte Gattungsschuld, kommt auch eine proportionale Verteilung anhand der Bestellquote in Betracht (*pro rata*). Das Ausgleichsprinzip ist auch flexibel genug, eine überproportionale Zuteilung an einen Gläubiger zu ermöglichen, soweit sich das auf zwingende sachliche Gründe stützen lässt.⁴⁴ Das Ausgleichsprinzip gilt spätestens bei der Gesamtvollstreckung in der Insolvenz.⁴⁵

37 So für die Gattungsschuld Löwisch/Caspers in: Staudinger, § 276 Rn. 21.

38 Vgl. Neuner, AcP 203 (2003), 46, 61 mwN.

39 Näher Stürner, ZZZ 99 (1986), 291, 322 ff; Berger, ZZZ 121 (2008), 407, 408 ff.

40 Zur „Kollision“ mehrerer Gläubigeraufträge beim Gerichtsvollzieher siehe de Boor, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 88 f, der in solchen Fällen zum Miteigentum und zur Bruchteilsgemeinschaft der Gläubiger gelangt.

41 So schon de Boor, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 42 f.

42 Seiler in: MünchKomm-BGB, § 659 Rn. 4.

43 Für die Gattungsschuld RGZ 84, 125, 128 ff; RGZ 100, 129, 137; RGZ 95, 264, 268; Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, 601 f; Neuner, AcP 203 (2003), 46, 57 f; Dorn in: HKK-BGB, § 243 Rn. 59 mN zum älteren Schrifttum; Westermann in: Erman, § 243 Rn. 12; Schmidt-Kessel in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 243 Rn. 9; Grüneberg in: Palandt, § 243 Rn. 3; Berger in: Jauernig, BGB, § 243 Rn. 8; differenzierend Schmidt-Kessel in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 243 Rn. 9; näher zum Ganzen Gsell, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 159 ff.

44 Vgl. dazu das Beispiel bei Westermann, AcP 208 (2008), 141, 168 f, nach dem ein Gaslieferant kommunale Gasversorgungsunternehmen bevorzugt beliefern muss, weil diese aus technischen Gründen vermeiden müssen, dass es zu Leerräumen in den Versorgungsleitungen kommt.

45 Dazu oben § 5 V.

(4) Zufallsprinzip

Ist die Leistung nicht teilbar oder soll nur einer die Belohnung erhalten, entscheidet das Los, § 659 Abs. 2 S. 2 BGB. Danach *müsste* der Schuldner den Empfänger mit dem „dürftigen Behelf des Loses“⁴⁶ bestimmen.

(5) Stellungnahme

Die Entscheidung für eine dieser Möglichkeiten hängt wesentlich vom Gegenstand der Leistungspflicht – Stückschuld oder Gattungsschuld – ab. Bei der Stückschuld ist man sich einig, dass „ein Schuldner, der mehreren Gläubigern denselben Einzelgegenstand schuldet, den Gläubiger, dem er die nur einmal mögliche Leistung erbringen will, frei auszuwählen hat.“⁴⁷ Mit der Entscheidung, die Sache an einen Gläubiger zu übereignen, ist es dem Schuldner unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB), die anderen Forderungen zu erfüllen. Aufgrund der konkurrierenden Situation der Gläubiger untereinander kann man in solchen Fällen regelmäßig ausschließen, dass der Schuldner nach Leistung an einen Gläubiger die Verfügungsmacht von diesem wieder zurückerlangen kann.⁴⁸ Keine Lösung wäre es, dem Verteilungsprinzip zu folgen und allen Gläubigern Miteigentumsanteile an dem Gegenstand zu übertragen,⁴⁹ weil man den Verteilungskonflikt perpetuierte und die Gläubiger in eine Bruchteilsgemeinschaft zwänge. Das Prioritätsprinzip, ernst genommen als Pflicht des Schuldners, an den zuerst fordernden Gläubiger einer fälligen Leistung liefern zu *müssen*, führt zum Wettlauf der Gläubiger.⁵⁰ Wie das Zufallsprinzip nimmt es keine Rücksicht auf die schutzwürdigen Belange des Schuldners. Solange es nicht zur Zwangsvollstreckung kommt, geht das Gesetz davon aus, dass der Schuldner wählen kann und muss, wer die Leistung und wer nur Schadensersatz erhält. Diese Wahlmöglichkeit ist ökonomisch gesehen effizient: Sie setzt einen Anreiz, den Gläubiger zu beliefern, dessen Schaden am höchsten wäre und sorgt damit gesamtwirtschaftlich für die beste Allokation des Gutes.⁵¹

c) Verteilungsgrundsätze bei der beschränkten Gattungsschuld

Das Problem ändert sich bei einer beschränkten Gattungsschuld, sobald der zu verteilende Vorrat die kontrahierte Nachfrage unterschreitet. Das lässt sich an-

46 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 43.

47 *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; vgl. auch *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 144.

48 Zu dieser Voraussetzung bei § 275 Abs. 1 BGB vgl. statt vieler *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 275 Rn. 69 f.

49 So aber *Seiler* in: MünchKomm-BGB, § 659 Rn. 4 mwN.

50 *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 57.

51 So in der Sache bereits *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 80.

hand der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts zu *Wesche's zuckerreichste Elite* belegen:⁵²

Wesche verkaufte im Juni 1909 an die G₁ je 200 Zentner Zuckerrübensamen (Wesche's zuckerreichste Elite) für die Jahre 1910-12, lieferbar im Februar des Folgejahres. Im Sommer 1911 kam es aufgrund außerordentlicher Trockenheit zu einer Missernte. Anstatt der erwartbaren 4908 Zentner erntete Wesche nur 993,35 Zentner. Zu diesem Zeitpunkt waren bereits 2160 Zentner der erwarteten Ernte verkauft. Wesche teilte seinen, auf dem Markt sonst nicht erhältlichen, Vorrat pro rata unter seinen Abnehmern auf. Daher lieferte er der G₁ im Februar 1912 nur 92 Zentner.

(1.) Hat G₁ Anspruch auf Lieferung der restlichen 108 Zentner? (2.) Hat sie Anspruch auf Schadensersatz, wenn sie sich am Markt mit anderen Zuckerrübensamen eindeckt und dafür das Dreifache des in normalen Jahren üblichen Marktpreises zahlt? (3.) Angenommen, Wesche hätte die G₁ mit voller Quote beliefert, weil es seine langjährigste Abnehmerin ist. Wäre Wesche der G₂ um den Betrag schadensersatzpflichtig geworden, um den sich ihre Quote aufgrund der vollen Erfüllung an G₁ verringert hat? Das Reichsgericht verneinte in seiner Rechtsprechung die Fragen (1.) und (2.) ausdrücklich⁵³ und bejahte die Frage (3.).⁵⁴ Kurz skizziert und übertragen ins geltende Recht, ist diese Lösung auf folgenden Gedankengang gestützt:⁵⁵ G₁ hat keinen Anspruch auf Lieferung von 108 Zentnern Zuckerrübensamen „Elite“ aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB, weil der Anspruch in Höhe der Teillieferung nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen und im Übrigen nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist. Der Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 iVm § 283 BGB scheidet aus, weil Wesche die Pflichtverletzung (Nichtleistung aufgrund der Unmöglichkeit)⁵⁶ nicht zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Aufgrund ihres Charakters als Vorratsschuld hat Wesche kein Beschaffungsrisiko iSv § 276 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 279 BGB aF) übernommen.⁵⁷ In der Abwandlung besteht der Schadensersatzanspruch der G₂, weil Wesche die teilweise Nichtleistung an sie zu vertreten hat. Indem er an G₁ voll leistete, hat er seine Leistungsmöglichkeit gegenüber G₂ vorsätzlich vermindert, obwohl er „für die Möglichkeit anteilmäßiger Befriedigung der Klägerin Fürsorge treffen“ musste.⁵⁸ Das Reichsgericht ging damit nicht nur von einem Recht des Schuldners aus, seine Gläubiger anteilmäßig zu befriedigen, sondern sah darin sogar eine Pflicht zur gleichen Behandlung.

⁵² RGZ 84, 125.

⁵³ Der Schadensersatzanspruch wird verneint in RGZ 84, 125, 128 ff; der Anspruch auf volle Lieferung in RGZ 95, 264, 268 und RGZ 100, 129, 137.

⁵⁴ RGZ 94, 17, 19.

⁵⁵ Im Einzelnen näher, wenn auch noch vor der Schuldrechtsreform, *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 169 ff.

⁵⁶ Zu dieser Konzeption der Pflichtverletzung näher *Ernst* in: MünchKomm-BGB, § 283 Rn. 4 mwN.

⁵⁷ RGZ 84, 125, 126.

⁵⁸ RGZ 94, 17, 19.

Das ist so selbstverständlich nicht.⁵⁹ Bei der Stückschuld löst man das Problem, wie wir oben gesehen haben, ohnehin anders: Maßgeblich ist das Selbstbestimmungsrecht des Schuldners, ergänzt mit einer Kompensation der mit ihrem Erfüllungsbegehren leer ausgegangenen Gläubiger über das Schadensersatzrecht. Das erlaubt im Regelfall eine effiziente Lösung des Knappheitsproblems, weil man von einem rational handelnden Schuldner erwarten darf, dass er an den Gläubiger liefert, der bei Nichtlieferung den größten Schaden haben würde. So entscheidet man im Wesentlichen auch beim Vorliegen einer Gattungsschuld, soweit die Differenz zwischen Nachfrage und Angebot auf das Verhalten des Schuldners zurückzuführen ist.⁶⁰ Warum also die Abweichung beim „unverschuldet“ geschrumpften Vorrat?

Die Probleme beginnen bereits mit der Annahme der objektiven Unmöglichkeit. Ausgehend vom „Grundsatz der isolierten Betrachtungsweise“⁶¹ ist, wie das Reichsgericht später einräumte, „bei der Beantwortung der Frage, ob dem Verkäufer die Vertragserfüllung auch unter veränderten Verhältnissen zugemutet werden kann, regelmäßig nur sein Verhältnis zum einzelnen Käufer maßgebend“⁶². Im jeweiligen Schuldverhältnis bleibt die Leistung objektiv möglich; solange Wesche noch 200 Zentner lagernd hat, kann er die G_1 voll befriedigen.⁶³ Das Reichsgericht überwand die Isolierung und verknüpfte die an sich getrennten Schuldverhältnisse. Wenig glücklich war es, das mit einer „Interessengemeinschaft“ der Gläubiger zu begründen:⁶⁴ *Hans-Otto de Boor* wies schon früh nach, dass die Interessengemeinschaft erst aufgrund der Pflicht zur gleichmäßigen Verteilung gebildet werde und sie daher ihrerseits diese Pflicht nicht zu erklären vermag.⁶⁵ *Götz Hueck* verteidigte die Konzeption damit, dass es dem gemeinsamen Anliegen aller Gläubiger entspreche, ihrerseits nicht von einem schnelleren Gläubiger überholt zu werden und dann leer auszugehen.⁶⁶ Damit wird den Gläubigern ein Interesse unterstellt. Dem gleichen Vorwurf ist der Vorschlag *Friedmann Kainers* ausgesetzt, die Gläubiger in eine „Risikogemeinschaft für eine Pflicht zur

59 Zu einer vertieften Einzelkritik der Argumentation des Reichsgerichts siehe *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 170 ff; ablehnend jüngst auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d, der den Fall über den Wegfall der Geschäftsgrundlage lösen will. Er verschiebt damit das Problem, weil es bei der Verteilung des verbliebenen Vorrats als Frage der Gleichbehandlung wieder auftritt.

60 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 146 f; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, 253; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 187 ff; aA *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 142 f.

61 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 17.

62 RGZ 100, 129, 137.

63 Vgl. *Lemppenau*, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, 1972, 83; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 166; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d.

64 So aber RGZ 84, 125, 128.

65 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 23; zustimmend *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, 251; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 171 f.

66 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 141 f.

gleichmäßigen Anpassung der Leistungsansprüche“ zu stecken. Für den nicht vollständig befriedigten Käufer dürfte es überraschend sein zu hören, dass die Repartierung bei unverschuldetem Teiluntergang der Vorratsschuld ein „Ausfluss der vertraglichen Risikoverteilung“ ist.⁶⁷ Jedenfalls kann man die „Fortexistenz des Vorrats“ nicht ohne Verwerfungen mit dem Unmöglichkeitensrecht zur Geschäftsgrundlage jedes Vorratskaufs erklären.

Dem Reichsgericht ging es letztlich darum, eine gerechte Entscheidung zu fällen. Das zeigt die methodische Verankerung in § 242 BGB.⁶⁸ Berechtigt ist dann aber die Gegenfrage, warum das nur bei beschränkten Gattungsschulden gelten solle.⁶⁹ Wie zuerst *de Boor* und in jüngerer Zeit *Beate Gsell* und *Harm Peter Westermann* nachgewiesen haben, liegt das Problem tatsächlich in der streng durchgeführten isolierten Betrachtung der Einzelschuldverhältnisse:⁷⁰ Wer den Schuldner verpflichtet oder ihm erlaubt, die volle Bestellung des G_1 zu erfüllen, muss die Frage beantworten, warum der Schuldner den G_{2-x} nicht schadensersatzpflichtig ist, obwohl er die Unmöglichkeit in den Schuldverhältnissen dort vorsätzlich herbeigeführt hat. Wer dann glaubt, den Schuldner trotzdem von der Schadensersatzhaftung freistellen zu können,⁷¹ wechselt unausgesprochen Standpunkt und Betrachtungsweise:⁷² Im Schuldverhältnis zu G_1 geht man von der isolierten Betrachtungsweise aus. Man nimmt den Standpunkt des einzelnen Gläubigers ein und unterstellt, dass der Schuldner ausreichend Vorräte hat, um G_1 zu beliefern. Die Existenz der G_{2-x} spielt folgerichtig keine Rolle. Bei der Frage, ob die G_{2-x} schadensersatzberechtigt sind, stellt man auf den Standpunkt des Schuldners ab. Das Entscheidungsdilemma des Schuldners wird mit dem Nachfrageüberhang und der Angebotsknappheit begründet; beides setzt eine kumulative Betrachtung voraus. Folgerichtig ist dieser verdeckte Standpunktwechsel nicht. Will man die Haftung des Schuldners vermeiden, kommt man nicht umhin, bereits im Schuldverhältnis zu G_1 von einer kumulativen Betrachtungsweise auszugehen.⁷³ Die Dogmatik des Schuldrechts steht jedenfalls, wie *Harm Peter Westermann* jüngst nachgewiesen hat, einer Einbeziehung von Drittinteressen in das relative Schuldverhältnis nicht entgegen.⁷⁴ Dazu das Reichsgericht:

67 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d.

68 RGZ 84, 125, 128; zustimmend etwa *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 24 f; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, 252; *Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, 602.

69 Gestellt von *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 139 f.

70 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 135 ff; *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 176 ff; *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 169 f.

71 So z. Bsp. *Wolf*, JuS 1962, 101, 104; *Leßmann*, JA 1982, 280, 285; *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 276 Rn. 21; *Schiemann* in: Staudinger, § 243 Rn. 20.

72 Grundlegend zur Relevanz des Standpunkts *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 138 ff.

73 Deutlich in diese Richtung *Gsell*, Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, 1998, 176 f; *Westermann* in: Erman, § 243 Rn. 12; iE, wenn auch über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d.

74 *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 146 f, 168 ff.

„War die Klägerin allein Käuferin des Samens, so trug sie die Gefahr allein, wenn die Ernte das von ihr gekaufte Maß nicht brachte; der Beklagte hatte für den Rest nicht aufzukommen, denn für diesen Rest war die Leistung aus der Gattung schlechterdings nicht möglich. Die Klägerin mußte sich aber sagen, daß sie alleinige Käuferin aus der Ernte 1911 nicht sein werde, daß neben ihr vielmehr weitere Abnehmer des Beklagten stehen würden, deren Rechte an sich nicht schlechter waren als die übrigen und mangels anderweitiger Abmachung nicht etwa dadurch bestimmt werden konnten, wer zuerst gekauft hatte oder künftig die Leistung fordern werde. [Der Verkäufer] konnte jetzt nicht mehr tun, als die gesamte Ernte der Gesamtheit seiner Gläubiger zur Verfügung zu stellen.“⁷⁵

Im Übrigen kann man die Wahlfreiheit des Schuldners mit einhergehender Befreiung auch von Schadensersatzpflichten nicht mit dem Hinweis auf die rechtfertigende⁷⁶ oder entschuldigende⁷⁷ Wirkung einer Pflichtenkollision erklären. Das Argument blendet die Tatsache aus, dass es mit der Verteilung *pro rata* eine gleich geeignete Möglichkeit gibt, die Kollision unter Berücksichtigung aller Gläubigerinteressen aufzulösen. Diese gibt es bei der Stückschuld dagegen nicht. Daraus erklärt sich der Unterschied. Dort trifft die Behauptung *Ernst Wolfs* zu: „Er kann diese Unmöglichkeit nicht vermeiden, sondern nur wählen, wen sie treffen soll.“⁷⁸ Beim unzureichenden Vorrat einer beschränkten Gattungsschuld kann er im Ausgangspunkt nicht nur wählen, an wen er leistet, er kann auch bestimmen, in welcher Höhe den einzelnen Gläubiger die Unmöglichkeit trifft. An diese *Verteilungsmacht* knüpft das Recht die Pflicht zur Gleichbehandlung. Der Schuldner entgeht den Sekundäransprüchen der anderen Gläubiger nur dann, wenn er sie gleich behandelt. Als distributive Instanz ist der Schuldner Adressat einer Gleichbehandlungspflicht.⁷⁹ Man kann darüber streiten, ob das Recht sicherstellen soll, dass die Gläubigerinteressen hier gleich berücksichtigt werden sollen. Man kann die Pflicht zur quotalen Verteilung aber nicht mit dem Hinweis ablehnen, das geltende Recht kenne – außerhalb des Wettbewerbsrechts – keine Pflicht zur Gleichbehandlung. Die seit 100 Jahren gefestigte Auffassung zur Gläubigerkonkurrenz bei unverschuldet verkleinerter Vorratsschuld belegt das Gegenteil.⁸⁰

75 RGZ 84, 125, 128.

76 Schiemann in: Staudinger, § 243 Rn. 20.

77 Wolf, JuS 1962, 101, 104; anders dagegen Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 d, der die gleiche Behandlung auf die vertragliche Risikoverteilung aufgrund einer „Risikogemeinschaft“ zurückführt.

78 Wolf, JuS 1962, 101, 104.

79 Vgl. Neuner, AcP 203 (2003), 46, 58.

80 Vgl. dazu jetzt auch Emmerich in: MünchKomm-BGB, § 243 Rn. 17.

3. Notbedarf des Schenkers bei gleichzeitig Beschenkten

Das Gesetz kennt weitere Situationen, in denen eine Person Partei mehrerer isolierter Schuldverhältnisse ist und sich aufgrund einer Güterknappheit in einer Position mit Verteilungsmacht wiederfindet.⁸¹

a) Gleichbehandlung bei der Rückforderung?

Dazu zählt der Rückforderungsanspruch des Schenkers nach § 528 BGB. Gibt es mehrere Beschenkte, enthält § 528 Abs. 2 BGB eine Rangordnung der Anspruchsschuldner: Der später Beschenkte ist zunächst in Anspruch zu nehmen, der früher Beschenkte nur, soweit der andere Beschenkte im konkreten Fall⁸² nicht leistungsfähig ist. Die Konkurrenz wird also mit dem Prioritätsgrundsatz (in seiner Ausprägung als Posterioritätsgrundsatz⁸³) aufgelöst. Das Gesetz hat sich damit entschieden, eine bestimmte Gerechtigkeitserwartung des früher Beschenkten zu schützen. Nachfolgende Schenkungen dürfen die Rechtsposition des früher Beschenkten nicht relativ verschlechtern: Er haftet nur insoweit, als wäre die nachfolgende Schenkung nicht erfolgt.⁸⁴ Jedes andere Verteilungsprinzip, von der Selbstbestimmung des Schenkers bis zur Haftung *pro rata*, würde dazu führen, dass er einen größeren Anteil tragen müsste.

Das Gesetz schweigt aber zum Fall der gleichzeitig⁸⁵ Beschenkten.⁸⁶ Damit stellt sich die Frage, welches der oben genannten Auswahlprinzipien (Selbstbestimmungsrecht des Anspruchsinhabers, Prioritätsprinzip, anteilige Haftung oder Zufallsprinzip)⁸⁷ hier anzuwenden ist. Das Prioritätsprinzip scheidet aus, weil das Regelungsproblem wegen der von § 528 Abs. 2 BGB vorausgesetzten Nicht-Gleichzeitigkeit überhaupt erst entsteht. Das Zufallsprinzip kann schon im Ansatzpunkt nicht gewährleisten, dass der dadurch ermittelte Schuldner zur effektiven Sicherung des angemessenen Unterhalts beitragen kann. Als Verteilungskriterium bleibt die anteilmäßige Verpflichtung. Sie ist das maßgeb-

81 Vgl. *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 41 ff; *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 58 f.

82 Str., vgl. dazu *Wimmer-Leonhardt* in: Staudinger, § 528 Rn. 33; *Koch* in: MünchKomm-BGB, § 528 Rn. 26 mwN. Auch bei § 2329 Abs. 3 BGB ist umstritten, ob der früher Beschenkte oder der Pflichtteilsberechtigte das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des später Beschenkten trägt, vgl. zum Streitstand *Olshausen* in: Staudinger, § 2329 Rn. 57; *Lange* in: MünchKomm-BGB, § 2329 Rn. 23.

83 Dazu *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 48.

84 *Heiter*, JR 1995, 313, 314.

85 Zum maßgeblichen Zeitpunkt vgl. BGHZ 137, 76, 80 f und *Heiter*, JR 1995, 313, 315 f; *Wimmer-Leonhardt* in: Staudinger, § 528 Rn. 35.

86 BGH NJW 1991, 1824, 1825.

87 Siehe oben § 5 VII 2 b).

liche Verteilungsprinzip im vergleichbaren Fall des § 2329 Abs. 3 BGB.⁸⁸ Der Bundesgerichtshof entschied zu § 528 BGB anders und verneinte eine anteilmäßige Verpflichtung zeitgleich Beschenkter.⁸⁹ Nach dem Normzweck des § 528 BGB werde die volle Herausgabepflicht nur beschränkt, wenn ein später Beschenkter leistungsfähig ist. Diese Situation könne es bei gleichzeitig Beschenkten nicht geben: Zwischen ihnen existiere kein Rangverhältnis; sie hafteten daher gleichrangig nebeneinander.⁹⁰ Im Ergebnis entschied sich der Bundesgerichtshof für den Vorrang der Interessen des Schenkers bzw. der Sozialhilfeträger, den Rückforderungsanspruch „sicher und bequem“ verfolgen zu können und gegen das Interesse der Beschenkten, nur anteilig nach außen haften zu müssen.⁹¹ Damit, so scheint es, bleibt es im Fall des § 528 Abs. 1 BGB beim Prinzip der Selbstbestimmung: der Anspruchsgläubiger wählt seinen Schuldner aus. Der Bundesgerichtshof verneint allerdings, dass der Gläubiger die Rangfolge – und damit die endgültige Haftung – unter den gleichzeitig Beschenkten bestimmen kann. Er verneinte bereits die Existenz des hier aufgeworfenen Regelungsproblems, weil er in dem Fall „bundesdeutscher Rechtswirklichkeit“⁹² von der Gesamtschuld der Beteiligten ausging:

Die Eltern schenkten dem S₁ ihr Hausgrundstück, wobei sie sich ein Wohnrecht auf Lebenszeit an der im Erdgeschoss gelegenen Wohnung vorbehielten. In dem Übertragungsvertrag verpflichtete sich S₁, an seinen Bruder S₂ zum Ausgleich innerhalb von sechs Wochen 80.000 DM zu zahlen, die dieser in der Folge von ihm erhielt. Nach Abwicklung der Schenkung wurden die Eltern pflegebedürftig. Weil die Pflegekosten mit ihrem Einkommen nicht gedeckt werden konnten, übernahm sie der zuständige Sozialhilfeträger. Dieser leitete den Erstattungsanspruch der Eltern aus § 528 Abs. 1 BGB gegen S₂ auf ihn über und machte diesen geltend. Er verzichtete darauf, gegen S₁ vorzugehen, weil er (rechtsirrig) glaubte, der Anspruch bestünde in diesem Verhältnis nicht. S₂ beehrte von S₁ Freistellung in Höhe der Hälfte des ihm gegenüber geltend gemachten Anspruchs aus § 426 Abs. 1 BGB.⁹³

Der Bundesgerichtshof bejahte den Anspruch.⁹⁴ Beide Söhne haften dem Schenker aus § 528 Abs. 1 BGB *gesamtschuldnerisch*. Die Gesamtschuld erlaubt dem Gläubiger die freie Auswahl nach § 421 BGB. Er muss die Gesamtschuldner gerade nicht gleich behandeln und zu gleichen Teilen in Anspruch nehmen.⁹⁵ Daher

88 Heiter, JR 1995, 313, 316; Riedell/Lenz in: Damrau, Erbrecht, § 2329 Rn. 19; Olshausen in: Staudinger, § 2329 Rn. 65; Lange in: MünchKomm-BGB, § 2329 Rn. 25; Mayer in: Bamberger/Roth, BGB, § 2329 Rn. 6; aA Schindler, Pflichtteilsberechtigter Erbe und pflichtteilsberechtigter Beschenkter, 2004, Rn. 944 ff.

89 BGH NJW 1991, 1824 f; kritisch dazu Heiter, JR 1995, 313, 316.

90 BGH NJW 1991, 1824, 1825, bestätigt BGHZ 137, 76, 85.

91 BGH NJW 1991, 1824, 1825.

92 Schmidt, JuS 1998, 370.

93 Zur Möglichkeit aus § 426 Abs. 1 BGB einen Freistellungsanspruch abzuleiten, siehe Gehrlein in: Bamberger/Roth, BGB, § 426 Rn. 3; Grüneberg in: Palandt, § 426 Rn. 5; kritisch zu dieser Entwicklung Meier in: HKK-BGB, §§ 420-432/I Rn. 160 ff mwN.

94 BGHZ 137, 76, 78 ff; vorher bereits Heiter, JR 1995, 313, 316.

95 BGHZ 137, 76, 84; siehe dazu oben § 5 VII 1.

konnte der Sozialhilfeträger als Forderungsinhaber den Anspruch in voller Höhe gegenüber S_2 durchsetzen. Die vom Gesetz in der Gesamtschuld erlaubte Ungleichbehandlung im Außenverhältnis⁹⁶ wird im Innenverhältnis mit dem Ausgleichsanspruch der Schuldner kompensiert:

„Die Befriedigung des gesamten Notbedarfs eines verarmten Schenkers durch einen von mehreren gleichzeitig Beschenkten tilgt auch die Verbindlichkeiten der übrigen im Verhältnis zum Schenker. Diese Befreiung der übrigen Schuldner von ihrer Verpflichtung verlangt nach der Interessenlage regelmäßig einen internen Ausgleich. Bei einer gemeinsamen Verpflichtung im Außenverhältnis erscheint es grundsätzlich nicht angemessen, daß einer der Schuldner die mit der Befriedigung des Gläubigers verbundenen wirtschaftlichen Einbußen im Ergebnis allein lediglich deshalb trägt, weil er als erster zur Zahlung herangezogen worden ist. Das gilt um so mehr, als diese Inanspruchnahme weitgehend vom Zufall und Belieben des Gläubigers abhängt.“⁹⁷

Dann ist es folgerichtig, dass die Entscheidung des Schenkers, wen er in Anspruch nimmt, nicht über die endgültige Verteilung der wirtschaftlichen Belastung bestimmt:

„Da das Gesetz die Entstehung des Rückgewähranspruchs nicht an eine Entscheidung des Schenkers, sondern an den objektiven Eintritt des Notbedarfs knüpft, kann ihm nicht überlassen bleiben, wer im Ergebnis die wirtschaftlichen Nachteile eines Notbedarfs tragen soll.“⁹⁸

An die Stelle einer möglichen, aber vom Bundesgerichtshof abgelehnten Gleichbehandlungspflicht des Rückforderungsgläubigers tritt eine Gleichverpflichtung der Beschenkten im Innenverhältnis.

b) Grenzen des Leistungsverweigerungsrechts

Das vom Bundesgerichtshof zu § 528 BGB entschiedene Problem begegnet uns fast identisch in § 519 BGB wieder. Nach § 519 Abs. 1 BGB kann der Schenker bei einer noch nicht vollzogenen Schenkung die Leistung verweigern, soweit ein Notbedarf besteht. Dabei handelt es sich um eine anspruchshemmende Einrede,⁹⁹ mit der das Gesetz ein soziales Schutzprinzip zugunsten des Schenkers¹⁰⁰ und der subsidiär einzustehenden Allgemeinheit über seine Pflicht zur Vertragstreue stellt. Hat er mehrere beschenkt, trifft § 519 Abs. 2 BGB eine mit § 528 Abs. 2 BGB übereinstimmende Regelung.

Ungelöst bleibt der Fall der gleichzeitigen Schenkungsversprechen verschiedener Leistungen an mehrere Gläubiger. Weil eine kumulative Gläubigerschaft vorliegt, tragen die §§ 420 ff BGB nichts zur Klärung bei. Es bleibt nur der Rückgriff

⁹⁶ Siehe § 5 VII 1.

⁹⁷ BGHZ 137, 76, 85.

⁹⁸ BGHZ 137, 76, 86.

⁹⁹ BGH NJW 2005, 3638.

¹⁰⁰ Dazu statt aller Wimmer-Leonhardt in: Staudinger, § 519 Rn. 1.

auf die schon diskutierten Verteilungsregeln.¹⁰¹ Aus den bereits genannten Gründen scheiden das Prioritäts- und Zufallsprinzip aus. Damit beschränkt sich die Wahl auf das Selbstbestimmungsrecht und damit die Wahlfreiheit des Schenkers¹⁰² oder eine Gleichbehandlungspflicht¹⁰³. Mit dem Notbedarf entsteht eine Mangellage, auf die der Schuldner mit der Einrede reagieren *kann*. Nach der in § 519 BGB getroffenen Wertung muss der Beschenkte als Gläubiger diese Beeinträchtigung seiner Rechtsposition hinnehmen. Das kann man dem G_1 gegenüber nur dann rechtfertigen, wenn ihm kein Sonderopfer im Vergleich zu G_2 aufgezungen wird. Nach dem Grundsatz der Privatautonomie steht es zwar im Belieben des Schenkers, wem er ihm gehörende Gegenstände zuwendet und ob dies überhaupt geschieht. Weil die Einrede aber nicht auf dem Willen des Schenkers, sondern ausschließlich darauf beruht, dass der Notbedarf objektiv entsteht, so der Bundesgerichtshof zu § 528 Abs. 2 BGB, „kann ihm nicht überlassen bleiben, wer im Ergebnis die wirtschaftlichen Nachteile eines Notbedarfs tragen soll.“¹⁰⁴ G_1 hat daher ein schutzwürdiges Interesse, dass S die zeitgleich vorgenommene Schenkung an G_2 innerhalb des Schuldverhältnisses S- G_1 berücksichtigt. S ist daher bei der Ausübung der Einrede an den Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden. Er darf seine Leistung gegenüber G_1 grundsätzlich nur anteilmäßig verweigern. Im Übrigen ist die Einrede unwirksam erhoben, weil sie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz als objektive Grenze der Rechtsmacht des Schenkers verstößt.

Beispiel: S verspricht dem G_1 Barmittel von 50.000 € und der G_2 im Wert von 25.000 €. Es stellt sich ein Notbedarf von 30.000 € heraus. Klagt G_1 auf Erfüllung und erhebt S dagegen Einrede aus § 519 Abs. 1 BGB, ist die Klage iHv 30.000 € begründet und wird im Übrigen als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Klagt dagegen G_2 und erhebt S die Einrede, ist die Klage iHv 15.000 € begründet und wird im Übrigen als zur Zeit unbegründet abgewiesen.

VIII. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der Erbfolge

Das Erbrecht kennt mit der gewillkürten und der gesetzlichen Erbfolge zwei grundsätzlich gleichrangige,¹ auf unterschiedlichen Geltungsgründen beruhende

101 Siehe oben § 5 VII 2 b).

102 So Hermann in: Erman, § 519 Rn. 4; Mansel in: Jauernig, BGB, § 519 Rn. 1.

103 So die wohl hM: Neuner, AcP 203 (2003), 46, 58 f; Wimmer-Leonhardt in: Staudinger, § 519 Rn. 23; Koch in: MünchKomm-BGB, § 519 Rn. 5; Gebrlein in: Bamberger/Roth, BGB, § 519 Rn. 4; Weidenkaff in: Palandt, § 519 Rn. 5.

104 BGHZ 137, 76, 86.

1 Herkömmlich wird ein „Vorrang“ der gewillkürten vor der gesetzlichen Erbfolge postuliert (vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, 8, 227 f; Brox/Walker, Erbrecht, 2009, Rn. 44). Das ist missverständlich, weil beide Modi nebeneinander zur Verfügung stehen und sich lediglich anhand des Anknüpfungsgegenstandes (letztwillige Verfügung vorhanden/nicht vorhanden) unterscheiden; differenzierend auch Schmoeckl, Erbrecht 2009, § 12 Rn. 1 ff.

und strukturell voneinander zu trennende Institutionen.² In beiden Säulen lassen sich Gleichberechtigungs- und Gleichbehandlungsprinzipien³ sowie Nichtdiskriminierungsgrundsätze nachweisen.

1. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gewillkürten Erbfolge

Die gewillkürte Erbfolge wird maßgeblich vom Prinzip der Testierfreiheit geprägt.⁴ „Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst“, so das Bundesverfassungsgericht, „die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken. Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln.“⁵ Innerhalb der gewillkürten Erbfolge partizipieren die Angehörigen des Erblassers als Erbenanwärter – mit Ausnahme des Pflichtteils⁶ – nicht gleichberechtigt an der Verteilung des Nachlasses. Allerdings sieht das Gesetz die gleiche Berechtigung der vom Erblasser bestimmten Erben in vier Fällen vor, die man auf den vermuteten Willen des Erblassers zurückführen kann:⁷ (1.) Nach der Auslegungsregel des § 2052 BGB soll es auch innerhalb der gewillkürten Erbfolge zum Ausgleich lebzeitiger Zuwendungen kommen. Weil sich die gewillkürte Erbfolge im Ergebnis mit der gesetzlichen Erbfolge trifft, geht das Gesetz davon aus, dass der Erblasser das *dort* geltende Gleichberechtigungsprinzip *auch* hier *gewollt* hat.⁸ (2.) Lassen sich die Erbquoten oder ein gemeinschaftlicher Erbteil (§ 2093 BGB) mehrerer Erben überhaupt nicht bestimmen,⁹ „sind sie zu gleichen Teilen eingesetzt“, § 2091 BGB. Darin wird ein „Ausdruck der Gerechtigkeit wie der Resignation“ des Gesetzgebers gesehen.¹⁰ (3.) Ähnliches lässt sich für die gesetzliche Fiktion des § 2073 BGB sagen.¹¹ Ist die vom Erblasser gewählte Bezeichnung des Erben objektiv mehrdeutig und lässt sich nicht ermitteln, wen er meinte, gelten alle damit gemeinten Personen als Erben zu gleichen Teilen. In beiden Fällen funktiert die gleiche Berechtigung der Erben als Auffanglösung, weil sich der letztwil-

2 *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 20.

3 Zum Unterschied oben § 5 II 1.

4 Dazu jetzt näher *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 153 ff.

5 BVerfGE 112, 332, 349.

6 Dazu gleich im Text.

7 Vgl. *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 32, der allerdings § 2052 BGB nicht erwähnt.

8 Siehe *Schlüter* in: Erman, § 2052 Rn. 1; *Ann* in: MünchKomm-BGB, § 2052 Rn. 1.

9 Zum Vorrang von Auslegung und gesetzlichen Auslegungsvermutungen *Schlichting* in: MünchKomm-BGB, § 2019 Rn. 3 ff.

10 *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, 556.

11 Vgl. *Leipold* in: MünchKomm-BGB, § 2073 Rn. 1 mwN.

ligen Verfügung kein ausreichender Verteilungsmaßstab entnehmen lässt. (4.) Hat der Erblasser mehrere Erben auf Bruchteile eingesetzt, ergibt deren Summe aber nicht den gesamten Nachlass, erhöht sich jeder Anteil *pro rata*, wenn sie nach dem Willen des Erblassers alleinige Erben sein sollen, § 2089 BGB. Von diesen Fällen der gleichen Berechtigung gewillkürter Erben muss man die Gleichbehandlung von (potentiellen) Erben streng unterscheiden.¹² Innerhalb der gewillkürten Erbfolge trifft den Erblasser jedenfalls im Ergebnis keine Gleichbehandlungspflicht. Er ist nicht gezwungen, die von ihm bestimmten Erben gleich zu behandeln. Daher kann er die jeweiligen Erbteile der gewillkürten Erben frei bestimmen.¹³ Er muss den Nachlass unter ihnen nicht gleich verteilen. Das belegt § 2048 BGB, der es als Ausprägung der Testierfreiheit dem Erblasser ermöglicht, die Teilung des Nachlasses unter Miterben nach seinem Belieben anzuordnen.¹⁴

Das *Gleichberechtigungsprinzip* ist auch Strukturmerkmal der Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff BGB).¹⁵ Die Erbengemeinschaft ist nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kein eigenständiges handlungs- und rechtsfähiges Rechtssubjekt, sondern lediglich eine gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, der mit dem Nachlass ein Sondervermögen zugeordnet ist.¹⁶ Über die ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung¹⁷ des Nachlasses (Geschäftsführung) und – nach umstrittener Auffassung¹⁸ – das Eingehen von Verpflichtungsgeschäften¹⁹ (Vertretungsbefugnis) wird durch Stimmenmehrheit (§ 2038 Abs. 2 BGB iVm § 745 BGB)²⁰ nach Anteilen (§ 2038 Abs. 2 S. 1 BGB iVm § 745 Abs. 1 S. 2 BGB)²¹ entschieden. Im Übrigen sind alle Erben nach Köpfen gleich berechtigt, weil ihnen die außerordentliche Verwaltung (§ 2038 Abs. 1 BGB) und die Verfügung über Nachlassgegenstände (§ 2040 Abs. 1 BGB) gemeinschaftlich zusteht. Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung bedeutet Einstimmigkeit nur im Prinzip, im Alltag herrscht die Mehrheit. Aufgrund der Verweisung auf die Verwaltungsregeln der Bruchteilsgemeinschaft²² stellt sich bei der Erbengemeinschaft ebenfalls die Frage, ob die bestehenden Schranken der Mehr-

12 Zum Unterschied des Gleichberechtigungsprinzips vom Gleichbehandlungsgrundsatz siehe oben § 5 II 1 b).

13 Vgl. *Leipold* in: MünchKomm-BGB, § 1937 Rn. 49.

14 Siehe *Ann* in: MünchKomm-BGB, § 2048 Rn. 11.

15 Dazu *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 34, der allerdings konsequent von „Gleichbehandlung“ spricht, während hier zwischen beiden Formen unterschieden wird, dazu § 5 II 1 b.

16 BGH NJW 2002, 3389, 3390 mwN; BGH NJW 2006, 3715, 3716.

17 Näher *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 172; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, 26 ff.

18 Zum Meinungsstand näher *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 228 f; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, 48 ff; *Schlüter* in: Erman, § 2038 Rn. 12 mwN; *Weidlich* in: Palandt, § 2038 Rn. 5.

19 BGHZ 56, 47, 49 ff; die Erstreckung auf Verfügungsgeschäfte wird von der Rechtsprechung noch überwiegend abgelehnt, BGHZ 164, 181 Rn. 9; differenzierend aber BGH NJW 2007, 150 Rn. 11 ff. Näher zum Ganzen *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 230 f; *Eberl-Borges*, NJW 2006, 1313 ff.

20 Dazu vertiefend *Muscheler*, ZEV 1997, 169 ff.

21 *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 173; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, 24.

22 Dazu oben § 5 II 1 b) (1).

heitsherrschaft²³ weitergehend durch einen *Gleichbehandlungsgrundsatz* ergänzt werden. *Karlheinz Muscheler* verneint das.²⁴ Das überzeugt mich nicht, weil *Muscheler* den Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz gleichsetzt.²⁵ Im Ausgangspunkt gewährleistet das Gleichberechtigungsprinzip (§ 2038 Abs. 2 S. 1 BGB iVm § 745 Abs. 3 S. 2 BGB) lediglich, dass die Nutzungsquote des einzelnen Erben nicht beschränkt wird. Die Norm erlaubt eine ungleiche Verteilung der Nutzungsart, solange sie bei der Verteilung des Auseinandersetzungsguthabens berücksichtigt wird.²⁶ Die Gleichbehandlung der einzelnen Erben im Rahmen der Nutzungsart ist damit nicht Regelungsgegenstand. Ich halte es daher für geboten, den bruchteilsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz²⁷ auf die Erbengemeinschaft entsprechend anzuwenden. Dabei tritt an die Stelle des einzelnen Gegenstandes der Bruchteilsgemeinschaft der gesamte Nachlass.²⁸ Verstößt der Mehrheitsbeschluss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, ist er fehlerhaft. Fehlerhafte Beschlüsse der Erbengemeinschaft sind im Innen- und Außenverhältnis unwirksam.²⁹

2. Testierfreiheit und Diskriminierungsverbote

Die gewillkürte Erbfolge basiert auf der im einfachen Recht vorausgesetzten und in Art. 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG gewährleisteten Testierfreiheit.³⁰ Der Erblasser ist danach im Grundsatz nicht verpflichtet, bei der Bestimmung der Erben seine Abkömmlinge gleich zu behandeln.³¹ In der gewillkürten Erbfolge gibt es kein Recht eines Abkömmlings, Erbe zu werden.³² Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob der Erblasser seine Entscheidung an ein „verpöntes“ Diskriminierungsmerkmal³³ anknüpfen darf.

Ausgangspunkt ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in *Pla and Puncernau v. Andorra*.³⁴ Die Parteien stritten vor den nationalen Gerichten über eine Testamentsklausel aus dem Jahr 1939. Die 1949 verstorbene Erblasserin hatte darin eine Nacherbschaft für den Fall angeordnet,

23 *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 170, 223 f.

24 *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 224.

25 Zum Unterschied oben § 5 II 1 b).

26 So auch *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 172.

27 Dazu oben § 5 II 1 b) (2).

28 Vgl. *Brox/Walker*, Erbrecht, 2009, Rn. 492.

29 Näher dazu *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 231 f.

30 Vgl. dazu bereits oben § 1 I 2.

31 Siehe BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 – Hohenzollern; BVerfGE 67, 329, 345; BVerfG NJW 2004, 2008; BVerfGE 112, 332, 349; BGHZ 70, 313, 324 ff; BGHZ 140, 118, 130; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 32; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, 825; *Leipold*, Erbrecht, 2009, Rn. 255.

32 Zutreffend *Schmoeckel*, JZ 1999, 517, 518; *Gutmann*, NJW 2004, 2347, 2348.

33 Zu den Diskriminierungsgründen im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht vgl. unten § 6 III.

34 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>.

dass ihr Sohn, der testamentarische Erbe, den Nachlass nicht an einen Sohn oder Enkel „aus einer gesetzmäßigen und kanonischem Recht entsprechenden Ehe“ weitergeben konnte.³⁵ Der Sohn der Erblasserin heiratete und adoptierte gemeinsam mit seiner Frau zwei Kinder, darunter einen Jungen. Er setzte diesen als Nacherben für sein Vermögen und für das von ihm ererbte Vermögen der Erblasserin ein. Nach dem Tod des Erben klagten zwei Nachfahren der Erblasserin auf Herausgabe der Erbmasse und obsiegten in letzter Instanz. Das nationale Gericht interpretierte die Klausel dahingehend, dass es dem Willen der Erblasserin entsprach, nur vom Erben abstammende Kinder zu berücksichtigen. Maßgeblich dafür war seine Erwägung, dass mit der Adoption lediglich ein Eltern-Kind-Verhältnis begründet, das Kind aber nicht in den Familienverband aufgenommen werde. Damit sei der von der Klausel verfolgte Zweck nicht erfüllt. Dieser bestünde darin, das Familienvermögen innerhalb des Familienverbandes zu halten.³⁶ Adoptierte Kinder zählen danach nicht. Der Gerichtshof sah in dieser *Auslegung* einen offenkundigen Verstoß gegen Art. 14 EMRK iVm dem Recht auf Privatleben, Art. 8 EMRK.³⁷ Obwohl er nicht für die Entscheidung privater Zivilrechtsstreitigkeiten zuständig sei,

*„it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention.“*³⁸

Weil sich im Testament kein ausdrücklicher Anhaltspunkt dafür finde, dass die Erblasserin adoptierte Söhne ausschließen wollte, sei das Gericht im Ergebnis aufgrund der konventionsrechtlichen Vorgaben gezwungen, einen solchen Ausschluss auch nicht über die Auslegung des Testaments zu rekonstruieren.³⁹ Ein verfahrensrechtlich ordnungsgemäß adoptiertes Kind ist „in the same legal position as a biological child of his or her parents in all respects: relations and consequences connected with his or her family life and the resulting property rights.“⁴⁰ Die Entscheidung ist auf scharfe Kritik gestoßen, vor allem deshalb, weil das Gericht in der Sache von einer unmittelbaren Horizontalwirkung des

35 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 11.

36 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 18.

37 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 62 zur Frage der zeitlichen Anwendbarkeit der EMRK.

38 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 59.

39 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 58, 60. Der Gerichtshof stellt insoweit lediglich auf die Auslegung der Klausel ab, siehe *Lange*, Erbrecht, 2011, § 2 Rn. 23.

40 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 61.

Art. 14 EMRK ausgehe.⁴¹ Das ist zweifelhaft, weil der Gerichtshof an einer Stelle betont, dass die Erblasserin eine Ungleichbehandlung ausdrücklich hätte treffen können und damit implizit von deren Wirksamkeit ausgeht.⁴² Damit bleibt die Frage, ob der Gleichheitssatz eine letztwillige Verfügung begrenzen kann, offen.

Die Antwort darauf hängt davon ab, ob das positive Recht ein an den Erblasser adressiertes Diskriminierungsverbot kennt. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nimmt „erbrechtliche Schuldverhältnisse“ zwar von seinem Anwendungsbereich aus (§ 19 Abs. 4 AGG).⁴³ Allerdings kann eine Ungleichbehandlung der Abkömmlinge gegen das allgemeine Nichtdiskriminierungsrecht⁴⁴ verstoßen. Insbesondere die in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Wertungen können sich im Zivilrecht über die Generalklauseln, insbesondere § 138 Abs. 1 BGB, durchsetzen.⁴⁵ Daher ergibt die hier gestellte Frage nur dann Sinn, wenn man davon ausgeht, dass die Grundrechte im Allgemeinen und die Gleichheitsgrundrechte im Besonderen der Testierfreiheit Grenzen setzen können.⁴⁶ Nach der Rechtsprechung verlangt Art. 3 GG jedenfalls nicht, dass der Erblasser seine Abkömmlinge gleich behandeln muss.⁴⁷ Die Testierfreiheit umfasse das Recht, die Vermögensnachfolge *nicht* an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen.⁴⁸ Deshalb dürfe der Erblasser Personen gerade wegen ihrer Religion, ihres Geschlechts⁴⁹ oder ihrer sexuellen Identität „benachteiligen“. ⁵⁰ Andererseits wollen viele einer testamentarischen Ungleichbehandlung aus rassistischen Gründen die rechtliche Wirksamkeit versagen⁵¹. Diese Differenzierung innerhalb der von Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gründe ist nicht

41 Siehe dazu *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 512 f mwN.

42 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 58: „There is nothing in the will to suggest that the testatrix intended to exclude adopted grandsons. The Court understands that she could have done so but, as she did not, the only possible and logical conclusion is that this was not her intention.“.

43 Statt aller *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 40. Zum sachlichen Anwendungsbereich des AGG näher unten § 6 IV 1.

44 Zum Begriff unten § 6 I aE.

45 Zur Sittenwidrigkeit allgemein *Paal*, JZ 2005, 436; zum Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz außerhalb des AGG vgl. *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, 22-23; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 91 f; *Ambrosius* in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 57; aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 395-396.

46 Dazu *Otte*, ZEV 2004, 393, 395. Kritisch *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 766; ablehnend, soweit es um Art. 3 GG geht, *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 340-341.

47 BVerfG NJW 2004, 2008 Rn. 38; BVerfG NJW 2000, 2495 Rn. 9; BVerfGE 67, 329; BGHZ 140, 118, 130; BGHZ 70, 313, 324-326.

48 BVerfG NJW 2004, 2008 Rn. 38; BVerfG NJW 2000, 2495 Rn. 9; BayObLGZ 1996, 204, 226; *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 758 f.

49 So etwa BGHZ 140, 118, 129 f (Ausschluss der weiblichen Abkömmlinge von der Nacherbfolge), insoweit von BVerfG NJW 2004, 2008 Rn. 38 nicht beanstandet; BGHZ 70, 313, 324-326 (Bevorzugung männlicher Abkömmlinge in erbvertraglichem Stiftungsgeschäft).

50 So z. Bsp. *Brox/Walker*, Erbrecht, 2009, Rn. 263. Anders aber *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 ff.

51 So schon *Dürrig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160, 179; *Stein* in: Soergel, § 1937 Rn. 26; dagegen jetzt *Otte* in: Staudinger, Vorbem. zu § 2064 ff, Rn. 152.

neu,⁵² wirft aber nach wie vor erhebliche methodische Probleme auf. Der Verfassungsgesetzgeber hat die „politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genannten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben – worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind, [...] verfassungskräftig verneint.“⁵³ Daraus folgt für die Berücksichtigung der objektiven Dimension des Art. 3 Abs. 3 GG im Zivilrecht, dass im Ausgangspunkt jedes dort genannte Merkmal „suspekt“ ist. Das scheint mittlerweile auch die Auffassung des Bundesgerichtshofs zu sein. Auslöser dafür waren die sog. „Ebenbürtigkeitsklauseln“.⁵⁴ Danach hängt die Erbenstellung davon ab, ob sich der potentielle Erbe „standesgemäß“ verheiratet oder aus einer „standesgemäßen“ Ehe hervorgegangen ist.⁵⁵ Der BGH verneinte im *Hohenzollernfall* letztlich nur im Ergebnis eine „gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßende [...] Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft“.⁵⁶ Der Abkömmling, der als Erbe grundsätzlich in Betracht kommt, durch Verfügung von Todes wegen aber von der Erbfolge ausgeschlossen ist, wird im Vergleich zu den anderen Abkömmlingen und tatsächlich eingesetzten Erben ungleich behandelt. Diese „Ungleichbehandlung des ältesten Sohnes des Erblassers, aber ebenso der übrigen – insbesondere weiblichen – Familienmitglieder“, so der Bundesgerichtshof, „ist Ausdruck der Testierfreiheit des Erblassers und überschreitet deren Grenzen nicht.“⁵⁷ Genauso gut könnte man formulieren, dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, weil der Erblasser seine grundrechtlich geschützte Testierfreiheit ausübt. Problematisch war die Tatsache, dass die Erbunfähigkeitsklausel keine „einfache“ Ungleichbehandlung, sondern eine gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßende Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft ist:

*„Die Klausel knüpft die Folge der Erbunfähigkeit nicht nur daran, daß der an sich berufene Abkömmling in einer nicht hausverfassungsmäßigen Ehe lebt. Sie führt vor allem auch dann zur Erbunfähigkeit, wenn ein Abkömmling nicht aus einer hausverfassungsmäßigen Ehe stammt.“*⁵⁸

Die Diskriminierung als solche führt nicht zur Unwirksamkeit der Erbklausel. Eine willkürliche Differenzierung kann nämlich Ausdruck der Testierfreiheit des

52 Siehe dazu bereits oben § 4 I 2 c.

53 BVerfGE 3, 225, 240.

54 Knapper Überblick bei *Leipold*, Erbrecht, 2009, Rn. 253-257b. Zum besonderen Problem des maßgeblichen Zeitpunkts siehe *Leipold*, LM § 138 (Cd) Nr. 30.

55 Siehe BGHZ 140, 118, aufgehoben durch BVerfG NJW 2004, 2008 (Ebenbürtigkeitsklausel greift in die Eheschließungsfreiheit des Abkömmlings ein); BVerfG NJW 2000, 2495, welches die Entscheidungen BayObLGZ 1996, 204, 224 ff und BayObLG FamRZ 2000, 380 bestätigt (kein Verstoß gegen die Eheschließungsfreiheit, wenn Erbvertrag die Erbenstellung von einer Zustimmung des Familienoberhauptes zur Heirat eines Abkömmlings abhängig macht).

56 BGHZ 140, 118, 131 ff (gerechtfertigt, weil sachliche Ziele verfolgt werden, insoweit von BVerfG NJW 2004, 2008 nicht beanstandet); siehe auch die Vorinstanz OLG Stuttgart FamRZ 1998, 260.

57 BGHZ 140, 118, 129 f.

58 BGHZ 140, 118, 131 ff.

Erblassers sein. Dazu der Bundesgerichtshof in einer vom Bundesverfassungsgericht *nicht* diskutierten⁵⁹ Passage seiner Entscheidung:

„[E]ine den Differenzierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG widerstrebende letztwillige Verfügung [kann] im Lichte der Testierfreiheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sittenwidrig sein. Ein solcher Ausnahmefall wird grundsätzlich nicht schon dann in Betracht kommen, wenn der Erblasser zwar in seiner letztwilligen Verfügung unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG differenziert, damit aber andere, von der Testierfreiheit gedeckte Ziele verfolgt wie insbesondere die aus Anlaß des Erbfales erforderlich werdende Regelung seiner Vermögensverhältnisse und damit sachlich zusammenhängende Fragen.“⁶⁰

Die Testierfreiheit schützt also das (freiheitsrechtliche) Anliegen des Erblassers, unter allen Personen diejenige auszuwählen, die ihm am besten geeignet scheint, den Nachlass in seinem Sinne fortzuführen.⁶¹ Das ist aus zwei Gründen bemerkenswert: (1.) Gegenüber einer Diskriminierung kann sich nur eine positive Konzeption der Testierfreiheit durchsetzen. (2.) Die privatautonome Entscheidung des Erblassers ist rechtfertigungsbedürftig. Daraus sind Konsequenzen in methodischer Hinsicht zu ziehen: Die maßgeblichen Gründe des Erblassers sind als sachliche Gründe einer Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung auf der Rechtfertigungsebene zu verankern. Bei einer „einfachen“ oder „sonstigen“ Ungleichbehandlung bildet bereits der Hinweis auf die negative Konzeption der Testierfreiheit den sachlichen Grund. Anders bei einer Diskriminierung.⁶² Knüpft der Erblasser die Ungleichbehandlung an ein von Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich verbotenes Diskriminierungsmerkmal an, steigen auf der Rechtfertigungsebene die Anforderungen an den sachlichen Grund.⁶³ Der „nackte“ Verweis auf die Testierfreiheit als Schutz der negativen Freiheit genügt nicht mehr. Der Erblasser wird gezwungen, die von ihm mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele offen zu legen, damit sie einer gleichheitsrechtlichen Überprüfung standhalten können. Die Anknüpfung an das Diskriminierungsmerkmal muss mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden.⁶⁴ Voraussetzung ist, dass die Anknüpfung an ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal von einem davon zu trennenden sachlichen Grund getragen ist. Es darf sich, mit anderen Worten, also nicht um eine intrinsische, sondern nur um eine instrumentale Diskriminierung handeln.⁶⁵ Die Anknüpfung an das Merkmal muss seinerseits geeignet und erforderlich sein, um diesen Zweck zu erreichen und sie muss das Freiheitsrecht des einen mit dem Gleichbehandlungsrecht des anderen in einen angemessenen Aus-

59 Vgl. BVerfG NJW 2004, 2008.

60 BGHZ 140, 118, 132.

61 BGHZ 140, 118, 133 f.

62 Eingehend dazu unten § 7 IV.

63 I.E. auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 4 b).

64 Vgl. BGHZ 123, 368, 378, wenn auch unter genau umgekehrten Vorzeichen: Das Gericht prüft dort einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, während hier das Grundrecht der Testierfreiheit als Rechtfertigungsgrund einer Ungleichbehandlung geprüft wird.

65 Zu den Begriffen näher unten § 6 V 1 c.

gleich bringen. Voraussetzung dafür ist es, die Diskriminierung des Abkömmlings als zweites Gleichheitsproblem zu erkennen.⁶⁶ Diskriminierungen wegen der Abstammung und Herkunft bzw. wegen des Geschlechts sind problematisch, weil sie stereotype Aussagen über Personen machen, die ihren Anspruch, als Gleiche wahrgenommen zu werden, verletzen. Im Hohenzollernfall knüpfte der Erblasser an diese Merkmale an, weil aus seiner vordemokratischen Sicht Frauen und nicht standesgemäße Abkömmlinge grundsätzlich nicht taugliche Erben sein können. Das Entscheidungsproblem lässt sich gleichheitsrechtlich rekonstruieren. Diesen Weg ist der Bundesgerichtshof freilich nicht gegangen.⁶⁷ Er behandelt den Konflikt vielmehr rein freiheitsrechtlich unter dem Aspekt der Begrenzung eines subjektiven Rechts. Ein sittenwidriger Ausnahmefall läge nur vor,

*„wenn die letztwillige Verfügung nach dem festgestellten Willen des Erblassers und den Umständen des Einzelfalls [...] darauf gerichtet und auch objektiv geeignet ist, den Betroffenen wegen des Merkmals, an das die Differenzierung anknüpft, nachhaltig in seiner Würde herabzusetzen“.*⁶⁸

Die Ungleichbehandlung wurde damit durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Diskriminierungsopfers ersetzt. Das hat in Deutschland Tradition.⁶⁹ Das Bundesverfassungsgericht blendete die gleichheitsrechtliche Dimension des Falles schließlich ganz aus. Es untersuchte nur die Frage, ob die Klausel geeignet sei, „die Eheschließungsfreiheit des als Nacherben eingesetzten Abkömmlings des Erblassers mittelbar zu beeinflussen“.⁷⁰ Damit verfehlte es zwangsläufig die Pointe des Falles. Die Ebenbürtigkeitsklausel schränkte die „Freiheit, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner einzugehen“,⁷¹ nur ein, soweit es um die „Abstammung und Herkunft der zukünftigen Ehefrau“⁷² geht. Der Erblasser transportierte damit eine in monarchischen Staats- und (!) Gesellschaftsordnungen anerkannte Statushierarchie mittels privatrechtlicher Institutionen in demokratische Systeme, rettete und perpetuierte sie damit. Das Bundesverfassungsgericht wies mit Recht auf die Fragwürdigkeit dieses Vorgangs hin.⁷³ Daher erstaunt es um so mehr, dass es den darin liegenden Angriff auf den gleichen Status der zukünftigen Ehefrau oder des zukünftigen Kindes nicht thematisierte. Darin liegt ein klassischer Anwendungsfall einer Diskriminierung in Dreiecksverhältnissen.⁷⁴

66 Siehe dazu oben § 2 III.

67 Kritisch auch *Leipold*, FG 50 Jahre BGH (Bd. 2), 2000, 1011, 1043 f.

68 BGHZ 140, 118, 132, insoweit nicht von BVerfG NJW 2004, 2008 beanstandet.

69 Siehe dazu oben § 4 I 5.

70 BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

71 BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

72 BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

73 BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 f.

74 Dazu ausführlich unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

3. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gesetzlichen Erbfolge

Bei der gesetzlichen Erbfolge gilt nach traditioneller Auffassung „der“ Gleichbehandlungsgrundsatz.⁷⁵ Das primär herrschende Parentelsystem⁷⁶ beruht auf dem Gedanken der gleichmäßigen Verteilung des Nachlasses unter gleichrangigen Erben.⁷⁷ § 1924 Abs. 4 BGB steht dafür paradigmatisch. Wie im Übrigen die §§ 2050 ff BGB zeigen, geht das Gesetz insgesamt davon aus, dass der Erblasser bei der gesetzlichen Erbfolge oder einer dieser inhaltlich entsprechenden gewillkürten Erbfolge (vgl. § 2052 BGB) seine Abkömmlinge grundsätzlich gleich berechnen will:⁷⁸ Danach müssen Abkömmlinge bei der gesetzlichen Erbfolge, mangels entgegenstehender Anordnung des Erblassers, Zuwendungen, die sie vor dem Erbfall von ihm erhalten haben (Vorempfänge), ausgleichen. Leitbild der gesetzlichen Erbfolge ist der *gleich gerechte* Erblasser, der eine gleichmäßige Vermögensausstattung seiner Kinder anstrebt.⁷⁹ Nach hier verwendeter Terminologie müsste man in diesen Fällen von Gleichberechtigung⁸⁰ sprechen: Das Gesetz – und nicht der Erblasser! – behandelt vergleichbare Gruppen von Angehörigen gleich. Mit der Festlegung der gesetzlichen Erbfolge gestaltet der Gesetzgeber das verfassungsrechtlich in Art. 14 Abs. 1 Var. 2 GG geschützte Institut „Erbrecht“ aus, indem er bestimmt, wie der Nachlass des Erblassers zu verteilen ist. Der Gesetzgeber genießt dafür einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Er muss allerdings den grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung wahren und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten. Dazu gehören auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die speziellen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 3 GG.⁸¹ Die vom Gesetz bei der gesetzlichen Erbfolge vorgesehene gleiche Berechtigung vergleichbarer Angehöriger ist damit verfassungsrechtlich zwingend vorgegeben. *Anne Röthel* spricht plastisch von den „verfassungsrechtlichen Erwartungen an die Gleichgerechtigkeit der Erbordnung“⁸². Die maßgeblich nach den familienrechtlichen Verwandtschaftsverhältnissen ausgerichtete Differenzierung zwischen den einzelnen Ordnungen (§§ 1924–1929 BGB) sowie das nach Stämmen bzw. Linien ausgerichtete Repräsentationssystem (vgl. § 1924 Abs. 2 BGB) und Eintrittsrecht (vgl. § 1924 Abs. 3

75 Grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 31 ff, 148, 268 f.

76 Dazu Brox/Walker, Erbrecht, 2009, Rn. 53.

77 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 31; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, 228.

78 Schlüter in: Erman, § 2050 Rn. 1; Brox/Walker, Erbrecht, 2009, Rn. 528; *Ann* in: MünchKomm-BGB, § 2050 Rn. 1.

79 Röthel, Gutachten A, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Bd. I, 2010, A 1, A57.

80 Zum Unterschied siehe oben § 5 II 1 b).

81 Vgl. BVerfGE 99, 341, 352 – *Behindertentestament*; BVerfGE 112, 332, 348 – *Pflichtteilsrecht*; zum Einfluss des Art. 3 GG auf das Erbrecht jetzt im Überblick Röthel, Gutachten A, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Bd. I, 2010, A 1, A20 ff.

82 Röthel, Gutachten A, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Bd. I, 2010, A 1, A56.

BGB) genügen diesen Anforderungen. Der Gesetzgeber darf und muss sich bei der Differenzierung an den Wertmaßstäben des Art. 6 GG orientieren.⁸³ Dabei hat er auch Art. 6 Abs. 5 GG als unmittelbar geltendes und ihn nach Art. 1 Abs. 3 GG bindendes Verfassungsrecht zu beachten.⁸⁴ Als besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes⁸⁵ verpflichtet ihn die Norm zur Gleichberechtigung des nichtehelichen Kindes im Erbrecht.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass Gleichberechtigung nicht notwendigerweise Gleichbehandlung bedeutet.⁸⁶ Danach genügt es, wenn dem nichtehelichen Kind eine angemessene Beteiligung am väterlichen Nachlass in Form eines Erbrechtes oder eines Geldanspruchs zuerkannt wird.⁸⁷ Der Gesetzgeber war daher *verfassungsrechtlich* nicht verpflichtet, das nichteheliche Kind *wie* ein eheliches zu behandeln. Entscheidend ist nur, dass das nichteheliche Kind wirtschaftlich *wie* ein eheliches am Nachlass partizipieren kann. Der Gesetzgeber des Jahres 1969 entschied sich daher gegen ein Erbrecht des nichtehelichen Kindes. Um Konflikte zu den ehelichen Abkömmlingen und dem Ehegatten zu vermeiden, war das nichteheliche Kind grundsätzlich nur in Form eines Geldanspruchs (Erbersatzanspruch, §§ 1934a ff BGB bzw. vorzeitiger Erbausgleich, §§ 1934d f BGB) zu beteiligen.⁸⁸ Diese Ungleichbehandlung wurde erst mit Wirkung zum 1.4.1998 beseitigt.⁸⁹ Allerdings nicht vollständig. Nach Art. 12 § 10 Abs. 2 NichtehelG ist jeder Erbanspruch eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes weiterhin ausgeschlossen.⁹⁰ Das ist nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch deshalb gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber das Vertrauen auf die Weitergeltung des alten Rechtszustandes schützen durfte.⁹¹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschied dagegen im Jahr 2009, dass diese Gründe mittlerweile die Ungleichbehandlung der nichtehelichen Abkömmlinge nicht mehr rechtfertigen können.⁹² Art. 12 § 10 Abs. 2 NichtehelG verstößt damit gegen Art. 14 EMRK iVm Art. 8 Abs. 1 EMRK.⁹³ Die Vorschrift wird in absehbarer Zeit aufgehoben.⁹⁴ Damit werden

83 Vgl. BVerfGE 112, 332, 353 ff – Pflichtteilsrecht.

84 BVerfGE 25, 167, 178 ff.

85 BVerfGE 25, 167, 173 mwN.

86 Zu dieser Diskrepanz in anderem Zusammenhang oben § 5 II 1 b) (2).

87 BVerfGE 25, 167, 174; BVerfGE 44, 1.

88 Eingefügt mit Art. 1 Nr. 88 des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (NichtehelG) v. 19.8.1969, BGBl. I S. 1243.

89 Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Erbrechtsgleichstellungsgesetz – ErbGleichG) v. 16.12.1997, BGBl. I S. 2968.

90 Dazu näher Werner in: Staudinger, Vorbem zu §§ 1924–1936 Rn. 36 ff.

91 BVerfGE 44, 1, 24 ff, 34 f; BVerfG Beschl. v. 3.7.1996, 1 BvR 563/96 (juris) und zuletzt BVerfG ZEV 2004, 114.

92 EGMR, Urt. v. 28.8.2009, App. No. 3545/04 – *Bauer v. Deutschland* = ZEV 2009, 510 Rn. 43.

93 EGMR, Urt. v. 28.8.2009, App. No. 3545/04 – *Bauer v. Deutschland* = ZEV 2009, 510 Rn. 45. Näher dazu *Leipold*, ZEV 2009, 488 ff; aA KG Beschl. v. 29.6.2010, 1 W 161/10 (juris).

94 Dazu näher der Entwurf zum Zweiten Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, BT-Drs. 17/3305.

die nichtehelichen Kinder bei Erbfällen ab dem 29.5.2009⁹⁵ auch dann wie eheliche behandelt, wenn sie vor dem 1.7.1949 geboren wurden.⁹⁶ Die Ungleichbehandlung bleibt danach in zwei Fällen bestehen: (1.) Beide Eltern und das Kind sind vor dem Stichtag verstorben.⁹⁷ (2.) Der Erbfall trat vor dem Stichtag ein.⁹⁸

4. Durchbrechungen der Dichotomie zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge

Anhand des Gleichberechtigungs- und Gleichbehandlungsprinzips lässt sich der strukturelle Unterschied von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge verdeutlichen: In der gewillkürten Erbfolge gilt das Gleichberechtigungsprinzip nur in einer Erbengemeinschaft; im Übrigen geht das Gesetz nicht von der Gleichberechtigung der (potentiellen) Erben aus. Auch der Erblasser ist im Ergebnis nicht zur Gleichbehandlung seiner Angehörigen verpflichtet. Diskriminiert er unter Anknüpfung an bestimmte persönliche Merkmale, wird die letztwillige Verfügung rechtfertigungsbedürftig. Bei der gesetzlichen Erbfolge verteilt der Staat den Nachlass. Daher ist er unmittelbar an den allgemeinen und die besonderen Gleichheitssätze gebunden. Setzt man diese privatrechtlich um, führen sie zur Gleichberechtigung und grundsätzlich auch zur Gleichbehandlung der Erben.

Das Gesetz führt die Dichotomie zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge nicht streng durch. Prinzipien der gewillkürten Erbfolge wirken sich auf die gesetzliche aus und umgekehrt. Ein Beispiel für den Einfluss der Testierfreiheit auch in der gesetzlichen Erbfolge findet sich in § 2050 Abs. 1 BGB. Danach greift das gesetzliche Gleichberechtigungsprinzip beim Ausgleich nur, soweit der Erblasser keine entgegenstehende Anordnung getroffen hat.⁹⁹ Anders formuliert: Der Wille des Erblassers ist Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung im System der gesetzlichen Erbfolge. Weil die Entscheidung des Erblassers dem System der gewillkürten Erbfolge zuzurechnen ist, ist er selbst nicht zur Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge verpflichtet.

Das wichtigste Beispiel dafür, wie sich das System der gesetzlichen Erbfolge auf die gewillkürte auswirken kann, ist das Pflichtteilsrecht. In jüngerer Zeit hat man die verfassungsrechtliche und rechtspolitische Rechtfertigung dieses Instituts kontrovers diskutiert.¹⁰⁰ Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur

⁹⁵ Am 28.5.2009 erging die Entscheidung des EGMR; vgl. dazu BT-Drs. 17/3305, S. 7.

⁹⁶ Vgl. näher BT-Drs. 17/3305, S. 6 f.

⁹⁷ Vgl. Art. 12 § 10 Abs. 2 NichtehelG-E.

⁹⁸ Art. 3 des Gesetzentwurfes; zu den verfassungsrechtlichen Erwägungen dazu BT-Drs. 17/3305, S. 7 ff.

⁹⁹ Näher *Ann* in: MünchKomm-BGB, § 2050 Rn. 21.

¹⁰⁰ Zum Streit über den Normzweck vgl. einerseits *Martiny*, Gutachten A, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, A 1, A 65 ff und andererseits *Dauner-Lieb*, FF 2001, 78, 79 f mwN. Instruktiv auch der Überblick bei *Haas*, ZEV 2000, 249, 250 ff; *Haas* in: Staudinger, Einl zu §§ 2303 ff Rn. 17 ff.

verfassungsrechtlichen *Pflicht* zum Pflichtteil dürfte hier für Orientierung sorgen.¹⁰¹ Das Pflichtteilsrecht sei danach tragendes Strukturprinzip des geltenden Erbrechts und als solches von der Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst.¹⁰² Die strukturprägenden Merkmale der Nachlasseteilhabe von Kindern seien daneben auf Art. 6 GG zurückzuführen und Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern bestehe.¹⁰³ Danach sichert der Pflichtteil eine bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass aus der Familiengebundenheit des Vermögens.¹⁰⁴ Die pflichtteilsberechtigten Personen („Abkömmlinge“) sind identisch mit den gesetzlichen Erben erster Ordnung (vgl. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB und § 1924 Abs. 1 BGB). Daher wird das Pflichtteilsrecht als partielle Verfestigung der gesetzlichen Erbfolge aufgefasst.¹⁰⁵ Das lässt sich an den Spuren der Gleichberechtigung im Pflichtteilsrecht¹⁰⁶ nachweisen. Dazu das Bundesverfassungsgericht:

„[D]as Pflichtteilsrecht [setzt] der Testierfreiheit des Erblassers und der damit für ihn eröffneten Möglichkeit, ein Kind durch Enterbung zu ‘bestrafen’, Grenzen. Es beschränkt die Entscheidungsfreiheit des Erblassers, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise er seine Kinder an seinem Nachlass beteiligen will. Das Pflichtteilsrecht schließt auf diese Weise die Ungleichbehandlung von Kindern durch den Erblasser zwar nicht aus, aber es relativiert diese Möglichkeit.“¹⁰⁷

Diese Aussage muss aber relativiert werden. Es geht dem Pflichtteilsrecht nicht um die gleiche Behandlung der gesetzlichen Erben: Die enttäuschte Erberwartung pflichtteilsberechtigter Personen wird in verfassungsrechtlich zulässiger Weise¹⁰⁸ ausschließlich mit einem Geldanspruch kompensiert (§ 2303 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁰⁹ Es kann daher allenfalls um die „gleiche“ Berechtigung der gesetzlichen Erben gehen. Um die Eigengesetzlichkeit der *gewillkürten* Erbfolge nicht vollständig zu negieren, kann die vom Pflichtteilsrecht erstrebte „gleiche“ Berechtigung schon im Ausgangspunkt nicht auf eine gleiche wirtschaftliche Partizipation am Nachlass angelegt sein. „Verfassungsrechtlich muss lediglich eine unentziehbare angemessene Teilhabe der Kinder am Nachlass des Erblassers gewährleistet werden.“¹¹⁰ Dieser Aspekt erklärt letztlich die freiheitsdienende Funktion des gleichheitsrechtlichen Aspekts im Pflichtteilsrecht. Rückt man mit dem Bundes-

101 Skeptisch beispielsweise *Lange* in: MünchKomm-BGB, § 2303 Rn. 4 f.

102 BVerfGE 112, 332, 349 ff – *Pflichtteilsrecht*.

103 BVerfGE 112, 332, 352 ff – *Pflichtteilsrecht*.

104 BVerfGE 112, 332, 349 – *Pflichtteilsrecht*.

105 Vgl. *Leipold*, JZ 1996, 287, 288; *Martiny*, Gutachten A, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, A 1, A 63.

106 Dazu *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 148, 269; *Gaier*, ZEV 2006, 2, 4.

107 BVerfGE 112, 332, 353 – *Pflichtteilsrecht*.

108 BVerfGE 112, 332, 354 – *Pflichtteilsrecht*.

109 *Kroppenborg*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 23 f.

110 BVerfGE 112, 332, 355 – *Pflichtteilsrecht*.

verfassungsgericht die „bedarfsunabhängige Teilhabe am Nachlass“¹¹¹ und den Zusammenhang von Vermögen und Familie ins Zentrum der Rechtfertigung dieser Institution, dringt man zum primär freiheitsrechtlichen Charakter des Pflichtteilsrechts vor. Es sichert die Partizipation der Abkömmlinge am Vermögen des Erblassers und damit einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich, um ihnen eine eigenverantwortliche Gestaltung ihres Lebens auf der ökonomischen Basis des Vermögens des verstorbenen Elternteils zu ermöglichen. Ob diese Partizipation als solche auch in der gewillkürten Erbfolge gerechtfertigt ist, kann man mit guten Gründen bezweifeln.¹¹² Akzeptiert man sie, folgt daraus zwingend die gleiche Berechtigung aller Abkömmlinge am Nachlass. Diese Freiheit soll dem Kind im Kern auch dann erhalten bleiben, wenn eine „Entfremdung zwischen dem Erblasser und seinen Kindern“ eingetreten ist. Im Ergebnis darf der Erblasser seine Abkömmlinge innerhalb der gewillkürten Erbfolge ungleich behandeln. Mit dem Pflichtteilsanspruch sichert das Recht dennoch die gleiche Berechtigung der übergangenen Abkömmlinge, allerdings nur als Geldanspruch (§ 2303 Abs. 1 S. 2 BGB) und nur zur Hälfte des wirtschaftlichen Werts (§ 2303 Abs. 1 S. 1 BGB). Beides sind vom Standpunkt der gewillkürten Erbfolge aus betrachtet Eingriffe in die Willensherrschaft des Erblassers. Vom Standpunkt der gesetzlichen Erbfolge aus gesehen, handelt es sich um Konzessionen an das Prinzip der Testierfreiheit.¹¹³ Von diesem Standpunkt aus erklärt sich auch die fortbestehende Ungleichbehandlung der übergangenen Abkömmlinge zu einem letztwillig bedachten Kind: Sie ist gerechtfertigt, weil die Testierfreiheit des Erblassers ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ist.

IX. Zwischenergebnis – Zurück in die Zukunft?

1. Heterogenität klassischer Legitimationsstrategien

Aus den problembeladenen Versuchen *Ludwig Raisers*¹ und *Götz Huecks*² zur Begründung einer allgemeinen Gleichbehandlungspflicht zog *Franz Bydlinski* vor einem halben Jahrhundert die Konsequenz, und gab die Hoffnung auf eine einheitliche, positive Begründung der Gleichbehandlungsfälle endgültig auf.³ Diesen Befund haben *Axel Metzger* und *Friedemann Kainer* jüngst in zwei unabhängig voneinander vorgelegten Studien bestätigt.

111 BVerfGE 112, 332, 350 – *Pflichtteilsrecht*.

112 *Dauner-Lieb*, FF 2001, 78, 79 f.

113 Vgl. zum Abwägungsvorgang BVerfGE 112, 332, 354 f – *Pflichtteilsrecht*.

1 Dazu oben § 4 I 1.

2 Siehe oben § 4 I 3.

3 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 42; ähnlich auch *Wolf*, FS Raiser, 1974, 597, 600 (kein einheitliches Rechtsprinzip, sondern jeweils verschieden zu begründende Gleichbehandlungsprinzipien mit unterschiedlichen Funktionen).

„Heute dominiert der Standpunkt, dass die zivilrechtlichen Gleichbehandlungspflichten zu unterschiedlich sind, als dass sie durch eine gemeinsame Begründung oder Lehre miteinander verbunden sein könnten.“ (Friedmann Kainer)⁴

„In Anbetracht der Diversität dieser Anwendungsbereiche verwundert es nicht, dass die bisherigen Versuche einer schärferen Konturierung eines allgemeinen Gleichbehandlungsprinzips für das ganze Privatrecht als gescheitert gelten.“ (Axel Metzger)⁵

Die Analyse der hier exemplarisch ausgewählten allgemeinen Gleichbehandlungspflichten scheint diesen Situationsbeschreibungen zunächst Recht zu geben. Ein allgemein akzeptierter gemeinsamer Nenner der verschiedenen Fallgruppen hat sich noch nicht herausgebildet. Das von der Untersuchung gelieferte Gesamtbild allgemeiner Gleichbehandlungspflichten privater Akteure ist sehr heterogen.

Obwohl im Arbeitsrecht oder im Verbandsrecht die Geltung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes gesichert ist, besteht nach wie vor Uneinigkeit über seinen jeweiligen Geltungsgrund.⁶ Das gilt auch und vor allem für die Verknüpfung mit oder Ableitung aus Art. 3 Abs. 1 GG. Gesellschaftsrechtlich ist zwischen einem nicht existierenden verbandsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz als Rechtsgrundsatz des Primärrechts und einem durchaus möglichen Rechtsgrundsatz des Sekundärrechts zu unterscheiden.⁷ Auf nationaler Ebene ist der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ein im Prinzip allgemein akzeptierter Rechtsgrundsatz mit teilweise ebenfalls unsicherem Geltungsgrund.⁸ Nach Metzger und Kainer reagiere das Recht mit der Gleichbehandlungspflicht in beiden Fällen auf Störungen der materialen Vertragsfreiheit der Parteien. Das kann man im Arbeitsrecht ganz allgemein mit einem „Machtgefälle der Vertragsparteien“⁹ oder mit der fehlenden materialen Richtigkeitsgewähr einseitiger Zuweisungen von Rechten und Pflichten durch den Arbeitgeber¹⁰ begründen. Im Gesellschaftsrecht ist der Minderheitenschutz das Ziel des Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹¹ Dabei konkurriert er mit den freiheitsrechtlich begründeten „beweglichen Schranken“ der Verbandsmacht, die in der Praxis eine größere Rolle spielen.¹² In der Sache wird ein Vorrang der Freiheit postuliert. Dieser wirkt sich in zahlreichen Beschränkungen des jeweiligen sachlichen Anwendungsbereichs

4 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 1 I. Kainer zweifelt allerdings diese traditionelle Auffassung inhaltlich an.

5 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 876.

6 Siehe dazu § 5 I 3 und II 3.

7 § 5 II 3 a).

8 § 5 II 3 b).

9 So Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 878.

10 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 4 a).

11 § 5 II 3 b).

12 Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 303 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 429 f.; Fleischer in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 12; zurückhaltender Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, 464; aA jetzt Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 51 ff.

und in *ad hoc*-Bereichsausnahmen beider Gleichbehandlungsgrundsätze aus.¹³ Für die Feststellung einer ungleichen Behandlung hat sich im Grundsatz ein deskriptiver Ansatz bewährt, nach dem normative Erwägung auf Tatbestandsebene keine wesentliche Rolle spielen sollen.¹⁴ Sie sind Teil einer umfassenden Rechtfertigungsprüfung. Für die Begründung der Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer bzw. Gesellschafter steht dem Arbeitnehmer bzw. dem Verband ein flexibler Rechtfertigungsmaßstab zur Verfügung, der vom Vorliegen eines sachlichen Grundes bis hin zur strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung reicht.¹⁵

Im Kapitalmarktrecht finden sich zahlreiche gesetzliche Verankerungen von Gleichbehandlungspflichten privater Akteure. Dazu zählen insbesondere die Pflicht zur (informationellen) Gleichbehandlung des Wertpapieremittenten,¹⁶ die Pflicht der Finanzintermediäre, ihren Kunden bei der Zuteilung überzeichneter Wertpapiere zumindest die Zuteilungskriterien offenzulegen¹⁷ und die Pflicht des Erwerbers einer Kontrollmehrheit des Unternehmens, die Inhaber von Wertpapieren daran gleich zu behandeln¹⁸. Nach ganz überwiegender Auffassung sind diese Pflichten jeweils auf spezifische kapitalmarktrechtliche Fallkonstellationen zugeschnitten und können daher nicht als Ausdruck eines einheitlichen kapitalmarktrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung interpretiert werden.¹⁹ „Gegen ein allgemeines Gleichbehandlungsprinzip sprechen“ – so Kainer – „schon marktprinzipielle Gründe.“²⁰ Es widerspreche diametral der Funktionsfähigkeit von Märkten, weil diese davon abhingen, „Produkte, Dienstleistungen und Güter aller Art stets neu zu bewerten“ und sich durch das „Streben der Marktteilnehmer nach ihrem individuellen Vorteil“ auszeichneten.²¹ Entscheidend für die „systemkonforme Begründung kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungspflichten ist vielmehr, ob die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts“ dadurch gefördert werde.²²

Im Wettbewerbsrecht trifft man auf ein scheinbares Paradox: Ein funktionsfähiger, auf Freiheit des einzelnen Akteurs gründender Wettbewerb bedarf weitreichender Gleichbehandlungspflichten marktbeherrschender und relativ marktstarker Unternehmen, um die wettbewerbliche Entfaltungsfreiheit aller Akteure zu sichern. Die allgemeinen und besonderen Gleichbehandlungsgebote im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht sind wettbewerbspolitisch motiviert. Sie belegen beispielhaft, dass der „Gleichbehandlungsgrundsatz immer dann Anwen-

13 § 5 I 4 a) und § 5 II 4 a).

14 § 5 I 4 b) und § 5 II 4 b) (2).

15 § 5 I 4 c) und § 5 II 4 c).

16 § 5 III 2.

17 § 5 III 5.

18 § 5 III 4 a).

19 § 5 III 6.

20 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 2.

21 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 2.

22 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 III 2.

dung finden kann, wenn die Marktmechanismen außer Kraft gesetzt sind, weil es an einem funktionierenden Wettbewerb auf der Anbieter- oder Abnehmerseite fehlt. Kann die diskriminierte Vertragspartei nicht auf andere Anbieter oder Abnehmer ausweichen, so fehlt dem privatrechtlichen Vertrag die Richtigkeitsgewähr.²³ Der Schutz des Wettbewerbs als Institution zwingt zum Schutz der einzelnen Marktbeteiligten vor Wettbewerbsbeschränkungen marktbeherrschender bzw. relativ marktmächtiger Unternehmen.²⁴ Die kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgebote haben die Aufgabe, die wettbewerbliche Entfaltungsfreiheit der übrigen Marktteilnehmer zu sichern.²⁵ Liegen bestimmte außergewöhnliche Umstände vor, müssen marktbeherrschende Unternehmen ihre Maßnahmen grundsätzlich objektiv (sachlich) rechtfertigen. Die Rechtsprechung zum Unionsrecht differenziert dabei bezüglich der erforderlichen „außergewöhnlichen Umstände“ und beim Maßstab der Rechtfertigungsanforderungen nach Fallgruppen.²⁶ Dadurch kommt es zu einem System gestufter Rechtfertigungspflichten. Sie reichen von dem einfachen Hinweis auf die Ausübung eigener Privatautonomie bis hin zur strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.²⁷ Aufschlussreich für die methodische Auflösung des Konflikts von Freiheit und Gleichheit ist das Behinderungs- und Gleichbehandlungsgebot im nationalen Recht (§ 20 Abs. 1 und 2 GWB). Weil jeder Wettbewerb eine Freiheitsbeschränkung anderer durch eigene Freiheitsausübung ist, kann der Konflikt zwischen konkurrierenden Freiheitssphären beim Behinderungsverbot nur im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung aufgelöst werden. Das Diskriminierungsverbot operiert dagegen primär gleichheitsrechtlich: Es zwingt die Normadressaten unmittelbar dazu, die Chancengleichheit aller anderen unternehmerischen Marktteilnehmer zu respektieren, um damit mittelbar deren Wettbewerbsfreiheit zu garantieren. Darin liegt das charakteristische Element des kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgebots: Die vom marktmächtigen Unternehmen ausgehende Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen indiziert die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit. Deren Ungleichbehandlung ist damit prinzipiell rechtfertigungsbedürftig. Für marktbeherrschende bzw. relativ marktstarke Unternehmen wird Gleichbehandlung damit zum Grundsatz und Abweichungen davon zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme.²⁸

23 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 878 mit Verweis auf *Schmidt-Rimpler*, 147 AcP (1941), 130. Im Ergebnis auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 b) bb) und cc).

24 § 5 IV 2 b) (1) und 3 c) (1).

25 § 5 IV 1.

26 § 5 IV 2.

27 § 5 IV 2 b) (3).

28 § 5 IV 3 b).

Mit marktbezogenen Erwägungen wird regelmäßig auch der allgemeine Kontrahierungszwang im nationalen Recht²⁹ erklärt.³⁰ Dieser ist nach vielfach vertretener Auffassung nur einschlägig, wenn der Vertragsinteressent auf die begehrte Leistung angewiesen ist und keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hat.³¹

Unbestritten ist auch die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im (europäischen)³² Insolvenzrecht, wobei man sich über die Bedeutung und den Geltungsgrund dieses Grundsatzes ebenfalls uneinig ist.³³ Im Ausgangspunkt handelt es sich um eine gesetzlich angeordnete Verteilungsregelung.³⁴ Sein Geltungsgrund lässt sich grundrechtsdogmatisch überzeugend auf die objektive Dimension des Art. 3 Abs. 1 GG zurückführen.³⁵

Vielfach ist der Grundsatz der gleichen Behandlung lediglich ein neutrales Ordnungsprinzip für die Organisation von Personenmehrheiten.³⁶ In diesen Fällen sollte man nicht vom Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern von einem Gleichberechtigungsprinzip sprechen. Dieses übernimmt die Verteilung von Rechten und Pflichten in Gesellschaften und Bruchteilsgemeinschaften³⁷ sowie innerhalb schuldrechtlicher Schuldner- und Gläubigermehrheiten³⁸. Dieses Gleichberechtigungsprinzip ist Ausfluss der objektiven Dimension des Art. 3 Abs. 1 GG, der den Privatrechtsgesetzgeber zwingt, im Zweifel die gleiche Verteilung von Rechten und Pflichten anzuordnen. Dagegen verpflichtet der eigentliche Gleichbehandlungsgrundsatz die beteiligten privaten Akteure zur Gleichbehandlung. Gerade weil das Gleichberechtigungsprinzip keine effektive Schranke gegen einen Missbrauch der Mehrheitsherrschaft in Gesellschaften und Bruchteilsgemeinschaften bildet, besteht Bedarf für einen genuinen Gleichbehandlungsgrundsatz.³⁹ Die Dichotomie zwischen Gleichberechtigungsprinzip und Gleichbehandlungsgrundsatz lässt sich auch im Erbrecht fruchtbar machen, um den strukturellen Unterschied zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge zu verdeutlichen.⁴⁰

Die gleiche Behandlung aller Gläubiger hat sich als Lösung des Verteilungsproblems beim unverschuldeten Teiluntergang einer Vorratsschuld bewährt, wenngleich die dogmatische Konstruktion der Gleichbehandlungspflicht des

29 Dazu § 5 VI 2.

30 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 878.

31 § 5 VI 2 b) (5).

32 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 876.

33 Dazu § 5 V.

34 Deshalb sieht Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 1 I darin keinen Anwendungsfall der Gleichbehandlungspflicht Privater.

35 Dazu § 5 V 2 c).

36 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 877; anders insoweit aber Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 b), der darin genuine und analogiefähige Gleichbehandlungsregelungen sieht.

37 Dazu § 5 II 1 b).

38 § 5 VII 1.

39 Dazu § 5 II 1 c).

40 Dazu § 5 VIII 3.

Schuldners nach wie vor ungeklärt ist.⁴¹ Gleichbehandlungspflichten eines privaten Akteurs sind auch in anderen schuldrechtlichen Konstellationen denkbar. Zwei Beispiele habe ich näher erörtert: Nach der Rechtsprechung sei der Schenker bei der Rückforderung nicht zur gleichen (anteilmäßigen) Inanspruchnahme von zwei gleichzeitig Beschenkten verpflichtet, weil es eine Gesamtschuld sei, die dem Selbstbestimmungsrecht des Gläubigers⁴² unterliege.⁴³ Dagegen ist der Schenker bei der Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechts beim Notbedarf (§ 519 BGB) an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.⁴⁴

Besonders spannungsgeladen sind Gleichbehandlungspflichten des Erblassers, weil „die Testierfreiheit in Teilen sogar stärker geschützt wird als die allgemeine Privatautonomie“.⁴⁵ Während man eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Abkömmlinge ganz allgemein verneint, zeigt der *Hohenzollernfall*⁴⁶ das komplexe Verhältnis von Testierfreiheit und Diskriminierungsverboten.⁴⁷ Dafür muss die mit der Ebenbürtigkeitsklausel verbundene Verletzung des Anspruchs auf gleiche Behandlung als Person als Diskriminierung gleichheitsrechtlich erfasst werden. Die Analyse der Entscheidung hat auch gezeigt, dass man das Spannungsverhältnis zwischen Testierfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung nicht über „Bereichsausnahmen“ oder die wenig hilfreichen *ad hoc*-Kategorien von „Grundsatz“ und „Ausnahmefall“ lösen muss. Die Struktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes ermöglicht es, die Ungleichbehandlungen als solche zu benennen und unter Anwendung eines differenzierenden Rechtfertigungsmaßstabes mit adäquater Berücksichtigung der Privatautonomie zu lösen.

2. Warum Gleichbehandlung?

Gleichbehandlungspflichten sind nach klassischer Auffassung eine begründungsbedürftige Ausnahme der Privatautonomie.⁴⁸ Ihr heterogenes Erscheinungsbild wird damit erklärt, dass „im Privatrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit den Vorrang“ genieße, soweit die Marktmechanismen ungestört funktionierten⁴⁹ und diese Funktionsstörungen jeweils eine sachspezifische Reaktion erforderlich machten. Damit bleibt aber offen, warum für die Beseitigung dieser Störung das Recht regelmäßig auf den Gleichbehandlungsgrundsatz zurückgreift.

41 Dazu § 5 VII 2.

42 Dazu § 5 VII 1.

43 Dazu § 5 VII 3 a).

44 Dazu § 5 VII 3 b).

45 Lange, Erbrecht, 2011, § 11 Rn. 14.

46 BGHZ 140, 118, insoweit nicht berührt durch BVerfG NJW 2004, 2008.

47 § 5 VIII 2.

48 Zuletzt nachdrücklich Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011 (passim).

49 Zuletzt etwa Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 878.

a) Gleichbehandlung durch Selbstbindung?

Daraus weist *Friedemann Kainer* einen Ausweg. Das deutsche Zivilrecht enthalte „entgegen mancher skeptischer Einschätzung durchaus einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz“.⁵⁰ *Kainer* ordnet die in diesem Kapitel untersuchten Gleichbehandlungspflichten zwei Erklärungsansätzen zu: Die Gleichbehandlungspflichten im allgemeinen Zivilrecht, der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und die Gleichbehandlung im Verbandsrecht seien „kommutative Gleichbehandlungspflichten“.⁵¹ Sie „wurzeln in der Verpflichtung des Privatrechts auf die Sicherung der ausgleichenden Gerechtigkeit und subjektiven Richtigkeit privaten Handelns.“⁵² Sie seien „in Form eines spezifischen Richtigkeitsmaßstabes letztlich Normen der zivilrechtlichen Inhaltskontrolle“ im Einzelfall.⁵³ Die wettbewerbsrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten dienten dagegen primär dem Schutz privatrechtlicher Rechtsinstitutionen. Als „institutionelle Gleichbehandlungspflichten“ würden sie nicht „durch eine Einschränkung der materialen Freiheit, sondern durch die Möglichkeit zur Störung der Institution ausgelöst“.⁵⁴ Beide Kategorien zielen primär auf die Verwirklichung der Austauschgerechtigkeit.⁵⁵ Gemeinsamer Auslöser der Inhaltskontrolle privater Maßnahmen ist der „Bezug auf den privatautonomen Parallellfall“⁵⁶. Das Gesetz greift bei kommutativen Gleichbehandlungspflichten „eine möglicherweise richtige Regelung im Parallellfall als Indiz für eine Unrichtigkeit der zu untersuchenden Regelung auf“⁵⁷ und bei institutionellen Gleichbehandlungspflichten „indiziert die Abweichung von einem Parallellfall eine unrichtige Vertragsgestaltung oder private Maßnahme und damit eine mögliche Störung des Wettbewerbs“⁵⁸.

Warum aber soll gerade „das Verhalten im (wesentlich gleichen) Parallellfall“⁵⁹ die Störung der Funktionsvoraussetzungen von Privatautonomie und Wettbewerb indizieren? Voraussetzung dafür ist, wie *Kainer* mit Recht betont, dass man „über den individualvertraglichen ‘Tellerrand’“ hinausschaut und die isolierte Betrachtungsweise⁶⁰ der Schuldverhältnisse aufgibt.⁶¹ Erst das ermögliche

50 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 V.

51 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 V.

52 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 V, § 7 II 1.

53 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 7 II.

54 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 IV, § 7 II 2.

55 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 7 II 2.

56 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 7 II 2.

57 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 7 II 1.

58 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 7 II 2.

59 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 V.

60 Dazu oben § 5 VII 2 a).

61 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) aa).

„die Beurteilung der Äquivalenz im Vergleich zum Parallellfall. Denn mit der Leistungsbeschreibung bringt der Bestimmungsberechtigte zugleich seine individuelle Richtigkeitsauffassung im Hinblick auf eine bestimmte Leistungsbewertung zum Ausdruck. [...] Fehlt es aber an einem Konsens, dann wird ein Widerspruch zwischen der eigenen Richtigkeitsauffassung, wie sie im Parallellfall expliziert wurde, und der infrage stehenden Regelung plötzlich rechtserheblich. Ein Zusammenhang zwischen Gleichbehandlung und Billigkeit [iSv § 315 BGB] kommt daher immer in Betracht, wenn der Bestimmungsberechtigte nicht nur einem, sondern mehreren oder vielen Vertragspartnern mit ähnlichen oder gleichen Vertragsbedingungen gegenübersteht.“⁶²

Damit ist die oben gestellte Frage freilich nicht beantwortet, im Gegenteil: Wie kann es in einer maßgeblich vom Grundsatz der Privatautonomie geprägten Zivilrechtsordnung sein, dass ausgerechnet die ungleiche Behandlung eines privaten Akteurs durch einen anderen privaten Akteur „suspekt“ ist? *Kainer* sieht dieses Problem und erkennt auch, dass man den privaten Akteur nicht ohne weiteres an sein eigenes Verhalten gegenüber einer anderen Person binden kann.⁶³ Privatautonomie bedeutet nämlich auch, „dass es ‘jedem frei steht, sein Verhalten zu ändern’ und der bloße Hinweis auf einen angeblichen Selbstwiderspruch ‘für sich alleine grundsätzlich keine brauchbare Begründung’ darstellt.“⁶⁴ Dennoch insistiert *Kainer* und behauptet, dass widersprüchliches Verhalten im Rahmen einer Richtigkeitskontrolle privatautonomen Verhaltens „die Unangemessenheit einer der beiden verglichenen Verhaltensweisen indizieren“ könne.⁶⁵

„Das Verhalten im Parallellfall lässt nämlich die eigene Richtigkeitsüberzeugung des Handelnden erkennen, an dem sich späteres oder paralleles Verhalten, das einer Inhaltskontrolle unterliegt, messen lassen muss. [...] Wer in vergleichbaren Fällen unterschiedlich handelt, setzt sich damit mit seiner eigenen Richtigkeitsvorstellung in Widerspruch und begründet auf diese Weise eine aus der Inhaltskontrolle begründete Rechtfertigungsobliegenheit.“⁶⁶

Kainer begründet also die Inhaltskontrolle mit der ungleichen Behandlung, die ihrerseits Ausdruck subjektiv unrichtiger Vorstellungen von der Richtigkeit des Austauschverhältnisses sei.⁶⁷ Aus der Ungleichbehandlung resultiere die Vermutung, „dass die Bestimmung in einer der beiden Sachverhalte ‘falsch’, also unbillig ist“.⁶⁸ Dieser Erklärungsversuch hat eine frappierende Leerstelle. Es bleibt völlig offen, welcher der beiden Sachverhalte unbillig ist! *Kainer* nennt keinen Grund dafür, dass gerade die Handlung, die einen Akteur im Vergleich zum Dritten ungleich — also: schlechter — behandelt, die Inhaltskontrolle auslöst. Er geht einfach davon aus. Diese Unzulänglichkeit ist in der These zwangsläufig an-

62 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) aa).

63 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 5.

64 *Singer*, NZA 1998, 1309, 1310 [unter Weglassung der Nachweise].

65 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 5.

66 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 5.

67 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) bb).

68 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) bb).

gelegt. *Kainers* übersieht nämlich die zwangsläufige Dreipoligkeit⁶⁹ seiner Gerechtigkeitskonzeption. Die Inhaltskontrolle des Tauschverhältnisses setzt voraus, dass einer der Tauschpartner seine Ungleichbehandlung registriert und wegen dieser Ungleichbehandlung tätig wird.

b) Gleichbehandlung aufgrund erwarteten Verhaltens

Dafür muss man die ausschließliche und das Blickfeld verengende Fokussierung auf den privatautonom Handelnden aufgeben und den ungleich behandelten Akteur ins Bild integrieren. Wenn der „Bestimmungsberechtigte nicht nur einem, sondern mehreren oder vielen Vertragspartnern mit ähnlichen oder gleichen Vertragsbedingungen gegenübersteht“⁷⁰ und er einen davon ungleich behandelt, ist es diese Ungleichbehandlung, die dem davon Betroffenen zum Widerspruch reizt. Zu den zwei Personen tritt also „ein dritter, handlungs- und berücksichtigungsrelevanter Pol“ hinzu.⁷¹ Die Relation der beiden Vertragspartner gewinnt seine spezifische Gerechtigkeitsdimension dadurch, indem mit dem Gerechtigkeitspol „ein Aspekt der Gleichheit zur normalen moralischen bzw. ethischen Relation und der Relation der Tauschgerechtigkeit hinzutritt“⁷². Ein schlagendes Beispiel für die Unzulänglichkeit der herkömmlichen bilateralen Fokussierung ist der leiharbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.⁷³ Hat man nur den Leiharbeitgeber im Blick, bereitet es „dem juristischen Verständnis Schwierigkeiten“, ihn zu verpflichten, seine Leiharbeitnehmer so zu vergüten, wie der Entleiher seine Stammbelagschaft vergütet.⁷⁴ Ein Gleichbehandlungsgebot, basierend auf dem Verhalten verschiedener privater Akteure, lässt sich nicht mehr mit dem Gedanken der Selbstbindung erklären.⁷⁵ „Das Verhalten des einen Adressaten – die Entgeltgewährung durch den Entleiher – soll nicht diesen selbst, sondern einen anderen binden, den Verleiher.“⁷⁶ Nimmt man dagegen den sozialen Kontext der Leiharbeit in Blick, wird das grundsätzliche Bedürfnis des Leiharbeitnehmers nach gleicher Entlohnung bei gleicher Arbeit im gleichen Betrieb schlagartig sichtbar. Daraus erklärt sich die zentrale Bedeutung dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes im ökonomischen Kontext.⁷⁷

Wir nähern uns damit der Antwort auf die Ausgangsfrage: Die ungleiche Behandlung wird von dem davon Betroffenen als „suspekt“ empfunden. Das kann

69 Dazu *von der Pfordten*, Rechtsethik, 2011, 219 ff.

70 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 5 b) aa).

71 Vgl. dazu aus gerechtigkeits-theoretischer Sicht *von der Pfordten*, Rechtsethik, 2011, 219 f.

72 *von der Pfordten*, Rechtsethik, 2011, 220.

73 Dazu § 5 I 5.

74 *Wank*, NZA 2003, 14, 18.

75 *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23, 26.

76 *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23, 26.

77 Dazu näher *Waltermann*, NZA 2010, 482, 484.

man überzeugend damit erklären, dass die privaten Akteure in sozialen Kontexten beim Vorliegen eines vergleichbaren Sachverhalts *erwarten*, gleich behandelt zu werden, es sei denn, der Handelnde kann ihre Ungleichbehandlung überzeugend erklären. An etwas versteckter Stelle sieht *Kainer* diesen Zusammenhang – ohne daraus allerdings weitere Schlüsse zu ziehen: (Kapitalmarktrechtliche) Gleichbehandlungspflichten dienen der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts; das sei

*„jedenfalls dann der Fall, wenn die Gleichbehandlung von den Marktteilnehmern erwartet wird. Erwartet werden gleiche Chancen und Risiken.“*⁷⁸

Diese *Erwartung der privaten Akteure, bei vergleichbaren Umständen nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt zu werden* ist nach meiner Auffassung der gemeinsame Kern der hier untersuchten Gleichbehandlungspflichten. Diese Erwartung haben die Arbeitnehmer im Unternehmen des Arbeitgebers,⁷⁹ unabhängig davon, ob es sich um Teilzeit- oder befristet Beschäftigte oder um Leiharbeiter handelt;⁸⁰ die Gesellschafter gegenüber den Organen der Gesellschaft;⁸¹ die Akteure auf dem Kapitalmarkt gegenüber Emittenten,⁸² Finanzintermediären,⁸³ und Unternehmensanteilserwerbern;⁸⁴ die Endverbraucher (Art. 102 S. 1 AEUV, § 19 GWB)⁸⁵ bzw. Unternehmen (Art. 102 S. 1 und S. 2 lit. c) AEUV, §§ 19, 20 Abs. 1 und Abs. 6 GWB)⁸⁶ gegenüber marktmächtigen Unternehmen; die Gläubiger gegenüber der Gemeinschaft der Gläubiger im Insolvenzverfahren;⁸⁷ der Vertragsnachfrager gegenüber dem Akteur, der seine Leistungen öffentlich anbietet;⁸⁸ die Käufer einer beschränkten und teilweise untergegangenen Gattungsschuld gegenüber dem Verkäufer;⁸⁹ die Beschenkten gegenüber dem Schenker;⁹⁰ und schließlich die Erben gegenüber dem Erblasser⁹¹. Mit der Vielzahl von Gleichbehandlungsgeboten bildet das Recht diese Erwartung in der Umwelt des Rechts auch im eigenen System ab. Zugleich berücksichtigt es mit dem systeminternen Begriff der Privatautonomie die konträre Erwartungshaltung der anderen Partei, den eigenen, auch wechselnden Präferenzen folgen zu können. Damit steht das Recht vor der enormen Herausforderung, den klassischen Konflikt von Freiheit und Gleichbehandlung systemintern aufzulösen. *Axel Metzgers*

⁷⁸ *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 5 II 2 (Hervorhebung im Original).

⁷⁹ § 5 I 4 a).

⁸⁰ § 5 I 5.

⁸¹ § 5 II 4 a).

⁸² § 5 III 2 b).

⁸³ § 5 III 5.

⁸⁴ § 5 III 4.

⁸⁵ § 5 V 3 c) und 4 b).

⁸⁶ § 5 V 2 b) (1).

⁸⁷ § 5 V 2 c) (2).

⁸⁸ § 5 VI 2 b) (4).

⁸⁹ § 5 VII 2 c).

⁹⁰ § 5 VII 3 b).

⁹¹ § 5 VIII 2 und 3.

Feststellung, dass „allen besonderen Gleichbehandlungsgeboten am Ende kaum mehr als der allgemeine Gerechtigkeitsgedanke [gemein ist], wonach Gleiches nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden darf“⁹², zeigt uns, dass auch 60 Jahre nach Beginn der Debatte⁹³ dieses Gerechtigkeitsproblem im (Zivil-) Recht noch nicht ausreichend verarbeitet wurde. Darauf werde ich in § 7 zurückkommen.

92 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 877.

93 Dazu oben § 4 I 1.

§ 6 Spezielles Nichtdiskriminierungsrecht

I. Das Nichtdiskriminierungsprinzip

1. Diskriminierungsverbote als unzureichende Gründe von Ungleichbehandlungen

Im Anwendungsbereich allgemeiner Gleichbehandlungsgebote ist eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn sich *ein* sachlicher Grund dafür finden lässt. Ein hinreichender Grund fehlt, wenn alle in Betracht kommenden Gründe unzureichend sind. Weil die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann, ist die Gleichbehandlung geboten.¹ Die Zulässigkeit der Differenzierung hängt ausschließlich davon ab, ob es mindestens einen zureichenden Grund dafür gibt. Diese Frage kann der Gleichbehandlungsgrundsatz als solcher nicht beantworten.² Darin liegt das zentrale Wertungsproblem allgemeiner Gleichbehandlungssätze. Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz ist eine Antwort auf dieses Problem des Gleichheitsrechts.³ Das hat *Alexander Somek* präzise geschildert:

„Der Grundsatz spezifiziert die Anwendungsbedingungen dieses Rechts. Er enthält die Bedingungen, unter denen die Gründe für eine Ungleichbehandlung zu verwerfen sind. Es bleibt also nicht bei dem [...] diagnostizierten ‘Wertungsproblem’, wenn die Frage zu beurteilen ist, welche Gründe für das Erlaubtsein einer Ungleichbehandlung als ‘zureichend’ zu erachten sind. Zureichende Gründe müssen nicht identifiziert werden. Es geht um unzureichende Gründe. Während das Gleichheitsrecht besagt, dass Personen gleich behandelt werden sollen, wenn nichts – präziser: nicht irgendein vertretbarer Grund – dagegen spricht, isoliert der Antidiskriminierungsgrundsatz die Gründe, die nicht gegen eine Gleichbehandlung sprechen dürfen und also auch nicht vertretbar sind. Zur Begründung der Erlaubnis zur Ungleichbehandlung reichen Gründe daher schon dann hin, wenn sie keine Diskriminierung einschließen oder unterstützen.“⁴

Diskriminierungsverbote enthalten verbindliche Werturteile: Bestimmte Merkmale werden von der Rechtsordnung grundsätzlich als untauglich angesehen, eine Differenzierung rechtfertigen zu können.⁵ Sie enthalten eine abschließende Antwort auf die politische Frage, ob diese Ungleichheiten von der Rechtsordnung als ein beachtlicher Grund für Differenzierungen akzeptiert werden kön-

1 Vgl. dazu im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 370 f.

2 Insoweit übereinstimmend *Kainer*, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, 2011, § 2 II 1.

3 Siehe *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 373 ff. Zu den möglichen Lösungsstrategien im Überblick vgl. *Pöschl*, *Gleichheit vor dem Gesetz*, 2008, 172 ff mwN; zur konkreten Anwendung im Arbeitsrecht vgl. statt vieler *Wiedemann*, *Gleichbehandlungsgebote*, 2001, 47 ff.

4 *Somek*, *Rationalität und Diskriminierung*, 2001, 41 f (Hervorhebungen hinzugefügt).

5 Vgl. *Wiedemann*, *Gleichbehandlungsgebote*, 2001, 40.

nen.⁶ Man kann von „verpönten Merkmalen“ sprechen.⁷ Dem Wort kommt eine zweifache Bedeutung zu: In der Umwelt des Rechts ist es – aus instrumentalen oder intrinsischen Gründen⁸ – „verpönt“, das Merkmal zu tragen. Das Nichtdiskriminierungsrecht „verpönt“ dagegen Unterscheidungen, die an dieses Merkmal anknüpfen.⁹ Angewendet auf Rasse und ethnische Herkunft, verbietet das Prinzip der Nichtdiskriminierung in der klassischen Beschreibung von *Paul Brest* „decisions and conduct [...], that would have been different but for the race of those benefited or disadvantaged by them“¹⁰. Nichtdiskriminierungsrecht entbindet den Rechtsanwender davon, Gleichheit dort zu suchen, wo möglicherweise Differenz vorliegt: Ein Schwarzer „ist“ kein Weißer, eine Frau „ist“ kein Mann. Es knüpft an tatsächliche oder nur wahrgenommene Differenzen an und bestimmt, dass sie für Entscheidungen nicht relevant sein dürfen. Anders formuliert: Trotz einer bestehenden oder zugeschriebenen Ungleichheit von Akteuren in der Umwelt des Rechts ordnet das Recht die Gleichbehandlung der Person an. Im Anwendungsbereich eines Diskriminierungsverbots kommt es daher nur darauf an, dass die Ungleichbehandlung einer Person nicht auf der verbotenen Diskriminierung beruht. Ob es daneben positive Gründe für die Ungleichbehandlung gibt, ist für das Nichtdiskriminierungsrecht irrelevant. Wer beispielsweise einem allgemeinen Kontrahierungszwang unterliegt,¹¹ kann auf Abschluss des Vertrages verklagt werden, wenn keine sachlichen Gründe für dessen Ablehnung oder für die Abweichung von den üblichen Bedingungen vorliegen. Wer dagegen einem Diskriminierungsverbot unterliegt, ist nur daran gehindert, den Abschluss des Vertrages aus bestimmten Gründen – den diskriminierenden Merkmalen – zu verweigern.¹² Erwägungsgrund (14) der Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen¹³ verdeutlicht diesen Zusammenhang:

„Für jede Person gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der die freie Wahl des Vertragspartners für eine Transaktion einschließt. Eine Person, die Güter oder Dienstleistungen bereitstellt, kann eine Reihe von subjektiven Gründen für die Auswahl eines Vertragspartners haben. Diese Richtlinie sollte die freie Wahl des Vertragspartners durch eine Person solange nicht berühren, wie die Wahl des Vertragspartners nicht von dessen Geschlecht abhängig gemacht wird.“

6 BVerfGE 3, 225, 240.

7 So *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 25, 59.

8 Dazu unten § 6 V 1 c).

9 Vgl. die Klarstellung bei *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 173.

10 *Brest*, 90 Harv. L. Rev. 1, 6 (1976).

11 Dazu oben § 5 VI 2.

12 Siehe *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 394 f.

13 ABl. L 373 v. 21.12.2004, S. 37.

Nichtdiskriminierungsrecht ist daher bescheidener als das allgemeine Gleichbehandlungsrecht und radikaler zugleich: Bescheidener, weil es keine positive Rechtfertigung mit zulässigen Handlungsgründen verlangt, sondern lediglich bestimmte Gründe als handlungsmotivierende Faktoren ausschließt.¹⁴ Radikaler, weil diese Gründe prinzipiell keine Rolle bei der Ungleichbehandlung spielen dürfen und die Rechtfertigungsanforderungen erheblich intensiviert werden. Es kommt daher entscheidend auf die Merkmale an, an die anzuknüpfen von der Rechtsordnung „pönalisiert“ wird. Die Liste potentieller Merkmale ist lang. *Alexander Somek* hat eine unvollständige und politisch inkorrekte Aufzählung vorgelegt:

*„Rollstuhlfahrer, Blinde, Schwerhörige, Spastiker, Debile, Imbezile, Bucklige, Entstellte, Transsexuelle, Schwule, Lesben, Huren, Stripperinnen, Aktionskünstler, Kinderlose mit Kinderwunsch, Kranke, Todkranke, Mindestpensionisten, Angehörige von Familien mit einem Einkommen unterhalb des Durchschnittseinkommens, Ex-Häftlinge, ältere arbeitslose Personen, Ungebildete, Unausgebildete, dunkelfarbige Ausländer, Ausländer aus Balkanländern und Ländern Osteuropas, Türken, Ägypter, alleinerziehende Mütter, Ehefrauen, Depressive, Mystiker, Ausgebrannte.“*¹⁵

Würde man alle diese – und noch andere denkbare Merkmale – in einem Katalog zusammenfassen, wird das Diskriminierungsverbot zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot.¹⁶ Das führte unweigerlich zum Konflikt mit der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung, die auf Differenzierungen und Präferenzen der einzelnen Akteure aufbaut¹⁷ und in der Diskriminierungen *rational* sein können¹⁸. Daher tut eine Auswahl not. Damit stößt man auf ein Grundproblem des Nichtdiskriminierungsrechts: Die Auswahl bewirkt, dass seine Schutzmechanismen bei Benachteiligung wegen anderer Merkmale nicht zur Verfügung stehen. „Indem das Gesetz durch einen abschließenden Katalog andere, möglicherweise unsachliche Benachteiligungen von seinem Schutz ausschließt, diskriminiert es selbst und erteilt – jedenfalls die von ihm gebotenen Schutzinstrumente betreffend – die Lizenz zur Diskriminierung.“¹⁹ Das ist zugespitzt formuliert, trifft aber den Kern des Problems.²⁰

14 *Neuner*, Vertragsfreiheit, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 73, 86 f.

15 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 4.

16 So *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 13; *Neuner*, 2 ERCL 35, 44 (2006).

17 *Neuner*, 2 ERCL 35, 44-45 (2006); *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 248 f.

18 Dazu *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167-169 (1998).

19 *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 671 f.

20 *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, Kap. 1 Rn. 35.

2. Diskriminierungsverbote als rechtliche Reaktion auf soziale Statushierarchien

Zwei Fragen drängen sich auf: Anhand welcher Kriterien werden bestimmte Merkmale zu verbotenen Diskriminierungsmerkmalen? Der – vorläufigen²¹ – Antwort nähert man sich am besten historisch. Die *Civil Rights Acts* von 1866, 1870 und 1875 sowie von 1964 reagierten auf die anhaltende Ungleichbehandlung Schwarzer in einer von Weißen geprägten Sozialordnung. Sie zielten darauf, die gleiche Freiheit von Personen zu realisieren, die ihnen von der weißen Mehrheitsgesellschaft verweigert wurde und wird, weil sie schwarze Sklaven waren und, selbst nach Ausstattung mit gleichen Rechten, in den Augen der Weißen Schwarze – und damit „Anderer“ – geblieben sind.²² Diskriminierungsverbote knüpfen daher in der Regel an die personenbezogenen Merkmale von Individuen an, die vom (Status-) Recht²³ und in der Gesellschaft instrumentalisiert werden: Die betroffenen Individuen werden zu Mitgliedern einer als homogen konstruierten Gruppe (die „Anderen“) gemacht, die aufgrund dieser Merkmale von der jeweils herrschenden Gruppe („uns“) unterschieden wird.²⁴ Die Unterscheidung anhand bestimmter Merkmale ist notwendig, um die „Anderen“ schlechter behandeln zu können, weil sie als solche weniger wert sind als „wir“.²⁵ Diese Eigenschaften konstituieren den sozialen Status²⁶ einer Person und ihren Platz in der sozialen Statushierarchie einer Gesellschaft.²⁷ Max Weber sprach mit Bezug auf ständische und ethnische Unterscheidungen von einem „Kastensystem“: Aus dem „horizontalen unverbundenen Nebeneinander“ ethnischer Unterscheidungen wird ein „vertikales soziales Übereinander“ gemacht.²⁸ Er wies bereits darauf hin, dass die ethnische Unterscheidung keineswegs die einzig mögliche ist.²⁹ J. M. Balkin führt diesen Gedanken konsequent weiter und weist auf die sozialen Funktionen potentieller Differenzierungsmerkmale hin:

*„There is no necessary limitation on what characteristics can serve to distinguish status groups in a status hierarchy. [...] The number of traits that might be used to distinguish human beings is limitless, but the organization of a status hierarchy is a result of a particular history of social stratification and subordination. The question is not whether identifying traits exist that might distinguish people, but whether society has organized itself into a system of super- and subordination based on those traits. The issue is social stratification based on traits, not the nature of the traits themselves.“*³⁰

21 Eingehend dazu unten § 7 IV 4.

22 Dazu ausführlich oben § 3.

23 Zur Bedeutung des Statusrechts bereits oben § 1 I 4.

24 Zur Gegenüberstellung von einem „Wir“ und einem „Anderen“ als Grundlage der Diskriminierung siehe *Fisahn*, Rechtslehre 2006, 67 f und *Schiek*, 8 ELJ 290, 309 (2002).

25 Zu diesem Zusammenhang näher die Fallstudie oben § 3 I 4.

26 Zum Begriff Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 403.

27 Balkin, 106 Yale L.J. 2313, 2321-23 (1997).

28 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 536.

29 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 536 f.

30 Balkin, 106 Yale L.J. 2313, 2323 (1997) (Hervorhebungen hinzugefügt).

Es kommt also nicht darauf an, um welche Eigenschaft es sich handelt, sondern darauf, welche soziale Bedeutung ihr im Verhältnis zu anderen zugeschrieben werden kann. Es ist für dieses Statusverständnis auch unerheblich, ob das Merkmal unveränderlich ist oder nicht. Eine vergleichende Betrachtung der Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft, Geschlecht und Religion verdeutlicht diese These.

Auf den ersten Blick scheint sich Religion von den drei anderen Diskriminierungsmerkmalen Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht deutlich zu unterscheiden. Jene werden nach traditioneller Auffassung als angeborene Persönlichkeitsmerkmale aufgefasst, die unveränderbar (*immutable*) sind und von anderen als Unterscheidungskriterien sofort wahrgenommen werden können (*visibility*).³¹ Diese Sichtbarkeit ermöglicht es, den Merkmalen bestimmte Wertungen zuzuschreiben,³² die ihrerseits die Trennung zwischen „uns“ und den „Anderen“ ermöglicht. Weil die Person aufgrund der Unveränderbarkeit des Merkmals diesen Zuschreibungen nicht ausweichen kann, sind die zugeschriebenen Wertungen unter Geltung des Axioms der gleichen Würde jeder Person moralisch nicht zu rechtfertigen. Beide Faktoren treffen auf Religion nicht unbedingt zu. Eine religiöse Überzeugung wird im Lauf des Lebens erworben und kann, theoretisch zumindest, von jedem auch wieder abgelegt oder geändert werden. Davon geht Art. 9 Abs. 1 EMRK aus, weil er die Freiheit einer Person garantiert, eine Religion wechseln zu können.³³ Daher hat jemand, der wegen seiner Religion diskriminiert wird, an sich die Möglichkeit, seine Religion zu ändern. Daneben wird der Glaube nur sichtbar, wenn der Betroffene sich dazu mit Worten oder durch Zeichen bekennt.³⁴ Der Fall der kopftuchtragenden Angestellten zeigt, dass ein privater Akteur einer Person vorschreiben kann, einen bestimmten Glauben oder Nicht-Glauben zu haben oder sich (nicht) in einer bestimmten Weise dazu zu bekennen.³⁵ Das Freiheitsrecht wird hier als Zumutbarkeitsgrenze solcher Eingriffe instrumentalisiert. *Dagmar Schiek* sah daher in der verbotenen Diskriminierung wegen der Religion einen „bestätigenden Freiheitsschutz“, den sie vom „originären Diskriminierungsschutz“ der klassischen Merkmale unterscheiden möchte.³⁶ Diese Differenzierung ist nicht haltbar. Die damit implizierte Annahme, das Geschlecht sei unveränderbar, ignoriert das Phänomen der Transsexualität.³⁷ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Gerichtshof der Europäischen

31 Vgl. dazu näher *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 493-498 (1998) zum U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht.

32 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 26 ff spricht daher von „aspektiven Persönlichkeitsmerkmalen“.

33 Dazu *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 1985, Art. 9 Rn. 9.

34 So *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 34.

35 BAG NJW 2003, 1685.

36 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 34; mittlerweile hat sie diese Position erheblich modifiziert, siehe *Schiek*, 8 ELJ 290, 309-311 (2002).

37 Näher zum Argument *Damm*, Menschenwürde, 2006, 452 ff.

Union und das Bundesverfassungsgericht teilen denselben Ausgangspunkt:³⁸ „Das Geschlecht eines Menschen kann sich ändern.“³⁹ Auch die Vorstellung, die Rasse eines Menschen sei gegeben und unveränderbar, trifft nicht zu: Homer Plessy war „a person of color“, weil ihn der Staat Louisiana zum Schwarzen machte.⁴⁰ Die Rasse eines Menschen ist auch nicht immer sichtbar, wie das Phänomen des „*racial passing*“ in den U.S.A.⁴¹ zeigt: Schwarzen gelang es aufgrund ihrer Persönlichkeitsmerkmale, als Weiße aufzutreten und damit an den für Weiße geltenden Privilegien teilzuhaben.⁴² Von einer „selbst gewählten“ oder freiwilligen Entscheidung konnte aber keine Rede sein.⁴³ *Balkin* fasste die wesentlichen Argumente gegen die Veränderbarkeits- und SichtbarkeitsThese zusammen:

*„Discrimination against blacks, for example, is not unjust simply because race is an immutable characteristic. Focusing on immutability per se confuses biological with sociological considerations. It confuses the physical existence of the trait with what the trait means in a social system. Racial discrimination is wrong because of the historical creation of a status hierarchy organized around the meaning of skin color. The question to ask is not whether a trait is immutable, but whether there has been a history of using the trait to create a system of social meanings, or define a social hierarchy, that helps dominate and oppress people.“*⁴⁴

Dasselbe gilt auch für die Religion. Es ist einer Person unzumutbar, zur Vermeidung sozialer Nachteile ihren Glauben oder ihr religiöses Bekenntnis zu verbergen. Darin liegt das eigentliche Unrecht der Diskriminierung aufgrund der genannten Merkmale: Sie verlangt von den „Anderen“, dass sie sich, um der Diskriminierung auszuweichen, „uns“ anpassen.⁴⁵ Bei Rasse, ethnischer Herkunft und Geschlecht leuchtet es aufgrund der tatsächlichen Schwierigkeiten einer Anpassung ein, dass es moralisch nicht zu rechtfertigen ist, die Merkmalsträger für ihre Nichtanpassung verantwortlich zu machen. Religion ist dagegen konstitutiv für die ethische Person und unsere personale Identität.⁴⁶ Der Preis für ein Ausweichen wäre viel zu hoch: Er bedeutete unsere Selbstzerstörung als ethische und moralische Person.⁴⁷ Das verhindert die Anpassungsfähigkeit.⁴⁸ Selbstverleugnung darf hier nicht verlangt werden. Diesen Schutz bewirkt das Nicht-

38 Dazu *Grünberger*, Reform des TSG, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität, 2008, 81, 82.

39 BVerfGE 121, 175 Rn. 38 – *Transsexualität VII*; siehe EGMR, Ur. v. 11.7.2002, App. No. 28957/95 – *Goodwin v. U.K.* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/Rn.76ff>; EuGH, Ur. v. 7.1.2004, Rs. C-117/01 – *K.B. v. National Health Service Pensions Agency* = Slg. 2004, I-541 Rn. 29 ff; BVerfGE 49, 286, 297 f – *Transsexualität I*.

40 Dazu § 3 III 5.

41 Vgl. dazu *Rush*, 13 Harv. Blackletter L.J. 65 (1997).

42 Vgl. dazu *Harris*, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1710-1714 (1993).

43 Siehe dazu *Harris*, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1743-1744 (1993).

44 *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2365-2366 (1997).

45 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 204 f.

46 Vgl. *Muckel* in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 4 Rn. 12.

47 Vgl. im größeren Zusammenhang *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 509-19 (1998).

48 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 29.

diskriminierungsprinzip. Sein Eingreifen hängt also nicht davon ab, dass es sich bei dem geschützten Merkmal um ein im deskriptiven Sinne unveränderbares Persönlichkeitsmerkmal handelt.⁴⁹

Dieser soziologische Statusbegriff unterscheidet sich vom rechtlichen Statusbegriff⁵⁰ in mehrfacher Hinsicht:⁵¹ (1.) Der rechtliche Status betrifft die Rechtsstellung einer Person im Verhältnis zu anderen Personen.⁵² Der soziale Status weist der Person eine Position in hierarchisch organisierten Gesellschaften zu. (2.) Der rechtliche Status ist ein Anknüpfungspunkt von subjektiven Rechten und Pflichten.⁵³ (3.) Der rechtliche Status unterscheidet sich vom Verhalten einer Person. Der soziale Status setzt sich dagegen aus zahlreichen Elementen zusammen, zu denen auch Verhaltensweisen und Lebensformen zählen. Das hat nach *Balkin* eine wichtige Konsequenz:

„Status-based discrimination in the sociological sense is discrimination with respect to all of the cultural markers – including ‘conduct’ – that distinguish groups or are otherwise associated with them.“⁵⁴

Mit dem derart zugeschriebenen sozialen Status einer Person oder Personengruppe wird regelmäßig eine „zweidimensionale soziale Unterscheidung“⁵⁵ getroffen. Die Merkmale werden als Distributionsfaktoren im Wirtschaftssystem eingesetzt und drücken in anderen Sozialsystemen einen Wertunterschied aus. Wie sich insbesondere anhand der beiden klassischen Merkmale Rasse und ethnische Herkunft einerseits bzw. Geschlecht andererseits belegen lässt, bildeten und bilden sie grundlegende Ordnungsfaktoren für das Wirtschaftssystem. Das habe ich oben für das Merkmal Rasse im speziellen Kontext des U.S.-amerikanischen Südens nachgewiesen.⁵⁶ Es gilt für das Geschlecht genauso: So sind Führungspositionen in der Wirtschaft auf Arbeitsverhältnisse ausgelegt, „die auf Männer in Subtraktion familiärer Pflichten und Addition hausfraulicher Unterstützung zugeschnitten sind.“⁵⁷ Der nach wie vor niedrige Anteil von Frauen in Führungspositionen der Wirtschaft spricht für sich.⁵⁸ Die Ungleichbehandlung von Frauen in der Ehe⁵⁹ ist ein historisches Beispiel für die Statuszuweisung durch Abwertung

49 Dazu weiterführend *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2361-67 (1997).

50 Zum deutschen Verständnis siehe *Muscheler*, Familienrecht, 2012, Rn. 90 ff; *Röthel*, StAZ 2006, 34, 40 ff; *Windel*, StAZ 2006, 125, 128 ff.

51 Einzelheiten bei *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2325 (1997).

52 *Röthel*, StAZ 2006, 34, 41.

53 *Muscheler*, Familienrecht, 2012, Rn. 95.

54 *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313, 2325 (1997).

55 Dazu eingehend *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 32 ff, 36 f.

56 Zur sozialen Funktion der Diskriminierung Schwarzer in den U.S.A. im 19. Jahrhundert bereits oben § 3 I 4.

57 *Hobmann-Dennhardt*, FS Pfarr, 2010, 235, 243.

58 Dazu weiterführend *Grünberger*, NZA-Beilage 2012, 139 ff; *Grünberger*, Rechtswissenschaft 2012, 1.

59 Dazu oben § 2 II.

im Teilsystem Familie. Ein aktuelles Beispiel ist die fortbestehende Ungleichbehandlung von homosexuellen Partnerschaften im Statusrecht.

Diesen Nexus wollen Diskriminierungsverbote aufbrechen. Sie sind ein Versuch, das zweite Gleichheitsproblem⁶⁰ zu lösen, indem sie die Anknüpfung an ein Merkmal verbieten, das traditionell zur Stigmatisierung⁶¹ von Personen und zur Bildung sozialer Hierarchien⁶² verwendet wird. Sehr kontrovers ist die Diskussion darüber, ob sich dieser Versuch lohnt. *Catharine MacKinnon* zweifelte daran:

„That women have voluntarily engaged law at all is a triumph of determination over experience. It has not been an act of faith. [...] Treacherous and uncertain and alien and slow, law has not been women's instrument of choice.“⁶³

Elisabeth Holzleithner widersprach:

„Ein Recht zu haben, ist Ausdruck einer fundamentalen Form der Anerkennung. Wer Rechte hat, zählt.“⁶⁴

Rechte verändern nämlich die Art, wie ein Konflikt ausgefochten wird. Die Kräfteverhältnisse verschieben sich. Das Nichtdiskriminierungsrecht zwingt die Normadressaten dazu, die Gründe offenzulegen, die in einer Rechts- und Gesellschaftsordnung verwendet werden, um Angehörige von Minderheiten strukturell zu benachteiligen. Das macht zugleich auch die Zeitgebundenheit und immanenten Unzulänglichkeiten von Diskriminierungsverboten aus. Wir neigen zwar dazu, zu glauben, dass bestimmte Formen von Diskriminierung schon immer ungerecht waren und wir diesen Zusammenhang erst seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts richtig „entdeckt“ haben. „That strikes me“, wie *John Gardner* zutreffend bemerkte, „as most implausible.“⁶⁵ Weil Diskriminierungen im gesellschaftlichen Kontext stehen, sind die damit verbundenen Einschränkungen von Freiheitssphären der Betroffenen jeweils vor dem Hintergrund der allen anderen gleich zugänglichen Freiheitssphären zu sehen.

3. Spezielles und allgemeines Nichtdiskriminierungsrecht

Das leitet über zur zweiten Frage: Wer bestimmt die Auswahl relevanter Diskriminierungsverbote?⁶⁶ Im gewaltenteilenden Rechtsstaat kann diese Entscheidung prinzipiell allen drei Gewalten zugewiesen werden. In der Praxis konkurrieren Gesetzgebung und Judikative um die Deutungshoheit. Geht man davon aus, dass

60 Dazu oben § 2 III 3.

61 Zur Bedeutung von Stigma im Nichtdiskriminierungsrecht siehe *Solanke*, 72 *Modern L. Rev.* 723, 736-739 (2009); *Solanke*, Stigma, in: Schiek/Chege, *European Union Non-Discrimination Law*, 2009, 115, 121-130.

62 Dazu vorerst *Balkin*, 106 *Yale L.J.* 2313, 2321-24 (1997).

63 *MacKinnon*, 100 *Yale L.J.* 1281, 1285 (1991).

64 *Holzleithner*, *KJ* 2008, 250, 256.

65 *Gardner*, 18 *Oxford J. Legal Studies* 167, 177 (1998).

66 Zum Folgenden siehe *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, 67.

Diskriminierungsverbote gerade den Schutz einer von der Mehrheit ausgehenden Benachteiligung einer Minderheit bezwecken, wären die Gerichte das geeignete Forum. Das allerdings kann nur überzeugen, wenn es möglich ist, Diskriminierungsmerkmale aus Prinzipien abzuleiten. Fasst man die Festlegung eines Diskriminierungsverbots dagegen als genuin politische Entscheidung auf,⁶⁷ wird man sie dem Gesetzgebungsprozess zuweisen.

Untersucht man die vertretenen Lösungsmöglichkeiten für dieses Regelungsproblem, lassen sich drei Ansätze unterscheiden:⁶⁸ (a) Man kann das Problem über einen flexibel gehandhabten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz lösen. (b) Diametral entgegengesetzt ist die Konzeption eines abgeschlossenen Katalogs von Diskriminierungsmerkmalen. (c) Eine Kombination von ausdrücklichen Diskriminierungsverboten einerseits und einem flexiblen allgemeinen Gleichheitssatz andererseits vermittelt zwischen diesen Positionen. Dieser verlangt strengere Rechtfertigungsanforderungen bei personenbezogenen Ungleichbehandlungen und steigert die Anforderungen, je mehr es sich um die Ungleichbehandlung von Minderheiten handelt. Eine genauere Analyse der existierenden Modelle zeigt, dass man zudem zwischen zwei Ebenen unterscheiden muss: der Ebene des Verfassungsrechts und der Ebene des einfachen Rechts. Darauf weist die geschichtliche Erfahrung des U.S.-amerikanischen Nichtdiskriminierungsrechts hin.⁶⁹ Dort verteilt sich die Entscheidungskompetenz auf (a) den Verfassungsgeber bzw. verfassungsändernden Gesetzgeber mit dem XIIIth und XIVth Amendment, (b) den einfachen Gesetzgeber (*Civil Rights Acts* von 1866, 1870, 1875 und 1964) und (c) die (Verfassungs-) Gerichtsbarkeit seit *Brown v. Board of Education*. Wir werden sehen, dass sich das unionsrechtliche und das deutsche Nichtdiskriminierungsrecht aus ähnlichen Quellen speist: Nichtdiskriminierungsrecht leitet sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ebenso ab⁷⁰ wie aus abschließend verfassten Spezialgesetzen⁷¹. Ich schlage daher im Anschluss an *Matthias Mahlmann* vor, terminologisch zwischen dem speziellen/besonderen und dem allgemeinen Nichtdiskriminierungsrecht zu differenzieren.⁷² Besonderes Nichtdiskriminierungsrecht nenne ich die Bereiche des Nichtdiskriminierungsrechts, in denen der Gesetzgeber die „richtige“ Auswahl unter den Diskriminierungsmerkmalen trifft und diese spezialgesetzlich regelt. Zum allgemeinen Nichtdiskriminierungsrecht zähle ich die Anwendungsfälle des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes, die sich außerhalb des sachlichen, persönlichen und zeitlichen

67 Beispielsweise *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 59.

68 *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 67 f; dazu *Bamforth*, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 701 (2004).

69 Dazu oben § 3 III und IV.

70 Dazu unten § 7 II.

71 Dazu gleich unten § 6 II 1.

72 Vgl. *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, Kap. 3 Rn. 17, 45.

Anwendungsbereichs besonderer Diskriminierungsverbote bewegen und sich unmittelbar oder mittelbar aus grundrechtlichen Quellen speisen.

II. Warum Nichtdiskriminierungsrecht?

Die Unterscheidung zwischen speziellem und allgemeinem Nichtdiskriminierungsrecht ist auch rechtstheoretisch geboten. Sie macht auf die unterschiedlichen Geltungsgründe aufmerksam. An sich stellt sich die Geltungsfrage für das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nicht. Sie ist aufgrund der Existenz im positiven Recht beantwortet. Ganz anders ist die Lage beim allgemeinen Nichtdiskriminierungsrecht. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur unmittelbaren Geltung des Verbots der Altersdiskriminierung jenseits des zeitlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie in der Rs. *Mangold*¹ zeigt exemplarisch, wie schwierig es für Gerichte ist, die Geltung eines allgemeinen Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zu begründen.² Sie hat dem Gericht den Vorwurf eingetragen, einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts zu „erfinden“.³ Richtig verständlich wird diese Kritik erst, wenn man in der Analyse des Nichtdiskriminierungsrechts zwei Problemkreise deutlich trennt: (1.) die (positivistische) Frage nach dem Geltungsgrund und (2.) die (nicht-positivistische) Frage nach der Legitimationsgrundlage von Diskriminierungsverboten.

1. Geltungsgrund

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht ist ein klassischer Anwendungsfall von Privatrecht im europäischen Mehrebenenmodell.⁴ Dieser Begriff bietet einen hinreichend flexiblen Rahmen, das in der Union und in den Mitgliedstaaten zusammen geltende Privatrecht zu analysieren.⁵ Damit ist keine Vorstellung von Über-

1 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981.

2 Dazu näher *Metzger*, 75 *RabelsZ* (2011), 845 ff.

3 Statt aller *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, 17 ff mwN.

4 Grundlegend zur Verwendung im privatrechtlichen Diskurs *Joerges*, 3 *ELJ* 1997, 378, 386 ff; *Joerges*, 8 *Eur. Rev. Priv. L.* 1, 3 ff (2000); *Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, ZERP-Diskussionspapier, 2006, http://www.zerp.uni-brremen.de/streamfile.pl?mod=publication&area=files/&file=1256802368_9674_08&mime=application/pdf&id=43 ff; kritisch dazu *Basedow*, *AcP* 2000 (2000), 482 f; zustimmend dagegen *Deckert*, Paradigmenwechsel im Privatrecht?, in: Furrer, Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, 2006, 85, 87 f; *Leible*, Marktintegration und Privatrechtsvereinheitlichung, in: Furrer, Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, 2006, 5, 11 f. Zur Herkunft aus dem politikwissenschaftlichen Diskurs vgl. *Scharpf*, Mehrebenenpolitik im vollendeten Binnenmarkt, MPIFG-Discussion Paper 94/4, 1994, http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/mpifg_dp/dp94-4.pdf, S. 1 ff; weitere Nachweise bei *Metzger*, Extra legem, intra ius, 2009, 115 Fn. 24.

5 *Metzger*, Extra legem, intra ius, 2009, 117 ff.

oder Unterordnung verbunden.⁶ Es gibt nämlich keine hierarchische Grundstruktur zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.⁷ Nur wenn man die verzahnten Entscheidungsbefugnisse von Union und Mitgliedstaat als bewegliche Ebenen konzipiert, wird man zu differenzierten und bereichsspezifischen Antworten gelangen können.⁸ Dieses Modell ermöglicht es zudem, neben dem Unionsrecht die gesamte mitgliedstaatliche (Privat-) Rechtsordnung zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob sie auf harmonisiertem oder nicht harmonisiertem Recht beruht.⁹ Das ist für die Analyse des in Deutschland geltenden Privatrechts von zentraler Bedeutung. Darin liegt der vielleicht wichtigste Grund dafür, in der hier vorgelegten Untersuchung die im Unionsprivatrecht und im nationalen Privatrecht aufgespürten Gleichbehandlungsgrundsätze mit diesem Modell zu erklären. Dabei gehe ich nicht von einem Zweiebenensystem¹⁰ aus, sondern von mindestens drei Ebenen:¹¹ Rechtsordnung der Mitgliedstaaten, Unionsrecht und das Völkerrecht. Das ist schon deshalb zu berücksichtigen, weil zahlreiche Diskriminierungsverbote in völkerrechtlichen Verträgen verankert sind.¹² Die Berechtigung des Mehrebenensystems zeigt sich dabei besonders deutlich hinsichtlich des Diskriminierungsgrundes „Behinderung“. Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 13.12.2006¹³ enthält in Art. 4 lit. e) die Verpflichtung aller Vertragsstaaten, „alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen zu ergreifen“. Adressaten dieser Schutzpflicht sind nicht nur die Mitgliedstaaten. Auch die Union wird nach Hinterlegung der Ratifikationsurkunde daran gebunden sein, weil die EG den Vertrag als ihre Rechtsvorgängerin (Art. 1 Abs. 1 EUV) unterzeichnet hat.¹⁴

a) *Nationales Recht*

Geltungsgrund des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz v. 14.8.2006 (AGG).¹⁵ Das AGG spricht nicht von der „Diskriminierung“, sondern von der „Benachteiligung“. Man wollte sich damit nicht inhaltlich positionieren, sondern sich lediglich von der negativen Konnota-

6 So denn auch Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 559, 596; Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 117.

7 Wahl, Der Staat 48 (2009), 587, 602.

8 Näher dazu Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 117 f.

9 Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 118.

10 So etwa Grundmann, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2010, 285, § 10 Rn. 2.

11 Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 119 ff.

12 Rudolf in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 2 Rn. 16 ff. Dazu näher oben § 4 II 2.

13 BGBl. II 2008, S. 1420.

14 Siehe dazu auch unten § 6 III 5.

15 BGBl. I 2006, S. 1897.

tion des Diskriminierungsbegriffs absetzen.¹⁶ Das ist Sprachkosmetik. Diskriminierung und Benachteiligung werden hier synonym verwendet. § 7 Abs. 1 AGG verbietet die Benachteiligung von Beschäftigten (§ 6 Abs. 1 AGG) aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (beschäftigungsrechtliches Benachteiligungsverbot). § 19 Abs. 1 und Abs. 2 AGG verbieten Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung bestimmter zivilrechtlicher Schuldverhältnisse (zivilrechtliches Benachteiligungsverbot). Damit geht das AGG für die Merkmale Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung über das unionsrechtlich Geforderte hinaus. Das wirft die methodische Frage auf, ob und inwieweit die Begriffe in der Richtlinie auch Maßstab für die Auslegung des autonomen nationalen Rechts sind („Ausstrahlungswirkung“)¹⁷ oder ob es zu einer „gespaltenen“ Auslegung kommt.¹⁸ Nach der zutreffenden Auffassung des Bundesgerichtshofs sind die Begriffe auch im „überschießenden Bereich“ einheitlich auszulegen, weil es keinen Anhaltspunkt für eine gesplante Auslegung gibt.¹⁹

b) Unionsrecht

Das AGG dient im Wesentlichen der Umsetzung mehrerer Richtlinien der Union. Diese sind auf der Kompetenzgrundlage des Art. 19 AEUV (Art. 13 EG aF)²⁰ bzw. des Art. 157 Abs. 4 AEUV (Art. 141 Abs. 4 EG aF) ergangen und bilden zusammen das spezielle unionsrechtliche Gleichbehandlungsrecht. Der allen Richtlinien gemeinsame „Grundsatz der Gleichbehandlung“²¹ verbietet unmittelbare²²

16 Siehe Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 30; kritisch dazu beispielsweise *Husmann*, ZESAR 2007, 13, 14.

17 *Hommelhoff*, FG 50 Jahre BGH, (Bd. 2), 2000, 889, 915.

18 Dazu weiterführend statt vieler *Drexler*, FS Heldrich, 2005, 67 ff; *Langenbucher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, 1, § 1 Rn. 23 f, 104 ff; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2010, 425, § 15 Rn. 23 ff (jeweils mwN).

19 BGHZ 193, 110 Rn. 42.

20 *Meyer*, Diskriminierungsverbot, 2001, 44-75; *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 121-143; *Bouchouaff/Richter*, Jura 2006, 651; GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 38-49; *Streinz*, Kompetenzen der EG, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 11, 21-24.

21 Art. 1 RL 2000/43/EG; Art. 1 RL 2000/78/EG; Art. 1 RL 2004/113/EG; Art. 1 RL 2006/54/EG; Art. 4 RL 2010/41/EU.

22 Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. a) i.V.m. 2 lit. a) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. a) RL 2010/41/EU.

und mittelbare Diskriminierungen²³, (sexuelle²⁴) Belästigungen²⁵, Anweisungen zu Diskriminierungen²⁶ und nachteilige Behandlungen in Bezug auf eine erfolgte Diskriminierung²⁷. Im Übrigen unterscheiden sich die Richtlinien nach Diskriminierungsmerkmalen, sachlichem Anwendungsbereich und Rechtfertigungsmöglichkeiten:²⁸

- Die Richtlinie 2000/43/EG v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft²⁹ betrifft nur Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft (Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG), erfasst aber neben Sachverhalten im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf auch Sozialschutz und soziale Vergünstigungen, Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum (Art. 3 RL 2000/43/EG). Rechtfertigungsfähig ist eine Diskriminierung nur, wenn sie aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung ist, einem rechtmäßigen Zweck dient und angemessen ist (Art. 4 RL 2000/43/EG) oder soweit es sich um eine positive Maßnahme handelt (Art. 5 RL 2000/43/EG). Die Richtlinie wird vor allem mit dem beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG und dem zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot in § 19 Abs. 2 AGG umgesetzt.
- Die Richtlinie 2000/78/EG v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf³⁰ schützt vor einer Diskriminierung aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, der Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung (Art. 1 RL 2000/78/EG). Der sachliche Anwendungsbereich beschränkt sich auf Bereiche im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf (Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG) und die Richtlinie enthält zahlreiche Rechtfertigungsmöglichkeiten (Art. 4, 6 und 7 RL 2000/78/EG). Die Richtlinie

23 Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Art. 2 lit. b) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. b) RL 2010/41/EU.

24 Art. 2 lit. c), Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. d) RL 2010/41/EU.

25 Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 3 RL 2000/78/EG; Art. 2 lit. c), Art. 4 Abs. 3 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. c) RL 2010/41/EU.

26 Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 4 RL 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 4 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 4 Abs. 3 RL 2010/41/EU.

27 Art. 4 Abs. 3 S. 2 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2006/54/EG.

28 Vgl. *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 101-106; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, Einl. AGG Rn. 14; vertiefend zum Ganzen *Bell*, Anti-Discrimination, 2002; *Schiek*, 8 ELJ 290 (2002); *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 54-125.

29 ABl. L 180 v. 19.7.2000, S. 22.

30 ABl. L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

wird im Kern mit dem beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot (§ 7 Abs. 1 AGG) umgesetzt.

- Die Richtlinie 2004/113/EG v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen³¹ betrifft nur Diskriminierungen und Belästigungen aufgrund des Geschlechts (Art. 4 RL 2004/113/EG). Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG). Ausgeschlossen sind die Bereiche des Privat- und Familienlebens (Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG) und von Beschäftigung und Beruf (Art. 3 Abs. 4 RL 2004/113/EG).
- Dieser Bereich wurde von der Richtlinie 76/207/EWG v. 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen³² erfasst, die von der Richtlinie 2002/73/EG v. 23.9.2002³³ wesentlich geändert und von der Richtlinie 2006/54/EG v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen³⁴ ersetzt wurde.
- Die Richtlinie 86/613/EWG v. 11.12.1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit – auch in der Landwirtschaft – ausüben, sowie über den Mutterschutz³⁵ bezweckte die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben oder zur Ausübung einer solchen beitragen. Diese Richtlinie wurde durch die Richtlinie 2010/41/EU v. 7.7.2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständigen Erwerbstätigkeit ausüben,³⁶ aufgehoben und mit einem aktualisierten und modernisierten Normtext ersetzt.³⁷ Sie betrifft alle selbständige Erwerbstätigen. Das sind alle Personen, die nach den Bedingungen des innerstaatlichen Rechts eine Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung ausüben (Art. 2 lit. a) RL 2010/41/EU). Ebenfalls erfasst werden die Ehepartner und – soweit nach nationalem Recht vorgese-

31 ABl. L 373 v. 21.12.2004, S. 37.

32 ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40.

33 ABl. L 269 v. 5.10.2002, S. 15.

34 ABl. L 204 v. 26.7.2006, S. 23. Die Richtlinien 75/117/EWG, 76/207/EWG (in der durch RL 2002/73/EG geänderten Fassung), 86/378/EWG und 97/80/EG sind gem. Art. 34 Abs. 1 dieser Richtlinie mit Wirkung vom 15. August 2009 aufgehoben.

35 ABl. L 359 v. 19.12.1986, S. 56.

36 ABl. L 180 v. 15.7.2010, S. 1.

37 Vgl. Erwägungsgrund (2) RL 2010/41/EU.

hen – die Lebenspartner, wenn sie weder abhängig Beschäftigte noch Gesellschafter sind und sich gewöhnlich an den Tätigkeiten des selbständigen Erwerbstätigen beteiligen, indem sie dieselben Aufgaben oder Hilfsaufgaben erfüllen (Art. 2 lit. b) RL 2010/41/EU). Verboten ist jede Diskriminierung in Verbindung mit der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw. der Aufnahme oder mit der Ausweitung jeglicher anderen Art von selbständiger Tätigkeit (Art. 4 Abs. 1 RL 2010/41/EU).

- Noch im Gesetzgebungsverfahren befindet sich der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.³⁸ Ziel dieses Vorschlags ist die Ausdehnung der für diese Merkmale bestehenden Diskriminierungsverbote auf Bereiche außerhalb von Beschäftigung und Beruf.³⁹ Danach soll das Diskriminierungsverbot auch gelten für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, Art. 3 Abs. 1 S. 1 lit. d) RL-Vorschlag. Im Unterschied zu den Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG soll dieses Diskriminierungsverbot nur an Unternehmer adressiert sein, vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag. Damit folgt der Text den in Deutschland gemachten Vorschlägen, den persönlichen Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote auf Rechtsverhältnisse gegenüber Unternehmern zu beschränken.⁴⁰ Zur Zeit kann noch nicht abgesehen werden, ob und in welcher Fassung dieser Vorschlag den Rat einstimmig (vgl. Art. 19 Abs. 1 AEUV) passieren wird.⁴¹

2. Legitimationsprobleme

Ganz streng lassen sich Geltungs- und Legitimationsfrage beim speziellen Nichtdiskriminierungsrecht freilich nicht trennen. Stellt man nämlich die Frage, ob das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht mit höherrangigem Recht vereinbar ist, berührt das primär die Geltungsfrage, andererseits tangiert man damit bereits das Legitimationsproblem: Unter welchen Voraussetzungen ist es dem Staat in einer liberalen politischen Ordnung erlaubt, in die Freiheitssphäre seiner Bürger einzugreifen und staatlichen Zwang an die Stelle eigenen autonomen Handelns zu setzen? Damit ist die Legitimationsfrage staatlicher Rechtsetzung überhaupt ge-

38 KOM(2008), 426 endg.

39 KOM(2008), 426 endg., S. 7.

40 Vgl. Stork, ZEuS 2005, 27 f; Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 263 ff; Thüsing in: Münch-Komm-BGB, § 19 AGG Rn. 123; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 19 Rn. 7.

41 Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens siehe http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197196 [Stand: 31.12.2012].

stellt. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist ihr in besonderer Weise ausgesetzt.⁴² John Gardner brachte das Problem auf den Punkt:

„We can properly enquire why anyone committed to personal autonomy should sincerely endorse legislation which interferes so comprehensively with the pursuit of our own social preferences.“⁴³

Die zum AGG geführte „Kontroverse um grundlegende Verhaltensanforderungen“⁴⁴ Privater gegenüber Privaten ist Teil dieser Legitimationsfrage: „Warum Nichtdiskriminierungsrecht?“ Die Frage stellt sich auf drei Ebenen: (1.) der Rechtsanwendungsebene, (2.) der verfassungsrechtlichen Ebene und (3.) der rechtsphilosophischen Legitimationsebene. Im Grundsatz sind auf allen drei Ebenen zwei Paradigmen denkbar: (a) das gleichheitsrechtliche Paradigma, das Nichtdiskriminierungsrecht als besonderes Gleichheitsrecht rekonstruiert, und (b) nicht-gleichheitsrechtliche Legitimationsstrategien, die von der Unzulänglichkeit egalitaristischer Erklärungsansätze ausgehen und das Nichtdiskriminierungsrecht unabhängig von Gleichheitserwägungen rechtfertigen. Das jeweils gewählte Paradigma bildet den Diskussionskontext und determiniert im Wesentlichen die Entscheidungen, die wir auf den drei Ebenen treffen.⁴⁵ Die drei Legitimationsebenen des Nichtdiskriminierungsrechts stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind eng miteinander verbunden: Geht man beispielsweise auf der Rechtsanwendungsebene von einer gleichheitsrechtlichen Zielsetzung des Nichtdiskriminierungsrechts aus, ist diese einerseits Gegenstand verfassungsrechtlicher Prüfung. Andererseits tangiert das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht die objektive Dimension der grundrechtlichen Gleichheit und beeinflusst damit erheblich die verfassungsrechtliche Argumentation. Diese wird ihrerseits maßgeblich von der jeweiligen Grundrechtstheorie geprägt.⁴⁶ Welches Verhältnis man bei einer gleichheitsrechtlichen Konzeption der Gleichheit zur Freiheit auf dieser Ebene zuzmisst, ist damit konstitutiv für die verfassungsrechtliche Würdigung und für die Zielsetzung des Nichtdiskriminierungsrechts. Dieser wechselseitige Zusammenhang lässt sich nach meinem Verständnis am Besten als Anwendungsfall des Kohärenzpostulats verstehen. Das Kohärenzpostulat ist Teil des Systemdenkens im Recht⁴⁷ und als solches den dagegen vorgebrachten Einwänden ausgesetzt. Das trifft vor allem auf eine seiner ambitionierten Spielarten zu, Ronald Dworkins Konzeption von Recht als *integrity*.⁴⁸ Grundlage dafür ist die Prämisse, dass *inte-*

42 Dazu näher Gardner, 9 Oxford J. Legal Studies 1-3 (1989); Morris, 15 Oxford J. Legal Studies 199, 200-201 (1995); Bamforth, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 704 (2004).

43 Gardner, 9 Oxford J. Legal Studies 1, 3 (1989).

44 Britz, VVDStRL (64) 2005, 355, 393 ff.

45 Zur Rolle von Paradigmata zur Reduzierung der Komplexität in juristischen Theorien vgl. Günther, Rechtstheorie 1989, 163, 182.

46 Dazu grundlegend Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff.

47 Vgl. Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 443.

48 Dazu Dworkin, Law's Empire, 1986, 164 ff, 176 ff.

grity ein politisches Ideal ist, nach dem die Bürger vom Staat verlangen können, auf der Grundlage eines einheitlichen, kohärenten Prinzipiensystems zu handeln, selbst wenn die Bürger über die Frage, welches die richtigen Prinzipien sind, uneins sind. Adressaten des Integritätsgrundsatzes sind Gesetzgeber und Judikative, wenn auch mit abgestufter Bindungsdichte. Der Schwerpunkt des *Dworkinschen* Ansatzes liegt in der Bindung der Gerichte. Gegen diese Rechtsanwendungstheorie (theory of adjudication) richtet sich auch die Kritik.⁴⁹ Ich verwende den Begriff der Kohärenz hier bescheidener. Es geht mir nur um die Behauptung, dass die Ebenen, auf denen sich die Legitimationsfrage des Nichtdiskriminierungsrechts stellt, in einer Beziehung zueinander stehen, die schwächer ist als eine aufgrund logischer Ableitung gesicherte Wahrheit, aber über die reine Widerspruchsfreiheit von Argumentationstopoi hinausgeht.⁵⁰

a) Das egalitaristische Paradigma des Nichtdiskriminierungsrechts

(1) Der Leitstern des Nichtdiskriminierungsrechts: Gleichheit

Klassischer Leitstern⁵¹ der egalitaristischen Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts ist der Gleichheitsgrundsatz.⁵² Diskriminierungsschutz beruht danach auf der Idee, dass jede Person einen moralischen Anspruch darauf hat, als Gleicher behandelt zu werden.⁵³ Gleichheit und Nichtdiskriminierung sind zwei Seiten einer Medaille.⁵⁴ Diskriminierungsverbote unterscheiden sich somit in ihrer Grundstruktur nicht vom allgemeinen Gleichbehandlungsgebot.⁵⁵ Die Differenz liegt hauptsächlich in der Verschärfung der Rechtfertigungsanforderungen. Bei der Geltung eines Diskriminierungsverbots muss die Ungleichbehandlung gerade ohne Rückgriff auf die genannten Kriterien begründet werden können. Dieses Verständnis des Gleichbehandlungsgrundsatzes findet sich in vielen westlich-liberalen Verfassungen.⁵⁶ So sieht das Grundgesetz in den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes.⁵⁷

49 Zu den Einwänden siehe *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 161 ff; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 258 ff.

50 Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 258.

51 *Bamforth*, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 710 (2004).

52 Vgl. dazu statt vieler *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 1 ff; *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 437 ff.

53 Siehe dazu *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 223 ff; *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 128 ff, 168 ff; eingehend unten § 8 II 4.

54 *Schiek* in: *Schiek*, AGG, Einl. AGG Rn. 42.

55 Siehe exemplarisch *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 17.

56 Dazu § 1 I 1.

57 BVerfGE 23, 98, 106 f; *Osterloh* in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 236; *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, GG [Stand: 1973], Art. 3 Abs. 3 Rn. 1; *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 366; zum unterschiedlichen Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG als absolutes Anknüpfungsverbot einerseits und als Begründungsverbot andererseits siehe statt vieler *Heun* in: *Dreier*, GG, Art. 3 Rn. 119 ff.

Danach dürfen die von einem Diskriminierungsverbot erfassten Merkmale grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden, auch wenn damit andere, über die Ungleichbehandlung wegen des Merkmals hinausreichende Ziele verfolgt werden.⁵⁸ Auch für das Unionsrecht wird von vielen für ein einheitliches Verständnis von allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten plädiert.⁵⁹ Das ist bei unbefangener Betrachtung des Textbefundes im speziellen unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrecht zunächst überraschend. Es erweckt nämlich den Anschein, zwischen allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten scharf zu unterscheiden, indem es in der Sache den „Grundsatz der Gleichbehandlung“ auf ein Diskriminierungsverbot beschränkt.⁶⁰ Die jeweiligen Richtlinien definieren den Grundsatz der Gleichbehandlung als das Verbot jeder unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie anderer unerwünschter Verhaltensweisen, die Diskriminierungscharakter haben.⁶¹ Dieser Eindruck täuscht. Art. 2 Richtlinie 2000/43/EG und 2000/78/EG verwenden die Begriffe „Diskriminierung“ und „Gleichbehandlungsgrundsatz“ synonym. Das deckt sich mit dem Sprachgebrauch im Unionsrecht generell. Wird vom „allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz“ oder vom „allgemeinen Diskriminierungsverbot“ gesprochen⁶², ist damit regelmäßig dasselbe gemeint.⁶³ Diskriminierungsverbote werden als „specific prohibition of a particular type of discrimination“⁶⁴ von „the general principle of equal treatment, or of non-discrimination“⁶⁵ unterschieden. Exemplarisch dafür steht die Feststellung des Gerichtshofs in der Rs. *Cadman*, wonach der Grundsatz der Entgeltgleichheit unabhängig vom Geschlecht (Art. 157 AEUV) „spezifischer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, wonach gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden dürfen, es sei denn, eine Ungleich-

58 BVerfGE 85, 191, 206.

59 Dazu Kischel, EuGRZ 1997, 1, 4; Plötscher, Begriff der Diskriminierung, 2003, 36 f; Damm, Menschenwürde, 2006, 320 f; Kingreen in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 17 Rn. 20 und neuerdings Mahlmann in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 22 ff. Zurückhaltender beispielsweise Rossi, EuR 2000, 197, 205-209 zum Verhältnis von Art. 12 EG zu den Diskriminierungsverboten in den Grundfreiheiten einerseits und dem allgemeinen Gleichheitssatz andererseits.

60 Vgl. dazu statt aller Riesenhuber, Verbot der Diskriminierung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 123, 132 f.

61 Vgl. jeweils Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG und RL 2006/54/EG; Art. 4 RL 2004/113/EG.

62 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 56; vgl. besonders GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 90-91.

63 Näher Odendahl in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 43 Rn. 1.

64 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 92. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75.

65 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 90.

behandlung ist objektiv gerechtfertigt“.⁶⁶ Der systematische Zusammenhang von allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten in Art. 20 und Art. 21 Grundrechte-Charta bestätigt die These, dass es sich bei Letzteren um Konkretisierungen des Ersteren handelt.⁶⁷ Die egalitaristische Konzeption setzt sich schließlich auf rechtsdogmatischer Ebene fort: Beim Diskriminierungsschutz geht es danach im Kern nicht um die Versorgung mit materiellen Gütern, die diskriminierten Personen vorenthalten würden. „Ziel der Diskriminierungsverbote ist vielmehr der Schutz bestimmter Personen vor Benachteiligung als solcher.“⁶⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Gedanken pointiert zum Ausdruck gebracht:

„Von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützt ist auch das Recht, unbenachteiligt anders zu sein als andere Mitglieder der Gruppen, denen man nach den in dieser Bestimmung genannten Merkmalen angehört.“⁶⁹

(2) Gleichheitskonzeptionen

Die gleichheitsrechtliche Fundierung des Nichtdiskriminierungsrechts ist nicht unproblematisch: Sie ist als Konzeption der Gleichheit zwangsläufig den Einwänden der modernen Egalitarismuskritik ausgesetzt.⁷⁰ Die Verknüpfung von Nichtdiskriminierungsrecht mit dem Gleichheitsgrundsatz ist daneben verführerisch. Das Nichtdiskriminierungsrecht wird mit einer politischen Idee und einem moralphilosophischen Ideal verknüpft, denen im Prinzip – als Konzept – große Zustimmung zuteil wird. Diese verflüchtigt sich, sobald man entdeckt, dass „Gleichheit“ unterschiedlichsten Konzeptionen zugänglich ist, die sich ihrerseits erheblich auf das Verständnis des Nichtdiskriminierungsrechts auswirken.⁷¹ Diese Konzeptionen reagieren auf ein Grundproblem des Nichtdiskriminierungsrechts: Es unterscheidet sich in drei Punkten von der klassischen Formulierung des Gleichheitssatzes, wonach Gleiches gleich zu behandeln ist:⁷² (1.) In manchen Fällen gebietet das Recht eine gleiche Behandlung, obwohl die davon betroffenen Personen mit der (scheinbar)⁷³ relevanten Vergleichsgruppe gerade nicht vergleichbar sind. Das klassische Beispiel dafür sind schwangere Arbeitnehmerinnen

66 EuGH, Urt. v. 3.10.2006, Rs. C-17/05 – *Cadman v. Health & Safety Executive* = Slg. 2006, I-9583 Rn. 28.

67 Dazu näher *Sachs* in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 20 Rn. 16; *Kingreen* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 17 Rn. 19 f; *Hölscheidt* in: Meyer, Grundrechte-Charta, Vor Titel III Rn. 17b ff.

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

69 BVerfG NJW 2009, 661 Rn. 27.

70 Dazu eingehend unten § 8 II 5.

71 Siehe den Überblick bei *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, 11 ff; *Bamforth*, 24 *Oxford J. Legal Studies* 693, 708 f (2004).

72 Zum Folgenden ausführlich *Collins*, 66 *Modern L. Rev.* 16, 16-17 (2003); *Collins*, 14 *Transnat'l L. & Contemp. Problems* 897, 899-900 (2005).

73 Dazu ausführlich unten § 6 V 2 a) (3).

im Vergleich zu anderen Frauen im Unternehmen. (2.) Mit der mittelbaren Diskriminierung wird die Anwendung eines neutralen Kriteriums – und damit formale Gleichbehandlung – verboten, wenn dieser Maßstab zur besonderen Benachteiligung von Merkmalsträgern führt (vgl. § 3 Abs. 2 AGG). (3.) In manchen Fällen erlaubt das Nichtdiskriminierungsrecht die bevorzugte Behandlung von Merkmalsträgern. Darunter fallen beispielsweise (a) angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung (vgl. Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG) oder (b) positive Maßnahmen wie die Frauenförderung (vgl. § 5 AGG). Geht man von einer rein formalen Konzeption des Gleichheitsgrundsatzes aus, sind die Fälle (1.) bis (3.) damit unvereinbar. Das gilt solange man den Gleichheitssatz nicht um das weitere Gebot ergänzt, Ungleiches ungleich zu behandeln. Damit könnte man die ungleiche Behandlung des behinderten Menschen in Fall (3.)(a) erklären.⁷⁴ Im Übrigen hat der ausschließlich formal konzipierte Gleichheitssatz keine Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem.⁷⁵

Ein materiales Gleichheitsverständnis überwindet diese Beschränkung.⁷⁶ Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht scheint ein solches mehrfach durch, etwa in Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, wo es heißt, dass die Mitgliedstaaten „zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben“ besondere Maßnahmen zugunsten von Merkmalsträgern beschließen können. Materiale Gleichheit ist aber ebenfalls ein ausfüllungsbedürftiges Konzept: Dient es dazu, Ergebnisgleichheit zu verwirklichen oder beschränkt es sich lediglich auf die Herstellung von Chancengleichheit? Selbst diese Begriffe sind wiederum offen für unterschiedliche Inhalte: Man kann Ergebnisgleichheit entweder strikt individualbezogen oder gruppenbezogen interpretieren.

Ein Beispiel für die erste Variante ist der vom *House of Lords* behandelte Fall *Mandla v. Dowell Lee*.⁷⁷ Der Schulleiter verweigerte die Aufnahme eines jungen Sikh, weil dieser einen Turban tragen wollte und die Schule aus praktischen und sozialen Gründen eine einheitliche Schuluniform vorschrieb. Zur Begründung stützte er sich auf den Grundsatz formaler Gleichheit. Er könne einem Nicht-Sikh nicht erklären, warum die Schule ihm gegenüber den Uniformzwang durchsetze, während sie gegenüber einem Sikh darauf verzichte. Damit konnte er das *House of Lords* nicht überzeugen. Die Lordrichter sahen in der Ablehnung eine Diskriminierung des Bewerbers wegen seiner ethnischen Herkunft. Eine formale Gleichbehandlung hätte den Merkmalsträger *im Ergebnis* ungleich behandelt: Während andere Schüler ohne weiteres auf ihre individuelle Kleiderwahl verzichten konnten, hätte das für den Sikh eine unzumutbare Einschränkung seines Selbstverständnisses als Angehöriger einer ethnischen Minderheit bedeutet. Was

⁷⁴ Siehe dazu auch unten § 6 III 5.

⁷⁵ Zum Begriff oben § 2 III.

⁷⁶ Dazu auch Grünberger, NZA-Beilage 2012, 139, 141.

⁷⁷ *Mandla v. Dowell Lee*, [1983] 1 All ER 1062 (H.L.).

vom Standpunkt formaler Gleichheit als Privileg erscheint, ist in materialen Gleichheitskonzeptionen ein notwendiges Mittel, um tatsächliche Gleichbehandlung zu erreichen! Die individualbezogene Ergebnisgleichheit stellt also sicher, dass eine formal gleiche Behandlung von Merkmalsträgern und Nicht-Merkmalsträgern trotz vorhandener Differenz keine ungleichen Auswirkungen für den Einzelnen herbeiführt.

Ganz anders wirkt eine gruppenbezogene Ergebnisgleichheit. Sie hat eine „schwache“ und eine „starke“ Komponente. In der schwachen Komponente begründet eine Ungleichverteilung von Gütern eine Vermutung dafür, dass diese Folge diskriminierenden Handelns ist. So hat eine Arbeitnehmerin der GEMA eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorgeworfen, weil eine Direktorenstelle nicht mit ihr, sondern mit einem Mann besetzt wurde, obwohl 2/3 der Beschäftigten Frauen, aber alle Direktorenposten mit Männern besetzt seien.⁷⁸ In der Sache blieb sie damit aber zunächst erfolglos.⁷⁹ Die starke Komponente erlaubt es, das Nichtdiskriminierungsrecht als Instrument einzusetzen, um eine in der sozialen Wirklichkeit bestehende ungleiche Verteilung von Gütern auszugleichen. Mit diesem Verständnis von Ergebnisgleichheit lassen sich beispielsweise „starke“ Quotenregelungen zugunsten von Frauen in Bereichen rechtfertigen, in denen sie unterrepräsentiert sind. Dabei handelt es sich um ein Beispiel positiver Maßnahmen zugunsten einer Gruppe von Merkmalsträgern.⁸⁰ Die Ergebnisgleichheit im starken Sinne steht damit im Spannungsverhältnis zur formalen Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts, der jede Bevorzugung wegen des verpönten Merkmals fremd ist, weil darin zugleich eine Benachteiligung anderer liegt. Man kann das eine als *equal situation principle* und das andere als *equal treatment principle* bezeichnen.⁸¹ Dieser Konflikt prägt die Debatte über die Legitimation und verfassungsrechtliche Rechtfertigung der *affirmative action*.⁸²

Für seine Lösung hat sich ein populärer Mittelweg herausgestellt: die Konzeption von Nichtdiskriminierungsrecht als Recht zur Wahrung der Chancengleichheit. Danach ist es Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts, trotz historisch und/oder sozial bedingter ungleicher Ausgangsbedingungen gleiche Wettbewerbsbedingungen herzustellen. Dadurch soll die gleiche Chance jedes Akteurs sichergestellt werden, unabhängig von diesen Merkmalen ausschließlich aufgrund seiner Leistung im Wettbewerb bestehen zu können. Was aber bedeutet das? Man kann Chancengleichheit auf eine prozedurale Theorie der Gleichheit reduzieren. Das ist der Fall, wenn sie lediglich sicherstellt, dass alle Akteure nach

78 BAG NZA 2011, 93. Zur dogmatischen Verankerung bei § 22 AGG siehe unten § 6 VII 1 d) (1).

79 Ausführlich zu den Gründen BAG NZA 2011, 93 Rn. 68 ff.

80 Dazu weiterführend Grünberger, NZA-Beilage 2012, 139 ff; Grünberger, Rechtswissenschaft, 2012, 1.

81 Siehe Holmes, 68 Modern L. Rev. 175, 178 (2005).

82 Dazu unten § 6 VI 3 g).

denselben Regeln spielen und beispielsweise der Leistungsfähigste „gewinnt“. Das ist im Ergebnis nichts anderes als die prozedurale Komponente der formalen Gleichheitskonzeption. Damit ist nach *Bob Hepple* wenig gewonnen:

„One is not supplying equality of opportunity if one applies this criterion to people who are unequal because they have been deprived of the opportunity to acquire 'merit'.“⁸³

Diese Kritik greift ein materiales Verständnis von Chancengleichheit auf. Es stellt sicher, dass die Beteiligten auch tatsächlich gleiche Wettbewerbsbedingungen haben. Auszugleichen sind danach unterschiedliche Ausgangspositionen, die überindividuelle Ursachen haben. *Lesley Jacobs* hat ein solches Modell vorgestellt und diesen materialen Aspekt als *background fairness* bezeichnet:

„This dimension of fairness fixates on the initial starting positions or backgrounds of those potentially involved in a competition. The underlying insight is, of course, that the structure of these positions will affect who competes and how they will fare in the competition. From the perspective of competitive equality of opportunity, because pre-existing inequalities infect the fairness of competitive processes, there is a need to regulate these processes with a sensitivity to remedies for these inequalities.“⁸⁴

Solche Konzeptionen von Chancengleichheit sind in politischen Diskursen sehr beliebt. Sie scheinen die freiheitliche Position zugunsten von Wettbewerb mit der gleichheitsrechtlichen Position vereinbaren zu können. Das täuscht allerdings. Ein fairer Wettbewerb verlangt nur den gleichen Startpunkt für die Wettbewerber. Zweck des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren ist es dann, bestehende Ungleichheiten zwischen den Bewerbern aufzudecken, um damit sicherzustellen, dass der Beste gewinnt. Geht es beispielsweise um einen Arbeitsplatz, sollte derjenige gewinnen, der nach Ansicht des Arbeitgebers für die Tätigkeit am besten geeignet ist.⁸⁵ Man stellt nur deshalb auf die vergangenen Leistungen der Bewerber ab, um bestehende Informationsdefizite auszugleichen.⁸⁶ Im zwangsläufig ungleichen Ergebnis des Wettbewerbs fließen die Ungleichheiten der Bewerber im Startpunkt natürlich ein: Das Verfahren macht ihre unterschiedlichen Befähigungen, die nicht zuletzt auch auf ihren unterschiedlichen Ausgangspositionen beruhen, erst richtig sichtbar. Die vom Nichtdiskriminierungsrecht eigentlich als irrelevant ausgeschlossenen Merkmale wirken sich mittelbar auf das Verfahrensergebnis aus. Der Wettbewerb gewährleistet dadurch die Ungleichheit der Beteiligten. Gleiche Startbedingungen entpuppen sich damit als Mittel, um ein grund-

⁸³ *Hepple*, 10 Oxford J. Legal Studies 408, 413 (1990).

⁸⁴ *Jacobs*, Pursuing Equal Opportunities: The Theory and Practice of Egalitarian Justice, 2004, 17.

⁸⁵ Hier kommt es zur Überschneidung von Chancengleichheit und Leistungsprinzip, die schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft, dazu *McCrudden*, 18 Oxford J. Legal Studies 543, 553 (1998).

⁸⁶ Siehe dazu ausführlich *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 33 ff, 7 ff, der auch auf die alternative Konzeption aufmerksam macht, wonach der Zweck des Wettbewerbs darin liegt, jedem eine Chance zu gewähren, die richtige Tätigkeit zu erhalten. Dieser ist, worauf *Cavanagh* zu Recht aufmerksam macht, mit einer marktwirtschaftlichen Ordnung kaum zu vereinbaren, weil er die Freiheit des Arbeitgebers völlig beseitigt und sich zugleich ein zentrales Wissen anmaßt, das sich nur dezentral entfalten kann.

legend antiegalitaristisches Ziel zu erreichen.⁸⁷ Das verwundert nicht: Der Ausgangspunkt liegt in der Sollensordnung des Rechtssystems, das Ergebnis ist Teil der Seinsordnung des Wirtschaftssystems. Auf dem Weg vom gleichen starting point zum Ziel wechseln die maßgeblichen Kommunikationszusammenhänge. Dabei geht die Gleichheit verloren.

Wer wie *Lesley Jacobs* die Statusgleichheit aller Beteiligten im Ausgangspunkt herstellen will, kommt dann nicht umhin, sie mit Blick auf das Ergebnis des Wettbewerbsverfahrens zu ermitteln. Das setzt eine Teilverrechtlichung des Wettbewerbsergebnisses voraus. Man muss dann begründen, warum man einerseits für Wettbewerb plädiert, andererseits aber die Berücksichtigung bestimmter Faktoren und Differenzierungsgründe im Wettbewerb ausschließen will. Das lässt sich ohne impliziten Rückgriff auf Vorstellungen von substantieller Gleichheit nicht bewerkstelligen.⁸⁸ Diese Kritik trifft sich mit dem egalitaristischen Einwand gegen die Konzeption der Chancengleichheit als *starting gate-theory*. Danach genügt es nicht, wenn – um die von *Ronald Dworkin* verwendete Terminologie zu benutzen – im Ausgangspunkt die gleiche Ressourcenverteilung gewährleistet ist. Gleichheit verlangt, dass sie zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens gewährleistet ist.⁸⁹ Das kann man nur erreichen, wenn man dem Recht die Steuerung des Wettbewerbsverfahrens und -ergebnisses einräumt. Darin liegt eine Expansion des Rechtssystems zu Lasten des Wirtschaftssystems. Gleichheit (*equality*) und Chancen im Wettbewerb (*opportunities*) stehen daher im Spannungsverhältnis. Wer die Gleichheit betont, wird nur dann von Chancengleichheit sprechen, wenn sichergestellt ist, dass es auch im Ergebnis zu einer Annäherung der betroffenen Gruppen kommt. Wer die gleichen Chancen akzentuiert, dem genügt der gleiche Ausgangspunkt und er ist bereit, Ungleichverteilungen von Gütern und Lebenschancen hinzunehmen, die sich aus dem Wettbewerb ergeben. Diese Spannungen schlagen auf die Auslegung des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts durch. Das beste Beispiel dafür ist die Debatte zur Zulässigkeit von Frauenquoten im europäischen Nichtdiskriminierungsrecht.⁹⁰ Gegner wie Verfechter „weicher“ Quoten berufen sich dort auf den Grundsatz der Chancengleichheit, verstehen aber offensichtlich jeweils etwas ganz anderes darunter.⁹¹

87 Näher *Cavanagh*, *Against Equality of Opportunity*, 2002, 85 f.

88 Näher zu diesem Einwand *Macklem*, 68 *Modern L. Rev.* 1016, 1021-24 (2005).

89 *Dworkin*, *Sovereign Virtue*, 2000, 87 f.

90 Dazu weiterführend *Grünberger*, *NZA-Beilage* 2012, 139 ff; *Grünberger*, *Rechtswissenschaft*, 2012, 1.

91 Dazu eingehend unten § 6 VI 3 g).

b) Non-egalitaristische Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts

Die vielfältigen Probleme der Rekonstruktion des Nichtdiskriminierungsprinzips als Gleichheitsprinzip war Anlass dafür, Alternativen zum egalitaristischen Fundament des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes zu entwickeln.

(1) Das Scheitern freiheitsrechtlicher Legitimationsversuche

Die Debatte anlässlich der Einführung des AGG verdeutlichte, dass das geltende Nichtdiskriminierungsrecht für viele ein nicht mehr zu rechtfertigender Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie ist.⁹² Wer so argumentiert, geht mehr oder weniger ausdrücklich von einer liberalen Grundrechtstheorie aus, deren Kernaussage *Wolfgang Böckenförde* so zusammenfasste:

„Ob, aus welchen Motiven und zu welchen Zwecken die Grundrechtsträger von ihrer grundrechtlichen Freiheit Gebrauch machen, ist – im Rahmen der allgemein festgelegten Verträglichkeitsgrenzen der Freiheit – ihre Sache und Entscheidung; es kann daher nicht Gegenstand rechtlicher Bewertung durch den Staat und ebensowenig Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Differenzierung des Freiheitsumfangs sein.“⁹³

Die entscheidende Vorfrage für die Verträglichkeit des Nichtdiskriminierungsrechts hängt in dieser Konzeption dann davon ab, ob und inwieweit Diskriminierungsverbote zu diesem „Rahmen der allgemein festgelegten Verträglichkeitsgrenzen der Freiheit“ zählen können. Das ist schon im Ausgangspunkt problematisch, weil Diskriminierungsverbote einen Rechtfertigungszwang begründen. Nach klassisch liberalem Verständnis ist eine Entscheidung aber nur dann und nur insoweit frei, als sie nicht vor Dritten gerechtfertigt werden muss.⁹⁴ Das gleichheitsrechtliche Paradigma ist mit einer solchermaßen formulierten liberalen Grundrechtstheorie schwer zu vereinbaren, stellt es doch gerade den Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit in Frage.⁹⁵ Dazu erneut *John Gardner*:

„Plainly, liberals cannot merely recite the incantation of 'equal respect' here. Requiring citizens to adopt a policy of equal respect would be wholly inconsistent with any commitment to allowing their personal preferences and projects to prevail, for such a policy would stipulate that personal preferences be excluded from every social practice, and would eclipse all spheres of individual judgment. It follows that the liberal state cannot properly require us to desist from discriminating merely because, by discriminating, we fail to treat fellow citizens with equal respect. Liberals must offer some further argument,

92 Exemplarisch *Picker*, JZ 2003, 540, 543 f; *Isensee*, Privatautonomie, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 239, 270 ff; *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 150 Rn. 136 ff.

93 *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1530 f (Hervorhebung im Original).

94 *Pfeiffer*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 992.

95 Beispielhaft *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 128: „Any genuine contest between liberty and equality is a contest liberty must lose.“

*one which shows that eliminating discrimination among citizens inter se falls within a legitimate area of state activity, that an accepted legitimacy doctrine applies.*⁹⁶

Daher scheint aus liberaler Sicht eine *freiheitsrechtliche* Legitimation des Nichtdiskriminierungsrechts vorzugswürdig. *Gardner* unternahm den rechtsphilosophischen Versuch, Diskriminierungsverbote als einen Anwendungsfall des *Mill'schen* Freiheitsprinzips⁹⁷ zu konstruieren. Diskriminierungen seien danach zu verbieten, weil es sich um freiheitsrechtlich unzulässige Einschränkungen eines selbstbestimmten (autonomen) Lebens handle.⁹⁸ Das deckt sich nur im Ergebnis mit dem hier verfolgten Verständnis des Nichtdiskriminierungsprinzips als Freiheitsrecht zweiter Ordnung.⁹⁹ *Gardner* will dieses Ziel unmittelbar freiheitsrechtlich und gerade nicht über den Umweg des Gleichheitsrechts erreichen. Daher ist er gezwungen, ein materiales Kriterium einzufügen, das die zulässigen von den unzulässigen Freiheitseinschränkungen unterscheidet: es müsse sich um *fundamental choices* handeln. Dazu zählen nur Wahlmöglichkeiten zwischen „wertvollen“ Alternativen („valuable choices“).¹⁰⁰ Damit bleibt völlig offen, wie der Wert der Wahlmöglichkeiten zu bestimmen ist.¹⁰¹ Noch gravierender ist, dass man über den ethischen Wert der getroffenen Wahl durchaus diskutieren kann. *Gardner* selbst wählt ein kontroverses Beispiel: Seine lapidare Feststellung: „there is absolutely nothing wrong with homosexuality“ und die Behauptung: „those who regard homosexuality as a perversion are mistaken, and hence do not have the reason for their anti-homosexual attitudes and activities that they take themselves to have“¹⁰² treffen nicht überall auf Zustimmung. Man denke an die katholische Kirche, deren abweichende ethische Auffassung vom geltenden Nichtdiskriminierungsrecht in bestimmten Grenzen sogar geschützt wird.¹⁰³ Der von *Gardner* vorgeschlagene Prüfungsmaßstab untergräbt, konsequent zu Ende gedacht, seine Autonomiethese.¹⁰⁴ Die Personen werden nämlich nicht geschützt, weil sie zwischen bestimmten wertvollen Möglichkeiten wählen, sondern weil sie eine zulässige Wahl getroffen haben. Damit zahlt *Gardner* einen für Liberale hohen Preis: Er gibt die negative Konzeption von Freiheit zugunsten einer inhaltsbedürftigen und kontrollfähigen positiven Freiheitsbestimmung auf.

96 *Gardner*, 9 Oxford J. Legal Studies 1, 3 (1989).

97 *Mill*, On Liberty, 1859, 21 f.: „That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.“

98 *Gardner*, 9 Oxford J. Legal Studies 1 (1989); *Gardner*, 16 Oxford J. Legal Studies 353 (1996); *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167 (1998).

99 Dazu oben § 1 III aE.

100 *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167, 173 (1998).

101 Vgl. *Doyle*, 27 Oxford J. Legal Studies 537, 551 (2007); *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 90 ff.

102 *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167, 174 (1998).

103 Dazu unten § 6 VI 2 b).

104 Zum Folgenden *Doyle*, 27 Oxford J. Legal Studies 537, 552 (2007).

Anna Verena Lauber hat vorgeschlagen, diese Leerstelle der *Gardner'schen* Konzeption mit dem Gedanken „der Anerkennung des anderen in seiner Selbstbestimmung“ zu füllen.¹⁰⁵ Sie geht – konsequent – von einer positiven Konzeption von Freiheit aus (Freiheit *wozu* anstatt Freiheit *wovon*), die sie in einen engen Zusammenhang mit der Menschenwürde stellt. Diskriminierungsrecht ist danach eine Umverteilung von Freiheitssphären zugunsten der positiven Freiheit des Diskriminierungsopfers und zu Lasten der negativen Freiheit des Diskriminierenden.¹⁰⁶ Vertragsfreiheit und Autonomie müssten konsequent im Plural gedacht werden.¹⁰⁷ Die einzige Möglichkeit, die Vertragsfreiheiten beider Akteure zu sichern, sei ein Verständnis von Vertragsfreiheit als immanent gebundene Freiheit („verantwortliche Freiheit“).¹⁰⁸ Die Grundlage dafür sieht sie im Anschluss an *Hegel*¹⁰⁹ und moderne Anerkennungsphilosophien¹¹⁰ darin, dass sich „die Gesellschaftsmitglieder gegenseitig als freie und gleiche *anerkennen*“.¹¹¹ Weil individuelle Freiheit, Autonomie und Selbstverwirklichung von der wechselseitigen Anerkennung abhingen, sei es Aufgabe eines gerechten Rechtssystems, diese Anerkennung sicherzustellen.¹¹²

*„Lapidar lässt sich formulieren, dass es ungerecht ist, wenn Individuen oder Gruppen der Status eines vollwertigen Partners in der sozialen Interaktion – im vorliegenden Kontext bei Vertragsschlüssen – vorenthalten wird, weil per kultureller Wertsetzung durch andere besondere Merkmale unbegründet schlecht oder verächtlich gemacht werden und dieses Muster der Wertsetzung zusätzlich im Rahmen des Vertragsrechts vom Staat durchgesetzt wird.“*¹¹³

Die damit angestrebte partizipatorische Gleichberechtigung postuliert das *gleiche Recht* aller Personen, unter fairen – d.h. gleichen – Bedingungen nach gesellschaftlicher Achtung zu streben.¹¹⁴ Darin liegt aber – wie *Lauber* an anderer Stel-

105 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 92 ff, 133 ff, 151 ff (Zitat auf S. 101).

106 Ausdrücklich *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 93; ähnlich auch *Coester*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 122 ff.

107 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 99 im Anschluss an *Subr*, Entfaltung des Menschen durch die Menschen, 1976, 105 ff.

108 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 94 ff (Zitat auf S. 100).

109 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 71 aE: „Der Vertrag setzt voraus, daß die darein tretenden sich als Personen und Eigenthümer *anerkennen*; da er ein Verhältniß des objectiven Geistes ist, so ist das Moment der Anerkennung schon in ihm enthalten und vorausgesetzt.“ (Hervorhebung im Original).

110 Siehe *Honneth*, Der Kampf um Anerkennung, 1992; *Honneth*, Umverteilung als Anerkennung, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 125 ff und *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 13 ff.

111 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 101 (Hervorhebung im Original).

112 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 102 f.

113 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 134.

114 Vgl. *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 13, 49.

le zutreffend feststellt¹¹⁵ – ein *Gleichheitsgebot*. Der Rückgriff auf Anerkennungskonzeptionen dient nur dazu, die vom Gleichbehandlungsgrundsatz offengelassene Frage, was gleich zu behandeln sei, zu beantworten: jede Person kraft ihrer menschlichen Würde¹¹⁶ oder des gleichen Respekts¹¹⁷. Es geht also um „partizipatorische Gleichberechtigung“.¹¹⁸ Das bedeutet nach *Nancy Fraser*, auf die sich diese Ausprägung des Anerkennungsgedankens zurückführen lässt, dass man dem Anderen den Status als vollwertiger Partner innerhalb sozialer Interaktionen zugestehen muss, „um die gleiche Autonomie und den gleichen moralischen Wert der anderen zu respektieren“.¹¹⁹ Die vermeintlich autonom freiheitsrechtliche Rekonstruktion des Nichtdiskriminierungsrechts ist am Ende nichts anderes als eine gleichheitsrechtliche Erklärung in anderem Gewand.¹²⁰

Eine andere Variante des freiheitsrechtlichen Ansatzes erklärt die verbotene Benachteiligung zur Verletzung des Persönlichkeitsrechts der diskriminierten Person. Auf rechtsphilosophischer Ebene tritt etwa *Matt Cavanagh* dafür ein. Er geht davon aus, dass die Freiheitschancen von Personen nicht von den Vorurteilen anderer Personen bestimmt werden sollen.¹²¹ Das ist keine Variante der Autonomiethese, weil *Cavanagh* den eigentlichen Legitimationsgrund deutlich enger fasst: Es sei falsch, Personen mit unberechtigter Verachtung zu begegnen.¹²² Daraus folgt eine erhebliche Einschränkung des Umfangs zulässiger Diskriminierungsverbote.¹²³ Darin liegt eine freistehende rechtsphilosophische Konzeption, die aber dem hier aufgestellten Kohärenzkriterium nicht genügt. Sie vermag den Umfang des geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrechts nicht ansatzweise zu erklären. Wie das Beispiel der mittelbaren Diskriminierung zeigt, geht dieses weit über das Verbot verachtender Verhaltensweisen hinaus.

115 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 98.

116 Zur Menschenwürde als rechtllichem Ausdruck der Anerkennungskonzeptionen siehe *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 137 ff und zur Erklärung des Unionsgrundrechts auf Gleichbehandlung aus der Menschenwürde *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 235 ff.

117 *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 13, 55; *Fraser*, Anerkennung bis zur Unkenntlichkeit verzerrt, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 225, 267.

118 *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 13, 54 ff.

119 *Fraser*, Anerkennung bis zur Unkenntlichkeit verzerrt, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 225, 265.

120 Das gilt letztlich auch für die Konzeption der Anerkennung von *Honneth*, Umverteilung als Anerkennung, in: *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung, 2003, 129, 208 ff, der die Gleichheit instrumental als Voraussetzung der Identitätsbildung begreift. Dieser Vorgang beruht auf der Bedeutung gegenseitiger sozialer Wertschätzung, die ohne die vorausgesetzte Gleichheit aller Gesellschaftsmitglieder nicht zu erklären ist.

121 *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 145.

122 *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 166.

123 Vgl. ausführlich *Cavanagh*, Against Equality of Opportunity, 2002, 176 ff.

Auf verfassungsrechtlicher und rechtsdogmatischer Ebene hat *Thomas Lobinger* eine ähnliche Position besonders deutlich herausgearbeitet.¹²⁴ Ausgangspunkt ist der klassische Fall einer Zugangsdiskriminierung von „Türken“ bei Gaststätten. Darin liege ein evident sittenwidriges, das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Gruppen verletzendes Verhalten:

*„Deren Angehörigen wird signalisiert, daß sie als vollwertige Mitglieder der Gesellschaft nicht erwünscht und deshalb von der Teilhabe an dem im übrigen allen offen stehenden gesellschaftlichen Leben auszunehmen sind. Im Kern wird ihnen so die Gleichwertigkeit als Person abgesprochen, was ohne weiteres den Tatbestand einer Persönlichkeitsrechtsverletzung erfüllt. Es geht um die Herabsetzung der Würde durch Verneinung der menschlichen Ebenbürtigkeit.“*¹²⁵

Der Reiz integritätsschützender, im Persönlichkeitsrecht gründender Diskriminierungsverbote liegt für ihre Vertreter darin, dass sie „mit den Grundlagen einer freiheitlichen Privatrechtsordnung in vollem Einklang stehen.“¹²⁶ Sie halten sich im *Böckenförde'schen* „Rahmen der allgemein festgelegten Verträglichkeitsgrenzen der Freiheit“. Die Umsetzung der Richtlinien hätte danach über die bereits existierenden Generalklauseln, insbesondere über §§ 138, 826 BGB erfolgen sollen.¹²⁷ Das steht in einer langen Tradition einer freiheitsrechtlichen Lösung gleichheitsrechtlicher Probleme.¹²⁸ Danach sei das AGG ein „Persönlichkeitschutzgesetz“¹²⁹. Das AGG ist inhaltlich nicht mit dieser Konzeption vereinbar. *Lobinger* räumt das ein: Ein persönlichkeitsrechtlicher Ansatz kann die Beschränkung auf bestimmte Diskriminierungsverbote nicht erklären. Deren Auswahl muss zwangsläufig „defizitär“ erscheinen.¹³⁰ Sein Schüler, *Johannes Bader*, versucht zu retten, was nicht zu retten ist: Das AGG beschränkt sich nicht deshalb auf bestimmte Merkmale, weil bei ihren Trägern ein „besonderes Kränkungspotential“ vorhanden ist.¹³¹ Das Gesetz adressiert vielmehr die ungleiche Behandlung dieser Merkmalsträger in der Umwelt des Rechts. Ob darin auch eine Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt, ist für die Anwendung des Gesetzes irrelevant: Die Würdeverletzung ist lediglich Tatbestandsmerkmal bei der Belästigung (§ 3 Abs. 3 und 4 AGG). Bei der unmittelbaren Benachteiligung genügt die

124 Siehe *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 119 f, 141 ff, 172 ff; *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 374 ff; daneben sind auch zu nennen *Koppenfels*, WM 2002, 1489, 1492 ff; *Picker*, JZ 2003, 540, 544 f; *Säcker*, BB 2004, Beilage Nr. 16, 16, 17 f, die im Wesentlichen dieselben Thesen vertreten.

125 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 120.

126 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 141; vgl. auch *Picker*, JZ 2003, 540, 544 f.

127 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 173.

128 Siehe dazu oben § 4 I 5.

129 *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 125.

130 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 143 f; vgl. dazu auch die Darstellung dieser Kritik bei *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 155 ff.

131 So aber *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 158 f.

Benachteiligung wegen des verpönten Grundes. Eine Verletzung der Menschenwürde oder der Persönlichkeit ist gerade nicht Tatbestandsmerkmal.¹³² Das zwingt *Lobinger* zur einschränkenden Auslegung: Die zentrale Rolle kommt dabei dem – unionsrechtlich betrachtet – jungen Belästigungsbegriff zu. Der unionsrechtlich tradierte Begriff der unmittelbaren Diskriminierung wird daran angehängt.¹³³ Damit interpretiert *Lobinger* die Persönlichkeitsrechtsverletzung in den Tatbestand hinein. Das ist methodisch wagemutig und findet in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Stütze. Dazu kommt, dass man auch den Belästigungsbegriff gleichheitsrechtlich interpretieren kann.¹³⁴ Damit bricht der methodische Stützpfeiler *Lobingers* zusammen. Noch größere Schwierigkeiten bereitet der Konzeption die mittelbare Diskriminierung. Eine neutrale Vorschrift, die Merkmalsträger besonders benachteiligt, ist offensichtlich keine Herabwürdigung der davon Betroffenen.¹³⁵ Auch dagegen wendet sich *Bader*, wird dabei aber zum Opfer seines Gedankengangs: Selbstverständlich kann der Gesetzgeber neue Persönlichkeitsrechte schaffen.¹³⁶ Die Frage lautet aber, ob er das mit dem AGG getan hat. Nach der hier vertretenen Auffassung verpflichtet das AGG den Normadressaten zur Gleichbehandlung, sofern die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann. Auf eine irgendwie geartete „Kränkung“ durch „Pauschalisierung“ kommt es nicht an. *Bader* selbst muss einräumen, dass eine mögliche „Kränkung“ des Benachteiligten auf einem „von der konkreten Diskriminierung“ ausgelösten Vorgang basiere.¹³⁷ Dann ist aber die (mittelbare) Ungleichbehandlung als solche der relevante Anknüpfungspunkt. *Cavanagh* bemüht sich aufgrund dieser Schwierigkeiten erst gar nicht, die Kategorie der mittelbaren Diskriminierung zu diskutieren. Für andere bietet sich ein Ausweg an: Danach sei die mittelbare Benachteiligung lediglich ein Hilfsinstrument zur Feststellung von unmittelbaren Benachteiligungen.¹³⁸ Davon hat sich die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs und das moderne Verständnis der mittelbaren Diskriminierung längst gelöst.¹³⁹ Bereits diese Einwände zeigen, dass der persönlichkeitsrechtliche Erklärungsansatz, dem es „um die Wahrung bestehender Rechtspositionen“ und gegen die „Erlangung neuer“ geht, als dogmatische Theorie des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts unzulänglich ist.

132 Vertiefend unten § 6 V 2 a).

133 *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 378 f.

134 Siehe unten § 6 V 2 c).

135 *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, 1994, 151.

136 *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 137 f.

137 *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 144.

138 Eingehend dazu *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 121 ff; ähnlich auch *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 145 f.

139 Dazu unten § 6 V 2 b).

(2) Autonome Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts

Nach einem anderen Ansatz ist das Nichtdiskriminierungsrecht autonom zu rechtfertigen. *Peter Westen* behauptete beispielsweise, dass die Diskriminierungsverbote im XIV. Verfassungszusatz der U.S.-Verfassung kein Gleichheitsproblem regelten. Dem Gleichheitssatz in seiner klassischen Konzeption könnten keine inhaltlichen Kriterien zwischen einer erlaubten und einer verbotenen Unterscheidung entnommen werden. Die Diskriminierungsverbote seien analog zu den Freiheitsrechten selbstständige Rechte, die dem Gleichheitssatz erst seinen Maßstab verschafften.¹⁴⁰ Dieser Angriff ist zwar auf die Gleichheit als Konzept gerichtet, trifft aber schon im Ausgangspunkt nur ihre Konzeption als formale Gleichheit.¹⁴¹ Sobald das Nichtdiskriminierungsrecht auf substantielle Gleichheitskonzeptionen gestellt wird, verpufft die Kritik.¹⁴² Ähnlich wie *Westen* argumentiert *Elisa Holmes*,¹⁴³ wenn sie formuliert, dass Diskriminierungsverbote grundsätzlich unterschiedliche Behandlungen zuließen und nur die Anknüpfung an bestimmte Merkmale zur Begründung einer Ungleichbehandlung verböten. Ein weiterer Unterschied bestehe darin, dass Gleichbehandlungsprinzipien streng komparativ seien, während bei Diskriminierungsverboten eine hypothetische Vergleichsperson genügen würde. Schließlich habe die Vergleichbarkeit keinen eigenständigen Wert, weshalb eine Ungleichbehandlung auch mit einer „Angleichung nach unten“ zu beseitigen sei. Diese Konsequenz würden Proponenten des Nichtdiskriminierungsprinzips aber niemals ziehen. *Holmes* irrt gleich zweifach: Wie wir bereits im Zusammenhang mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot gesehen haben, ist die Angleichung nach unten auch im komparativen Erklärungsschema des Gleichbehandlungsprinzips keine zwingende Rechtsfolge. Im Gegenteil: Solange die Ungleichbehandlung nicht anderweitig beseitigt werden kann, muss eine Anpassung nach oben erfolgen.¹⁴⁴ Diskriminierungsverbote teilen diese Rechtsfolge.

Auch *Hugh Collins* glaubt, die spezifischen Eigenheiten des Nichtdiskriminierungsrechts ließen sich nicht mit einem „*simple equal treatment principle*“ erklären und schlägt stattdessen – wie vor ihm *Nickel* für das deutsche Recht¹⁴⁵ – den Gedanken der „sozialen Einbeziehung“ (*social inclusion*) als Erklärungsansatz

140 *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 537, 565-569 (1982).

141 Ausführlich *Bamforth*, 24 Oxford J. Legal Studies 693, 710-711 (2004).

142 Zu *Westens* Kritik am Gleichheitssatz siehe unten § 8 II 5.

143 *Holmes*, 68 Modern L. Rev. 175, 182-194 (2005).

144 Dazu oben § 5 I 2.

145 *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 67-69, allerdings unter Bezug auf den Begriff der Gleichheit, vgl. *Nickel*, Gleichheit und Differenz, 1999, 51-66; ähnlich auch *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 12-31; beide unter Verwendung des Begriffs der „social citizenship“ in Anlehnung an *Marshall*, Citizenship and Social Class, in: Pierson/Castles, The Welfare State, 2001, 32.

vor.¹⁴⁶ Soziale Einbeziehung ist danach ein Prinzip distributiver, aber nicht egalitärer Gerechtigkeit:

*„Social inclusion does not seek the same or broadly equivalent outcomes for citizens. It concentrates its attention not on relative disadvantage between groups, but rather on the absolute disadvantage of particular groups in society. The objective is not some notion of equality of welfare, but one of securing a minimum level of welfare for every citizen.“*¹⁴⁷

Collins räumt freimütig ein: „the current law does not fit precisely with the principles suggested by the aim of social inclusion“.¹⁴⁸ Das ist etwas untertrieben. Ziel sozialer Inklusion ist es, Barrieren zu beseitigen, die bestimmte Personen(gruppen) daran hindern, an den Vorteilen zu partizipieren, die ihnen als gleichen Bürgern in der Gesellschaft zustehen.¹⁴⁹ Dieses Ziel ist als solches erreicht, wenn der prinzipiell gleiche Zugang zu Gütern und Dienstleistungen am Markt gewährleistet ist. Jörg Neuner sieht in diesen Fällen daher keinen Bedarf mehr für einen „Schutz vor Ausgrenzung“.¹⁵⁰ Für das geltende Nichtdiskriminierungsrecht ist es aber unerheblich, ob der Markt gleichwertige Ausweichmöglichkeiten gewährleistet.¹⁵¹ Die Benachteiligung als solche wird sanktioniert. Jemand, der sich für zwei am Markt angebotene Mietwohnungen interessiert, wird benachteiligt, wenn ihm der eine Vermieter sagt, er würde nicht an „Afrikaner“ vermieten, obwohl ihm der andere Vermieter umgehend zusagt. Die Theorie sozialer Inklusion kann damit den Grundfall des Nichtdiskriminierungsrechts nicht einmal ansatzweise rechtfertigen. Das bedeutet nicht zwangsläufig, dass sie überhaupt keine Relevanz im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts hat. Man kann beispielsweise das Verbot der Altersdiskriminierung im Berufsleben auch als Reaktion auf den Ausschluss älterer Arbeitnehmer vom aktiven Arbeitsleben erklären, indem es sicherstellt, dass jene weiterhin daran partizipieren können.¹⁵² Allerdings muss man sich bei dieser Argumentation gegen den paternalistischen Zug sozialer Inklusion verwehren: Diese wird, wie Collins betont,¹⁵³ auch gegen den Willen des davon Betroffenen durchgesetzt. Das führt im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht zu problematischen Ergebnissen: Das Bundesarbeitsgericht glaubt beispielsweise, den Ausschluss älterer Arbeitnehmer von einem Abfindungsangebot damit erklären zu können, dass sie im Gegenzug im bestandsgeschützten Arbeitsverhältnis verblieben, obwohl eine Kündigung gar nicht möglich war! Die subjektive Einschätzung des einzelnen Arbeitnehmers, es sei für ihn

146 So Collins, 66 Modern L. Rev. 16 (2003); Collins, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 897, 913-917 (2005).

147 Collins, 66 Modern L. Rev. 16, 22 (2003).

148 Collins, 66 Modern L. Rev. 16, 42 (2003).

149 Vgl. Collins, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 897, 913 (2005).

150 Neuner, JZ 2003, 57, 61 f.

151 Daher kritisch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 3.

152 Vgl. Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 19 ff zum Zusammenhang von *ageism* und Altersdiskriminierung.

153 Vgl. Collins, 66 Modern L. Rev. 16, 24-25 (2003).

besser, den Aufhebungsvertrag abzuschließen und sich neu am Arbeitsmarkt zu bewerben, war nach Auffassung des Gerichts irrelevant.¹⁵⁴ Mit einem gleichheitsrechtlich fundierten Verständnis des Diskriminierungsverbots ist das freilich nicht mehr vereinbar.¹⁵⁵ *Collins* schränkt letztlich den Anwendungsbereich seiner These erheblich ein, indem er das Prinzip der formalen Gleichbehandlung als Grundlage und Ausgangspunkt anerkennt und die soziale Einbeziehung als rechtfertigungsbedürftige Abweichung davon ansieht.¹⁵⁶ Sie antwortete lediglich auf die Frage „when is it fair to require equal treatment and when is it fair to require different treatment“¹⁵⁷. Abweichungen vom Prinzip der Gleichbehandlung seien notwendig, um das distributive Ziel sozialer Inklusion zu erreichen:

„This aim requires preference or priority to be given to members of a particular group, if the group can be classified as socially excluded. The preferential measures required are those that will contribute to the reduction of social exclusion.“¹⁵⁸

Collins sieht offensichtlich einen Bedarf dafür, diese distributiven Ziele außerhalb von Gleichheitskonzeptionen anzusiedeln. Diskriminierungsverbote sind dann eine eigenständige Kategorie, die von den Fallgruppen eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu unterscheiden ist. Diese Position wird in Deutschland beispielsweise von *Lorenz Fastrich* geteilt. Er unterscheidet im Arbeitsrecht zwischen dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und den sog. „Gleichstellungspflichten“¹⁵⁹ (dazu zählt er auch die Diskriminierungsverbote) und sieht in beiden unterschiedliche Phänomene, die verschiedenen dogmatischen Kategorien angehören.¹⁶⁰ Dagegen lässt sich natürlich einwenden, dass auch im Geltungsbereich des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes eine Ungleichbehandlung nicht unter Anknüpfung an Diskriminierungsverbote zu rechtfertigen sei.¹⁶¹ Daraus will *Fastrich* aber keine Verknüpfung beider Instrumente folgern. Er versteht den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz vielmehr als das allgemeine Prinzip, während es sich bei Diskriminierungsverboten um korrigierende Eingriffe des Gesetzgebers handle.¹⁶² Die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung orientiere sich an der vom Arbeitgeber gesetzten Norm. „Gleichstellung“ korrigiere diese autonom gesetzte Norm im Interesse eines für den Arbeitgeber externen Ziels.¹⁶³ Dem schließt sich jetzt *Friedemann Kainer* an, indem er den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausdruck ausgleichender Ge-

154 BAG NZA 2010, 561 Rn. 33; siehe dazu auch unten § 6 III 6.

155 Dazu *Grünberger*, EuZA 2011, 171.

156 *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 41-42 (2003).

157 *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 40 (2003).

158 *Collins*, 66 Modern L. Rev. 16, 40 (2003).

159 Kritisch zum Begriff *Kocher*, RdA 2002, 167, 168-169.

160 *Fastrich*, RdA 2000, 65.

161 So schon *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 104 f; siehe dazu oben § 5 I 4 c).

162 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68 f.

163 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67 f.

rechtigkeit konzipiert, während die Diskriminierungsverbote des AGG distributiven Zielen dienen.¹⁶⁴ Diskriminierungsverbote sind danach *per definitionem* Ausnahmen¹⁶⁵ und auch deshalb ein Fremdkörper im System des Privatrechts.¹⁶⁶ *Fastrich* vereinfacht den Geltungsgrund allgemeiner Gleichbehandlungspflichten zu sehr. Die These, der Arbeitgeber schulde Gleichbehandlung als Konsequenz des Vollzugs selbstgesetzter Normen, ist einer der schwächeren Begründungsansätze des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Man kann darin mit guten Gründen auch einen Fall der „externen Zielsetzung“ sehen, wenn man etwa auf die ungleiche Machtverteilung abstellt und das Zurückweichen der Privatautonomie des Arbeitgebers damit begründet.¹⁶⁷ Die Trennung zwischen formaler Gleichbehandlung als internem Systemprinzip des Privatrechts und extern oktroyierten Diskriminierungsverboten wird damit mehr herbeigeredet als überzeugend beschrieben.

Insgesamt sind die Konzeptionen, nach denen es einen systematischen Zusammenhang von allgemeiner Gleichheitsverbürgung im Gleichheitssatz und speziellen Nichtdiskriminierungssätzen gibt, nicht nur „verführerisch“¹⁶⁸, sondern überlegen. Sie scheinen mir vorzugswürdig, weil man gemeinsame Grundprobleme, angefangen von der Legitimation der Gleichbehandlungspflichten bis hin zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, dogmatisch konsistent behandeln kann.¹⁶⁹ Das ist aber im Einzelnen noch näher zu begründen. Hier genügt es festzustellen, dass das egalitaristische Paradigma die beste Erklärung und Legitimation des geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrechts liefert. In der folgenden Analyse gehe ich daher von der These aus, dass das Nichtdiskriminierungsrecht konkretisiertes Gleichbehandlungsrecht ist.

III. Diskriminierungsmerkmale

Art. 21 Grundrechte-Charta enthält einen nicht abschließenden¹ Katalog von 17 Merkmalen, die weder von der Union noch von den Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 Grundrechte-Charta) zur Diskriminierung benutzt werden dürfen. Sieben darunter fallende Merkmale, nämlich Geschlecht, Rasse, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung finden sich in Art. 19 Abs. 1 AEUV wieder. Dieser erlaubt es der Union, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminie-

164 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b), § 4 III 4 und § 6 I 3.

165 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 74.

166 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b) und § 6 I 3.

167 Im Einzelnen oben § 5 I 3.

168 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.

169 *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 17.

1 *Sachs* in: *Tettinger/Stern*, Grundrechte-Charta, Art. 21 Rn. 23.

rungen aus den dort abschließend aufgezählten² Gründen zu bekämpfen. Art. 19 AEUV ist eine eigenständige Kompetenzgrundlage.³ Sie ermächtigt die Union zum Erlass von speziellen, an Privatrechtssubjekte adressierten, Diskriminierungsverboten.⁴ Insoweit ergänzt und erweitert Art. 19 AEUV die aus Art. 157 Abs. 3 AEUV folgende Kompetenz der Union, den Grundsatz der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen zu gewährleisten. Die in Art. 19 AEUV nicht genannte Staatsangehörigkeit wird von Art. 18 AEUV erfasst. Ob dieses Diskriminierungsverbot auch auf Privatrechtssubjekte anwendbar ist, ist daher eine Frage des allgemeinen Nichtdiskriminierungsrechts.⁵ Möglicher Gegenstand des speziellen unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrechts sind daher nur die in Art. 19 Abs. 1 AEUV (und Art. 157 AEUV) aufgelisteten Merkmale. Darin liegt im Vergleich zur Grundrechte-Charta eine erste Hierarchisierung von Diskriminierungsmerkmalen.⁶ Das Unionsrecht geht offensichtlich davon aus, dass die Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund dieser sieben Merkmale besondere Aufmerksamkeit verdient. Der europäische Gesetzgeber hat von der Kompetenzgrundlage Gebrauch und *alle sieben Merkmale* zum Gegenstand privatrechtlicher Diskriminierungsverbote gemacht. Analysiert man jedoch den Tatbestand und die Rechtfertigungsmöglichkeiten, stellt man einen erheblichen Unterschied in der privatrechtlichen Reichweite der jeweiligen Diskriminierungsverbote fest. Darin liegt eine zweite Hierarchisierung von Diskriminierungsmerkmalen im Unionsrecht:⁷ An der Spitze stehen Rasse und ethnische Diskriminierung. Sie haben das traditionelle Diskriminierungsmerkmal Geschlecht⁸ auf den zweiten Rang verwiesen. Die dritte Gruppe bilden Religion und Weltanschauung sowie die sexuelle Orientierung. Als viertes folgt die Behinderung. Schlusslicht der Reihenfolge ist das Alter. Das AGG übernimmt diese Hierarchisierung im Wesentlichen. Mit einer Ausnahme: Das Schlusslicht ist hier die Weltanschauung, weil sie vom Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots (§ 19 Abs. 1 AGG) komplett herausgenommen wurde.

2 Holoubeck in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 13; kritisch dazu Bell, Anti-Discrimination, 2002, 126 ff.

3 Dazu näher Grabenwarter in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 AEUV Rn. 6. Die Frage, ob diese Kompetenzgrundlage ein materielles Diskriminierungsverbot voraussetzt (so Holoubeck in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 4; ähnlich Bouchouaf/Richter, Jura 2006, 651, 654), hat sich mit der Verankerung der Diskriminierungsverbote in der Grundrechte-Charta und in allgemeinen Rechtsgrundsätzen erübrigt.

4 Wernsmann, JZ 2005, 224, 227; Bouchouaf/Richter, Jura 2006, 651, 652; Grabenwarter in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 19 AEUV Rn. 44.

5 Dazu unten § 8 IV.

6 Vgl. Neumer, 2 ERCL 35, 44-45 (2006).

7 Zur kontroversen Diskussion über die Legitimation dieser Hierarchisierung Fredman, 30 Ind. L.J. 145, 157-160 (2001); Waddington/Bell, 38 CMLR 567, 610-11 (2001); Schiek, 8 ELJ 290, 308 (2002); Bell/Waddington, 28 E.L. Rev. 349, 359-368 (2003).

8 Vgl. dazu oben § 4 II 3.

1. Rasse und ethnische Herkunft

Die Richtlinie 2000/43/EG verbietet Diskriminierungen aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft. Man tat sich mit dem Begriff „Rasse“ schwer. Die Richtlinie stellt in Erwägungsgrund (6) klar, dass die Europäische Union Theorien zurückweise, mit denen versucht werde, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen. Um noch deutlicher zu machen, „dass nicht das Gesetz das Vorhandensein verschiedener menschlicher ‘Rassen’ voraussetzt, sondern dass derjenige, der sich rassistisch verhält, eben dies annimmt“,⁹ bezieht sich das AGG auf Benachteiligungen „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft“ (§§ 1, 19 Abs. 1 AGG).¹⁰ Beide Begriffe sind als Begriffe des Unionsrechts einheitlich und autonom auszulegen,¹¹ um einen Mindeststandard sicherzustellen.¹² Da beide Begriffe im Unionsrecht nicht definiert werden, muss man nach Interpretationshilfen im regionalen und internationalen Völkerrecht suchen.¹³ Für die Auslegung von Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta ist auf die Erfahrung mit den Begriffen „Rasse“ und „Hautfarbe“ in Art. 14 EMRK zurückzugreifen. Dafür bietet die General Policy Recommendation No. 7 der European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) v. 13.12.2002 wichtige Anhaltspunkte.¹⁴ Sie enthält eine Definition der unmittelbaren Diskriminierung wegen der Rasse und versteht darunter

*„any differential treatment based on a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, which has no objective and reasonable justification.“*¹⁵

Für die Auslegung der Richtlinie ist auch zu berücksichtigen, dass sie im Wesentlichen ein „legal transplant“ des, mittlerweile vom Equality Act 2010¹⁶ abgelösten, Race Relations Act 1976¹⁷ ist.¹⁸ Von Bedeutung ist auch das Begriffsver-

9 BT-Drs. 16/1789, S. 30.

10 Kritisch *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 53.

11 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 40 ff (zum Begriff der Behinderung); siehe auch *Fuchs* in: Bamberger/Roth, BGB, § 1 AGG Rn. 5.

12 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 65.

13 *Howard*, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 7-9 (2008).

14 Zugreifbar unter http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/en/recommendation_n7/ecri03-8%20recommendation%20nr%207.pdf [Stand: 31.12.2012].

15 Dazu *Howard*, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 7 (2008).

16 Equality Act 2010 c. 15 [zugreifbar unter http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf] [Stand: 31.12.2012]. Sec. 9 (1) definiert die Merkmale im Wesentlichen unverändert: „Race includes (a) colour; (b) nationality; (c) ethnic or national origins.“.

17 Nach Sec. 3(1) Race Relations Act 1976 c. 74 [zugreifbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/74/contents> (Stand: 31.12.2012)] waren erfasst „racial grounds mean[ing] any of the following grounds, namely colour, race, nationality or ethnic or national origins“.

18 *Hepple*, 67 Mod. L. Rev 1, 3 (2004).

ständnis¹⁹ des von allen Mitgliedstaaten ratifizierten ICERD.²⁰ Liest man die Merkmale des Race Relations Act 1976 und des Art. 1 ICERD²¹ zusammen, kann man die beiden Merkmale „Rasse und ethnische Herkunft“ weiter aufgliedern in: (1.) Rasse und Hautfarbe sowie (2.) Abstammung, nationale und ethnische Herkunft.

a) Soziale Konzeption des „Rassebegriffs“

„Rasse“ und „Hautfarbe“ sind die traditionellen Diskriminierungsmerkmale des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts. Bereits der *Civil Rights Act* von 1875 verbot es Privaten, daran anzuknüpfen.²² Sie werden in fast allen relevanten Texten gemeinsam genannt,²³ nur das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht verzichtet darauf.²⁴ Das überrascht zunächst, weil gerade die als verschieden wahrgenommene Hautfarbe eines Menschen das soziale Konzept „Rasse“ definiert²⁵. Das belegt ein Beispiel aus der Praxis des deutschen Wohnungsmarkts, geschehen im September 2006:

*Die Betroffenen, „afrikanischer Herkunft und von dunkler Hautfarbe“, nahmen auf eine Wohnungsanzeige des beklagten Hausverwalters telefonisch Kontakt auf und vereinbarten einen Besichtigungstermin. Die vereinbarungsgemäß wartende Hausmeisterin erklärte „unmittelbar nach dem Öffnen der Tür, beim Anblick der afrikanischen Familie“: „Die Wohnung wird nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner und Türken vermietet“.*²⁶

Offener kann man nicht aufgrund der Rasse und Hautfarbe diskriminieren. So offen, wie es hier geschah, sind Diskriminierungen aufgrund der Rasse nicht immer. Dass es sich aber auch nicht um einen Einzelfall handelte, zeigt die von *Andreas Klink* und *Ulrich Wagner* durchgeführte empirische Studie zur Rassendiskriminierung in Deutschland.²⁷

Die Kombination von „Rasse“ mit „Hautfarbe“ ist allerdings nicht unproblematisch. „Rasse“ oszilliert zwischen „biologischen“ (besser: vermeintlich biologischen) und sozialen Unterscheidungen. Die soziale Konzeption von „Rasse“ ist

19 Insbesondere den zahlreichen „Allgemeinen Bemerkungen“ des CERD-Ausschusses [zugreifbar unter <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm> (Stand: 31.12.2012)] kommt eine praktische Relevanz als *persuasive authority* zu; unmittelbare rechtliche Bindungswirkung haben sie nicht, vgl. EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 46.

20 So auch BT-Drs. 16/1780, S. 31. Zum ICERD näher oben § 4 II 2.

21 Dazu *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 49 f mwN.

22 Dazu oben § 3 III 3.

23 Art. 1 ICERD, Art. 14 EMRK, Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta.

24 Art. 19 Abs. 1 AUEV, Art. 1 RL 2000/43/EG und § 1 AGG.

25 Siehe dazu bereits oben § 3 III 5.

26 OLG Köln NZM 2010, 294 und als Vorinstanz LG Aachen NZM 2009, 318 [daraus auch die Zitate]; vgl. auch *Derleder*, NZM 2009, 310 ff.

27 *Klink/Wagner*, 29 J. Appl. Soc. Psychol. 402 (1999).

mittlerweile im Völkerrecht²⁸ und im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht²⁹ ganz herrschend. Das Recht bedient sich dieses Begriffs, um wirksam gegen die mit dem Rassismus verbundene soziale Diskriminierung vorgehen zu können.³⁰ Für den Rechtsanwender entsteht dabei aber ein Dilemma: Wie kann er feststellen, dass der Adressat den Betroffenen „rassistisch“ entgegentritt³¹ oder sicherstellen, dass der Betroffene sich einer Gruppe zugehörig fühlt,³² die von den Normadressaten „rassistisch“ rekonstruiert wird? Der Rechtsanwender wird „gruppenbildende Merkmale“ bilden, die er am Ende wieder bei den „biologischen Merkmalen“ suchen wird.³³ In diesem Zusammenhang werden in der deutschen Kommentarliteratur ganz unreflektiert als äußerliche körperliche Merkmale genannt: Hautfarbe, Gesichtsform, Augenform,³⁴ Haartracht,³⁵ Physiognomie und Körperbau,³⁶ Morphologie des Körpers und des Gesichts oder Pigmentierung³⁷. Das basiert – man muss es leider deutlich sagen – auf einem rassistischen Vorverständnis.³⁸ Diese vermeintlich deskriptiven äußerlichen Merkmale werden als solche nur deshalb wahrgenommen, weil unsere soziale Prägung die Merkmale erst sichtbar macht. Schwarz wird als Hautfarbe nur registriert, wenn sie von der sozial gesetzten Norm weißer Hautfarbe abweicht. Und umgekehrt. Die Ansicht, man könne diese Merkmale „neutral“ feststellen, tappt in die rassistische Falle. Letztlich werden für den Begriff „Rasse“ sozial-kulturell geprägte Anknüpfungsmerkmale relevant, wie sie auch für die Feststellung der ethnischen Herkunft verwendet werden. Ich teile daher die Einschätzung, dass man zwischen

28 Vgl. Präambel ICERD („In der Überzeugung, dass jede Lehre von einer auf Rassenunterschiede gegründeten Überlegenheit wissenschaftlich falsch, moralisch verwerflich sowie sozial ungerecht und gefährlich ist“); näher *Britz*, EuGRZ 2002, 381, 384 f.; *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 43 ff.; *Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: *Wolfrum*, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 215, 221 ff.; *Falke* in: *Falke/Rust*, AGG, § 1 Rn. 14; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 1 Rn. 14 ff.

29 Siehe *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 53; *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 88 f.; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 1 Rn. 10.

30 Näher zur wichtigen Unterscheidung von Rasse als Rechtsbegriff und Rassismus als ideologischer Einstellung im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts *Howard*, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 11-16 (2008); *Barskammaz*, KJ 2009, 296, 297 ff.

31 So BT-Drs. 16/1780, S. 31.

32 So ICERD-Ausschuss, General Recommendation No. 8 v. 22.8.1990, Identification with a particular racial or ethnic group (Art. 1, par.1 & 4), zugreifbar unter <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ICERD/comments.htm> [Stand: 30.9.2010].

33 Exemplarisch *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 88.

34 *Legerlotz* in: NK-BGB, § 1 AGG Rn. 17.

35 *Däubler* in: *Däubler*, AGG, § 1 Rn. 23, 35.

36 *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 2007, § 2 Rn. 5; *Lingemann* in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, § 1 AGG Rn. 3.

37 *Beitze* in: *Hey*, AGG, § 1 Rn. 10.

38 Zutreffend daher die Kritik von *Greiner*, DB 2010, 1940 f.; ähnlich auch *Stein* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 1 Rn. 11, der darauf hinweist, dass die Verwendung solcher Merkmale zu einer nicht akzeptablen mittelbaren Anerkennung rassistischer Vorstellungen führt.

den Merkmalen „Rasse und ethnischer Herkunft“ nicht trennen muss.³⁹ Sie sind „related and overlapping concepts“.⁴⁰ Auch der Gerichtshof der Europäischen Union verwendet in seiner Entscheidungspraxis konsequent beide Begriffe im Tandem.⁴¹

b) *Ethnische Herkunft*

Die Diskriminierungsmerkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“ sind Bestandteil eines *anticaste-principle*,⁴² um bestimmte soziale Hierarchisierungen aufzubrechen. Aus der Bandbreite sichtbarer Merkmale werden bestimmte Differenzierungsgründe „verpönt“, die traditionell dazu dienen, „uns“ von den „Anderen“ nach ethnischen Zugehörigkeiten zu unterscheiden. „Rasse“ und ihre Stellvertretermerkmale wie „Hautfarbe“ sind klassische Beispiele solcher Kriterien. Ein anderes Beispiel ist die in Art. 1 ICERD und Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG genannte „Abstammung“. Abstammung ist „vornehmlich die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren“,⁴³ die allerdings als „von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung“ zu verstehen ist.⁴⁴ Ob diese von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung zum Stigma wird, teilt uns in vielen Fällen die Geschichte mit. Die Sinti und Roma beispielsweise zählen im Europa des frühen 21. Jahrhunderts wegen der ihnen zugeschriebenen ethnischen Eigenschaften dazu.⁴⁵ Dasselbe gilt immer noch für Juden, die im Kontext sozialer Hierarchien nicht nur wegen ihrer Religion, sondern vor allem wegen der prägenden Wirkung antisemitischer Rassentheorien als ethnische Gruppe wahrgenommen werden.⁴⁶

39 Siehe BT-Drs. 16/1780, S. 31. So auch *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 322; *Falke* in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 18; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 14 f; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 12; *Armbrüster* in: Erman, § 1 AGG Rn. 3; zu Art. 1 ICERD auch *Wolfrum*, Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: Wolfrum, Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 215, 222.

40 EGMR, Urt. v. 13.12.2005, App. Nos. 55762/00, 55974/00 – *Timishev v. Russia* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/para.55>.

41 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187.

42 *Sunstein*, 92 Mich. L. Rev. 2410 (1994).

43 BVerfGE 9, 124, 128.

44 BVerfGE 9, 124, 129; ganz ähnlich das traditionelle Verständnis des Begriffs im Race Relations Act 1976, vgl. *Lustgarten*, 28 Int'l & Comp. L. Q. 221, 235 (1979): „In this sense it means the ancestry, not of an individual, but of his forebears; by extension it refers to any socially distinct minority group.“

45 Vgl. Mitteilung der Kommission, Soziale und wirtschaftliche Integration der Roma v. 7.4.2010, KOM(2010) 133 endg.; siehe auch *Lustgarten*, 28 Int'l & Comp. L. Q. 221, 236 (1979); *Hepple*, 67 Mod. L. Rev. 1, 8-9 (2004) und aus sozialwissenschaftlicher Sicht jetzt sehr informativ *Koch*, Soziale Konstruktion und Diskriminierung von Sinti und Roma, in: Hormel/Scherr, Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip, 2010, 255 ff.

46 Vgl. *Seide v. Gillette Industries Ltd.*, [1980] IRLR 427 (EAT) zum Race Relations Act [dazu *Williams*, 8 Ind. L. J. 263 (1980)]; zum AGG vgl. *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 91 f; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 17 f.

Fehlt die historische Dimension, fällt es der Praxis deutlich schwerer, zu bestimmen, ob ein gesellschaftliches Stigma auf der ethnischen Zugehörigkeit der Betroffenen zu einer Personengruppe beruht.⁴⁷ Geradezu exemplarisch geworden ist ein vom Arbeitsgericht Stuttgart entschiedener Fall. Eine 1988 aus der DDR nach Stuttgart übersiedelte Bewerberin erhielt mit einer Absage auch ihre Bewerbungsunterlagen zurück, in denen eine Mitarbeiterin des potentiellen Arbeitgebers den Ausdruck „Ossi“ mit einem daneben eingekreisten Minuszeichen angebracht und zu Tätigkeitszeiten vor 1988 an zwei Stellen „DDR“ vermerkt hatte. Die Bewerberin sah darin eine Ungleichbehandlung wegen ihrer ethnischen Herkunft aus der DDR.⁴⁸ Das Gericht kam nach Sichtung der völkerrechtlichen Grundlagen zu der Erkenntnis, „dass der Begriff der ethnischen Herkunft auf der manifestierbaren Unterschiedlichkeit der Menschen gründet“ und zusätzlicher Merkmale bedürfe, um mit Sinn erfüllt werden zu können.⁴⁹ Damit stoßen wir erneut auf die Notwendigkeit von Stellvertretermerkmalen, aus denen der Rechtsanwender auf eine Gemeinsamkeit der Gruppe schließen kann. Es sind Stellvertretermerkmale, die einzeln oder in der Summe den Schluss zulassen, dass es sich bei dem Betroffenen um den Angehörigen einer „anderen“ Gruppe handelt. Der Ethnologe *Frederik Barth* postulierte 1969, dass ethnische Gruppen soziale Institutionen sind und dazu dienen, sich und andere als Gruppenmitglied oder Außenseiter zu positionieren.⁵⁰ Ethnische Zuschreibungen sind Klassifizierungen, die „a person in terms of his basic, most general identity, presumptively determined by his origin and background“ betreffen.⁵¹ In beiden Fällen basieren die genannten Stellvertretermerkmale auf kulturellen und sozialen Vorverständnissen. Sie werden wie die Hautfarbe erst sichtbar, wenn man sie in Relation zu einer anderen Gruppe setzt.⁵² Man kann daher nicht an deskriptiv konzipierte Merkmale anknüpfen, weil wir diese Merkmale vorher als relevante Unterscheidungsmerkmale bereits konstruiert haben. Daher ist es notwendig, die Unterscheidungsmerkmale in Relation zu einer Vergleichsgruppe herauszukristallisieren. Dabei ist die Zugehörigkeit des Normadressaten zu berücksichtigen, weil seine Wahrnehmung die soziale Identität des Betroffenen mitkonstruiert. Erst durch seine Anknüpfung an ein persönliches Merkmal des Betroffenen besteht die Gefahr, dass sich die im Hintergrund bestehende soziale Hierarchisierung durchsetzt. *Barth* nannte es plastisch die andauernde Dichotomisierung zwischen Mitgliedern und Außenseitern.⁵³ Es kommt daher nicht darauf an fest-

47 Vgl. zur dann gegebenen Unsicherheit *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 73 ff.

48 ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344.

49 ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344, 345.

50 *Barth*, *Ethnic Groups and Boundaries*, in: *Barth*, *Ethnic Groups and Boundaries*, 1969, 9, 13 ff; näher zur Würdigung *Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung, 2000, 79 ff.

51 *Barth*, *Ethnic Groups and Boundaries*, in: *Barth*, *Ethnic Groups and Boundaries*, 1969, 9, 13.

52 *Barth*, *Ethnic Groups and Boundaries*, in: *Barth*, *Ethnic Groups and Boundaries*, 1969, 9, 14.

53 *Barth*, *Ethnic Groups and Boundaries*, in: *Barth*, *Ethnic Groups and Boundaries*, 1969, 9, 14.

zustellen, welche kulturellen Gemeinsamkeiten eine Gruppe aufweist. Entscheidend ist, wo die Grenzziehung nach außen verläuft. Diese ist zwangsläufig sozialer Natur.⁵⁴

Entscheidend ist also nicht, wie eine Ethnie von der anderen abgegrenzt werden kann. In der Praxis geht es darum, was die ethnischen Gruppen von sonstigen Gruppen, zum Beispiel der Gruppe der Frauen, der Senioren, der Katholiken oder Atheisten, der Homosexuellen oder der Behinderten, unterscheidet. Man braucht ein Kriterium dafür, eine vorgefundene Grenze als ethnische Grenze zu identifizieren.⁵⁵ Genau dieses Problem stellte sich dem Arbeitsgericht Stuttgart im „Ossi“-Fall. Obwohl es auf die vermeintlich deskriptiven Merkmale abstellte, arbeitete das Gericht implizit mit der These, dass Ethnien Grenzziehungen voraussetzen. Weil es keine solche Grenzziehung zwischen Ost- und Westdeutschen wahrnehmen konnte, verneinte es, dass der Ostdeutsche im Nichtdiskriminierungsrecht eine eigene Ethnie bilde.⁵⁶ Wann aber ist die Grenze nach ethnischen Gesichtspunkten gebildet?⁵⁷ „Die ethnische Gruppe ist aus der Sicht des sich selbst anhand von Gruppenzugehörigkeiten identifizierenden Individuums die fundamentalste und allgemeinste Gruppe. [...] Die Ethnie ist demnach die allgemeinste aller Gruppen, anhand derer Individuen sich kategorisieren und von anderen kategorisiert werden.“⁵⁸ Damit lässt sich die klassifikatorische Frage im Ossi-Fall beantworten: Die Ungleichbehandlung der Bewerberin ist auf ihre örtliche Herkunft iSv „Heimat“⁵⁹ zurückzuführen. Der Katalog in Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG weist darauf hin, dass man die ethnische Herkunft nicht ohne weiteres mit der geographischen Herkunft gleichsetzen darf.⁶⁰ Sie knüpft damit an eine Teilgruppe der Fundamentalkategorie „Ethnie“ und nicht an diese selbst an. Wer jemanden nicht einstellt, weil er oder sie „Ossi“ ist, diskriminiert nicht wegen der ethnischen Herkunft. Damit steht fest, dass der persönliche Anwendungsbereich des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts nicht eröffnet ist. Weil „Heimat“ aber ein Diskriminierungsmerkmal gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist, besteht daneben noch die Möglichkeit, die Ungleichbehandlung im allgemeinen Nichtdiskriminierungsrecht zu thematisieren.⁶¹

54 Barth, *Ethnic Groups and Boundaries*, in: Barth, *Ethnic Groups and Boundaries*, 1969, 9, 15.

55 Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, 2000, 82.

56 ArbG Stuttgart NZA-RR 2010, 344, 345; ähnlich ArbG Würzburg AE 2009, 275 im Anschluss an Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 57; ablehnd Bertzbach, jurisPR-ArbR/2010 Anm. 1 (unter C.); Greiner, DB 2010, 1940, 1943; vgl. zum Streitstand Däubler in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 43.

57 Siehe dazu Barth, *Ethnic Groups and Boundaries*, in: Barth, *Ethnic Groups and Boundaries*, 1969, 9, 13.

58 Britz, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, 2000, 82.

59 Zu den unterschiedlichen Begriffskonzeptionen siehe BVerfGE 102, 41, 53 und BVerfGE 102, 41, 65 (abw. Meinung Kühling, Jaeger, Hohmann-Dennhardt).

60 So aber Greiner, DB 2010, 1940, 243.

61 Zur Begründung siehe unten § 8 IV.

c) Nationale Herkunft?

Damit rückt ein drittes Problem des Konzepts der ethnischen Diskriminierung ins Blickfeld: Wie verhält sie sich zum Merkmal der Staatsangehörigkeit? Weder in den Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG und 2006/54/EG, noch im AGG wird die nationale Herkunft als Diskriminierungsmerkmal genannt. Diese fällt nach der Konzeption des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts ausschließlich in den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV und seiner Spezialtatbestände. Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG stellt sogar ausdrücklich klar, dass sie nicht für unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit gilt und keine Aussagen zur Einreise und zum Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen trifft. Der Wortlaut differenziert dabei nicht zwischen hoheitlichen und privaten Entscheidungsträgern.⁶² Für die Einbeziehung der Letzteren fehlt der Union bereits die Kompetenz, weil Art. 19 Abs. 1 AEUV die Staatsangehörigkeit ebenfalls nicht nennt.⁶³ Das kann man mit guten Gründen kritisieren.⁶⁴ Staatsangehörige von Mitgliedstaaten werden umfassend⁶⁵ von einem Normgeflecht geschützt, dessen Grundlage Art. 18 AEUV ist. Drittstaatsangehörige partizipieren daran nicht. Das Unionsrecht und das nationale Recht halten hier an einer Statuskategorie fest, die ihrerseits ethnisch geprägt ist. Staatsangehörigkeit, nationale Abstammung und ethnische Herkunft sind nämlich vielfach miteinander verwoben.⁶⁶ Daher sind zwei Fälle zu unterscheiden: (1.) Die Staatsangehörigkeit bildet das tatsächlich relevante Hauptmerkmal, an das die Differenzierung anknüpft. In solchen Fällen fehlt es an einer Ungleichbehandlung aufgrund eines verpönten Merkmals. (2.) An die Staatsangehörigkeit wird angeknüpft, weil sie als Stellvertretermerkmal für die ethnische Herkunft einer Person fungiert. Hier liegt idR eine unmittelbare Diskriminierung⁶⁷ wegen eines verpönten Merkmals vor, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/43/EG fällt.⁶⁸ Die Entscheidung in der Rs. *Feryn*⁶⁹ belegt diese These:

Anfang 2005 suchte das Unternehmen Feryn Monteure für den Einbau von Schwingtüren in die Häuser ihrer Kunden und stellte eine große Plakatwand mit dem Text „Personal gesucht“ auf ihrem Betriebsgrundstück an der Autobahn zwischen Brüssel und Antwerpen

62 Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 90; Falke in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 22; Stein in: Falke/Rust, AGG, § 1 AGG Rn. 14; aA Nickel, NJW 2001, 2668, 2669 f; Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 66; Däubler in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 32, die allerdings die folgende Differenzierung nicht vornehmen. Man dürfte daher zu denselben Ergebnissen kommen.

63 Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 90.

64 Siehe Hepple, 67 Mod. L. Rev. 1, 6-7 (2004); Howard, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 20 (2008) mwN.

65 Nach hier vertretener Auffassung auch gegenüber Diskriminierungen Privater, vgl. unten § 8 IV 3.

66 Howard, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5, 18 (2008).

67 AA Schiek in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 18: mittelbare Diskriminierung.

68 In der Sache auch Armbrüster in: Erman, § 1 AGG Rn. 5.

69 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187.

auf. Im April wurde ein Zeitungsinterview mit einem Geschäftsführer unter der Überschrift „Die Kunden wollen keine Marokkaner“ veröffentlicht. Danach sagte der Geschäftsführer: „Außer diesen Marokkanern hat in vierzehn Tagen niemand anders auf unseren Aufruf reagiert ... Marokkaner suchen wir aber nicht. Unsere Kunden wollen sie nicht. Sie müssen in Privatwohnungen, oft in Villen, Schwingtüren einbauen, und diese Kunden wollen sie nicht in ihren Wohnungen haben“. In einem Fernsehinterview am selben Tag sagte er: „Es sind nicht nur Ausländer, die einbrechen. Das behaupte ich nicht, ich bin kein Rassist. Es sind genauso Belgier, die in Wohnungen einbrechen. Aber die Leute haben offensichtlich Angst. Daher wird oft gesagt: 'keine Ausländer'. ... Ich muss mich nach den Forderungen meiner Kunden richten. [...] Wir müssen den Forderungen unserer Kunden nachkommen. Es ist nicht mein Problem, ich habe dieses Problem in Belgien nicht verursacht. Ich will, dass die Firma läuft und dass wir am Jahresende unseren Umsatz erreichen, und wie schaffe ich das? Indem ich es so mache, wie der Kunde es will!“⁷⁰

Mit „Marokkanern“ sind also offensichtlich nicht marokkanische Staatsangehörige gemeint, sondern „Ausländer“ aus dem Maghreb generell. Der Gerichtshof hat diese Aussagen so verstanden, wie sie gemeint waren: als „Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen“.⁷¹ Darin liegt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund dieser Merkmale.⁷² Dasselbe gilt folglich auch für die Anknüpfung an „Türken“ oder „Spanier“, „Ausländer“, „Nicht-Deutsche“. Die Entscheidung der Richtlinie, streng zwischen Staatsangehörigkeit einerseits und ethnischer Herkunft andererseits zu trennen, zwingt dazu, die konkrete Anknüpfung kontextbezogen zu interpretieren. Die Frage nach der Staatsangehörigkeit eines Bewerbers ist danach schon tatbestandlich keine Diskriminierung nach dem AGG, wenn damit herausgefunden werden soll, ob der Bewerber eine Arbeitserlaubnis benötigt.⁷³ Will der Arbeitgeber dagegen nur Personen mit EU-Staatsangehörigkeit einstellen, weil er bürokratische Hindernisse vermeiden will, kann darin eine (mittelbare) Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft liegen. Der Arbeitgeber darf nicht von vornherein ausschließen, dass Nicht-EU-Bürger eine Arbeitserlaubnis besitzen. Verwendet der Arbeitgeber wie in *Feryn* die Staatsangehörigkeit als Stellvertretermerkmal für deren Herkunft, liegt dagegen eine unmittelbare Diskriminierung vor. Wäre dagegen die Staatsangehörigkeit ein Diskriminierungsmerkmal, läge in allen drei Beispielen eine unmittelbare Diskriminierung vor. Die entscheidenden Differenzierungen fänden dann auf der Rechtfertigungsebene statt. Das Unionsrecht ist diesen Weg nicht gegangen. Den

70 Den Sachverhalt habe ich den insoweit detaillierten Ausführungen von GA Pólares Maduro, Schlussanträge v. 12.3.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 1-4 entnommen.

71 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 25.

72 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 28.

73 Vgl. Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 1 Rn. 41.

Mitgliedstaaten steht er frei. Deutschland hat darauf verzichtet, die Staatsangehörigkeit zum verpönten Merkmal zu machen, im Vereinigten Königreich hat man sie dagegen in den Race Relations Act 1976 aufgenommen und im Equality Act 2010 beibehalten. Damit dürfte *Parliament* die klügere Entscheidung getroffen haben.

2. Geschlecht

Das Geschlecht ist aufgrund der Richtlinien 2004/113/EG, 2006/54/EG und 2010/41/EU ein nach §§ 1, 7 Abs. 1 und 19 Abs. 1 AGG verbotenes Diskriminierungsmerkmal. Neben dem für das Funktionieren der Union unerlässlichen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit war das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht der Gemeinschaft bis ins Jahr 2000 im Wesentlichen „Geschlechternichtdiskriminierungsrecht“.⁷⁴ Der bereits im Primärrecht angedeutete Zusammenhang von Geschlecht als Oberbegriff für Mann und Frau (vgl. Art. 157 Abs. 2 AEUV) wird im Sekundärrecht offenkundig: Die Richtlinien geben den Grundsatz der Gleichbehandlung „von Männern und Frauen“ vor. Dieser wird von „geschlechtsspezifischen Diskriminierungen“ (Art. 1 RL 2004/113/EG) beeinträchtigt, die es zu bekämpfen gilt. Für die Definitionen der Diskriminierungsformen wird das Wortpaar Mann/Frau zum Geschlecht zusammengefasst.⁷⁵ Mit Geschlecht, so könnte man meinen, bezieht sich das Recht auf das biologisch vorgegebene Geschlecht von entweder Mann oder Frau. Die Dinge liegen allerdings komplizierter.

a) Dilemma der Differenz

Ursache dafür ist das im Nichtdiskriminierungsrecht zwangsläufige „Dilemma der Differenz“:⁷⁶ Das Merkmal „Geschlecht“ knüpft an wahrgenommene Unterschiede zwischen Mann und Frau an, um die rechtliche und gesellschaftliche Relevanz dieser Dichotomie in Frage zu stellen. Das Nichtdiskriminierungsrecht nimmt also eine Differenz wahr und erklärt sie zugleich für prinzipiell unbeachtlich.⁷⁷ „Das Dilemma besteht in der Frage, wie das Recht besonderen Identitäten gerecht werden kann, ohne sie einerseits in traditionellen Rollenmustern festzu-

⁷⁴ Zu den Gründen näher *Bell*, Anti-Discrimination, 2002, 42 ff; *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 22 ff.

⁷⁵ Siehe dazu *Rust* in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 30.

⁷⁶ Grundlegend dazu *Minow*

, Making All the Differences, 1990, 19 ff; vgl. dazu aus der jüngeren deutschsprachigen Literatur *Rössler*, Wert des Privaten, 2001, 67 ff (vom Standpunkt politischer Philosophie) und *Holzleithner*, KJ 2008, 250, 252 ff; *Kocher*, KJ 2009, 386 ff (aus juristischer Perspektive).

⁷⁷ Beispielfhaft dazu *U.S. v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533 (1996).

schreiben oder sie andererseits als „anders“ zu brandmarken.“⁷⁸ Indem das Recht mit dem besonders strengen Schutz von Schwanger- und Mutterschaft⁷⁹ typischerweise bei Frauen auftretende Bedürfnisse erfasst, wird das Merkmal „Schwangerschaft“ in der Praxis mit dem Merkmal „Frau“ gleichgesetzt.⁸⁰ „Dadurch werden Stereotypen befördert, was wiederum zur weiteren Benachteiligung beitragen kann.“⁸¹ Sie realisiert sich beispielsweise darin, dass ein Arbeitgeber eine Kindertagesstätte einrichtet, in die grundsätzlich nur Kinder von Mitarbeiterinnen aufgenommen werden.⁸² Einerseits setzt der Arbeitgeber damit Beschäftigungsanreize für die unterrepräsentierten Frauen. Er reagiert auf die Praxis in vielen Familien, in denen Kindererziehung und die alltägliche Versorgung der Kinder Aufgabe der Mutter ist. Paradoxerweise verstärkt er damit aber den ohnehin bestehenden sozialen Anpassungsdruck auf Frauen, weil er implizit bestätigt, dass Mutterschaft und Kindererziehung „Frauensache“ sind.⁸³ Das trägt „zur Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen“ bei.⁸⁴

„Keine speziellen Rechte für Frauen zu institutionalisieren, ist freilich auch keine Lösung“.⁸⁵ Formale Gleichbehandlung scheitert daran, dass auf die spezifischen sozialen Kontexte von Frauen nicht angemessen reagiert werden kann.⁸⁶ Gleichheit wird schnell zum Gleichsein.⁸⁷ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht darf diesen Kontexten und damit der möglichen Differenz von Frauen gegenüber nicht blind sein.⁸⁸ Diskriminierung ist nicht symmetrisch und betrifft Männer und Frauen nicht in gleicher Weise. Damit ist das Recht gezwungen, die Kategorie „Geschlecht“ zu instrumentalisieren und sie mit konkretem Inhalt –

78 Forst, Kontexte, 1994, 120.

79 Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. c) RL 2006/54/EG; § 3 Abs. 1 S. 1 AGG.

80 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 12: „Hierzu ist zu bemerken, daß die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.“

81 Holzleithner, KJ 2008, 250, 254; ähnlich auch das Ergebnis der Analyse der Schwangerschaftsrechtssprechung des EuGH bei *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 235.

82 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891.

83 Zur Kritik siehe Kocher, KJ 2009, 386, 389 f.

84 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 41.

85 Holzleithner, KJ 2008, 250, 254.

86 Nachdrücklich MacKinnon, 100 Yale L.J. 1281, 1287 (1991).

87 Siehe zur Kritik des liberalen Feminismus Künzel, Feministische Theorien, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 44, Rn. 6 ff; Holzleithner, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 3, 5 f.

88 Zur Diskussion über Gleichheit und Differenz im modernen Feminismus siehe Elsuni, Feministische Rechtstheorie, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, Neue Theorien des Rechts, 2006, 163, 166 ff; Künzel, Feministische Theorien, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 44, Rn. 39 ff; Holzleithner, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 3, 7 ff.

spricht: Frau – zu füllen, um diese Unterschiede sichtbar zu machen.⁸⁹ Ein Muster dafür ist das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau v. 18.12.1979⁹⁰ (CEDAW), das nur „jede Form von Diskriminierung der Frau“ (Art. 2 CEDAW) verbietet.⁹¹ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht im Mehrebenensystem ist dagegen symmetrisch konzipiert. Ausgehend vom Merkmal „Geschlecht“, schützt es Männer und Frauen gleichermaßen; tatsächliche oder vermeintliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern spielen erst im Rechtfertigungsdiskurs eine Rolle.⁹² Die bevorzugte Behandlung des Arbeitgebers im Beispielsfall diskriminiert zwar die männlichen Arbeitnehmer.⁹³ Sie ist aber gerechtfertigt, weil sie die Ursachen der geringeren Zugangschancen der Frauen zum Arbeitsmarkt und zur beruflichen Laufbahn beseitigen könne und ihnen dazu verhelfen solle, im Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt besser zu bestehen und unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn verfolgen zu können.⁹⁴

b) Dichotomie oder Vielfalt der Geschlechter? – Intersexualität, Transsexualität und Homosexualität

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht hat auch das Potential, die für das Recht scheinbar konstitutive Bedeutung der Mann-Frau-Dichotomie kritisch zu reflektieren. Die biologischen Geschlechtsmerkmale bestimmen in der Praxis auch das rechtliche Geschlecht.⁹⁵ Sie können aber nicht immer die Einordnung als männlich/weiblich tragen.⁹⁶ Medizinisch werden solche Fälle unter dem Begriff der Intersexualität oder *Disorders of Sex Development (DSD)* diskutiert. Das deutsche Personenstandsrecht ignoriert das Phänomen.⁹⁷ Indem das Personenstandsrecht Intersexualität zum Verschwinden bringt,⁹⁸ konstituiert es nor-

89 Siehe dazu Sacksofsky, KJ, Beiheft 1, 2009, 147, 152 f.

90 BGBl. II 1985, S. 648.

91 Zu den einzelnen Anwendungsbereichen vgl. im Überblick König, Frauenrechte sind Menschenrechte ... und doch anders? – Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW), in: Rudolf, Frauen und Völkerrecht, 2006, 86.

92 Grundlegend EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 16.

93 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 30.

94 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 38, 47.

95 Dazu Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 23 f.

96 Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 29 f.

97 Zum Folgenden vertiefend Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 88 ff; knapper Kolbe, KJ 2009, 271, 272 ff und Grünberger, StAZ 2007, 357 f.

98 Holzleithner, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Rudolf, Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung, Bd. 14), 2009, 37, 47.

mativ⁹⁹ die Geschlechtlichkeit einer Person.¹⁰⁰ Das rechtliche Geschlecht beruht also auf einer sozialen Konvention und verstärkt diese zugleich.¹⁰¹ Dagegen ist es die Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts, jeder Person ihr So-Sein zu ermöglichen und ihre autonomen Lebensentscheidungen zu sichern, unabhängig davon, welches Geschlecht sie hat oder welches Geschlecht ihr zugeschrieben wird.¹⁰² Einschränkungen dieser zentralen Freiheit bedürfen der Rechtfertigung. Das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ öffnet den Zugang zu diesen Rechtfertigungsdiskursen. Es muss sich deshalb von der Beschränkung des Geschlechtsbegriffs auf männlich/weiblich¹⁰³ und der damit verbundenen heteronormativen und bipolaren Konzeption von Geschlechtlichkeit¹⁰⁴ verabschieden.

Diskriminierungen transsexueller und zwischengeschlechtlicher Menschen sind Diskriminierungen wegen des Geschlechts und nicht wegen der sexuellen Identität.¹⁰⁵ Diskriminierungen aufgrund der Intersexualität eines Menschen unterscheiden offensichtlich aufgrund eines Geschlechts.¹⁰⁶ Die Person wird ungleich behandelt, weil sie weder männlichen noch weiblichen Geschlechts ist. Jede im sozialen Kontext erfolgte Zuschreibung an das Geschlecht einer Person fällt unter *dieses* Diskriminierungsverbot.¹⁰⁷ Es ist nicht auf die „Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Geschlecht“ beschränkt.¹⁰⁸ Der Europäische Gerichts-

99 Anders die wohl überwiegende Ansicht, statt vieler *Bamberger* in: Bamberger/Roth, BGB, § 1 Rn. 68.

100 *Plett*, Intersexualität als Prüfstein: Zur rechtlichen Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit, in: Heinz/Thiessen, Feministische Forschung – Nachhaltige Einsprüche, 2003, 323, 324; *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 97 und jetzt vor allem *Holzleithner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Rudolf, Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung, Bd. 14), 2009, 37 ff.

101 *Plett*, Intersexualität als Prüfstein: Zur rechtlichen Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit, in: Heinz/Thiessen, Feministische Forschung – Nachhaltige Einsprüche, 2003, 326 f.; ansatzweise auch BVerfGE 49, 286, 298 – *Transsexualität I*.

102 Dazu *Holzleithner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Rudolf, Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung, Bd. 14), 2009, 37, 40 ff.

103 *Holzleithner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Rudolf, Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung, Bd. 14), 2009, 37.

104 Zum Begriff und dem theoretischen Hintergrund näher *Schmidt*, Geschlecht und Sexualität, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 174, 176; *da Silva*, KJ 2008, 266, 267 f.; *Kocher*, KJ 2009, 386, 397 f.; zum Verhältnis der Queer Theory zum Feminismus *Künzel*, Feministische Theorien, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 44, Rn. 28.

105 So auch *Rust* in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 43 ff.; *Schick* in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 27; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 56; *Däubler* in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 48; *Holoubeck* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 14; *von Roetteken*, AGG, § 1 AGG Rn. 133 ff.; verkannt von *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 1 AGG Rn. 6; teilweise aa *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 1 Rn. 74 ff.; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 1 Rn. 25 (diese im Anschluss an BT-Drs. 16/1780, S. 31); *Lingemann* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 1 AGG Rn. 10; dagegen zutreffend *Koch-Rein*, STREIT 2006, 9 ff.

106 *Schick* in: Schiek, AGG, Art. 1 Rn. 27, 32; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 58; *Däubler* in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 90. Eingehend im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 120 ff.

107 Vgl. näher *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 51 f.

108 EuGH, Urt. v. 27.4.2006, Rs. C-423/04 – *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions* = Slg. 2006, I-3585 Rn. 24.

hof hat daher im Gegensatz zu U.S.-amerikanischen Gerichten¹⁰⁹ mehrfach entschieden, dass das Verbot der Geschlechterdiskriminierung auch für Diskriminierungen gilt, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen haben.¹¹⁰ Beispielsweise wird eine Arbeitnehmerin wegen ihres Geschlechts diskriminiert, wenn sie entlassen wird, weil sie sich einer Geschlechtsumwandlung unterziehen will.¹¹¹ Das Diskriminierungsverbot schützt die autonome Entscheidung des Arbeitnehmers, eine für seine geschlechtliche Identität zentrale Weichenstellung treffen und offenlegen zu können, ohne dafür soziale Sanktionen erdulden zu müssen.¹¹² Das Nichtdiskriminierungsrecht bewahrt die transsexuelle Person vor dem Zwang zur Anpassung. Es ist „das Freiheitsrecht der sozial Schwachen“.¹¹³

Darauf aufbauend wird versucht, die ungleiche Behandlung von Personen in gleichgeschlechtlichen Beziehungen als Diskriminierung wegen des Geschlechts zu beschreiben.¹¹⁴ Das Argument spielt eine erhebliche Rolle in der vor U.S.-amerikanischen Gerichten geführten Debatte, ob die Beschränkung des Ehebegriffs auf ein verschiedengeschlechtliches Paar gegen die Verfassungen der einzelnen Bundesstaaten¹¹⁵ oder die U.S.-Verfassung¹¹⁶ verstößt.¹¹⁷ Mit Ausnahme des *Supreme Court* von Hawaii¹¹⁸ war es bis in die jüngste Zeit vor den U.S.-Gerichten nicht erfolgreich.¹¹⁹ Vor dem Europäischen Gerichtshof war ihm kein besseres Schicksal beschieden.¹²⁰ Die Entscheidung von *South West Trains*, nur den verschiedengeschlechtlichen Partnern seiner Arbeitnehmer vergünstigte Tickets zu gewähren, ist nach Auffassung des Gerichtshofs eine Ungleichbehandlung auf-

109 Siehe *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081 (7th Cir. 1984) mwN.

110 EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-13/94 – *P & S v. Cornwall County Council* = Slg. 1996, I-2143 Rn. 20; EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-117/01 – *K.B. v. National Health Service Pensions Agency* = Slg. 2004, I-541; EuGH, Urt. v. 27.4.2006, Rs. C-423/04 – *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions* = Slg. 2006, I-3585.

111 EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-13/94 – *P & S v. Cornwall County Council* = Slg. 1996, I-2143 Rn. 24.

112 Näher *Wintemute*, 60 Modern L. Rev. 334, 342 (1997).

113 Vgl. *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 204 f.

114 Grundlegend *Koppelman*, 69 NYU L. Rev. 197 (1994); aus deutscher Perspektive zuletzt *Bieback*, FS Pfarr, 2010, 184, 190 ff.

115 Bejahend *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993); *Baker v. Vermont*, 744 A.2d 864 (Vt. 1999); *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003); *Opinion of the Justices to the Senate*, 802 N.E.2d 565 (Mass. 2004); *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407 (Conn. 2008); *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008) [allerdings aufgehoben durch Verfassungsreferendum, siehe *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009)]; *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (Iowa 2009); verneinend *Hernandez v. Robles*, 855 N.E.2d 1 (2006); *Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196 (N.J. 2006).

116 *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (N.D. Cal. 2010).

117 Vgl. zu den Einzelheiten *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 10-20.

118 *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44, 60-61 (Haw. 1993). Die Entscheidung wurde aufgrund eines Verfassungsreferendums überholt, vgl. zur Entwicklung näher *Coolidge*, 22 U. Haw. L. Rev. 19 (2000).

119 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Baker v. Vermont*, 744 A.2d 864, 880 n. 13 (Vt. 1999); *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 426-440 (Cal. 2008).

120 EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 15.

grund der sexuellen Orientierung der mit einer Frau zusammenlebenden Lisa Grant.¹²¹ Das ist nicht selbstverständlich, weil der Arbeitgeber mit der Anknüpfung an die Gleichgeschlechtlichkeit des Partners zwangsläufig auch an die Geschlechtlichkeit Lisa Grants anknüpfte.¹²² Für die Entscheidung kommt es maßgeblich auf den gewählten Vergleichsmaßstab an.¹²³ Zunächst liegt es nahe, nur auf das Geschlecht des Arbeitnehmers abzustellen und alle anderen Faktoren beizubehalten. Vergleicht man dann Lisa Grant mit einem Mann, ist der Geschlechtsbezug offensichtlich. Dieser Vergleich hat aber einen Haken: Man ändert damit zwangsläufig auch die sexuelle Orientierung.¹²⁴ Man kommt beim Vergleichen nicht umhin, auf die Geschlechtskombination des jeweiligen Paares abzustellen. Sobald man das Paar in den Blick nimmt, wird sofort der tatsächlich maßgebliche Differenzierungsgrund sichtbar: das Paar M/F ist verschiedengeschlechtlich, die Paare M/M und F/F gleichgeschlechtlich.¹²⁵ Das Geschlecht des jeweiligen Partners signalisiert dem Diskriminierenden, dass das Diskriminierungsopfer homosexuell ist. Die Gleichgeschlechtlichkeit des Paares ist ein Stellvertretermerkmal der sexuellen Orientierung. Daran knüpft die Diskriminierung an. Der homosexuelle Mensch wird als „Anderer“ wegen seiner Homosexualität wahrgenommen. Der Grund dafür kann darin liegen, dass der schwule Mann oder die lesbische Frau stereotype Rollenverständnisse der Geschlechter in Frage stellt.¹²⁶ Das Diskriminierungsmerkmal „sexuelle Ausrichtung“ macht sichtbar, dass es sich dabei um eine Auswirkung ihrer Homosexualität handelt.¹²⁷ Obwohl sich Geschlecht und sexuelle Orientierung überschneiden, sind sie in ihren sozialen Auswirkungen zu unterscheiden.¹²⁸ Daher ist es im Unionsrecht – und im deutschen Verfassungsrecht¹²⁹ – nach dem jetzt erreichten Stand nicht möglich, diese Diskriminierung als Geschlechterdiskriminierung zu konzipieren.

3. Religion und Weltanschauung

Religion und Weltanschauung sind verbotene Diskriminierungsmerkmale im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf (Art. 1, 3 RL 2000/78/EG, §§ 7

121 EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 29 ff.

122 *McInnes*, 36 CMLR 1999, 1017, 1049 (1999); weiterführend *Bamforth*, 63 Modern L. Rev. 694, 701-708 (2000). Vgl. dazu auch *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 at 71 (N.D. Cal. 2010).

123 Zu den Möglichkeiten näher *Wintemute*, 60 Modern L. Rev. 334, 344-353 (1997).

124 Deutlich hervorgehoben von *Macdonald v. Advocate General for Scotland & Pearce v. Governing Body of Mayfield School*, [2003] UKHL 34 para. 70 (per Lord Hope)(H.L.).

125 Dazu näher *Grünberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships* (Working Paper 2009), 17-19.

126 Dazu vertiefend *Law*, Wisc. L. Rev. 187 (1988).

127 Ganz deutlich gesehen in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 76 (Cory, J.).

128 Siehe *Halley*, 79 Va. L. Rev. 1721, 1724-1726 (1993) mwN.

129 BVerfGE 105, 313, 352.

Abs. 1, 1 AGG). Im allgemeinen Vertragsrecht hat sich der deutsche Gesetzgeber mangels bindender unionsrechtlicher Vorgaben¹³⁰ dazu entschlossen, nur die „Religion“ zu erfassen und auf die „Weltanschauung“ bewusst zu verzichten.¹³¹ Bezüglich des Merkmals „Religion“ geht das Gesetz von einem einheitlichen Begriffsverständnis aus.¹³² Das spricht für eine einheitlich richtlinienkonforme bzw. richtlinienorientierte Auslegung des Begriffs.¹³³ Der Begriff selbst ist nach der verallgemeinerungsfähigen Rechtsprechung des Gerichtshofs unionsrechtlich autonom zu bestimmen.¹³⁴

a) Ein freiheits- oder gleichheitsrechtlicher Schutz?

Die Religion zählt zu den klassischen verpönten Merkmalen in internationalen¹³⁵ und regionalen¹³⁶ Menschenrechtsinstrumenten. Im nationalen Verfassungsrecht verbietet Art. 3 Abs. 3 GG, dass jemand wegen seiner religiösen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt wird. Als ein an Arbeitgeber und Betriebsrat adressiertes Diskriminierungsverbot war „Religion“ bereits in § 51 BetrVG 1952¹³⁷ vorhanden. Ein allgemeines und ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot wegen der Religion wurde erstmals im *Civil Rights Act* von 1964 verankert.¹³⁸ Im deutschen Arbeitsrecht werden Ungleichbehandlungen wegen der Religion des Arbeitnehmers dagegen traditionell unter freiheitsrechtlichem Gesichtspunkt diskutiert.¹³⁹ Dabei kam der Schutzfunktion der in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantierten Glaubensfreiheit¹⁴⁰ die entscheidende grundrechts- und privatrechtsdogmatische Bedeutung zu.¹⁴¹ Exemplarisch dafür ist die Kündigung einer islamischen Verkäuferin in einem Kaufhaus, die bei ihrer Tätigkeit ein Kopftuch tragen

130 Siehe aber Art. 1 des RL-Vorschlags der Kommission, KOM(2008), 426 endg.; dazu oben § 6 II 1 b).

131 Siehe Bericht Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

132 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 26.

133 Dazu weiterführend statt vieler *Drexl*, FS Heldrich, 2005, 67 ff.; *Langenbacher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: *Langenbacher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, 1, § 1 Rn. 23 f, 104 ff.; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 2010, 425, § 15 Rn. 23 ff (jeweils mwN).

134 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 40; zweifelnd *Stein* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 1 Rn. 34.

135 Siehe Art. 1 Nr. 3 und Art. 55 lit. c) UN-Charta; Art. 2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte; Art. 2 Abs. 1, Art. 26 S. 2 IPBPR; Art. 2 Abs. 2 IPWSKR; vgl. oben § 4 II 2 a). Weiterführend zum völkerrechtlichen Schutz der Religionsfreiheit *Wolfrum*, Der völkerrechtliche Schutz religiöser Minderheiten und ihrer Mitglieder, in: *Grote/Marauhn*, Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, 2001, 53 ff.

136 Art. 14 EMRK; Art. 1 Abs. 1 des 12. ZP zur EMRK; Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta.

137 BGBl. I S. 681.

138 42 U.S.C. § 2000a (a)(2009) und 42 U.S.C. § 2000e-2 (a)(2009).

139 Vgl. die Nachweise bei *Däubler* in: *Däubler*, AGG, Einl. Rn. 52 ff.

140 Das Bundesverfassungsgericht versteht Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als einheitliches Grundrecht, vgl. BVerfGE 24, 236, 245 f; BVerfGE 108, 282, 297.

141 Vgl. zur Bedeutung dieser Funktion im Arbeitsrecht statt vieler *Schmidt* in: *Erfurter Kommentar*, Art. 4 GG Rn. 20 ff.

wollte.¹⁴² Das Bundesarbeitsgericht hat die Rechtmäßigkeit der ordentlichen Kündigung verneint. Eine personenbedingte Kündigung schied aus, weil die Arbeitnehmerin weder ihre Fähigkeit noch ihre Eignung zur Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung verloren hatte.¹⁴³ Im Rahmen der verhaltensbedingten Kündigung musste der Arbeitgeber das spezifische, durch Art. 4 GG grundrechtlich geschützte Anliegen der Arbeitnehmerin, aus religiösen Gründen nicht mehr ohne ein Kopftuch zu arbeiten, beachten.¹⁴⁴ Art. 3 Abs. 3 GG spielte dagegen keine Rolle. Darin spiegelt sich die Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts wider. Danach begründet das GG die Pflicht zur weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates.¹⁴⁵ Daraus folgt, dass der Staat eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu beachten hat.¹⁴⁶

Das ist kein Spezifikum des deutschen Verfassungsrechts. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte folgt in seiner Entscheidungspraxis zu Art. 9 EMRK diesem Neutralitätsverständnis.¹⁴⁷ Damit wird eine eigenständige Prüfung des Art. 14 EMRK regelmäßig überflüssig.¹⁴⁸ Auch der *Supreme Court* begründet das an den Staat adressierte Diskriminierungsverbot wegen der Religion nicht mit dem XIV. Amendment, sondern mit der *Establishment*¹⁴⁹ bzw. der *Free Exercise Clause*¹⁵⁰ des *First Amendment*¹⁵¹. Diskriminierungsschutz ist nach dieser Konzeption ein Bestandteil des Freiheitsrechts. Weil diesem die Aufgabe zugewiesen wurde, die gleiche Freiheit der Grundrechtsträger zu sichern, blieb das spezielle Diskriminierungsverbot im Wesentlichen ohne Folgen.¹⁵²

Dieses Verständnis steht auf unsicherem Fundament: „Freiheit ist nicht notwendigerweise gleiche Freiheit.“¹⁵³ Stefan Huster hat darauf aufmerksam gemacht, dass Freiheitsrechte auch mit einer lediglich toleranten Grundrechtstheorie vereinbar sind, die einen gewissen „Freiraum für die Lebensgestaltung in ethischen Fragen gewährt, im übrigen aber eine bestimmte Konzeption des Guten

142 BAG NJW 2003, 1685.

143 BAG NJW 2003, 1685, 1686.

144 BAG NJW 2003, 1685, 1686 f.

145 BVerfGE 108, 282, 299 f mwN. Zum Neutralitätsbegriff im Religionsverfassungsrecht siehe Huster, Ethische Neutralität, 2002, 12 ff.

146 BVerfGE 108, 282, 299 f.

147 Vgl. grundlegend in jüngerer Zeit EGMR, Urt. v. 13.12.2001, App. No. 45701/99 – *Metropolitan Church of Bessarabia ua v. Moldavien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 114 ff.

148 EGMR, Urt. v. 13.12.2001, App. No. 45701/99 – *Metropolitan Church of Bessarabia ua v. Moldavien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 134; vgl. aber auch EGMR, Urt. v. 10.12.2009, App. No. 33001/03 – *Koppi v. Österreich* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 19 ff, wo das Gericht prüft, ob die ungleiche Behandlung bei der Befreiung von der Wehrpflicht Art. 14 EMRK verletzt und Art. 9 EMRK nicht mehr eigenständig prüft.

149 Vgl. die Nachweise bei Chemerinsky, Constitutional Law, 2007, 1196 ff.

150 Vgl. dazu die Nachweise in *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, 532-533 (1992).

151 U.S. const. amend. I; siehe dazu Yoshino, 111 Yale L.J. 769, 927-930 (2002).

152 Vgl. dazu mit Nachweisen Osterloh in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 301, 304.

153 Huster, Ethische Neutralität, 2002, 89.

als 'normal' und vorzugswürdig [darstellt] und entsprechend rechtlich privilegiert.¹⁵⁴ Die „gleiche Freiheit“ kann nur über das Zusammenspiel von Freiheits- und Gleichheitsrecht erlangt werden.¹⁵⁵ Erst das Nichtdiskriminierungsprinzip zwingt staatliche und private Akteure dazu, den Merkmalsträgern dieselben Freiheiten einzuräumen. Die Verankerungen ausdrücklicher Diskriminierungsverbote im Völkerrecht, im primären Unionsrecht, im nationalen Verfassungsrecht und im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht sind ernst zu nehmen.¹⁵⁶ Das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Religion muss als Gleichbehandlungsrecht rekonstruiert werden. Aus dogmatischer Sicht hat das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht ein eigenständiges Rechtfertigungsregime errichtet,¹⁵⁷ das auf dem Nichtdiskriminierungsprinzip beruht. Eine freiheitsrechtliche Rekonstruktion verkennt seine Pointe: Es schützt als Gleichheitsrecht die Differenz des Einzelnen.¹⁵⁸

b) Definitionsprobleme

Was aber ist unter „Religion“ im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht zu verstehen? Von der Antwort darauf hängen zahlreiche weitere Fragestellungen ab:¹⁵⁹ Muss es sich um eine anerkannte Religionsgemeinschaft handeln oder genügt jede Glaubensüberzeugung? Auch Sekten¹⁶⁰ und Scientology¹⁶¹? Im Anschluss an die Rechtsprechung des EGMR werden international lange Zeit bestehende Religionsgemeinschaften genauso geschützt wie neugegründete und unbekannte reli-

154 Huster, Ethische Neutralität, 2002, 89.

155 Dazu ausführlich oben § 2 III.

156 Vgl. Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 22, v. 30.7.1993; CCPR/C/21/Rev. 1/Add.4 [zugreifbar unter: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>], para. 9: „In particular, certain measures discriminating against [adherents to other religions or non-believers], such as measures restricting eligibility for government service to members of the predominant religion or giving economic privileges to them or imposing special restrictions on the practice of other faiths, are not in accordance with the prohibition of discrimination based on religion or belief and the guarantee of equal protection under article 26.“

157 Schiek in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 19.

158 Klar formuliert von Somek, Rechtliches Wissen, 2006, 204 f. Siehe dazu bereits oben § 6 I 2.

159 Dazu im Überblick Gerards in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 105 ff.

160 Zu den relevanten Fällen vgl. Muckel in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 4 Rn. 11.

161 Dazu Thüsing, ZfA 2001, 397, 405; Muckel in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 4 Rn. 14; Schiek in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 20. Die dazu bei Art. 9 EMRK entwickelte Lösung, den Status als Religionsgemeinschaft vom innerstaatlichen Recht abhängig zu machen, EGMR, Urt. v. 1.9.2009, App. Nos. 76836/01, 32782/03 – *Kimya ua v. Rußland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 79 scheidet für das einheitlich zu interpretierende Unionsrecht aus.

giöse Gruppen¹⁶² oder der Glaube an keine Religion¹⁶³. Diese liberale Begriffsbestimmung¹⁶⁴ folgt schon daraus, dass das Recht nicht dem Adressaten des Diskriminierungsverbots die Kompetenz zuweisen kann, die Legitimation des religiösen Bekenntnisses abschließend zu bewerten.¹⁶⁵ Wenn aber jeder glauben darf, was er möchte,¹⁶⁶ stellt sich die Frage, wie man die Glaubensüberzeugung prüft:¹⁶⁷ Muss sie sich (1.) an objektiv anerkannten Grundsätzen orientieren oder darf sie (2.) vom Einzelnen nach seinen inneren Überzeugungen bestimmt werden? Im ersten Fall riskiert man eine weitgehende Einschränkung des Anwendungsbereichs und damit gerade die Schutzlosstellung derjenigen, die des Schutzes besonders bedürfen, während im zweiten Fall alle möglichen Handlungen darunter fallen können und ein spezifisches Diskriminierungsmerkmal droht, zum allgemeinen zu werden.¹⁶⁸ Gibt es also ein Definitionsverbot oder muss man – vor allem um die Rechte der Adressaten des Diskriminierungsverbots zu wahren – von einem Definitionsgebot ausgehen?¹⁶⁹

Im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts stellt sich das Definitionsproblem, wenn ein Akteur seine religiöse Überzeugung kundtut oder zum Maßstab seines Handelns nimmt. Der Katalog möglicher Konfliktherde ist lang: Darunter fallen Kleidung und Bekleidungsvorschriften, bestimmte Beschäftigungshandlungen, Identifikationsanforderungen und Rücksichtnahme auf religiöse Feiertage.¹⁷⁰ Diese Fälle machen die Religion einer Person für die anderen – Kollegen, Arbeitgeber, Vermieter – sichtbar. Knüpft man daran ein auch an Private adressiertes Diskriminierungsverbot, bedarf es jedenfalls auf der Ausübungsebene zusätzlicher Kriterien, um einen religiös/weltanschaulich determinierten „way of life“¹⁷¹

162 Vgl. EGMR, Urt. v. 31.7.2008, App. No. 40825/98 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u.a. v. Österreich* = NVwZ 2009, 509, para. 98. Der Gerichtshof erlaubt bei solchen Gruppierungen eine Wartezeit, bevor eine religiöse Vereinigung, der Rechtsfähigkeit verliehen worden ist, den stärkeren Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erwerben kann.

163 EGMR, Urt. v. 3.11.2009, App. No. 30814/06 – *Lautsi v. Italien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 47 zum Kruzifix in italienischen Schulen; näher zu dieser umstrittenen Entscheidung *Augsberg/Engelbrecht*, JZ 2010, 450 ff. Die Kammerentscheidung wurde von der Großen Kammer aufgehoben: EGMR, Urt. v. 18.3.2011, App. No. 30814/06 – *Lautsi v. Italien II* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>.

164 Vgl. *Evans*, Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights, 2001, 55.

165 Bezogen auf den Vertragsstaat siehe EGMR, Urt. v. 13.12.2001, App. No. 45701/99 – *Metropolitan Church of Bessarabia ua v. Moldavien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/> Para. 117.

166 *R v. Secretary of State for Education and Employment and others*, [2005] UKHL 15, para. 22 f (Lord Bingham).

167 Vgl. die Auflistung möglicher Indizien bei *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 63 ff.

168 *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 1 Rn. 20; vgl. die ähnliche Problemlage im Verfassungsrecht, *Kokott* in: *Sachs*, GG, Art. 4 Rn. 16.

169 Zur Fragestellung siehe *Muckel* in: *Tettinger/Stern*, Grundrechte-Charta, Art. 10 Rn. 17; *Muckel* in: *Friauf/Höfling*, GG, Art. 4 Rn. 8.

170 Vgl. dazu näher *Fahlbeck*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 27, 28 (2004).

171 Zum Begriff *Gunn*, 16 Harv. Hum. Rts. J. 189, 204-205 (2003).

von einem nicht-religiös geprägten zu unterscheiden.¹⁷² Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht schützt nur den ersten Fall. Darunter fällt beispielsweise die Entscheidung einer Muslima, ein Kopftuch zu tragen. Darin manifestiert sich der autonome Entschluss der Grundrechtsträgerin, mit ihrem Kopftuch einem religiösen Gebot zu gehorchen und ihren Willen zu bekennen, den ihr nach ihrer Interpretation vom Islam aufgegebenen Pflichten strikt nachzukommen.¹⁷³ Für die im Einzelfall zu stellenden Anforderungen bietet die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in *Kosteki* einen wichtigen Anhaltspunkt.¹⁷⁴ Der Beschwerdeführer blieb an einem Tag der Arbeit fern. Gegen die daraufhin ergriffenen disziplinarischen Maßnahmen des Arbeitgebers rechtfertigte er sich damit, dass es sich um einen islamischen Feiertag gehandelt habe, der nach dem Recht des Vertragsstaates für Muslime arbeitsfrei war. Die nationalen Gerichte konnten sich nicht ausreichend davon überzeugen, dass der Beschwerdeführer den muslimischen Glauben tatsächlich praktizierte. Obwohl der Staat grundsätzlich nicht die innere Überzeugung eines Bürgers überprüfen dürfe, müsse im Kontext des Beschäftigungsverhältnisses differenziert werden. Wenn der Arbeitnehmer entgegen bestehender vertraglicher Pflichten ein Privileg in Anspruch nehme, sei es nachvollziehbar, wenn er substantiiert darlegen müsse, warum er zu der privilegierten Gruppe gehöre. Darin liegt zwar seinerseits ein Eingriff in die Religionsfreiheit, der jedoch nach Art. 9 Abs. 2 EMRK notwendig ist, um die ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitgebers zu schützen.¹⁷⁵ Ein ähnliches Problem stellt sich im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht, wenn es um die Frage geht, ob ein Angehöriger einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft den religiösen Anforderungen gerecht wird, die sein (potentieller) Arbeitgeber aufstellt.¹⁷⁶

Die beiden Beispiele zeigen, dass der Schutz des Diskriminierungsverbots einsetzt, sobald der Merkmalsträger sich entscheidet, seine Religionszugehörigkeit sichtbar zu machen. Das ist der kritische Moment, der es anderen erst ermöglicht, ihre Präferenzen daran anzuknüpfen. Das wird ihnen vom Nichtdiskriminierungsrecht untersagt. Damit trifft es eine wichtige Aussage: Es schützt die Ent-

172 Vgl. allgemein EGMR, Urt. v. 25.2.1982, App. Nos. 7511/76, 7743/76 – *Campbell & Cosans v. UK* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 36; EGMR, Urt. v. 6.11.2008, App. No. 58911/00 – *Leela Förderkreis e.V. ua v. Deutschland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 80; näheres zur Spezifikation der Kriterien in *R v. Secretary of State for Education and Employment and others*, [2005] UKHL 15, para. 58, 63 f (Lord Walker).

173 EGMR, Urt. v. 10.11.2005, App. No. 44774/98 – *Leyla Sahin v. Türkei* = NVwZ 2006, 1389, para. 78.

174 EGMR, Urt. v. 13.4.2006, App. No. 55170/00 – *Kosteski v. Mazedonien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>.

175 EGMR, Urt. v. 13.4.2006, App. No. 55170/00 – *Kosteski v. Mazedonien* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/> para. 39; vertiefend zum Problem „vorgeschobener“ Religionszugehörigkeit in der EMRK siehe *Evans*, Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights, 2001, 57 ff.

176 Dazu vertiefend *Vickers*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 177, 181-183 (2004).

scheidung des Merkmalsträgers, seine Gruppenzugehörigkeit offenzulegen. Das widerlegt die These, man könne die vom Nichtdiskriminierungsrecht geschützten Merkmale anhand der Dichotomie sichtbar/unsichtbar ermitteln.¹⁷⁷ Das Bekenntnis zur Religion ist als solches freiheitsrechtlich garantiert (Art. 10 Abs. 1 S. 2 Grundrechte-Charta, Art. 9 Abs. 1 Hs. 2 EMRK). Die Entscheidung wird gleichheitsrechtlich abgesichert, weil die Person nicht fürchten muss, dafür rechtliche Nachteile in der Gesellschaft in Kauf nehmen zu müssen. Das Gleichheitsrecht mutet der Person nicht zu, die „Unsichtbarkeit“ zu wählen, um Diskriminierungen entgehen zu können. Unabhängig davon, ob es der Person theoretisch möglich wäre, sich anzupassen, ermöglicht ihr das Nichtdiskriminierungsprinzip, dass sie darauf verzichten kann, ohne negative Folgen befürchten zu müssen. Das Freiheitsrecht alleine genügt nicht.¹⁷⁸ Ohne die Intervention der Gleichheitsidee könnte die Freiheit, eine Lebensäußerung zu tätigen, den Zwang zur Anpassung mit sich führen: Weil man sich ja auch anders entscheiden kann, liegt es nahe, die aus der freien Entscheidung folgende Ungleichbehandlung dem Betroffenen zuzurechnen. Dann aber ist die freie Entscheidung keine freie Entscheidung mehr. Das Nichtdiskriminierungsprinzip schützt diese Freiheit.

c) Das Problem mit der Weltanschauung

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht schützt nicht nur die Religion, sondern „Religion oder Weltanschauung“. Der Rechtsausschuss des Bundestages versteht darunter die mit der Person des Menschen verbundene und auf innerweltliche Bezüge beschränkte Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens.¹⁷⁹ Dagegen plädiert *Wolfgang Däubler* für ein weites Verständnis und will „politische und sonstige Anschauungen“ gleichberechtigt darunter fassen.¹⁸⁰ Mich überzeugt das nicht. „Die Weltanschauung befindet sich im Schlepptau der Religion, und eine systematische Interpretation spricht damit nachhaltig für eine strengere Sicht der Dinge: Der Schutz von Religion wäre ansonsten nur ein Unterfall des Schutzes wegen allgemeiner Überzeugungen.“¹⁸¹ Den entscheidenden Hinweis dafür findet man in Art. 21 Grundrechte-Charta.¹⁸² Dort sind „Diskriminierungen, insbesondere wegen ... der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, ... verboten“. Die Weltanschauung wird deutlich von den politischen oder

177 Dazu näher *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 519-38 (1998) und oben § 6 I 2.

178 Vgl. dazu die Diskussion der Fälle bei *Vickers*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 177, 180 (2004) und *Fahlbeck*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 27, 48-50 (2004).

179 BT-Drs. 16/2022, S. 13.

180 *Däubler*, NJW 2006, 2608 f; *Däubler* in: *Däubler*, AGG, § 1 Rn. 61 ff; iE auch *Boemke/Danko*, AGG im Arbeitsrecht, 2007, § 2 Rn. 34; *Ellenberger* in: *Palandt*, § 1 AGG Rn. 5.

181 *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 1 AGG Rn. 75.

182 iE auch *Stein* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 1 Rn. 36 f.

sonstigen Anschauungen getrennt. Diese Trennung findet sich auch in den allermeisten Sprachfassungen von Art. 1 Richtlinie 2000/78/EG. Das zwingt meines Erachtens dazu, den von der Richtlinie gewählten Begriff „Weltanschauung“¹⁸³ von den in der Grundrechte-Charta zusätzlich genannten Begriffen der „politischen oder sonstigen Anschauung“¹⁸⁴ deutlich zu unterscheiden. Damit genießt eine Kategorie persönlicher Anschauungen einen größeren Schutz als andere.¹⁸⁵ Das wird regelmäßig mit der besonders identitätsstiftenden Bedeutung von Religion und Weltanschauung für den Einzelnen erklärt.¹⁸⁶ Andererseits ist auch die politische Überzeugung für uns keine disponible Größe.¹⁸⁷ Daher gehen Art. 21 Grundrechte-Charta und Art. 3 Abs. 3 GG mit Recht davon aus, dass die Union bzw. der Staat uns auch nicht aufgrund unserer sonstigen persönlichen Überzeugungen diskriminieren dürfen. Dem Richtliniengeber war diese Ausdehnung aufgrund des beschränkten Kompetenztitels in Art. 19 AEUV verwehrt.

Damit stoßen wir auf die „adaptive Reduktion“ des Nichtdiskriminierungsrechts.¹⁸⁸ Mit speziellen Diskriminierungsverboten wird ein strenger gleichheitsrechtlicher Schutz im Hinblick auf gewisse schutzwürdige Merkmale spezifiziert und zugleich darauf beschränkt. Diese Reduktion limitiert die Faktoren, die nicht zum Anknüpfungsground einer Ungleichbehandlung gemacht werden dürfen. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht geht davon aus, dass man als Person seiner Rasse und ethnischen Herkunft, seinem Geschlecht, seiner Religion und Weltanschauung sowie seiner sexuellen Orientierung nicht ausweichen kann bzw. man in der Gesellschaft nicht gezwungen werden darf, sich diesbezüglich anzupassen. Es schützt den Einzelnen vor der sozialen Überdeterminierung.¹⁸⁹ Für die politischen und sonstigen Anschauungen gilt das nicht. Weil das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht hier schweigt, verlangt das Recht von uns eine Anpassung an die Vorstellungen des privaten Distributionsagenten (Arbeitgeber, Vermieter, Hotelier), wenn wir keine Nachteile in Kauf nehmen wollen. Es mutet uns vier Handlungsoptionen zu:¹⁹⁰ (1.) Wir können unsere Anschauungen ändern (conversion). (2.) Wir können uns verstellen und eine andere Anschauung als die unsere ausgeben (passing). (3.) Wir können uns ducken und unsere Anschauung nicht kundtun (covering). (4.) Wir haben die sozialen Nachteile zu erdulden, wenn wir un-

183 Belief, convictions, convinzioni personali.

184 Political or any other opinion, les opinions politiques ou toute autre opinion, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura.

185 *Evans*, Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights, 2001, 64 f zum vergleichbaren Problem bei Art. 9 EMRK.

186 Vgl. EGMR, Urt. v. 25.5.1993, App. No. 14307/88 – *Kokkinakis v. Griechenland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 31; *Muckel* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 4 Rn. 12.

187 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 29.

188 Dazu *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 5 ff, 27 ff.

189 Näher dazu *Somek*, Soziale Überdeterminierung, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 200 ff.

190 Dazu im größeren Zusammenhang *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 500-04 (1998) und daran anknüpfend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 398 f.

sere politischen oder sonstigen Anschauungen nicht anpassen. Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht schützt uns davor nicht.

Während des Gesetzgebungsverfahrens zum AGG kamen dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages Bedenken, dass Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts aufgrund eines Schutzes von Religion und Weltanschauung versuchen könnten, „sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus aner kennenswerten Gründen verweigert wurden.“¹⁹¹ Daher fehlt das Merkmal „Weltanschauung“ in § 19 Abs. 1 AGG. Somit konnte sich der damalige Vorsitzende der NPD, Udo Voigt, mit seiner Klage gegen das ihm erteilte Hausverbot eines Hotelbetreibers nicht auf § 19 Abs. 1 AGG stützen.¹⁹² Dasselbe Ergebnis wäre freilich auch erzielt worden, wenn § 19 Abs. 1 AGG das Merkmal der „Weltanschauung“ nannte und man es unionsrechtskonform interpretieren würde.¹⁹³ Das AGG geht offensichtlich davon aus, dass man Religion und Weltanschauung über das Begriffspaar Transzendenz/Immanenz abgrenzen könne.¹⁹⁴ Damit irrt es.¹⁹⁵ Das AGG verstößt mit seiner Privilegierung der Religion und der Benachteiligung der Weltanschauung gegen die „Nichtdiskriminierungsfunktion“¹⁹⁶ des Art. 4 GG iVm Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁹⁷ Es mag dem Gesetzgeber vielleicht freistehen, einen allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz für Religion und Weltanschauung einzuführen. Die Verfassung verbietet ihm aber, nur eines der Merkmale zu schützen.¹⁹⁸ Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz der Weltanschauung muss bis zur Novellierung über das allgemeine Nichtdiskriminierungsrecht gewährleistet werden.¹⁹⁹

4. Sexuelle Ausrichtung

a) Sexuelle Ausrichtung oder sexuelle Identität?

Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht der Union ist auch die „sexuelle Ausrichtung“ verpöntes Diskriminierungsmerkmal (Art. 1 RL 2000/78/EG). Das AGG hat sich im Anschluss an die Novellierung des § 75 BetrVG²⁰⁰ im Jahr

191 Beschlussempfehlung BT-RA, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

192 BGH JZ 2012, 686; zum Sachverhalt siehe oben § 5 VI 2 b) (4).

193 IE auch Stein in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 40; Armbrüster in: Erman, § 1 AGG Rn. 9; von Roetteken, AGG, § 1 AGG Rn. 158.

194 Vgl. zu dieser Unterscheidung BVerwGE 90, 112, 115; BAG NZA 1995, 823, 827 – *Scientology*; Däubler in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 54; Kokott in: Sachs, GG, Art. 4 Rn. 19.

195 Näher Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, 135 ff.

196 Jarass, AöR (120) 1995, 345, 348 f.

197 Im Ergebnis auch Wendtland in: Bamberger/Roth, BGB, § 19 AGG Rn. 40.

198 Zum Hintergrund dieser These vgl. unten § 7 IV 4.

199 Zum Prinzip siehe unten § 7, zur Begründung seiner normativen Funktion vgl. § 8 IV.

200 Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes v. 23.7.2001, BGBl. I S. 1852.

2001²⁰¹ für den Begriff der „sexuellen Identität“ (§§ 1, 19 Abs. 1 AGG) entschieden.²⁰² Die Entstehungsgeschichte belegt, dass beide Begriffe synonym verwendet werden. In der Sache kann die deutsche Terminologie nicht überzeugen. Sie hat, insbesondere in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Transsexuellenrecht, eine spezifisch persönlichkeitsrechtliche und damit freiheitsrechtliche Konnotation erlangt.²⁰³ Im dogmatischen Zusammenhang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ergibt es Sinn, die zwei unterschiedlichen Aspekte (1.) Selbstbestimmung der eigenen geschlechtlichen Identität²⁰⁴ und (2.) der eigenen sexuellen Orientierung²⁰⁵ unter einen gemeinsamen Oberbegriff zu fassen.²⁰⁶ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht trennt dagegen Geschlecht und sexuelle Ausrichtung.²⁰⁷ Es zwingt daher zur Aufspaltung. Nach hier vertretener Auffassung sind Ungleichbehandlungen, die die Selbstbestimmung der eigenen geschlechtlichen Identität sanktionieren, solche wegen des Geschlechts.²⁰⁸ Dagegen fallen Diskriminierungen aufgrund der Selbstbestimmung der eigenen sexuellen Orientierung unter den unionsrechtlichen Begriff der „sexuellen Ausrichtung“. Davon erfasst ist jedenfalls die hetero-, homo- und bisexuelle Orientierung eines Individuums. Die unterschiedliche Einordnung hat praktische Auswirkungen:²⁰⁹ Nur das Merkmal „Geschlecht“ ist in arbeits- und zivilrechtlichen Fällen unionsrechtlich vorgegeben. Dazu kommt, dass sich Rechtfertigungsanforderungen unterscheiden (vgl. § 20 Abs. 2 S. 1 und S. 2 AGG). In der „Hierarchie der Gleichheit“ kommt dem Merkmal Geschlecht ein höherer Stellenwert zu. Daran partizipieren Transsexuelle und Intersexuelle, Schwule und Lesben nicht.

b) Was wird geschützt: Status oder Verhalten?

Der Begriff „sexuelle Identität“ ist auch problematisch, weil er ein identitätskonstituierendes Merkmal der eigenen Person nahelegt. Fallen darunter auch sexuelle Verhaltensweisen?²¹⁰ Die damit angesprochene Trennung von Identität und Verhalten ist für bestimmte soziale Kontexte wichtig. Ein Beispiel ist die katholische Kirche, nach deren Selbstverständnis „homosexuelle Handlungen“ in keinem Fall zu billigen seien, homosexuellen Menschen aber „mit Achtung, Mitleid

201 Vgl. die Begr. Des RegE zum Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, BT-Drs. 14/5741, S. 45.

202 Vgl. Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 31.

203 Vgl. meine Analyse in Grünberger, JZ 2006, 516, 517 und jetzt Hohmann-Dennhardt, KJ, Beiheft 1, 2009, 125, 126 f.

204 BVerfGE 115, 1 Rn. 50 – Transsexualität V; BVerfGE 49, 286, 298 f – Transsexualität I.

205 Grünberger, JZ 2006, 516, 518.

206 BVerfGE 115, 1, Rn. 47 – Transsexualität V; BVerfGE 121, 175 Rn. 37 – Transsexualität VII.

207 Dazu oben § 6 III 2 b).

208 Dazu bereits oben § 6 III 2 b).

209 Verkannt von Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 1 Rn. 25; Rupp in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 1 AGG Rn. 12.

210 Zum Problem Preis, Arbeitsrecht, 2012, 470 f (dort verneinend).

und Takt zu begegnen“ sei und sie nicht „ungerecht“ zurückzusetzen seien, wenn sie keusch blieben.²¹¹ Die Kirche trennt also scharf zwischen Orientierung und Verhalten.²¹² Das ist für die Sanktionierung homosexueller Verhaltensweisen spätestens auf Rechtfertigungsebene (§ 9 AGG²¹³ oder § 8 AGG²¹⁴) auch praktisch wichtig. In der Kommentarliteratur schlägt einem die Trennung von geschützter Orientierung/Identität und nicht geschütztem Verhalten fast überall entgegen.²¹⁵

Dabei geht es um eine zentrale Fragestellung des Nichtdiskriminierungsrechts: Schützt es „individuals based on who they are, i.e., their status“ oder „individuals based on what they do, i.e., their conduct“?²¹⁶ Auf den ersten Blick scheint die Unterscheidung überzeugend: Wenn eine Person wegen ihrer Rasse, ihres Geschlechts, ihrer Religion, ihres Alters, ihrer Behinderung oder ihrer – um den deutschen Begriff zu verwenden – sexuellen Identität ungleich behandelt wird, knüpft der Entscheidungsträger an die *Identität* der Person an. Davon müsste ein damit nicht eng verwobenes Verhalten klar zu trennen sein. Die Differenzierung von homosexuellem Mensch und homosexuellem Verhalten spielte im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht eine erhebliche Rolle.²¹⁷ Insbesondere die Entscheidung in *Lawrence v. Texas* (2003)²¹⁸ steht für die gleiche Freiheit und Würde derjenigen, die mit ihrem normabweichenden Verhalten mit anderen Personen interagieren.²¹⁹ Unsere sexuelle Orientierung setzt sich aus mannigfachen Verhaltensweisen zusammen. Deren Dauer ist irrelevant. Nach *Lawrence* ist die aus unserer Wahl des Sexualpartners entstandene „personal relationship“²²⁰ schutzwürdig, auch wenn es sich nur um eine flüchtige Begegnung handelt.²²¹ *Lawrence* weist auf den engen Zusammenhang zwischen sexueller Identität, sexuellem Verhalten und Beziehungswahl hin: Wir sind, was wir tun. Dadurch werden wir als Individuum Mitglied einer sozialen Gruppe, freiwillig oder ihr von Dritten zuge-

211 Vgl. Katechismus der Katholischen Kirche 1997, Nr. 2357 ff, zugreifbar unter http://www.vatican.va/archive/DEU0035/_P8B.HTM [Stand: 30.9.2010].

212 Jousen, RdA 2003, 32, 37 f; Stein in: Falke/Rust, AGG, § 9 Rn. 163.

213 Jousen, RdA 2003, 32, 37 f; überzeugend dagegen mit Verweis auf Art. 4 Abs. 2 S. 2 RL 2000/78/EG: Wedde in: Däubler, AGG, § 9 Rn. 66.

214 Zu diesem Ansatz vgl. Thüsing, JZ 2004, 172, 179; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 9 AGG Rn. 23; überzeugend dagegen Schmidt in: Schiek, AGG, § 9 Rn. 19; kritisch auch Däubler, RdA 2003, 204, 208; Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 9 Rn. 17.

215 Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 1 Rn. 164 f; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 1 AGG Rn. 90; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 1 Rn. 52; Rupp in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 1 AGG Rn. 13; Schlachter in: Erfurter Kommentar, § 1 AGG Rn. 17; anders dagegen Annuß, BB 2006, 1629, 1630 f; Plett in: Falke/Rust, AGG, § 1 Rn. 101; Armbrüster in: Erman, § 1 AGG Rn. 12.

216 *Burlington Northern and Santa Fe Ry. Co. v. White*, 548 U.S. 53, 63 (2006).

217 *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) bejaht jetzt einen Verstoß solcher Gesetze gegen den 14. Verfassungszusatz, während *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) die Verfassungsmäßigkeit noch bejahte. Näheres zur Dichotomie zwischen Verhalten und Identität in *Bowers* bei Halley, 79 Va. L. Rev. 1721 (1993).

218 *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

219 Vgl. *Tribe*, 117 Harv. L. Rev. 1893, 1898 (2004).

220 *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. at 567.

221 *Tribe*, 117 Harv. L. Rev. 1893, 1904 (2004).

ordnet. Mit dieser Zuordnung geht eine soziale Hierarchisierung einher. Dem setzt das Nichtdiskriminierungsrecht Grenzen.²²² Wir können unserer Identität entsprechend handeln und unser Verhalten kann unsere Identität formen, ohne dass wir mit sozialen Nachteilen rechnen müssen. Der Schutz vor Benachteiligungen wegen der sexuellen Orientierung erfüllt damit *denselben* Zweck wie der Schutz vor Benachteiligungen wegen der Religion.²²³

5. Behinderung

a) Zwei Konzeptionen von Behinderung

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht definiert den Begriff der „Behinderung“ nicht. Damit stellt sich die Frage, welche sozialen Erscheinungsformen „Behinderungen“ im Nichtdiskriminierungsrecht sind. Den Begriff der „sozialen Erscheinungsform“ wähle ich bewusst. Das Diskriminierungsmerkmal „Behinderung“ zwingt erneut und in ganz besonderer Weise, sich mit der komplizierten Relation von sozialem Kontext und persönlichen Eigenschaften auseinanderzusetzen.²²⁴ Man unterscheidet zwei entgegengesetzte Konzeptionen von Behinderung: das individualistische und das soziale Modell.²²⁵ Das individualistische Modell verankert das „Problem“ der Behinderung beim Einzelnen und es sieht seine Ursachen in der körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung der Interaktionsfähigkeit dieser Person im Vergleich zu Nicht-Behinderten. *Michael Oliver* nennt das ironisierend die „personal tragedy theory of disability“.²²⁶ Das individualistische Modell beruht letztlich auf einer Naturalisierung und damit einhergehenden Neutralisierung sozialer Konstruktionen.²²⁷ Darauf macht das soziale Modell aufmerksam. Danach ist nicht der Zustand des Einzelnen, sondern die in der Gesellschaft errichteten Barrieren das zu adressierende Problem.²²⁸ Ob eine persönliche Einschränkung soziale Nachteile mit sich bringt, kann daher nur kontextbezogen festgestellt werden.²²⁹ Pointiert formuliert, definiert die Kurzsichtigkeit einer Per-

222 Dazu oben § 6 I 2.

223 Zu diesem Zusammenhang oben § 6 I 2.

224 Dazu *Silvers*, 10 *Hypatia* 30, 47-48 (1995).

225 Näher zur Differenzierung und zur Kritik daran *Barnes, Colin/Mercer/Shakespeare*, Exploring Disability, 1999, 20 ff; *Thomas*, Disability Theory: Key Ideas, Issues and Thinkers, in: *Barnes, Colin/Oliver/Barton*, Disability Studies Today, 2002, 38 ff.

226 *Oliver*, Understanding Disability, 1996, 32.

227 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 23, 27.

228 *Oliver*, Understanding Disability, 1996, 32 f.

229 Vgl. GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 58: „[D]er Begriff „Behinderung“ [unterliegt] als medizinisch-wissenschaftlicher Terminus, aber auch in seiner sozialen Bedeutung einer recht raschen Entwicklung. [...] Dabei ist nicht auszuschließen, dass bestimmte physische oder psychische Einschränkungen in einem bestimmten gesellschaftlichen Kontext den Charakter einer „Behinderung“ haben, in einem anderen Kontext aber nicht.“

son im Zeitalter der Kontaktlinsen einen ganz anderen Nachteil als sie bei einem Jäger im Mittelpaläolithikum hatte.²³⁰ Das soziale Modell will die sozialen Nachteile aufheben, „die daran geknüpft sind, dass Menschen sind, was sie sind. Diese Nachteile sind oftmals ein Reflex des Umstands, dass sie von anderen als minderwertig betrachtet werden.“²³¹

Das Nichtdiskriminierungsrecht kann diese sozialen Bezüge des Konzepts der Behinderung allerdings nur dann sichtbar machen, wenn es nicht ausschließlich auf dem individualistischen Modell basiert. Das ist für das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 13.12.2006²³² im Ausgangspunkt der Fall.²³³ Alle Mitgliedstaaten der Union und die Union selbst²³⁴ haben das Übereinkommen unterzeichnet. Es ist für den größten Teil der Mitgliedstaaten – darunter Deutschland²³⁵ – bereits in Kraft getreten.²³⁶ Mit der Richtlinie 2000/78/EG und dem AGG erfüllen die Union und Deutschland ihre völkervertragsrechtlichen Pflichten aus dem Übereinkommen. Dazu zählt auch ein zwingender Diskriminierungsschutz gegenüber privaten Akteuren (Art. 5 Abs. 2 Übereinkommen). Die in Art. 1 Abs. 2 Übereinkommen enthaltene Definition der Menschen mit Behinderung²³⁷ hat daher Einfluss auf die Auslegung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots.²³⁸ Dadurch wird verhindert, dass man bei der Interpretation des Unionsrechts auf das individualistische Modell zurückgreift.²³⁹

Der Kreis der geschützten Personen und die Abgrenzung der zu berücksichtigenden Funktionsbeeinträchtigungen müssen im Interesse eines unionsweit ein-

230 Das Beispiel stammt von *Silvers*, 10 *Hypatia* 30, 40 (1995).

231 *Somek*, Soziale Überdeterminierung, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 200, 228.

232 BGBl. II, S. 2008, 1420. Näher dazu *Lachwitz*, BtPrax 2008, 143 ff; *Petri/Stähler*, ZESAR 2008, 167 ff; *Degener*, RdJB 2009, 200 ff; *Stein/E.*, Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 17.

233 *Stein/E.*, Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 17, 25.

234 ABl. L 23 v. 27.1.2010, S. 35; zur Kompetenz der EU siehe *Waddington*, Breaking New Ground, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 111, 117 ff.

235 Seit dem 26.3.2009, siehe die Bekanntmachung zum Inkrafttreten, BGBl. II 2009, S. 812.

236 Zum Stand der Ratifikationen siehe <http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-15.en.pdf>; zum Umsetzungsprozess in den Mitgliedstaaten eingehend Third Disability High Level Group report on the implementation of the UNCPRD in the Member States, zugreifbar unter <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5070&langId=en> [Stand: 31.12.2012].

237 „Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“

238 *Waddington*, Breaking New Ground, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 111.

239 Konsequent *Waddington*, Breaking New Ground, in: Arnardóttir/Quinn, The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2009, 111, 133 f.

heitlichen Schutzniveaus²⁴⁰ autonom und einheitlich ausgelegt werden.²⁴¹ Behinderungen sind danach Einschränkungen, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bilden.²⁴² Voraussetzung ist also (1.) eine psychische oder physische Beeinträchtigung, die (2.) eine Teilhabebeeinträchtigung oder – problematischer formuliert – eine „Funktionsbeeinträchtigung“²⁴³ im Berufsleben verursacht.

b) Zweistufige Prüfung

Mit der Anknüpfung an einen medizinisch konzipierten Begriff der Beeinträchtigung teilt der unionsrechtliche Begriff im Ausgangspunkt den Standpunkt des *American with Disabilities Act* von 1990.²⁴⁴ Im Anschluss daran lässt sich die Konzeption des Gerichtshofs mit einem zweistufigen Prüfungsaufbau verbinden. Danach ist die individuelle Beeinträchtigung der Anknüpfungspunkt der Prüfung.²⁴⁵ Diese „Siebfunktion“ ist von der Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts vorgegeben. Es verbietet Dritten nur, ihre Entscheidung anhand bestimmter personenbezogener Merkmale zu treffen, die das Gesetz mit „Behinderung“ umschreibt. Diese muss daher von anderen Abweichungen eines konstruierten Normalzustandes unterschieden werden, denen ebenfalls soziale Relevanz zukommt, die aber vom Gesetz nicht als verpönte Merkmal ausgestaltet wurden. Die Praxis des U.S.-amerikanischen Diskriminierungsrechts zeigt, dass die *erste Stufe* des Behinderungsbegriffs einfach zu nehmen ist.²⁴⁶ Im Grundsatz fallen

240 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 65.

241 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 39 ff; BAG AP EWG-Richtlinie Nr. 2000/78 Nr. 6 2007, Rn. 19; zustimmend Reichhold/Heinrich, JZ 2007, 196, 197; aA Domröse, NZA 2006, 1320 f, der im Ergebnis nicht überzeugend gegen eine rein unionsrechtliche Auslegung argumentiert.

242 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 43.

243 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 66.

244 Dazu oben § 3 IV 4 c). Zum dreistufigen Diskriminierungsbegriff der wichtigsten Fallgruppe in 42 U.S.C. § 12102 (1)(A) vgl. *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 631 (1998) [„First, we consider whether respondent's HIV infection was a physical impairment. Second, we identify the life activity upon which respondent relies (reproduction and childbearing) and determine whether it constitutes a major life activity under the ADA. Third, tying the two statutory phrases together, we ask whether the impairment substantially limited the major life activity.“].

245 Kritisch dazu Waddington, 44 CMLR 487, 491 (2007); Waddington/Lawson, Disability and non-discrimination law in the European Union, 2009, <http://www.migpolgroup.org/public/docs/Disability-non-discriminationlawEU.pdf>, S. 16.

246 Friedmann, The Law of Employment Discrimination, 2007, 879 f; Estreicher/Harper, Employment Discrimination Law, 2008, 460 ff.

auch alle Krankheiten darunter. Das gilt für den Beginn einer HIV-Infektion²⁴⁷ oder einer Kurzsichtigkeit²⁴⁸.

Entscheidende Bedeutung kommt damit der *zweiten Stufe* des Behinderungsbegriffs zu. Die Beeinträchtigung muss ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bilden.²⁴⁹ Maßgeblich ist die im jeweiligen Einzelfall²⁵⁰ aus der „Funktionsbeeinträchtigung“ resultierende Teilhabebeeinträchtigung im jeweiligen gesellschaftlichen Kontext.²⁵¹ Die Behinderung erschwert danach die soziale Inklusion des Merkmalsträgers, gerade weil das soziale Umfeld danach differenziert. Für den Gerichtshof zählt nur das Berufsleben zum relevanten sozialen Umfeld. Im Vergleich dazu wählen das U.S.-amerikanische und das deutsche Recht einen deutlich weiteren Bezugspunkt: Es kommt dort darauf an, ob die Beeinträchtigung „substantially limits one or more major life activities of such individual“ (42 U.S.C. § 12102 (1)(A)) bzw. „die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt“ (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX).²⁵² Man mag das kritisieren²⁵³, darf dabei aber nicht übersehen, dass es sich um eine zwangsläufige Konsequenz des beschränkten sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie 2000/78/EG handelt. Eine Teilhabebeeinträchtigung am Berufsleben liegt vor, wenn sich die medizinisch konzipierte Beeinträchtigung des Individuums nach Auffassung der Umwelt dieser Person nachteilig auf die Ausführung einer beruflichen Tätigkeit auswirken kann. Das Umfeld nimmt diese Beeinträchtigung aber erst dann als „Behinderung“ wahr, wenn die Teilhabebeeinträchtigung wahrscheinlich von langer Dauer sein wird.²⁵⁴ Hier trifft sich die Einschätzung des Gerichtshofs mit der des *Supreme Court*²⁵⁵ und einer zeitlichen Grenze im deutschen Recht (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX)²⁵⁶. Damit ist die Behinderung von der Krankheit zu unterscheiden. Bei beiden handelt es sich um eine Beeinträchtigung im Sinne der ersten Stufe des Behinderungsbegriffs. Krankheiten werden als solche aber

247 *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 632-637 (1998).

248 *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471, 490 (1999).

249 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 43. Strenger ist das U.S.-Recht, vgl. 42 U.S.C. § 12102 (1)(A) [„substantially limits“]. Zur restriktiven Interpretation dieses Merkmals durch *Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471 (1999); *Toyota Motor Mfg., Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184 (2002), aufgehoben durch den ADA Amendments Act of 2008, Pub. L. 110-325.

250 Vgl. dazu *Bragdon v. Abbott*, 524 U.S. 624, 641-642 (1998).

251 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 62 ff.

252 Ähnlich auch das britische und irische Recht, vgl. *Waddington*, 44 CMLR 487, 494-95 (2007).

253 So *Waddington*, 44 CMLR 487, 494-495 (2007).

254 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 45.

255 *Toyota Motor Mfg., Kentucky, Inc. v. Williams*, 534 U.S. 184, 198 (2002) [„The impairment's impact must also be permanent or long term.“].

256 Zur Richtlinienkonformität siehe BAG AP EWG-Richtlinie Nr. 2000/78 Nr. 6 2007, Rn. 20; *Domrose*, NZA 2006, 1320, 1323; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 37; *Däubler* in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 75 mwN; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 1 AGG Rn. 11; aA *Thüsing* in: MünchKommBGB, § 1 AGG Rn. 81.

von der zweiten Stufe ausgeschieden. „Irgendeine Krankheit“ ist nämlich wegen des ganz anders gelagerten sozialen Kontexts dieses medizinischen Zustandes keine Behinderung. Personen mit „irgendeiner Krankheit“ werden von der Gesellschaft gerade nicht stigmatisiert. Anders verhält es sich bei chronischen oder progressiv verlaufenden Krankheiten. Hier kommt es zu Teilhabebeeinträchtigungen, weil ihre Träger „im gesellschaftlichen Verkehr nicht wesentlich von „dauerhaft“ Behinderten“ unterschieden werden.²⁵⁷ Im Einzelfall ist die Abgrenzung sehr schwierig durchzuführen.²⁵⁸ Eine Teilhabebeeinträchtigung scheidet nicht schon deshalb aus, weil die betroffene Person Hilfsmittel einsetzen kann, um die Beeinträchtigung auszugleichen.²⁵⁹

6. Alter

Die Entscheidung, das Alter zum verbotenen Merkmal von (privaten) Differenzierungen zu machen, ist nicht selbstverständlich.²⁶⁰ Für Magdalena Pöschl ist es sogar irreführend, „das Alter in Diskriminierungsverboten neben Merkmalen wie Rasse, sexueller Ausrichtung, Bekenntnis etc zu nennen“:²⁶¹

„Anders als die verpönten Differenzierungsmerkmale ist auch das Alter kein unveränderliches Merkmal, im Gegenteil, es ist permanent im Fluß. Deshalb gleichen sich Differenzierungen nach dem Alter auf der Zeitachse auch regelmäßig aus. Rechte, die erst ab einem bestimmten Alter zuerkannt werden, kommen über kurz oder lang eben doch jedem zu; und auch Rechte, die ab einem bestimmten Alter aberkannt werden, hatte bis zu diesem Zeitpunkt jeder.“²⁶²

Auf ähnliche Erwägungen stützte sich der *Supreme Court* in einer Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit einer Zwangspensionierungsregelung für Polizisten:

[I]t marks a stage that each of us will reach if we live out our normal span.“²⁶³

Weil wir zwar nicht alle schwarz oder Frau oder schwul oder Moslem sind, wir aber alle älter werden, kann das Alter – so kann man diesen Gedanken zusammenfassen – keine Grenze zwischen „uns“ und den „Anderen“ ziehen.²⁶⁴ Es trifft uns alle irgendwann.²⁶⁵ Das Alter wird daher als „ein besonders egalitäres, dem

257 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 63.

258 Vgl. dazu OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668 zum Fall einer myotonen Dystrophie (eine fortschreitende Muskelerkrankung), die ursächlich für die Behinderung des Kindes war.

259 *Anders Sutton v. United Air Lines, Inc.*, 527 U.S. 471, 481-489 (1999), aufgehoben durch Sec. 2 (a) ADA Amendment Act of 2008, Pub. L. 110-325.

260 Vgl. BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 109 (abw. Meinung Landau).

261 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 495.

262 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 494 (Hervorhebung hinzugefügt).

263 *Mass. Bd. of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307, 313-314 (1976) [Hervorhebung hinzugefügt und interne Verweise weggelassen].

264 *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 59.

265 Siehe BAG NZA 2010, 561 Rn. 20.

Gedanken der Gerechtigkeit gerade verpflichtetes Unterscheidungsmerkmal“ beschrieben.²⁶⁶ Wir haben keinen rationalen Grund, mit Personen eines bestimmten Alters nichts zu tun haben zu wollen. Ökonomisch gesprochen, ist das Alter keine klassische Kategorie von *taste discrimination*.²⁶⁷ Daher wird das Alter vom Recht seit langem als Maßstab für gesellschaftliche Steuerung verwendet, um Lebensläufe zu segmentieren. Das liegt daran, dass mit dem Alter regelmäßig andere Merkmale in einen statistischen Zusammenhang gebracht werden, an die anzuknüpfen rational sein kann, die ihrerseits aber nur mit unzumutbar hohen Informationskosten erlangt werden können. Das wichtigste davon ist die Leistungsfähigkeit. Das Alter fungiert hier als deren Stellvertretermerkmal.²⁶⁸ Alter ist daher ein klassisches Beispiel für *statistische Diskriminierungen*.²⁶⁹ So ist beispielsweise im Arbeitsrecht das fortgeschrittene Lebensalter häufig ein Stellvertretermerkmal für eine damit verbundene sinkende Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers oder seine gestiegene soziale Schutzbedürftigkeit. Andererseits wird das Alter in Tarifverträgen als Stellvertretermerkmal für die Berufserfahrung eingesetzt.²⁷⁰ Daher erklärt sich, dass Altersregelungen im deutschen Arbeitsrecht eine herausragende Rolle spielen.²⁷¹ Einerseits werden ältere Arbeitnehmer bei der Kündigung begünstigt (§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) und zugleich bei der Befristungsmöglichkeit benachteiligt (§ 14 Abs. 3 TzBfG).²⁷² Das Alter als Distributionskriterium wird also nicht kohärent eingesetzt. Dazu kommt ein weiterer Faktor, der die Segmentierung menschlicher Lebensläufe durch altersbezogene Regelungen zweifelhaft macht: Ihr Preis ist hoch, zu hoch vielleicht. Sie typisieren und verfestigen dadurch Stereotype sinkender Leistungsfähigkeit bei älteren Menschen.²⁷³ Diese werden von der gerontologischen Forschung schon lange hinterfragt.²⁷⁴ Das Lebensalter als solches ist danach prinzipiell ungeeignet, die Qualifikation oder Produktivität eines Menschen zu beurteilen. Einzelne Personen werden daher aufgrund von – möglicherweise fehlerhaften – Durchschnittserwartungen an das Verhalten oder die Eigenschaften einer Gruppe beurteilt, obwohl die der Gruppe zugeschriebenen Merkmale bei ihnen nicht vorliegen.²⁷⁵ „Die ‘untypi-

266 Huster, EuR 2010, 325, 336.

267 Zum Begriff näher unten § 6 V 1 a).

268 Vgl. Groß, Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung, 2010, 60 ff.

269 Dazu vertiefend Bouchouaf, KJ 2006, 310, 311 ff; Britz, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 113 ff und zum U.S.-amerikanischen Recht *Estreicher/Harper*, Employment Discrimination Law, 2008, 390 ff; zum Begriff näher unten § 6 V 1 b).

270 Siehe dazu BAG NZA 2010, 961 Rn. 27 ff.

271 Dazu und zum Folgenden grundlegend Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 119 ff.

272 Preis, Gutachten B, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, 2008, B 1, B 44 f.

273 Siehe Bouchouaf, KJ 2006, 310 f.

274 Dazu näher mit Nachweisen Boecken, Gutachten B, in: Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen 1998, Bd. I, 1998, B 1, B 54 f; Preis, Gutachten B, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, 2008, B 1, B 14 ff.

275 Bouchouaf, KJ 2006, 310, 312.

schen' Alten werden bei gleicher Leistungsfähigkeit gegenüber Jüngeren benachteiligt.²⁷⁶ Das wirft ein Gleichheitsproblem und ein Freiheitsproblem auf: Von Rechts wegen als „zu alt“ oder „zu jung“ abgestempelt zu werden, ist ein deutlicher Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit, der ohne sorgfältige Abwägung der verschiedenen betroffenen Interessen, einerseits der Gesellschaft, andererseits des Einzelnen, nicht Bestand haben kann.²⁷⁷

Das Verbot der Altersdiskriminierung schafft einen diskursiven Rahmen, der diese Abwägung erst ermöglicht. Entgegen landläufiger Vorstellung ist der gleichbehandlungsrechtliche Zugriff keine ausschließliche Folge des sekundärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung im Unionsrecht. Dass das Alter ein problematisches Differenzierungskriterium ist, ergibt sich im deutschen Verfassungsrecht an sich schon aus dem allgemeinen Gleichheitssatz.²⁷⁸ Bereits vor dem Inkrafttreten des AGG wurden Altersdiskriminierungen unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG diskutiert.²⁷⁹ In der Rechtsprechung überwog zwar die freiheitsrechtliche Prüfung am Maßstab des Art. 12 GG.²⁸⁰ Das passt zu der schon wiederholt festgestellten Tendenz in Deutschland,²⁸¹ gleichheitsrechtliche Sachverhalte nur freiheitsrechtlich zu würdigen.²⁸² Was das Alter von anderen, nicht in Art. 3 Abs. 3 GG genannten, aber von Art. 3 Abs. 1 GG erfassten Merkmalen wie beispielsweise der sexuellen Orientierung²⁸³ unterscheidet, sind die geringeren Anforderungen an die Rechtfertigungsdichte. Diese Differenzierung spiegelt sich ihrerseits im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht wider, das beim Alter ebenfalls zahlreiche Einschränkungen erlaubt.²⁸⁴ Insoweit gehen die Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes und des speziellen Diskriminierungsverbots beim Alter Hand in Hand.²⁸⁵ Genauso wenig wie ein spezielles Diskriminierungsverbot wegen des Alters zwangsläufig zum Verbot der Handlung führen

276 Britz, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 116.

277 Nussberger, JZ 2002, 524, 532.

278 Siehe Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 88 ff; Uerpmann-Wittzack, ZaöRV 68 (2008), 359, 368 f; aA BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 109 (abw. Meinung Landau).

279 Siehe nur Boecken, Gutachten B, in: Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen 1998, Bd. I, 1998, B 1, B 37 ff; Nussberger, JZ 2002, 524, 531; Bouchouaf, KJ 2006, 310, 315 f; zur Relevanz des Art. 3 Abs. 1 GG bei Altersdiskriminierung jetzt vertiefend Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 108 ff.

280 Vgl. dazu BVerfG NZS 2008, 311, wo die Altersgrenze von Vertragszahnärzten freiheitsrechtlich geprüft wird, mit EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen = Slg. 2010, I-47, wo dieselbe Fragestellung gleichheitsrechtlich strenger gewürdigt wird; siehe auch BVerfG BB 2005, 1321, wo die tarifvertragliche Altersgrenze der Piloten lediglich an Art. 12 GG gemessen wird; vertiefend zum Ganzen aus arbeitsrechtlicher Sicht Boecken, Gutachten B, in: Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen 1998, Bd. I, 1998, B 1, B 32 ff; Preis, Gutachten B, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, 2008, B 1, B 39 f mwN.

281 Siehe oben § 4 I 5.

282 Kritisch dazu Simitis, RdA 1994, 257, 261.

283 Dazu oben § 6 III 4.

284 Dazu unten § 6 VI 2 c).

285 Instrukтив zur parallelen Prüfungsstruktur BVerfG NZS 2008, 311 Rn. 14 ff.

muss, gilt dies auch für eine auf den allgemeinen Gleichheitssatz gestützte Altersdiskriminierung.

Das belegt auch die völkerrechtliche Praxis. Auch hier ist die Auffassung weit verbreitet, es gebe auf internationaler Ebene kein Verbot der Altersdiskriminierung.²⁸⁶ Zutreffend ist, dass es im Zeitraum vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG im Jahr 2006 auf internationaler Ebene kein Regelungsinstrument gab, das Diskriminierungen aus Gründen des Alters *ausdrücklich* im Text verboten hat.²⁸⁷ Die Diskriminierungsverbote in Art. 26 S. 2 IPBPR²⁸⁸ und in Art. 14 EMRK sind allerdings nicht abschließend („sonstiger Status“). Das ermöglicht es, den Schutz auf solche Differenzierungen auszudehnen, die erst aufgrund gewandelter sozialer Anschauung verpönt werden.²⁸⁹ Zu den verschiedenen vom Menschenrechtsausschuss unter Art. 26 S. 2 IPBPR gefassten Statusmerkmalen²⁹⁰ zählt auch das Alter:²⁹¹

„While age as such is not mentioned as one of the enumerated grounds of prohibited discrimination in the second sentence of article 26, the Committee takes the view that a distinction related to age which is not based on reasonable and objective criteria may amount to discrimination on the ground of “other status” under the clause in question, or to a denial of the equal protection of the law within the meaning of the first sentence of article 26.“²⁹²

Freilich konnte die Altersdiskriminierung in den entschiedenen Fällen gerechtfertigt werden.²⁹³ In der Sache existierte also das Verbot der Altersdiskriminierung auf internationaler Ebene bereits vor 2006.²⁹⁴ Der Europäische Gerichtshof konnte daher in der Rs. *Mangold* mit Recht auf die völkerrechtlichen Verträge

286 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 88; BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 109 (abw. Meinung Landau); Preis, NZA 2006, 401, 406 f.; Streinz/Herrmann, RdA 2007, 165, 168; Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, 21 f.

287 Die entgegengesetzte Aussage von *Temming* zum 12. Zusatzprotokoll der EMRK (*Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 76) trifft nicht zu. Das Alter findet sich nicht im Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 12. ZP EMRK, European Treaty Series 177 [erhältlich unter <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.html>]. Im Explanatory Report wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass man darauf verzichtete, das Alter als benanntes Diskriminierungsmerkmal einzufügen, Explanatory Report Rn. 20 [zugreifbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm>].

288 Dazu näher oben § 4 II 2 a).

289 König/Peters in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 21 Rn. 21.

290 Siehe dazu die Nachweise bei *Vandenhole*, Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies, 2005, 131.

291 Grundlegend Menschenrechtsausschuss, *Schmitz-de-Jong v. The Netherlands*, Communication No. 855/1999, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/855/1999 (2001), para. 7.2 [zugreifbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/855-1999.html>].

292 Menschenrechtsausschuss, *Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, U.N. Doc. CCPR/C/77/D/983/2001 (2003), para. 8.2 [zugreifbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/983-2001.html>].

293 Menschenrechtsausschuss, *Schmitz-de-Jong v. The Netherlands*, Communication No. 855/1999, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/855/1999 (2001), para. 7.2; Menschenrechtsausschuss, *Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, U.N. Doc. CCPR/C/77/D/983/2001 (2003), para. 8.3.

294 Näher *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 64 ff.

hinweisen, um das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung zu begründen.²⁹⁵ Es war allerdings ein Verbot ohne „Biss“. Erst die *Mangold*-Entscheidung machte auf das Potential aufmerksam, das dem Diskriminierungsverbot innewohnen kann, wenn es ernst genommen wird.²⁹⁶

Mit der Richtlinie 2000/78/EG ist das Alter jetzt spezialgesetzlich als verbotenes Diskriminierungsmerkmal im Zusammenhang mit Beschäftigung und Beruf ausdrücklich vorgesehen. Diese Entscheidung setzt § 7 Abs. 1 AGG iVm § 1 AGG im deutschen Recht um. Nicht – jedenfalls noch nicht²⁹⁷ – unionsrechtlich vorgegeben ist das Alter als Diskriminierungsmerkmal im allgemeinen Vertragsrecht. Hier trifft § 19 Abs. 1 AGG eine autonome Entscheidung. Der Begriff ist im AGG einheitlich nach unionsrechtlichem Verständnis auszulegen.²⁹⁸ Im Deutschen ist der Begriff „Alter“, anders als im Englischen oder Französischen, doppeldeutig, weil er einmal neutral auf das Lebensalter hinweist, zum anderen regelmäßig mit einem bestimmten fortgeschrittenen Alter gleichgesetzt wird.²⁹⁹ Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs folgt aber, dass sich das Verbot auf jede Differenzierung bezieht, die an ein Lebensalter der Person anknüpft.³⁰⁰ Die Rechtstatsachen bestätigen diese Einschätzung, weil Arbeitnehmer unter 25 und über 45 Jahren überproportional häufig von Altersdiskriminierung betroffen sind, diese aber auch Arbeitnehmer innerhalb der Spanne von 25–45 Jahren treffen kann.³⁰¹ Man ist im Wirtschaftssystem kaum jemals im „richtigen“ Alter. Das Diskriminierungsverbot erfasst daher die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die älter als 52 Jahre sind³⁰² oder die Zwangsbeendigung des Arbeitsverhältnisses beim Erreichen des 65. Lebensjahres³⁰³ oder die Altersgrenze von 60 Jahren bei Piloten³⁰⁴ und von 68 Jahren bei Vertragszahnärzten³⁰⁵.

Das Diskriminierungsverbot hat weitreichende Auswirkungen auf das Arbeitsrecht.³⁰⁶ Das Alter als Differenzierungskriterium ist immer rechtfertigungspflichtig. Der dadurch ausgelöste Rechtfertigungszwang stellt stereotype Annahmen

295 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74.

296 Siehe dazu *Grünberger*, EuZA 2011, 171 mwN.

297 Siehe aber Art. 1 des RL-Vorschlags der Kommission, KOM(2008), 426 endg.; dazu auch oben § 6 II 1 b).

298 BGHZ 193, 110 Rn. 42.

299 *Nussberger*, JZ 2002, 524, Fn. 1; LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2009, 378, 379.

300 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 29; näher *Groß*, Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung, 2010, 36 f.

301 *Duncan/Loretto*, 11 Gender, Work & Org. 95 (2004).

302 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 55 ff.

303 EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 51; EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 34; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 37.

304 EuGH, Urt. v. 13.11.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011 ((n.v.)) Rn. 43 ff.

305 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 35.

306 Vgl. dazu die Kasuistik bei *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 1 AGG Rn. 13.

über Personen auf den Prüfstand. Im Mittelpunkt der Konzeption der Altersdiskriminierung stehen daher die Gründe für eine Rechtfertigung von altersbezogenen Differenzierungen.³⁰⁷ Instruktiv dazu ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Altersgrenze von Vertragszahnärzten in Deutschland.³⁰⁸ Der Gerichtshof teilt im Grundsatz die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts³⁰⁹, dass

„es ein Mitgliedstaat im Rahmen von Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie für erforderlich halten kann, für die Ausübung eines ärztlichen Berufs wie desjenigen eines Zahnarztes eine Altersgrenze festzulegen, um die Gesundheit der Patienten zu schützen“³¹⁰,

vorausgesetzt, er folgt dabei insgesamt diesem Ziel. Weil die Altersgrenze aber nur für Vertragszahnärzte und nicht für Zahnärzte außerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenkassen gilt, fällt das Argument des Gesundheitsschutzes in sich zusammen.³¹¹ Daher ist der Normadressat gezwungen, bessere Rechtfertigungsgründe zu entwickeln. Die Besonderheit des Alters als potentiell jeden trefendes Merkmal erlaubt es, in Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG Rechtfertigungsmöglichkeiten vorzusehen, die weit über die Rechtfertigungen der übrigen Merkmale hinausgehen.³¹² Die Altersgrenze kann beispielsweise der Beschäftigungspolitik dienen: Mit ihr wird das Ziel verfolgt, innerhalb der Berufsgruppe der Vertragszahnärzte die Berufschancen zwischen den Generationen zu verteilen.³¹³ Die Ungleichbehandlung ist aber nur dann „objektiv und angemessen“, wenn eine Situation gegeben ist, in der die Zahl der Vertragszahnärzte überhöht ist oder die latente Gefahr besteht, dass eine solche Situation eintritt.³¹⁴ Ist dagegen die Zahl der Vertragszahnärzte auf dem betreffenden Arbeitsmarkt, gemessen am Bedarf der Patienten, nicht überhöht, ist der Zugang neuer und insbesondere junger Berufsangehöriger zu diesem Markt normalerweise unabhängig davon möglich, ob es Zahnärzte gibt, die älter als 68 Jahre sind.³¹⁵ Für den betroffenen Arzt mag es unter berufsfreiheitsrechtlichem Gesichtspunkt keinen Unterschied machen, warum er mit 68 Jahren seinen Beruf nicht mehr ausüben darf. Gleichheitsrechtlich betrachtet, unterscheiden sich die vorgebrachten Gründe aber erheblich. Behauptet man, die Zahnärztin sei „zu alt“ und daher „ein Gesundheitsrisiko“ für ihre Patienten, wird ihr eine negative Eigenschaft zugeschrieben, die sie tatsächlich gar nicht hat. Zugleich nimmt man ihr die Freiheit, sich ihren Patienten gegen-

307 Wendeling-Schröder, NZA 2007, 1399, 1400; unzutreffend BAG NZA 2010, 561 Rn. 20 ff, wo bereits der Tatbestand eingeschränkt wird; dazu vertiefend Grünberger, EuZA 2011, 171 ff.

308 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen = Slg. 2010, I-47.

309 BVerfG NJW 1998, 1776, 1777; BVerfG NZS 2008, 311 Rn. 7.

310 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen = Slg. 2010, I-47 Rn. 52.

311 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen = Slg. 2010, I-47 Rn. 61 f.

312 Vgl. Erwägungsgrund (25) RL 2000/78/EG.

313 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen = Slg. 2010, I-47 Rn. 65-68.

314 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen = Slg. 2010, I-47 Rn. 77.

315 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – Petersen = Slg. 2010, I-47 Rn. 71.

über mit ihren wirklichen Fähigkeiten und dem daraus folgenden Selbstbild darzustellen.³¹⁶ Darin verwirklicht sich das typische Generalisierungsunrecht stereotyper Annahmen über Menschen. Sagt man der Zahnärztin dagegen, dass sie „Platz machen muss“ für eine junge Generation, die auch eine Chance auf Eigenständigkeit hat, bleibt die Person von solchen Fremdzuschreibungen frei. Hier geht es nur um die Frage der Verteilung von Erwerbschancen und um Generationengerechtigkeit. Das ist ein politischer Diskurs, der unter Gleichen ohne Herabsetzung eines Beteiligten geführt werden kann.³¹⁷

7. Mehrfachdiskriminierung

Der diskriminierungsrechtliche Normalfall ist die Ungleichbehandlung einer Person wegen eines bestimmten verpönten Merkmals. Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht ist ganz darauf zugeschnitten.³¹⁸ Sein Verständnis von Diskriminierungen beruht auf Zuschreibungen aufgrund der Zugehörigkeit eines Individuums zu *einer* Gruppe. Es impliziert damit eine „single identity ascription“. Damit vereinfacht das Nichtdiskriminierungsrecht, weil wir alle multiple Identitäten bilden: Wir alle haben ein Alter, ein Geschlecht, eine sexuelle Orientierung und eine ethnische Herkunft, viele haben oder gelangen im Lauf ihres Lebens auch zu einer Religion oder gar einer Behinderung.³¹⁹ Die Fälle, in denen eine Person Träger mehrerer Merkmale ist, die jeweils für sich oder in ihrem Zusammenspiel den Anknüpfungspunkt für Diskriminierungen bilden, werden unter dem Begriff der „Mehrfachdiskriminierung“ diskutiert.³²⁰ Sie tritt in drei Erscheinungsformen auf:³²¹ (1.) „additive Diskriminierung“, (2.) „kumulative“ oder „verstärkende Diskriminierung“ und (3.) „intersektionelle Diskriminierung“, die auch als Schnittmengen-³²² oder Überschneidungsdiskriminierung bezeichnet werden kann. Die hier gewählte Terminologie wird leider nicht

316 Vgl. zu diesen Effekten statistischer Diskriminierung *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 124 f.

317 Ähnlich auch *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 24 f.

318 Vgl. dazu vertiefend *Nielsen*, Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 31, 33 ff. Siehe auch die sehr eingehende Analyse von *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 179 ff.

319 *Fredman*, Positive Rights and positive duties, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 72, 74.

320 Dazu eingehend *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 43 ff.

321 Vgl. *Bielefeldt*, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung (Bericht im Auftrag der EU-Kommission), 2007, http://ec.europa.eu/employment_social/fdad/cms/stopdiscrimination/downloads/Tackling_Multi_Dis_pdf/236_multidis_de.pdf, S. 16 f; *Holzleithner*, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Hormel/Scherr, Diskriminierung, 2010, 95, 97 ff; *Naguib*, SJZ 2010, 233, 235 ff und die Übersicht bei *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 45 ff.

322 Der Vorschlag stammt von *Däubler* in: Däubler, AGG, § 4 Rn. 19.

einheitlich verwendet. Vielfach wird nur eine Zweiteilung angenommen und nicht zusätzlich zwischen additiver und kumulativer Diskriminierung unterschieden³²³ oder beide Begriffe werden synonym gebraucht.³²⁴ Das ist insoweit verständlich, weil sich diese Kategorien nur in Nuancen unterscheiden. Manche beziehen den Begriff der „Mehrfachdiskriminierung“ ausschließlich auf diese beiden Erscheinungsformen, die im Weiteren auch nicht getrennt werden und messen der Schnittmengendiskriminierung keine Rolle im unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrecht zu.³²⁵ Darin liegt zugleich eine inhaltliche Stellungnahme, der ich deutlich widersprechen möchte.

Von einer additiven Diskriminierung spreche ich, wenn eine Person mehrere Charakteristika auf sich vereint, die sie je nach verschiedenen Kontexten aufgrund des einen oder des anderen Merkmals vulnerabel für Ungleichbehandlungen macht.³²⁶ Eine Frau etwa, die einer ethnischen Minderheit angehört, kann in einer bestimmten Situation aufgrund ihres Geschlechts und in einer anderen Situation aufgrund ihres ethnischen Ursprungs diskriminiert werden.³²⁷ Die so verstandene additive Diskriminierung ist keine Herausforderung für das Nichtdiskriminierungsrecht, wenn es sich um verschiedene Lebenssachverhalte handelt, in denen die Verletzung eines Diskriminierungsverbots ohnehin isoliert zu prüfen ist. Etwas anders liegen die Fälle, in denen eine Person hintereinander aus mehreren Gründen separat ungleich behandelt wird.³²⁸ Hier liegt zwar ein einheitlicher Lebenssachverhalt vor, die einzelnen Diskriminierungen sind jedoch isoliert voneinander zu prüfen. Die „verstärkende Diskriminierung“ beschreibt dagegen eine Situation, in der eine Person aus zwei oder mehreren Gründen *gleichzeitig* diskriminiert wird und diese Gründe kumulieren. Ein Diskriminierungsgrund wird von einem oder mehreren anderen verstärkt und vermindert dadurch die Chancengleichheit des Merkmalsträgers.³²⁹ Das war der Fall bei Gabrielle Defrenne, die als Bordstewardess weniger verdiente als ihre männlichen Kollegen (Merkmal Geschlecht) und deren Arbeitsvertrag mit Erreichen des 40. Lebensjahres endete

323 Vgl. Hammett, 23 Oxford J. Legal Studies 65, 68 (2003); Schiek in: Schiek, AGG, § 4 Rn. 2; Nielsen, Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?, in: Schiek/Chéze, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 31, 31 f.

324 Siehe Gerards in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 171.

325 Siehe Däubler in: Däubler, AGG, § 4 Rn. 5 ff, 20.

326 Holzleithner, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Hormel/Scherr, Diskriminierung, 2010, 95, 97.

327 Bielefeldt, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung (Bericht im Auftrag der EU-Kommission), 2007, http://ec.europa.eu/employment_social/fdad/cms/stopdiscrimination/downloads/Tackling_Multi_Dis_pdf/236_multidis_de.pdf, S. 16.

328 Vgl. Naguib, SJZ 2010, 233, 235 f.

329 Bielefeldt, Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung (Bericht im Auftrag der EU-Kommission), 2007, http://ec.europa.eu/employment_social/fdad/cms/stopdiscrimination/downloads/Tackling_Multi_Dis_pdf/236_multidis_de.pdf, S. 16; Holzleithner, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Hormel/Scherr, Diskriminierung, 2010, 95, 98.

(Merkmal Alter).³³⁰ Der Europäische Gerichtshof entschied in den Rs. *Defrenne I-III* lediglich über die von Art. 119 EWGV erfasste Geschlechterdiskriminierung.³³¹ Das Merkmal Alter blieb unerwähnt, weil es damals noch nicht diskriminierungsrechtlich erfasst war. Die kumulative Diskriminierung wirft ebenfalls keine besonderen Probleme auf, weil sie sich in die Konzeption der „single identity ascription“ einfügt: Die relevanten Diskriminierungsmerkmale werden parallel, aber isoliert voneinander rechtlich gewürdigt. Das stellt § 4 AGG klar. Danach ist jede Ungleichbehandlung für sich auf ihre Rechtfertigung hin zu prüfen. Ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf einen der in § 1 AGG genannten Gründe gerechtfertigt, liegt darin nicht zugleich die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen eines anderen in § 1 AGG genannten und ebenfalls vorliegenden Grundes.³³² Gelingt die Rechtfertigung nicht bei allen Gründen, liegt daher ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vor.

Schwieriger ist die Berücksichtigung von Fällen der Überschneidungsdiskriminierung. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass das Diskriminierungspotential gerade im *Zusammentreffen* mehrerer an sich verpönter Merkmale liegt. Darin liegt eine gesteigerte Form der Benachteiligung.³³³ Das Phänomen wurde erstmals im Kontext der Diskriminierung schwarzer Frauen auf dem U.S.-amerikanischen Arbeitsmarkt sichtbar gemacht.³³⁴ Die Kritik richtete sich gegen das herrschende Paradigma, dass Rasse und Geschlecht zwei verschiedene und verschieden anzu- gehende Diskriminierungsformen seien, während es sich in Wirklichkeit um sich gegenseitig verstärkende Ausgrenzungsmechanismen handle.³³⁵ *Kimberle Crenshaw* wies darauf hin, dass das Nichtdiskriminierungsrecht jeweils diejenigen Teilgruppen innerhalb der anhand der Merkmale Rasse *oder* Geschlecht definieren Gruppen privilegiere, die im System der Gruppe ohnehin stärker sind: *schwarze Männer* beim Merkmal „Rasse“ und *weiße Frauen* beim Merkmal „Geschlecht“. Damit werde der spezifische soziale Kontext von Diskriminierungen *schwarzer Frauen* ausgeblendet.³³⁶ Die Entscheidungspraxis U.S.-amerikanischer Gerichte bestätigt, dass das Nichtdiskriminierungsrecht in der Lage ist, die

330 Siehe EuGH, Urt. v. 15.6.1978, Rs. 149/77 – *Defrenne v. Sabena* (*Defrenne III*) = Slg. 1978, 1365 Rn. 2-8.

331 EuGH, Urt. v. 25.5.1971, Rs. 80/70 – *Defrenne v. Belgien* (*Defrenne I*) = Slg. 1971, 445; EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA* (*Defrenne II*) = Slg. 1976, 455; EuGH, Urt. v. 15.6.1978, Rs. 149/77 – *Defrenne v. Sabena* (*Defrenne III*) = Slg. 1978, 1365.

332 Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 33.

333 *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 52.

334 Grundlegend zur theoretischen Einordnung *Crenshaw*, Univ. Chi. Leg. Forum 1989, 139 (1989); *Caldwell*, Duke L.J. 365 (1991); *Crenshaw*, 43 Stan. L. Rev. 1241 (1991); *Winston*, 79 Cal. L. Rev. 775 (1991); vgl. dazu den Überblick bei *Solanke*, Stigma, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 115, 118 ff; *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 61 ff; aus rechtsdogmatischer Sicht unternahm *Shoben*, 55 N.Y.U. L. Rev. 793 (1980) erstmals eine ausführliche Analyse.

335 *Caldwell*, Duke L.J. 365, 371-372 (1991).

336 *Crenshaw*, 43 Stan. L. Rev. 1241, 1244 (1991).

Überschneidung zweier Diskriminierungsmerkmale und das daraus resultierende Gefährdungspotential zu thematisieren.³³⁷

Genau diese Besonderheit, im Schnittpunkt mehrerer Gruppenbildungen zu liegen, ist charakteristisch für das deutsche Paradebeispiel intersektioneller Diskriminierung: das „islamische“ Kopftuch.³³⁸ Die Kündigung der Verkäuferin wegen ihres Kopftuchs³³⁹ oder das „strikte Verbot von Kopftüchern bei islamischen Frauen und Mädchen“ in einer Arztpraxis³⁴⁰ diskriminiert die Person gerade in ihrer Identität als Muslima.³⁴¹ Das übersieht, wer die Ungleichbehandlung nur an die Religion anknüpft.³⁴² Damit reduziert man das Gleichbehandlungsunrecht auf eine „single source of identity“³⁴³. Man unterstellt, dass alle Angehörigen dieser Religion ihrerseits eine homogene Gruppe bilden und verliert dabei die Tatsache aus dem Blick, dass die Regelung gerade muslimische Frauen als Teilgruppe besonders trifft.³⁴⁴ Das ist mehr als lediglich die Summe der Merkmale Religion, Geschlecht und, uU, ethnische Herkunft. Ein Nichtdiskriminierungsrecht, das Diskriminierungshierarchien kennt, berücksichtigt diesen Zusammenhang,³⁴⁵ der rechtsdogmatisch auf der Ebene der Diskriminierungsmerkmale und -definitionen anzusiedeln ist. Die Erfahrungen aus der britischen³⁴⁶ und U.S.-amerikanischen³⁴⁷ Praxis zeigen, dass Gerichte dazu tendieren, die komplexe Situation aufzulösen, indem sie die jeweils betroffenen Diskriminierungsmerkmale isoliert behandeln und dadurch die Betroffenen zwingen, „[to] disaggregate and choose among the elements of their identities“.³⁴⁸ Das wird dem selbstgesetzten Anspruch des Nichtdiskriminierungsrechts, das „So-Sein“ der Person zu schützen, nicht gerecht. Die isolierte Behandlung führt daneben zu möglichen Fehlerquel-

337 *Lam v. University of Hawai'i*, 40 F.3d 1551, 1551 (9th Cir. 1994) mit Verweis auf *Crenshaw*, Univ. Chi. Leg. Forum 1989, 139 (1989) und *Winston*, 79 Cal. L. Rev. 775 (1991); *Jefferies v. Harris County Cmty. Action Ass'n*, 615 F.2d 1025, 1032 (5th Cir. 1980); ablehnend dagegen *Bahl v. The Law Society*, [2004] EWCA Civ 1070 (C.A.); dazu kritisch *Solanke*, 72 Modern L. Rev. 723, 745 f (2009).

338 Siehe dazu statt vieler *Schiek* in: Schiek, AGG, § 4 Rn. 10 ff und die Analyse aus intersektioneller Perspektive bei *Holzleithner*, Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 305, 311 ff und *Chege*, Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, 2011, 270 ff.

339 BAG NJW 2003, 1685.

340 So ein Aushang in einer hessischen Arztpraxis, siehe FAZ v. 3.9.2010, zugreifbar unter <http://www.faz.net/-01hbzt> [Stand: 30.12.2012].

341 Siehe *Holzleithner*, Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 305, 313.

342 So BAG NZA-RR 2010, 383 Rn. 27; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 16; in der Tendenz anders aber in Rn. 15.

343 *Fredman*, Positive Rights and positive duties, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 72, 74.

344 Vgl. dazu allgemein *Hannett*, 23 Oxford J. Legal Studies 65, 69 (2003).

345 Zur praktischen Relevanz der intersektionellen Diskriminierung näher *Naguib*, SJZ 2010, 237 ff (zum schweizerischen Recht, in dem die Hierarchisierung deutlicher ausgeprägt ist als im AGG).

346 *Hannett*, 23 Oxford J. Legal Studies 65, 71-76 (2003).

347 *Abrams*, 92 Mich. L. Rev. 2479, 2492-2517 (1994).

348 *Abrams*, 92 Mich. L. Rev. 2479, 2481 (1994).

len bei der Ermittlung des richtigen Vergleichsmaßstabes und dann zu erheblichen Hürden der Betroffenen, den darlegungs- und beweisrechtlichen Anforderungen an eine Diskriminierung (§ 22 AGG) zu genügen.³⁴⁹ Wird die intersektionelle Diskriminierung nicht als solche erkannt, besteht die Gefahr, dass man die jeweiligen Diskriminierungsmerkmale isoliert prüft und einen jeweils anderen Vergleichsmaßstab heranzieht: Beim Merkmal Religion stellt man auf eine Nicht-Muslima, beispielsweise eine Christin ab, beim Merkmal Geschlecht auf einen Mann und beim Merkmal ethnischer Herkunft ist eine Deutsche (hypothetische) Vergleichsperson. Bei intersektionellen Diskriminierungen wird dieser Zusammenhang jeweils vom relevanten sozialen Kontext erst hergestellt. Aus dieser Situationsgebundenheit bestimmt sich auch, wer als richtige Vergleichsperson in Betracht kommt. Behauptet etwa eine Arbeitnehmerin, als schwarze asiatische Frau ungleich behandelt zu werden,³⁵⁰ muss man sie bezüglich des Merkmals „Rasse und ethnische Herkunft“ und (!) bezüglich des Merkmals „Geschlecht“ jeweils mit den Mitgliedern der jeweiligen Hauptgruppe vergleichen. Damit überwindet man die Nachteile der isolierten Prüfung entweder mit weißen Personen oder mit Männern. Nur dieser komplexe Vergleichsmaßstab wird der spezifischen Gefährdungssituation solcher Personen gerecht. Man sorgt dafür, dass sie nicht durch das Prüfungsraster fallen.

Der intersektionelle Aspekt ist auch auf Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen. Prüft man beispielsweise nur die Religion, übersieht man leicht, dass Maßnahmen, die an das Kopftuch anknüpfen, unmittelbar oder – je nach Ausgestaltung der Bekleidungsvorschriften – mittelbar auch das Geschlecht der Kopftuchträgerin betreffen.³⁵¹ Erkennt man aber, dass diese Maßnahme auch eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts ist, kann man den Eingriff nicht mehr ohne weiteres auf Art. 3 Abs. 2 GG und die antiemanzipatorische Bedeutung des Kopftuchs stützen.³⁵² Soziale Sanktionen, die an das Kopftuch anknüpfen, müssen vielmehr ihrerseits gegenüber dem Einwand verteidigt werden, mit ihnen werde die selbstbestimmte Entscheidung der Muslima als religiöser Frau aus paternalistischen Gründen konterkariert. Die Freiheit zum oder vom Kopftuch und das von Art. 3 Abs. 2 GG getragene Anliegen des Staates, die Autonomie von Frauen, auch von muslimischen, zu fördern, darf nicht über die Diskriminierung einzelner Frauen erfolgen, die mit ihrem Auftreten in der Arbeitswelt gerade diese Autonomie in Anspruch nehmen.³⁵³ Die intersektionelle Dimension

349 Überzeugend daher *Naguib*, SJZ 2010, 233, 239 (zum schweizerischen Recht).

350 Siehe dazu *Bahl v. The Law Society*, [2004] EWCA Civ 1070 (C.A.).

351 Zu den Einzelheiten siehe *Baer/Wrase*, KritV 2006, 401, 402 ff.

352 Zu diesem Argument näher *Britz*, KJ 2003, 95, 98 ff.

353 *Britz*, KJ 2003, 95, 100; *Holzleithner*, Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng, Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 305, 318.

und ihre Berücksichtigung im Nichtdiskriminierungsrecht erweitert damit dessen instrumentellen Charakter als Freiheitsschutz zweiter Ordnung.

IV. Der Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote – Ein Fall missglückter „praktischer Konkordanz“

Ausgehend von einer klassisch-liberalen Konzeption der Privatautonomie¹, greifen Diskriminierungsverbote erheblich in grundrechtlich geschützte Freiheiten (Vertragsbegründungsfreiheit, Religionsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, das Recht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens)² des Normadressaten ein. Grundrechtsdogmatisch gesprochen, ist es daher Aufgabe des Gesetzgebers, die Gleichheitsansprüche der Diskriminierungsbetroffenen mit den Freiheitsrechten der Diskriminierenden in „praktische Konkordanz“ zu bringen. Ein Instrument zur Bewältigung dieser Aufgabe ist die Ausgestaltung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote.³ Das bestätigen die Erwägungsgründe der verschiedenen Richtlinien.⁴ Der Unionsgesetzgeber hat sich im Ergebnis für eine sehr heterogene Ausgestaltung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs entschieden. Das AGG hat diesen Ansatz aufgegriffen und weitergeführt.⁵ Damit setzt sich ein Verhaltensmuster fort, das uns bereits aus der Analyse der allgemeinen Gleichbehandlungspflichten bekannt ist. Das Zusammenwirken der unionsrechtlichen Differenzierungen mit den Grenzziehungen des nationalen Rechts hat im Ergebnis zu einer erheblichen Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs beigetragen.⁶

Im Folgenden orientiere ich mich am System des AGG und unterscheide zwischen dem beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbot (§ 7 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Nr. 1-4 und § 6 AGG) und dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot (§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 AGG iVm § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG). Die Untersuchung beschränkt sich auf die Abgrenzungsmerkmale, mit denen das Gesetz den Konflikt zwischen Privatautonomie und Gleichbehandlung lösen will. Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs beschränke ich mich daher auf das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Der sachliche Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots wirft, wenn man sich auf die

1 Dazu bereits oben § 1 I 2.

2 Vgl. näher zu den Rechtsgrundlagen im Unions- und im deutschen Recht *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 54 ff.

3 So auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 2.

4 Vgl. Erwgr. (4) RL 2000/43/EG, Erwgr. (13) RL 2004/113/EG, Erwgr. (16) und (17) RL-Vorschlag zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008), 426 endg.

5 Vgl. die Begr. des RegE, BT-Drs. 16/1780, S. 40.

6 Siehe die zutreffende Kritik bei *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 323.

Richtlinien konzentriert, keine gravierenden Abgrenzungsprobleme auf. Hinzuweisen ist aber auf einen erheblichen Unterschied zum allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz: Nach traditioneller Auffassung gibt es dort Bereichsausnahmen für die Vertragsabschluss-, die Vertragsinhalts- und die Vertragsbeendigungsfreiheit.⁷ Anders das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht: Es erfasst (1.) die Bedingungen für den Zugang zu Beschäftigung, (2.) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts und (3.) die Entlassungsbedingungen.⁸ Das AGG übernimmt diese Kategorisierung – bis auf eine problematische Ausnahme: die Nichtanwendbarkeit des AGG auf Kündigungen (§ 2 Abs. 4 AGG). Es ist umstritten, ob und inwieweit diese Entscheidung überhaupt mit der Richtlinie vereinbar ist und wie das damit entstandene Vakuum richtlinienkonform zu füllen ist.⁹ Für die hier verfolgten Zwecke genügt die Feststellung, dass das beschäftigungsrechtliche Diskriminierungsverbot die gesamte Zeitspanne eines Vertragsverhältnisses erfasst, von der Vertragsanbahnung über die Vertragsdurchführung bis zur Vertragsbeendigung und -abwicklung.

1. Sachlicher Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots

a) Überblick über das System der Richtlinien und des AGG

Die Richtlinie 2000/43/EG erstreckt das Diskriminierungsverbot unter anderem¹⁰ auf „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“, Wohnraum eingeschlossen.¹¹ Voraussetzung dafür ist, dass sie „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Dazu heißt es in den Erwägungsgründen, es sei wichtig, den „Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte“ zu wahren.¹² Das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen¹³ in der Richtlinie 2004/113/EG erfasst „alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen

7 § 5 I 4 a) (1) und (2).

8 Art. 2 Abs. 1 lit. a) und c) RL 2000/43/EG; Art. 3 Abs. 1 lit. a) und c) RL 2000/78/EG; Art. 14 Abs. 1 lit. a) und c) RL 2006/54/EG.

9 Zum Problem und zum Streitstand siehe BAG NZA 2009, 361 Rn. 30-33 und aus der Literatur *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 2 AGG Rn. 14 ff; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 2 Rn. 17 f; *Schleusener* in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 2 Rn. 29 ff; *Kamanabrou*, RdA 2007, 199 ff; *Preis*, ZESAR 2007, 307 ff; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 479 ff.

10 In den sachlichen Anwendungsbereich fallen auch der Sozialschutz, die sozialen Vergünstigungen (vertiefend dazu *Oppermann* in: Falke/Rust, AGG, § 2 Rn. 89 ff) und die Bildung, Art. 3 Abs. 1 lit. e-g) RL 2000/43/EG, die stets diskriminierungsfrei zu gewähren sind, vgl. *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 108.

11 Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG.

12 Erwägungsgrund (4) RL 2000/43/EG.

13 Art. 1 RL 2004/113/EG.

der Person zur Verfügung stehen“.¹⁴ Die Erwägungsgründe führen dazu aus, dass „andere Grundrechte und Freiheiten nicht beeinträchtigt werden [dürfen]; hierzu gehören der Schutz des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen“.¹⁵

Das AGG spaltet den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots in nicht weniger als fünf (!) Normbereiche auf:

1. Neben dem Sozialschutz und dem Gesundheitswesen, den sozialen Vergünstigungen und der Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 5-7 AGG) sind – in wörtlicher Übernahme des Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG – Benachteiligungen verboten beim „Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.“
2. Dieses Benachteiligungsverbot setzt zusätzlich voraus,¹⁶ dass die Diskriminierung „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ (§ 19 Abs. 1 AGG) erfolgt. Darin liegt eine Beschränkung der Diskriminierungsmerkmale gegenüber § 1 AGG.
3. Selbst dann ist das Diskriminierungsverbot nur anwendbar, wenn das Schuldverhältnis entweder
 - a) ein Massengeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 AGG),
 - b) ein massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft¹⁷ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 AGG) oder
 - c) eine privatrechtliche Versicherung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG) ist.
4. Diese Einschränkungen gelten nicht, wenn die Ungleichbehandlung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft erfolgt.¹⁸ Dann ist das Verbot wieder umfassend bei „Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ iSv § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG anzuwenden (§ 19 Abs. 2 AGG).
5. Gänzlich ausgenommen vom Diskriminierungsverbot sind familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse (§ 19 Abs. 4 AGG) und „zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird“ (§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG).

14 Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

15 Erwägungsgrund (3) RL 2004/113/EG.

16 Statt aller *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 4 ff; aA *Weimann* in: Hey, AGG, § 19 Rn. 42 ff.

17 Begriff von *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 Rn. 8; zustimmend *Armbrüster* in: Erman, § 19 Rn. 13; anders *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 265; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 9 („Beinahe-Massengeschäft“); dazu kritisch *Ambrosius* in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 35.

18 Anders *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 19 ff, die den sachlichen Anwendungsbereich ausschließlich in § 19 AGG verankern und § 19 Abs. 2 AGG als Rechtsgrundverweisung konzipieren.

b) Zugang zu Leistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen

Der Schlüssel zum Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots sind Güter und Dienstleistungen, die „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“.¹⁹ Einigkeit besteht darüber, dass die Leistungen der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung stehen, wenn das Leistungsangebot nur gegenüber einzelnen Personen erfolgt, die bereits vor Abgabe der Erklärung bestimmt waren. Bietet dagegen ein Unternehmen seine Leistungen grundsätzlich allen Marktakteuren vorbehaltlos an, stehen die Güter und Dienstleistungen der Öffentlichkeit zur Verfügung. Dafür ist es auch unerheblich, dass das jeweilige Leistungsangebot im deutschen Recht vielfach lediglich eine *invitatio ad offerendum* ist. Der Auffordernde ist rechtlich betrachtet zwar nicht „Anbieter“.²⁰ Darauf kommt es aber nicht an.²¹ Für das von den Richtlinien und dem AGG verfolgte Schutzkonzept ist allein der wirtschaftliche Marktbezug des jeweiligen Verhaltens relevant. Ein darüber hinausgehender, bereits existierender geschäftlicher Kontakt ist nicht erforderlich. Man muss daher den Begriff „Schuldverhältnis“ richtlinienkonform mit Blick auf § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG interpretieren. Bereits mit dem öffentlichen Angebot von Waren oder Dienstleistungen trifft den Normadressaten die Pflicht, nicht zu benachteiligen. Diese Pflicht besteht gegenüber jeder geschützten Person, unabhängig davon, ob der Normadressat mit ihr in vertraglichen oder vorvertraglichen Beziehungen steht.²² Sie ist eine Pflicht, die ihre Grundlage im *Gesetz* und nicht im vertraglichen Schuldverhältnis findet.²³

Umstritten sind die dazwischen liegenden Fälle. Dazu zählt der Nicht-Unternehmer, der eine Leistung einer unbekannten Vielzahl von Personen „anbietet“. Nach einer Auffassung genügt jedes Hinaustreten aus dem privaten Bereich. Darunter fällt auch die Bereitschaft, mit vorher unbekannten Personen kontrahieren zu wollen.²⁴ Ein Beispiel wäre das Inserat in einer Zeitung oder auf einer Website, in dem der Eigentümer einer Wohnung für diese einen Mieter sucht oder der

19 Siehe die prägnante Darstellung bei *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 320 f und *Armbrüster* in: Erman, § 2 AGG Rn. 26 f.

20 *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 2 AGG Rn. 11.

21 Zutreffend *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 136; aA *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 2 AGG Rn. 11.

22 Vgl. erneut EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 25.

23 Anders aber *Schiek* in: Schiek, AGG, § 21 Rn. 18; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 7 Rn. 46; *Haberl*, GPR 2009, 202, 206; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 207; *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 67 ff. Von der sachrechtlichen Einordnung ist die kollisionsrechtliche Qualifikation zu unterscheiden, dazu *Mansel*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 816 f.

24 So Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 32; aus der Literatur vgl. *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529 f; *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 28 ff; *Korell*, Jura 2006, 1, 4 f; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1087; *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 2 Rn. 178 ff; *Franck*, Materialisierung, in: *Riesenhuber/Nishitani*, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 75 f; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 2 Rn. 7; *Armbrüster* in: Erman, § 2 AGG Rn. 28; *Däubler* in: Däubler, AGG, § 2 Rn. 58; *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 2 Rn. 151.

Eigentümer eines Autos dieses zum Verkauf „anbietet“. Nach einer engeren Auslegung muss es sich dagegen um ein regelmäßig wiederkehrendes „Angebot“ gleichartiger Güter und Dienstleistungen handeln, das prinzipiell an alle Mitglieder der Öffentlichkeit adressiert ist.²⁵ Darunter fielen dann „Angebote“ in Warenhäusern, Vergnügungstätten und Restaurants, nicht aber der Verkauf des eigenen gebrauchten Autos oder die Vermietung der eigenen Wohnung.²⁶ Im praktischen Ergebnis reduzierte man damit den persönlichen Anwendungsbereich auf Unternehmer iSv § 14 BGB,²⁷ obwohl dies weder im Normtext der Richtlinien²⁸ noch des AGG einen Anhaltspunkt findet.

Problemursache ist die dem Völkerrecht,²⁹ den Richtlinien und dem AGG zugrunde liegende Dichotomie „öffentlich/privat“ bzw. „Öffentlichkeit/Privatleben“. Das zeigt sich im Begriff der Öffentlichkeit in Art. 5 lit. f) ICERD und dem des öffentlichen Lebens in Art. 1 Abs. 1 ICERD,³⁰ im Erwägungsgrund (4) der Richtlinie 2000/43/EG und im Erwägungsgrund (3) sowie in Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG. Mit den Begriffen der Privatsphäre und des Privat- und Familienlebens markiert das Nichtdiskriminierungsrecht seine Grenze: Transaktionen außerhalb dieses Bereichs finden im „öffentlichen“ Bereich statt und sind Gegenstand von Diskriminierungsverboten. Transaktionen innerhalb davon sind von Diskriminierungsverboten freizuhalten. Damit respektiert das Nichtdiskriminierungsrecht die ihm in Art. 7 Grundrechte-Charta und Art. 8 Abs. 1 EMRK grundrechtlich gezogenen Grenzen.³¹ Das Merkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ hat im speziellen europäischen Nichtdiskriminierungsrecht die Aufgabe, die von Gleichbehandlungsansprüchen frei zu bleibenden Freiheitsbereiche auszuweisen.³² Das Private wird damit zum Schlüsselbegriff im Nichtdiskriminierungsrecht.³³ Offen bleibt die Abgrenzung beider Sphären. Der Interpretationsstreit über das Verständnis von „Öffentlichkeit“ in der Richtlinie und im AGG ist letztlich ein Streit darüber, wo diese Abgrenzung zu ziehen ist. Optiert man für die enge Auslegung und damit für ein weites Verständnis von Privatheit, perpetuiert man die faktische Hierarchisierung anhand der verpönten Merkmale

25 So *Thüsing*, NJW 2003, 3441, 3442 f; *Reichhold*, JZ 2004, 384, 390; *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 65 ff; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2580; *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 110 ff; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 63 ff; *Ellenberger* in: Palandt, § 2 AGG Rn. 9; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 2 AGG Rn. 12.

26 Siehe *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 2 AGG Rn. 37.

27 Vgl. *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 2 AGG Rn. 12.

28 Vgl. dazu aber Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL-Vorschlag zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008), 426 endg., S. 9, 20. Zum Vorschlag bereits oben § 6 II 1 b).

29 Zu Art. 5 lit. f) ICERD siehe bereits oben § 4 II 2.

30 Dazu näher *Fries*, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 24 ff.

31 Vgl. dazu *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 370 ff; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 324 ff.

32 Zutreffend *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 66.

33 Dazu statt aller *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 368 ff.

in der Gesellschaft.³⁴ Aus rechtsdogmatischer Perspektive kann das nicht recht überzeugen:³⁵ Zum einen wäre der ausdrücklich angeordnete Schutz der Privatsphäre in § 19 Abs. 5 AGG³⁶ weitgehend überflüssig. Zum anderen führt dieses Verständnis zu erheblichen Problemen bei der Einbeziehung der „privaten“ Vermietung von Wohnraum. Die Praxis zeigt, dass „Privatvermieter“ immer noch aufgrund der Rasse diskriminieren.³⁷ Diesen Aspekt wollte die Richtlinie 2000/43/EG ausdrücklich hervorheben, indem sie den Nachsatz „einschließlich von Wohnraum“ einfügt. Dabei handelt es sich aber nicht um eine eigenständige Erweiterung des Anwendungsbereichs,³⁸ wie die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2004/113/EG zeigt. Dort strich das Parlament diese Ergänzung aus dem Vorschlag der Kommission³⁹. Es seien ohnehin sämtliche Güter und Dienstleistungen erfasst und daher sei es „unsinnig“, eine konkrete Kategorie zu erwähnen.⁴⁰ Die Vertreter der engen Auslegung können sich auch nicht auf den Schutz des Privat- und Familienlebens als solches berufen. Es geht ja gerade darum, ob die diskutierten Verhaltensweisen noch zur eigentlichen Privatsphäre zählen oder nicht mehr. Damit wird deutlich, dass die enge Auslegung auf einem Vorverständnis der Privatsphäre basiert, das zu hinterfragen ist: Warum ist öffentlich oder „quasi-öffentlich“ nur das Angebot, das von einer Vielzahl von Personen auch angenommen werden kann?⁴¹ Welche Konzeption von Privatsphäre steht dahinter? Wie verhält es sich mit der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers bei der Abgrenzung von öffentlich/privat? Ich denke, man kann diese Fragen nur dann zureichend beantworten, wenn man sie als Teilaspekte einer weitergehenden Theorie des Gleichbehandlungsrechts auffasst.⁴²

c) Modifikationen des sachlichen Anwendungsbereichs in § 19 AGG

Für die Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse modifiziert § 19 AGG den sachlichen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots erheblich. Mit dem „Schuldverhältnis“ ist das „Schuldverhältnis im weiteren Sinn“ als komplexe Einheit von Rechtsbeziehungen⁴³ gemeint.⁴⁴ Erfasst wird der gesamte zeitliche Ablauf eines Schuldverhältnisses. Das Gesetz

34 Fries, Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention, 2003, 35 f mwN.

35 Vgl. dazu ausführlich Korell, Jura 2006, 1, 4 f; im Ergebnis auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 b).

36 BT-Drs. 16/1780, S. 42.

37 Siehe dazu den Fall OLG Köln NZM 2010, 294.

38 AA Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 127 f.

39 Art. 1 Abs. 1 RL-Vorschlag, KOM(2003) 657 endg., S. 26.

40 Siehe Änderungsantrag 12, Dok. A5-0155/2004 endg.

41 Schöbener/Stork, ZEuS 2004, 43, 72 f.

42 Dazu unten § 8 II.

43 Siehe Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, 6 ff.

44 Zum Begriff statt aller Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 2 f.

gliedert diesen in Begründung-Durchführung-Beendigung. Im deutschen Recht bestimmt § 311 Abs. 2 BGB den frühesten möglichen Zeitpunkt, von dem ab man überhaupt von „geschäftlichen“ (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) und nicht mehr nur von „sozialen“ Kontakten sprechen kann.⁴⁵ Das Verständnis der Richtlinien geht allerdings darüber hinaus. Sie erfassen auch diskriminierende Äußerungen des Normadressaten weit im Vorfeld eines konkreten Vertragsabschlusses.⁴⁶ In der damit notwendigen richtlinienkonformen Interpretation reicht das Merkmal „Begründung“ weiter als die von § 311 Abs. 2 BGB erfassten „geschäftlichen Kontakte“.⁴⁷ In den Anwendungsbereich fällt jedes Verhalten des Normadressaten, das eine geschützte Person ernsthaft davon abhalten kann, mit ihm geschäftliche Kontakte aufzunehmen. Das sprengt eine ausschließlich vertragsrechtliche Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts.⁴⁸

(1) Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

§ 19 Abs. 1 AGG hat die Aufgabe, den sachlichen Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots weiter zu beschränken. Das zivilrechtliche Schuldverhältnis muss ein Massengeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG), ein massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG) oder eine privatrechtliche Versicherung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG) sein. „Massengeschäfte“ sind Schuldverhältnisse, die drei Elemente aufweisen: Sie kommen (a) typischerweise ohne Ansehen der Person (b) zu vergleichbaren Bedingungen (c) in einer Vielzahl von Fällen zustande. Massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse unterscheiden sich davon nur bezüglich Merkmal (a), weil das Ansehen der Person dort (a') „nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat“. Die Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale erweist sich als schwierig.

aa) Fälle mit vergleichbaren Bedingungen

Wenn man eine „Vielzahl von Fällen“ verlangt, muss man zwangsläufig auch sagen, welche Fälle man berücksichtigt und welche nicht. Anders formuliert: Es bedarf eines Gleichheitsmaßstabes, um entscheiden zu können, ob der Normadressat in einer Vielzahl von Fällen handelt. Vermietet A am Montag eine Wohnung, verkauft er am Dienstag sein Auto und betreibt er am Mittwoch seine Diskothek,

⁴⁵ Siehe *Emmerich* in: MünchKomm-BGB, § 311 Rn. 44.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 21 ff.

⁴⁷ So bereits *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 135; iE auch *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 659.

⁴⁸ *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 54 ff; den rechtsgeschäftlichen Bezug betont dagegen noch *Mansel*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 816 f.

teilt uns das Merkmal „vergleichbare Bedingungen“ mit, dass wir es in diesen Fällen nicht mit einer Vielzahl vergleichbarer Fälle zu tun haben. Verkauft A dagegen in einer Woche 20 Golf-Jahreswagen zu unterschiedlichen Konditionen und Preisen, weil „einzelne Vertragspartner beispielsweise wegen eines besonderen Verhandlungsgeschicks im Einzelfall Preisnachlässe erreichen“⁴⁹, handelt es sich trotz unterschiedlicher *essentialia negotii* um Schuldgeschäfte mit vergleichbaren Bedingungen des konkreten Anbieters. Wer also 51 Wohnungen (vgl. § 19 Abs. 5 S. 3 AGG) vermietet, handelt in einer vergleichbaren Anzahl von Fällen. Darauf, dass jede Wohnung nur einmal vermietet werden kann und als solche immer individuelle Eigenschaften aufweist, kommt es für die Vergleichbarkeit nicht an.⁵⁰ Diese Aufgabe – und nur diese Aufgabe – hat das Tatbestandsmerkmal der „vergleichbaren Bedingungen“. Das wird fast immer verkannt.⁵¹ Stattdessen wird die durchweg problematische Begründung des Regierungsentwurfs paraphrasiert,⁵² wonach die Gleichbehandlung bei Erbringung der Leistung letztlich Spiegelbild der Tatsache sei, dass der Anbieter bei der Auswahl des Vertragspartners nicht unterscheide.⁵³ Das sagt nichts zum Tatbestandsmerkmal selbst, sondern bezieht sich nur auf die Merkmale (a) und (a’). Streng genommen kann es schon gar keinen eigenständigen Beitrag zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs eines Gleichbehandlungsgebots leisten. Es ist Aufgabe des Diskriminierungsbegriffs, den richtigen Vergleichsmaßstab zu ermitteln.⁵⁴ Der Tatbestand des Diskriminierungsverbots teilt dem Rechtsanwender mit, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt und das setzt voraus, dass man Rechtsgeschäfte mit „vergleichbaren Bedingungen“ in die Betrachtung einbezieht. Indem man diese Prüfung vorweg nimmt, isoliert man sie aus dem relevanten Kontext, weil man die Erwartung auf Gleichbehandlung übersieht. Der Versuch, das Diskriminierungsverbot einzuschränken, beginnt also mit einem Fehlstart.

bb) Vielzahl von Fällen

Das Rätselraten geht sofort weiter, weil man sich fragen muss, ab wann der ungleich Behandelnde in einer „Vielzahl von Fällen“ diskriminiert. Nach einer Auffassung sei eine „Vielzahl von Fällen“ erst bei 50 Verträgen erreicht.⁵⁵ Auf § 19 Abs. 5 AGG kann man sich dafür freilich nicht stützen. Die Norm ist ersichtlich

49 BT-Drs. 16/1780, S. 41; dazu, dass diese Ungleichbehandlung lauterkeitsrechtlich nicht erfasst wird, oben § 5 IV 5 b).

50 Unhaltbar daher Wackerbarth, ZIP 2007, 453, 454 f.

51 Eine Ausnahme ist Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 11.

52 Exemplarisch Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 33; zumindest eigenständig aber Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 32 (auf die Vergleichbarkeit der AGB abstellend).

53 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

54 Siehe unten § 6 V 2 a).

55 Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 19 Rn. 7; Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 28; Grüneberg in: Palandt, § 19 AGG Rn. 2.

als *Rückausnahme* konzipiert und setzt zwangsläufig voraus, dass der sachliche Anwendungsbereich eröffnet ist. Stattdessen überzeugt es, in Anlehnung an § 305 Abs. 1 S. 1 BGB („Vielzahl von Verträgen“), drei Fälle⁵⁶ genügen zu lassen,⁵⁷ in denen der jeweilige Normadressat handelt.

Selbst diese großzügige Interpretation wirft erhebliche Probleme auf. Nehmen wir das in der Begründung des Regierungsentwurfs gewählte Beispiel. Danach sei der Verkauf eines Gebrauchtwagens für den gewerblichen Kfz-Händler ein Geschäft, das er in einer Vielzahl von Fällen abwickle. Anders sei es bei einer Privatperson, die ihren gebrauchten Pkw verkaufen will.⁵⁸ Der Privatverkauf fällt – soweit er öffentlich kommuniziert wurde – unter § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG führt aber dazu, dass das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot trotzdem nicht anwendbar ist. Weil das mit der Richtlinie 2000/43/EG unvereinbar wäre, gibt es eine Rückausnahme für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft (§ 19 Abs. 2 AGG). Umstritten ist aber die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG. Die Beschränkung ist bezüglich des Merkmals Geschlecht nur dann richtlinienkonform, wenn der unionsrechtliche Schutz hinter dem von Rasse und ethnischer Herkunft zurückbleibt. Die Bundesregierung begründet die Übereinstimmung mit der Richtlinie eingehend mit dem unterschiedlichen Wortlaut der Richtlinie und dem in Art. 3 Abs. 2 RL 2004/113/EG ausdrücklich erwähnten Schutz der Vertragsfreiheit.⁵⁹ Art. 3 Abs. 2 dieser Richtlinie enthält aber keinen generellen Vorbehalt zugunsten der Vertragsfreiheit. Diese ist nur geschützt, solange die „Wahl nicht vom Geschlecht des Vertragspartners abhängig“ gemacht wird. Genau das herauszufinden ist aber die Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts. Das Wortlautargument überzeugt ebenfalls nicht. Es besteht nämlich kein zwingender Zusammenhang zwischen der Zahl der angestrebten Abschlüsse und der öffentlichen Sphäre.⁶⁰ Insoweit weicht die Richtlinie 2004/113/EG nicht von der Richtlinie 2000/43/EG ab.⁶¹ § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist bezüglich des Merkmals Geschlecht also richtlinienwidrig.⁶²

56 BGH NJW 2002, 138, 139.

57 Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 348; Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 2 Rn. 159; Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 10; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 35; Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 15; anders aber Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 c) cc).

58 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

59 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

60 Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 347.

61 Überzeugend Korell, Jura 2006, 1, 4 f.

62 Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 17; Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 c) cc).

cc) Ohne Ansehen der Person

Der Begriff „ohne Ansehen der Person“ geht zurück auf Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG.⁶³ Was genau die Richtlinie und das AGG damit meinen, bleibt unklar. Die Begründung des Regierungsentwurfs sagt dazu:

„Ein Schuldverhältnis wird ohne Ansehen der Person begründet, durchgeführt oder beendet, wenn hierbei die in § 1 genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen.“⁶⁴

Dieser Erklärungsansatz ist zirkulär, weil eine Verletzung des Benachteiligungsverbots bei Massengeschäften definitionsgemäß ausgeschlossen wäre.⁶⁵ Er ist auch widersprüchlich, weil er eine eingebürgerte Diskriminierungspraxis sichert, während eine neue Verkehrssitte verboten wäre.⁶⁶ Gemeint sei daher etwas anderes: Entscheidend sei, ob es bei einem Schuldverhältnis auf besondere Merkmale des Vertragspartners ankomme und der Vertragsschluss auf diese Weise individualisiert werde, oder ob grundsätzlich mit jedem Interessenten kontrahiert werde.⁶⁷ Diskriminierungsschutz bestehe danach nur, wenn der Anbieter grundsätzlich mit jedermann zu kontrahieren bereit sei und nur in einzelnen, atypischen Fällen den Vertragsabschluss ablehne.⁶⁸ Damit entscheide die Individualität des Auswahlverfahrens über den Diskriminierungsschutz.⁶⁹ Bei einer Raummiete stehe die Individualität im Vordergrund, weil die Anbieter von Wohn- oder Geschäftsräumen ihren Vertragspartner regelmäßig persönlich nach vielfältigen Kriterien aus dem Bewerberkreis auswählten. Gleiches gelte für Kreditgeschäfte, weil sie meist auf einer individuellen Risikoprüfung beruhten.⁷⁰

Die praktischen Auswirkungen dieser Interpretation sind absehbar: Man muss einzelne Vertragstypen dahingehend untersuchen, wie individuell oder wie standardisiert sie ausgestaltet sind.⁷¹ Nach dem Bundesgerichtshof sei es „zweifelhaft [...], ob Verträge über den Aufenthalt in einem Wellnesshotel überhaupt unter den Tatbestand der Norm fallen“.⁷² Ich zweifle dagegen an dieser Aussage, weil mir unerklärlich ist, warum ein Hotelier seine Gäste „mit Ansehen der Person“ aussuchen sollte.⁷³ Selbst wenn man dabei eine vertragstypische Individualität bejaht, kann immer noch der Auffangtatbestand des massengeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses eingreifen. Dann muss man sich fragen, ob die individuelle

63 Siehe Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 41.

64 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

65 Eingehend Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 17.

66 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 6 c) bb).

67 Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 17 ff; Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 6 c) bb).

68 Rolfs, NJW 2007, 1489.

69 Vgl. Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 989; Wackerbarth, ZIP 2007, 453, 455.

70 BT-Drs. 16/1780, S. 42.

71 Sehr eifrig Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 20 ff.

72 BGH JZ 2012, 686 Rn. 9.

73 Dazu eingehend oben § 5 VI 2 b) (4).

Auswahl gleichwohl nach Art des (konkreten)⁷⁴ Schuldverhältnisses nachrangig ist.⁷⁵ Dabei soll es auf das Nähe- und Vertrauensverhältnis der Parteien ankommen.⁷⁶ Das lässt dann viel Raum für Abwägungen.⁷⁷ Ganz problematisch ist der Bereich der Wohnungsmiete: Ist das Ansehen der Person immer entscheidend, wann ist es nachrangig oder wann spielt es überhaupt keine Rolle?⁷⁸ Probleme bereiten auch Bankgeschäfte. Im Ausgangspunkt ist man sich einig: Der Bankkunde ist bei Zahlungsdiensterahmenverträgen und Kleinkreditverträgen für die Bank nicht als Individuum, sondern nur als Träger von Bonitätsdaten interessant.⁷⁹ Unterschiedlich sind aber die daraus gezogenen Konsequenzen: *Gregor Bachmann* meint, dass bei den sonstigen standardisierten Bankgeschäften das Ansehen der Person nachrangige Bedeutung habe.⁸⁰ *Jan Schürnbrand* behauptet das Gegenteil:⁸¹ Solange die Bonität des Kunden für das Kreditinstitut von Interesse sei, komme dem Ansehen der Person eine jedenfalls nicht nur untergeordnete Bedeutung zu. Ein Massengeschäft liege lediglich ausnahmsweise vor, wenn das Kreditinstitut beim Vertragsschluss erkennbar auf jede Bonitätsprüfung verzichte. Das sei nicht der Fall, solange es dem Anbieter aus nachvollziehbaren Gründen auf bestimmte Eigenschaften des Vertragspartners ankomme. *Schürnbrand* hat den Deckel gefunden, der auf Pandoras Büchse passt: Je individueller die Auswahl, desto größer ist die Diskriminierungsfreiheit. Damit ist das Gespenst des Nichtdiskriminierungsrechts erfolgreich verschleucht.

Das Ergebnis ist freilich paradox. Einerseits verliert die abstrakte Person den in der Abstrahierung liegenden Diskriminierungsschutz mit zunehmender Re-Individualisierung im Wirtschaftssystem.⁸² Damit steigt die Gefahr, dass die Akteure unmittelbar oder mittelbar an verpönte Merkmale anknüpfen. Der Einzelne wird also tendenziell schutzbedürftiger. Das ist das zweite Gleichheitsproblem.⁸³ Das moderne Nichtdiskriminierungsrecht ist eine Antwort darauf, indem es sicherstellt, dass diese Merkmale keine Rolle spielen dürfen. Nach *Schürnbrands* These verringert sich aber der vom AGG tatsächlich gewährte Schutz, je schutzbedürftiger die Person wird. Die Wurzel dieser Misere liegt im Tatbestandsmerkmal selbst. Damit sollen Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit miteinander

74 So *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 c) dd), der auf die Praxis des betroffenen Anbieters abstellen will.

75 So *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 38, nach dem der Fall auf das Fehlen einer allgemeinen Verkehrssitte reagiere.

76 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 38.

77 Vgl. *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 23 ff.

78 Vgl. dazu die kontroversen Positionen von *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 355 ff; *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 660 f; *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 10 f; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 42 ff; *Wackerbarth*, ZIP 2007, 453, 454 f.

79 *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 266; ihm folgend *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 40.

80 *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 266 f.

81 *Schürnbrand*, BKR 2007, 305, 306 ff.

82 Dazu bereits oben § 2 III 2.

83 Siehe oben § 2 III 3.

der ausgeglichen werden.⁸⁴ Dazu filtert das Merkmal aus der Kategorie potentieller Anwendungsfälle eine ganze Reihe von Schuldverhältnissen aus.⁸⁵ Das Sieb passieren lediglich Geschäfte der Konsumgüterwirtschaft und standardisierte Dienstleistungen. In der Praxis haben es auch der Abschluss eines Fitnessvertrages⁸⁶, – und trotz der damit verbundenen Kreditierung (!) – eines Mobilfunkvertrages⁸⁷ sowie der Einlass in Diskotheken⁸⁸ geschafft. Für diese Fälle benötigt man das Tatbestandsmerkmal aber gar nicht. Diese Aufgabe löst bereits das oben behandelte Tatbestandsmerkmal der „Vielzahl von Fällen“ besser.

Das Merkmal „ohne Ansehen“ muss daher eine selbstständige Bedeutungsebene haben. Das erkennt auch die Begründung zum Regierungsentwurf. Danach soll mit Hilfe des Merkmals zwischen der „sozial verwerflichen Diskriminierung“ und der von der Vertragsfreiheit erlaubten Differenzierung abgegrenzt werden. Diese unterscheidet sich von jener, indem

„willkürlich und ohne sachlichen Grund einzelnen Personen der Zugang zu einer Leistung verwehrt oder erschwert wird, die ansonsten anderen Personen gleichermaßen zur Verfügung steht.“⁸⁹

Dieses Zitat aus der Begründung und fast die gesamte Literatur zu § 19 Abs. 1 AGG⁹⁰ gehen offensichtlich davon aus, dass es Aufgabe des sachlichen Anwendungsbereichs ist, die zulässigen Differenzierungskriterien von den verpönten Merkmalen abzugrenzen. Es wird sogar erwartet, dass die Rechtsprechung Fallgruppen herausbilden wird, um festzustellen, welche Schuldverhältnisse an zulässige Differenzierungskriterien anknüpfen.⁹¹ Diese These kann nicht richtig sein.⁹² Damit wird die Aufgabenverteilung zwischen dem (sachlichen) Anwendungsbereich und dem Diskriminierungsverbot grundlegend verkannt. Die Aufgabe, zulässige von unzulässigen Differenzierungen zu unterscheiden, übernimmt das Diskriminierungsverbot. Es bestimmt, welche der zahlreich möglichen Differenzierungsgründe nicht mehr erlaubt sind. Der sachliche Anwendungsbereich bestimmt dagegen den Bereich, in dem Diskriminierungsverbote diese Unterscheidung treffen können. Er muss daher unabhängig vom konkreten Vorliegen von Diskriminierungsgründen formuliert werden. Der grundlegende Fehler des herrschenden Verständnisses besteht darin, dass es den Anwendungsbereich der Diskriminierungsmerkmale davon abhängig macht, ob ein Schuldverhältnis typischerweise ohne Ansehen der Person erfolgt. Diese Frage kann man ohne Be-

84 BT-Drs. 16/1780, S. 41; Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 988 ff.

85 Deutlich formuliert bei Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 31.

86 AG Hagen, Urt. v. 9.6.2008, 140 C 26/08, www.justiz.nrw.de.

87 AG Potsdam MMR 2008, 769.

88 OLG Stuttgart NJW 2012, 1085; AG Bremen NJW-RR 2011, 675.

89 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

90 Eine wichtige Ausnahme ist erneut Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 12 ff.

91 Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 31.

92 Insoweit richtig Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 988.

rücksichtigung der Gründe, warum Personen in einer bestimmten Weise behandelt werden, gar nicht beantworten. Der Ansatz ist daher gezwungen, die tatbestandliche Prüfung vorzuziehen. Das ist aber keine Frage des Anwendungsbereichs, sondern setzt diesen gerade voraus.

Instruktiv für die Klippen dieses Tatbestandsmerkmals ist eine Entscheidung des OLG Stuttgart.⁹³ Der Kläger verklagte die Betreiberin einer Diskothek, weil ihm aufgrund seines Geschlechts und seiner schwarzen Hautfarbe der Zutritt verweigert worden sei. Nach Auffassung des Gerichts „hat das Ansehen der Person für den Einlass und damit für das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses“ bei einer „internationalen Diskothek“ eine nur nachrangige Bedeutung. Die Besucher würden nur abgewiesen, wenn sie „unangemessene Kleidung tragen, schon alkoholisiert sind, der Verdacht auf Drogen besteht oder ein Verhalten erkennbar ist, das auf ein Aggressionspotenzial schließen“ lässt.⁹⁴ Daraus schließt das Gericht, dass „[i]m Übrigen Interessenten der Zutritt zur Diskothek im Allgemeinen gestattet wird und damit die Person des Besuchers eine nachrangige Bedeutung“ habe.⁹⁵ Das Oberlandesgericht erlitt damit Schiffbruch auf ganzer Linie. Offensichtlich kontrolliert die Betreiberin den Zugang zur Diskothek und entscheidet ganz bewusst „in Ansehung“ der jeweiligen Person. Das OLG meint allerdings, dass die Beklagte nicht im Hinblick auf die „Rasse und ethnische Herkunft“ des interessierten Diskothekenbesuchers differenziere. Was aber, wenn sie es täte? Das OLG müsste den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots konsequent verneinen, weil dieses nur „bei der Begründung eines solchen Schuldverhältnisses“, d.h. eines Schuldverhältnisses, bei dem „die Person des Besuchers nachrangige Bedeutung hat“, anwendbar sei.⁹⁶ Das kann offensichtlich nicht richtig sein. Dazu kommt, dass das OLG schon im Ansatzpunkt falsch liegt: Wenn der Kläger eine Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft geltend macht, kommt es auf die Merkmale des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG nicht an. Das Gericht hat § 19 Abs. 2 AGG vollständig übersehen.

Das Tatbestandsmerkmal „ohne Ansehen der Person“ vernebelt diese elementaren Zusammenhänge. Der Versuch der herrschenden Meinung, es mit Bedeutungsinhalt zu füllen, sollte Smogalarm auslösen. Das Merkmal ist im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts sinnlos.⁹⁷ Man kann den Anwendungsbereich des Nichtdiskriminierungsrechts nicht erst dann eröffnen, „wenn hierbei die in § 1 genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen.“⁹⁸ Versteht man das

93 OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

94 OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

95 OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

96 OLG Stuttgart NJW 2012, 1085.

97 So auch die zutreffende Feststellung von *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 17, der sich gleichwohl mit vollem Elan an die Auslegung des nicht sinnvoll Auszulegenden begibt.

98 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

als eine deskriptive Aussage, geht sie an der Realität vorbei. Nehmen wir an, der Gesetzgeber des *Civil Rights Act* von 1875 oder von 1964 hätte dieses Verständnis zugrunde gelegt. Danach wäre das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse nur dort zum Tragen gekommen, wo die Rasse typischerweise keine Rolle spielt. In der sozialen Realität von 1875 und von 1964 spielte sie die alles entscheidende Rolle.⁹⁹ Das Diskriminierungsverbot hätte keinen Anwendungsbereich. Nehmen wir ein aktuelles Beispiel von *Jens Dammann*:¹⁰⁰ Weil das Alter, nicht aber die Religionszugehörigkeit des Mieters für den Vermieter regelmäßig relevant sei, könne der aufgrund seiner Religion diskriminierte Mietinteressent das Diskriminierungsverbot geltend machen. Der wegen des Alters Diskriminierte folglich nicht! *Dammann* tappt in die deskriptive Falle: Weil Differenzierungen nach dem Alter bei bestimmten Schuldverhältnissen typisch sind, fallen sie aus dem Anwendungsbereich! Damit verkennt er die normative Funktion von Diskriminierungsverboten: Bestimmte Merkmale *dürfen* nicht mehr relevant sein. Gerade wenn sie es typischerweise doch sind, ist es die Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts, sie zu bekämpfen. Dafür muss sein Anwendungsbereich eröffnet sein. Die Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts besteht darin, Unterscheidungen, die in sozialen Kontexten getroffen werden, für das Recht wieder sichtbar zu machen und sie auf ihre Rechtfertigung zu hinterfragen. Ein sachlicher Anwendungsbereich, der ihm diese Befugnis nur dort einräumt, wo es ohnehin typischerweise nicht zu Diskriminierungen kommt, verfehlt diese Aufgabe schon im Ansatz.

Im Ergebnis ist das Merkmal „ohne Ansehen der Person“ überflüssig. Es ist letztlich nur ein Synonym für die vom AGG durchgängig aufgegriffene Grenzziehung zwischen öffentlich und privat. Die ihm zugedachte Aufgabe übernehmen bereits § 2 Abs. 2 Nr. 8 AGG mit dem darin geforderten Öffentlichkeitsbezug, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG mit der wichtigen Einschränkung der „Vielzahl von Fällen“ und § 19 Abs. 5 S. 1 AGG mit der Rückausnahme für Verträge in Nähe- und Vertrauensverhältnissen. Damit ist alles Notwendige gesagt. Das Merkmal „ohne Ansehen der Person“ kann dazu nichts mehr beitragen. Es fällt mit dem Öffentlichkeitsbezug zusammen.¹⁰¹ Nur wenn dieser Bezug fehlt, darf ich „in Ansehung der Person“ diskriminieren. Das ist der einzig sinnvolle Bedeutungsgehalt dieses Merkmals.

Zusammenfassend schränkt § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG den von § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG eröffneten sachlichen Anwendungsbereich dahingehend ein, dass es sich um Massengeschäfte handeln muss. Ein Massengeschäft liegt vor, wenn der Normadressat in einer Vielzahl vergleichbarer Fälle handelt. Darauf ist bei einer

⁹⁹ Siehe oben § 3.

¹⁰⁰ *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 351 ff.

¹⁰¹ *Korell*, Jura 2006, 1, 4 f; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 19 Rn. 12.

Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu verzichten. Irrelevant ist, ob es sich um Schuldverhältnisse handelt, die typischerweise ohne Ansehen der Person abgeschlossen werden oder bei denen dieses nachrangig ist.

(2) Privatrechtliche Versicherung

Schuldverhältnisse, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, fallen aus unionsrechtlichen Gründen¹⁰² immer in den sachlichen Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG).¹⁰³ Die Begründung des Regierungsentwurfs und die ganz herrschende Auffassung gehen davon aus, dass § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG *lex specialis* zu § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG sei. Damit sei sichergestellt, dass Versicherungsverträge in den Anwendungsbereich des AGG fielen, obwohl diese regelmäßig in „Ansehung der Person“ abgeschlossen würden.¹⁰⁴ Damit einher geht eine Kritik der Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderen Finanzdienstleistungen, die – weil angeblich in „Ansehung der Person“ geschlossen – regelmäßig außerhalb des Anwendungsbereichs lägen.¹⁰⁵ Man könnte sich in der Tat fragen, warum die Ungleichbehandlung bei Bankdienstleistungen kein Gegenstand des Nichtdiskriminierungsrechts ist, die versicherungsmathematisch durchgeführte Differenzierung nach persönlichen Merkmalen bei Versicherungen dagegen immer.¹⁰⁶ Sie erübrigt sich freilich, wenn man dem hier gemachten Vorschlag folgt. Danach sind Bankdienstleistungen genauso wie Versicherungen von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG erfasst; darauf, ob ihnen eine individuelle Prüfung vorausgeht, kommt es nicht an. § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG lichtet den Nebel für die Versicherungsverträge und weist im Zusammenspiel mit § 20 Abs. 2 AGG auf den dogmatisch richtigen Ort hin, wo das „Ansehen einer Person“ zu berücksichtigen ist: im Rahmen der Rechtfertigung. Die Begründung zum Regierungsentwurf formuliert dazu zutreffend:

*„Die Einbeziehung sämtlicher Privatversicherungsverträge (einschließlich ihrer Anbahnung, Durchführung und Beendigung) in den Anwendungsbereich des allgemeinen privatrechtlichen Benachteiligungsverbots soll vor Willkür schützen; sie soll aber nicht die auch im Interesse der Versicherten erforderliche Differenzierung nach dem ex ante beurteilten individuellen Risiko unmöglich machen. Diese Differenzierung nämlich gehört zu den Grundprinzipien der privatrechtlichen Versicherung.“*¹⁰⁷

102 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG und Art. 5 Abs. 1 RL 2004/113/EG; näher dazu Krömmelbein, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, 2007, 236 ff.; Rödl in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 47 ff.

103 Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2669 (zu einer Krankenhauszusatzversicherung).

104 BT-Drs. 16/1780, S. 42; statt vieler Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 25 f.; Rödl in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 31; Thüsing/von Hoff, VersR 2007, 1 ff.

105 Armbrüster, VersR 2006, 1297 ff.; in der Sache ähnlich Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 986.

106 Vgl. dazu die Erklärung bei Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 47, der sie mit dem Schutz elementarer Lebensrisiken und der fehlenden Ausweichmöglichkeit des Versicherungsnehmers begründet.

107 BT-Drs. 16/1780, S. 45.

Man sieht also ganz klar, dass es im Kontext der sachlichen Gründe auf das Ansehen einer Person, also auf deren Geschlecht, Alter, sexuelle Orientierung usw. ankommen kann. Mir bleibt dann unerklärlich, warum dieselben Erwägungen bei § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG eine Frage des sachlichen Anwendungsbereichs sein sollen. Dass das nicht richtig sein kann, folgt erneut aus der Richtlinie 2004/113/EG. Die Richtlinie geht offensichtlich davon aus, dass Versicherungen Dienstleistungen sind, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG. Nur dann ist nämlich ihr Geltungsbereich eröffnet und nur in diesem Zusammenhang kann es auf die in Art. 5 der Richtlinie ausdrücklich angesprochenen versicherungsmathematischen Faktoren als Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ankommen. Wie man es auch dreht und wendet: Das herkömmliche Verständnis des Ansehens der Person im AGG ist ohne unionsrechtliche Grundlage.

(3) Bereichsausnahme im Näheverhältnis

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot findet keine Anwendung auf Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird (§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG). Das ist im Grundsatz eine richtlinienkonforme Umsetzung, weil Erwägungsgrund (4) der Richtlinie 2000/43/EG, Erwägungsgrund (3) der RL 2004/113/EG und Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie den Schutz des Privat- und Familienlebens betonen. § 19 Abs. 5 S. 1 AGG gewährleistet, dass nicht unverhältnismäßig in den engsten Lebensbereich der durch das Benachteiligungsverbot verpflichteten Person und ihrer Angehörigen¹⁰⁸ eingegriffen wird.¹⁰⁹ Es geht also auch hier im Kern um die so schwierige Abgrenzung von privat/öffentlich und Privatsphäre/Öffentlichkeit. Darauf werde ich zurückkommen.¹¹⁰ Beschränkte sich § 19 Abs. 5 S. 1 AGG darauf, wäre er lediglich die Kehrseite des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG.

Das Gesetz geht in drei Punkten darüber hinaus: Unproblematisch ist die Vermutung eines Näheverhältnisses, wenn beide Parteien in enger räumlicher Nähe wohnen¹¹¹ (§ 19 Abs. 5 S. 2 AGG). Beispiele sind die Untervermietung, die Vermietung einer Einliegerwohnung und – insoweit schon eine Frage des Einzelfalls – die Vermietung einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus.¹¹² Dagegen kommt der Ausdehnung der Bereichsausnahme auf besondere Vertrauensverhältnisse (§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG) nach zutreffender Auffassung keine eigenständige

108 Zum Begriff Eggert in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 147 ff; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 109 f; Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 37.

109 Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 42.

110 Siehe unten § 8 III 3.

111 Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 48; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 19 Rn. 22.

112 Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 11.

Bedeutung zu.¹¹³ Die dafür entscheidenden Gesichtspunkte¹¹⁴ lassen sich besser im Rahmen einer Rechtfertigungsprüfung behandeln.

Schließlich stellt das Gesetz eine widerlegliche Vermutung dafür auf, dass kein Massengeschäft vorliegt, wenn der Vermieter nicht mehr als 50 Wohnungen zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch¹¹⁵ vermietet (§ 19 Abs. 5 S. 3 AGG). Berechtigte Zweifel bestehen an der Unionsrechtskonformität dieser Vermutung bei Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft und wegen des Geschlechts.¹¹⁶ Die Vorstellung, das Unionsrecht verhalte sich gegenüber einer Diskriminierung bei der Vermietung von 25 oder 37 oder 49 Wohnungen „neutral“ und verlange erst bei der 51. Wohnung das Eingreifen von Diskriminierungsverboten, entbehrt jeglicher Grundlage. Soweit es sich um die Merkmale Religion, Behinderung, Alter und sexuelle Identität handelt, ist die Vermutung rechtspolitisch fragwürdig. Mit einem „Nähe- und Vertrauensverhältnis“ hat sie jedenfalls nichts mehr zu tun.¹¹⁷ Sie ist eine wettbewerbspolitisch fragwürdige¹¹⁸ Bereichsausnahme zugunsten kleiner und mittlerer Vermieter.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Neben dem sachlichen Anwendungsbereich kommt vor allem der persönliche Anwendungsbereich als Instrument der Feinsteuerung des Konflikts zwischen Gleichbehandlungspflichten und Freiheitssphäre in Betracht. Mit seiner Festlegung bestimmt das Gesetz, wer sich auf den Schutz der Benachteiligungsverbote berufen kann (Aktivlegitimation) und wer als Normadressat an die Diskriminierungsverbote gebunden ist (Passivlegitimation). Das AGG differenziert dabei erheblich zwischen dem beschäftigungsrechtlichen und dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot.

a) Beschäftigungsrechtliches Benachteiligungsverbot

Das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot regelt ausdrücklich, wer Beschäftigter (§ 6 Abs. 1 AGG) und damit Begünstigter des Diskriminierungsverbots ist. Mittlerweile ist auch seine entsprechende Anwendung auf Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg für Selbststän-

113 Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 51; Bittner in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 134; Mohr in: Adomait/Mohr, AGG, § 19 Rn. 58; Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 11; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 107 f; Ambrosius in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 59; Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 35.

114 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 42.

115 Zu den Begriffen Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 42 f.

116 Dazu Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 121; deutlicher Schiek in: Schiek, AGG, § 19 Rn. 26; aA Ambrosius in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 62.

117 Anders Bundestag, Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

118 Zutreffend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 b); anders aber unter § 6 I 6 c) ee).

dige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer und Vorstände (§ 6 Abs. 3 AGG) geklärt.¹¹⁹ Damit wird der persönliche Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots erweitert.¹²⁰ Das zeigt, dass es sich nicht um ein „arbeitsrechtliches“ Benachteiligungsverbot handelt. Die These, das AGG sei grundsätzlich nicht auf gesellschaftsrechtliche Beziehungen anwendbar,¹²¹ wird vom Gesetz eindeutig widerlegt.¹²² Das Diskriminierungsverbot gilt nämlich nicht nur für das Dienstverhältnis,¹²³ sondern auch für das Organverhältnis.¹²⁴ Unvereinbar mit dem Unionsrecht ist die im Gesetz angelegte und sinnwidrige¹²⁵ Differenzierung zwischen der erfassten Bestellung zum Geschäftsführer und seiner nicht im Anwendungsbereich liegenden Abberufung¹²⁶ (§ 6 Abs. 3 iVm § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG).¹²⁷ Diesen Richtlinienverstoß kann man im deutschen Recht über das allgemeine Diskriminierungsrecht beseitigen, indem man eine diskriminierende Abberufung über § 138 Abs. 1 BGB sanktioniert.¹²⁸

Primärer Normadressat des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots – und damit passivlegitimiert – ist der Arbeitgeber (§ 6 Abs. 2 AGG). An ihn adressiert das Gesetz die Sanktionen eines Normverstoßes.¹²⁹ Ist der Arbeitgeber keine natürliche Person, ist ihm das Verhalten seiner Organe über § 31 BGB (analog) zuzurechnen.¹³⁰ Die Regelung bedeutet nicht zwangsläufig, dass der Arbeitgeber – neben den in § 18 AGG genannten Vereinigungen – auch der einzige Normadressat des AGG ist. Der zentrale Tatbestand des beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbots ist adressatenlos formuliert (§ 7 Abs. 1 AGG). Aus § 7 Abs. 3 AGG folgt implizit, dass auch andere Personen, insbesondere andere Beschäftigte, gegen das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG verstoßen können.¹³¹ Diese Regelung geht vom Grundsatz aus, dass der Beschäftigte mit einer solchen Benachteiligung *seine* Vertragspflichten dem Arbeitgeber gegenüber

119 BGHZ 193, 110.

120 BGHZ 193, 110 Rn. 17; *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 324; *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 6 Rn. 17.

121 So *Schroeder/Diller*, NZG 2006, 728 ff.

122 Vertiefend BGHZ 193, 110 Rn. 17 ff.

123 So noch OLG Köln DB 2010, 1878.

124 BGHZ 193, 110, Rn. 19 mwN; vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 67. Einzelheiten bei *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 39 ff sowie *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 ff.

125 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 2 AGG Rn. 7.

126 *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583, 2584; *Lutter*, BB 2007, 725, 726, 728; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 6 Rn. 31; *Schrader/Schubert* in: Däubler, AGG, § 6 Rn. 32; *von Roetteken*, AGG, § 1 AGG Rn. 71.

127 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 74 (dort noch zu den Vorgängerrichtlinien 76/207/EWG und 86/613/EWG).

128 So auch BGHZ 193, 110 Rn. 23.

129 Vgl. §§ 12, 14, 15 Abs. 1, 16 AGG.

130 Eingehend *Stoffels*, RdA 2009, 204, 207.

131 *Belling* in: Erman, § 7 AGG Rn. 2; *Fuchs* in: Bamberger/Roth, BGB, § 7 AGG Rn. 1; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 7 AGG Rn. 2; *Lingemann* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 1 AGG Rn. 5; *Legetlotz* in: NK-BGB, § 7 AGG Rn. 6; aA *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 484.

verletzt.¹³² Das wird vom Wortlaut des § 12 Abs. 3 AGG bestätigt („Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1“), der es dem Arbeitgeber erlaubt, dagegen einzuschreiten.¹³³ § 12 Abs. 4 AGG berücksichtigt sogar Dritte, die Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit benachteiligen. § 13 Abs. 1 AGG sieht zusammenfassend ein Beschwerderecht der Beschäftigten vor, wenn sie sich „vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen“. Daraus muss man den Schluss ziehen, dass sich das Benachteiligungsverbot nicht nur an den Arbeitgeber richtet, sondern auch an andere Beschäftigte und Dritte, mit denen der Beschäftigte im Rahmen seiner Beschäftigung in Berührung kommt.¹³⁴ Das wirft die Frage auf, ob diese Personen auch Anspruchsverpflichtete sind. Im Wortlaut der beschäftigungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen und Einreden (§§ 12, 14-16 AGG) wird nur der Arbeitgeber genannt. Daraus wird machmal abgeleitet, dass der betroffene Beschäftigte nur diesem gegenüber Ansprüche aus der Verletzung des Diskriminierungsverbots geltend machen könne.¹³⁵ Das trifft nicht zu. Aus der Konzeption des AGG folgt lediglich, dass der Beschäftigte keine Schadensersatzansprüche gegen andere Personen als den Arbeitgeber hat, die auf einer (vor-) vertraglichen Grundlage¹³⁶ beruhen.¹³⁷ Insoweit ist lediglich der Arbeitgeber passivlegitimiert (§ 15 Abs. 1 S. 1 AGG). Diese Regelung wirft die praktisch wichtige, hier aber nicht weiterverfolgte Frage auf, ob und auf welcher Grundlage der Arbeitgeber haftet, wenn die Benachteiligung von seinen Beschäftigten oder Dritten ausgeht.¹³⁸ Gegen die Benachteiligung als solche kann sich der benachteiligte Arbeitnehmer anderen Arbeitnehmern und Dritten gegenüber mittels Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen aus § 1004 BGB analog iVm § 7 Abs. 1 AGG zur Wehr setzen.¹³⁹ Nach zutreffender Auffassung ist § 7 Abs. 1 AGG ein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB.¹⁴⁰ Schließlich kommt auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer damit einhergehenden Verletzung des

132 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 7 AGG Rn. 25.

133 Vgl. zum Zusammenhang *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1090.

134 Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 34; *Mansel*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 813; *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 7 Rn. 1; *Däubler* in: Däubler, AGG, § 7 Rn. 2; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 7 AGG Rn. 2.

135 *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 6 Rn. 7; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 7 Rn. 7f.

136 Zur rechtsdogmatischen Einordnung siehe eingehend *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 60 ff.

137 Siehe näher *Mansel*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 813 f; *von Roettenken*, AGG, § 7 AGG Rn. 25.

138 Eingehend dazu *Stoffels*, RdA 2009, 204, 207 ff.

139 *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 7 AGG Rn. 6.

140 *Bücker* in: Falke/Rust, AGG, § 15 Rn. 59; *Kocher* in: Schiek, AGG, § 15 Rn. 67; *Deimert* in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 124; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 15 AGG Rn. 7; *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 74; *Weidenkaff* in: Palandt, § 7 AGG Rn. 7; *von Roettenken*, AGG, § 7 AGG Rn. 23 f; aA *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 15 Rn. 146; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 Rn. 50; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 7 Rn. 7.

allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht.¹⁴¹ Auf einem anderen Blatt steht, ob diese Ansprüche auch praktisch durchsetzbar sind.

Die benachteiligte Person, andere Beschäftigte und Dritte sind als Verletzter und Verletzer des Benachteiligungsverbots in das jeweilige Kommunikationssystem „Unternehmen“ eingebunden. Diese Kommunikationsbeziehungen werden vom Unternehmensträger hergestellt. Im Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zeigt sich eine Störung dieser Kommunikationsbeziehung. Diese Störung kann man im jeweils bilateralen Verhältnis von Verletztem und Verletzer und damit in der Umwelt des Unternehmens sanktionieren. Das wird aber erhebliche Irritationen auf das Unternehmen haben: Verklagt ein Arbeitnehmer einen anderen Arbeitnehmer, tritt neben die erste eine weitere Störung des Betriebsfriedens. Verklagt er einen Vertragspartner des Unternehmens, besteht die Gefahr, dass dieser darauf mit dem Abbruch seiner vertraglichen Beziehungen reagiert. Um diese Irritationen zu vermeiden, hat die Beseitigung der Kommunikationsstörung systeminhärent zu erfolgen. Sie muss bei dem Akteur ansetzen, der die Kommunikationsbeziehungen zwischen den Beteiligten steuern kann. Das ist der Arbeitgeber im Verhältnis zu anderen Beschäftigten (vgl. § 7 Abs. 3 AGG) und – als Unternehmensträger – im Verhältnis zu Dritten. Daher instrumentalisiert ihn das Recht zum Agenten der Durchsetzung des Benachteiligungsverbots. § 12 Abs. 3 und 4 AGG erfassen also Schutzpflichten des Arbeitgebers in mehrpoligen Rechtsverhältnissen. Der Schutzzweck verlangt, dass der Arbeitgeber seine Beschäftigten effektiv vor Benachteiligungen schützt. Das Recht weist ihm damit weit über den Leistungsaustausch im Vertragsverhältnis hinausreichende Pflichten zu.¹⁴²

b) Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot

Was den persönlichen Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots betrifft, schweigt das Gesetz. Man ist daher gezwungen, den sachlichen Anwendungsbereich zum Ausgangspunkt zu nehmen.

(1) Aktivlegitimation

Daraus folgt zunächst der persönliche Schutzbereich des Verbots: Geschützt sind alle Personen, denen gegenüber nicht anhand eines der in § 19 Abs. 1 AGG genannten Merkmale diskriminiert werden darf. Das sind die eigentlichen Merkmalsträger: Personen, bei denen der Normadressat nur annimmt, dass ein Merk-

¹⁴¹ Dazu bereits oben § 4 I 5.

¹⁴² *Schlachter*, NZA 2001, 121, 122 (zum BeschSchG).

mal vorliegt (vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 AGG) und Personen, die sich mit Merkmalsträgern assoziieren.

aa) Diskriminierung in Dreiecksverhältnissen

Im „Normalfall“ knüpft der Normadressat an ein Merkmal einer Person an und behandelt *diese* Person daher ungleich. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist auch auf Diskriminierungen in Dreiecksverhältnissen zugeschnitten.¹⁴³ Grundlegend ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Coleman*.¹⁴⁴ Er bejahte die Vorlagefrage, ob das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in der Richtlinie 2000/78/EG nur Menschen schützt, die selbst eine Behinderung haben.¹⁴⁵ Diese Frage stellte sich – als Vorfrage¹⁴⁶ – in einem Kündigungsrechtsstreit¹⁴⁷ zwischen Sharon Coleman und ihrem Arbeitgeber, einer Anwaltskanzlei. Es war davon auszugehen, dass der Arbeitgeber Sharon Coleman im Vergleich zu Eltern nicht-behinderter Kinder ungleich behandelt hatte.¹⁴⁸ Sie war aber nicht Merkmalsträgerin. Nach dem damals anwendbaren englischen Recht¹⁴⁹ musste die Person *wegen ihrer Behinderung* ungleich behandelt werden. Es setzte also die Identität von Merkmalsträger und Adressaten der diskriminierenden Maßnahme voraus. Sharon Coleman hätte danach die Diskriminierungsklage verloren. Weil Art. 1 RL 2000/78/EG „Diskriminierungen *wegen*“ eines Merkmals verbietet, gilt die Richtlinie jedoch „nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in ihrem Art. 1 genannten Gründe.“¹⁵⁰ Eine unmittelbare Diskriminierung setzt also nicht voraus, dass jemand wegen *seiner* Behinderung schlechter behandelt wird als eine andere Person in einer vergleichbaren Lage. Vielmehr genügt, wenn die Benachteiligung auf *eine* Behinderung zurückgeht und das könne auch die eines Dritten sein.¹⁵¹ Weil der Gerichtshof dieses Ergebnis unter maßgeblicher Berücksichtigung des Wortlauts der

143 Dazu eingehend *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), passim.

144 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603.

145 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 27.

146 Dazu *Waddington*, 46 CMLR 665, 666-667 (2009).

147 Zur Einbettung ins englische Recht siehe *Sutschet*, EuZA 2009, 245, 246.

148 Zu den Details siehe EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 23 ff.

149 Sec. 3A(1) Disability Discrimination Act 1995 c.50, zugreifbar unter <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/contents> [Stand: 31.12.2012] idF der Disability Discrimination Act 1995 (Amendment) Regulations 2003 c.1673, zugreifbar unter <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/1673/contents/made> [Stand: 31.12.2012]. Anders jetzt Sec. 13 (1) Equality Act 2010 c. 15, zugreifbar unter http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf [Stand: 31.12.2012].

150 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 56.

151 *Bayreuther*, NZA 2008, 986, 987; kritischer *Sutschet*, EuZA 2009, 245, 249.

Richtlinie erzielt, gilt es zwangsläufig für alle Diskriminierungsmerkmale in der Richtlinie 2000/78/EG.¹⁵²

Das Wortlautargument¹⁵³ spricht aber gegen eine Übertragbarkeit dieses richtigen Ergebnisses auf die Merkmale „Rasse und ethnische Diskriminierung“ und „Geschlecht“. Die einschlägigen Richtlinien enthalten zwar das „wichtige Wort“¹⁵⁴ ‘wegen’ bzw. ‘aufgrund’. Sie fügen diesem Wort ein Personalpronomen hinzu, das auch im früheren englischen Recht bei der Behinderung vorkam: „aufgrund *ihrer* Rasse“ bzw. „aufgrund *ihrer* Geschlechts“.¹⁵⁵ Vergleicht man mehrere Sprachfassungen der Richtlinie, wird das Bild allerdings uneinheitlich: Die englische („on grounds of racial or ethnic origin“), spanische („por motivos de origen racial o étnico“) und französische („pour des raisons de race ou d'origine ethnique“) Fassung der RL 2000/43/EG verzichten auf den Konnex. Die italienische Fassung entspricht dagegen dem deutschen Wortlaut („a causa della sua razza od origine etnica“). Noch durchwachsender ist das Bild der Definition der unmittelbaren Diskriminierung in den Geschlechtergleichbehandlungsrichtlinien: Die englischen Fassungen gehen übereinstimmend von „on grounds of sex“ aus; gleiches gilt für die spanischen Fassungen („por razón de sexo“). In der italienischen Fassung der RL 2006/54/EG heißt es „in base al sesso“, während die RL 2004/113/EG von „a causa del suo sesso“ spricht. In den französischen Fassungen beider Artikel wird dagegen übereinstimmend auf das Geschlecht des Betroffenen abgestellt („en raison de son sexe“). Um die Verwirrung zu steigern, ist Art. 3 Abs. 2 RL 2004/113/EG in allen hier untersuchten Fassungen identisch („vom Geschlecht des Vertragspartners“, „based on that person's sex“, „el sexo de la persona contratante“, „sul sesso della persona“, „le sexe de l'intéressé(e)“). Dieser kursorische Überblick zeigt, dass dem Wortlautargument, auf das sich der Gerichtshof und der Generalanwalt so prominent stützten,¹⁵⁶ für ein einheitliches Konzept im Diskriminierungsrecht der Union keine entscheidende Bedeutung zukommen kann.¹⁵⁷

Die Richtlinie 2010/41/EU reagiert darauf, indem sie den persönlichen Anwendungsbereich ausdrücklich auf den Ehe- oder Lebenspartner ausdehnt (Art. 2

152 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 49; so auch *Bayreuther*, NZA 2008, 986, 987; *Welti*, ZESAR 2009, 149, 149 f.

153 Entgegen *Pilgerstorfer/Forshaw*, 37 Ind. L. J. 384, 389-390 (2008) und *Waddington*, 46 CMLR 665, 673 (2009) ist das Problem nicht auf EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 zurückzuführen; dazu vertiefend *Grünberger*, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships* (Working Paper 2009), 10 ff.

154 GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 31.1.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 16.

155 Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/43/EG; Art. 2 lit. a) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 2005/54/EG; Art. 3 lit. a) RL 2010/41/EU.

156 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38, 50, 58; GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 31.1.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 16.

157 *Schlachter*, RdA 2010, 104, 107.

lit. b) RL 2010/41/EU). Im Übrigen hängt die Einbeziehung von der Analyse der Eigenart drittbezogener Diskriminierungen und des damit verfolgten Schutzzwecks ab.¹⁵⁸ Entscheidend ist, unter welchen Voraussetzungen die dritte Person, die das Merkmal trägt, an das der Normadressat anknüpft, mit der von ihm benachteiligten Person in einer Verbindung steht.¹⁵⁹ In *Coleman* lag die vielleicht denkbar engste Bindung vor: Mutter und Kind.¹⁶⁰ Damit bleibt offen, ob auch andere Personenverbindungen erfasst werden: Nur Ehegatten und Lebenspartner¹⁶¹ nach dem Modell der Richtlinie 2010/41/EU oder auch Eltern und Geschwister?¹⁶² Zählen auch Freunde dazu?¹⁶³ oder reicht sogar ein Engagement für Behinderte aus?¹⁶⁴ Ist eine besondere Qualifikation überhaupt erforderlich?¹⁶⁵ Unterstellt man, dass das Konzept auch auf andere Diskriminierungsgründe übertragbar ist, kommen eine ganze Reihe von Konstellationen in Betracht:¹⁶⁶ Ein Arbeitnehmer wird belästigt, weil sein Sohn schwul ist; ein Vermieter weigert sich, an eine Interessentin zu vermieten, weil ihr Freund schwarz ist; eine Gruppe wird nicht in einen Nachtclub gelassen, weil eines ihrer Mitglieder Roma ist; bei einer Kündigung von mehreren Arbeitnehmern entscheidet sich der Arbeitgeber dafür, einer Arbeitnehmerin zu kündigen, weil sie sich um ihre alte Mutter kümmert und er daher mit Fehlzeiten rechnet oder der Arbeitgeber kündigt einem Mitarbeiter, weil er entgegen seiner Anweisung jungen Schwarzen Zutritt zum Vergnügungspark gewährte¹⁶⁷. Alle Beispiele haben gemeinsam, dass sich die Benachteiligten entscheiden, sich mit einem Merkmalsträger zu assoziieren und deshalb mit einer Sanktionierung rechnen müssen.

In *Coleman* entschied der Europäische Gerichtshof, dass die Diskriminierungsverbote bezwecken, jede Form der Diskriminierung aus den genannten Gründen zu bekämpfen.¹⁶⁸ Die Beschränkung auf die Identität von Merkmalsträger und Benachteiligten würde der Richtlinie „einen großen Teil ihrer praktischen Wirksamkeit nehmen und den Schutz, den sie gewährleisten soll, mindern.“¹⁶⁹ Warum die drittbezogene Ungleichbehandlung diskriminierungsrechtlich relevant ist, hat Generalanwalt *Poiares Maduro* ausführlich begründet.

158 IE auch *Schlachter*, RdA 2010, 104, 107 ff.

159 *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 24.

160 Siehe EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 56: „ist nachgewiesen, dass die Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen der Behinderung seines Kindes erfolgt ist, für das er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, deren es bedarf...“.

161 So *Melot de Beauregard*, RIW 2009, 18, 21.

162 Vgl. dazu *Schlachter*, RdA 2010, 104, 109.

163 *Bayreuther*, NZA 2008, 986, 987.

164 *Lindner*, NJW 2008, 2750, 2753.

165 Letztlich verneinend *Sutschet*, EuZA 2009, 245, 252 f.

166 Siehe zum Folgenden *Waddington*, 5 Eur. Anti-Disc. L. Rev. 13, 14 (2007).

167 So der Fall in *Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens*, [1984] ICR 65 (E.A.T.).

168 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38.

169 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 51.

Er stellt im Kern auf die gleichheitsrechtliche Sicherung der Wahlmöglichkeiten des *Merkmalsträgers* ab.¹⁷⁰ Das trifft zu, kann aber nicht erklären, warum der *Nichtmerkmalsträger* unmittelbar diskriminiert wird.¹⁷¹ Der eigentliche Grund dafür wird anhand des paradigmatischen Falls einer Drittdiskriminierung im U.S.-Recht, *Sullivan v. Little Huntington Park, Inc.*¹⁷², sichtbar.¹⁷³ Der weiße Eigentümer wird diskriminierungsrechtlich geschützt, weil er die Sache des schwarzen Mieters verfiucht.¹⁷⁴ Sullivan durfte wählen, ob er an einen weißen oder schwarzen Mieter vermietet. Weil er sich für den schwarzen Mieter entschied, wurde er zum Agenten des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes, zum „only effective adversary“¹⁷⁵ der Diskriminierung. Er übte seine Freiheit genau in dem Sinne aus, wie es der Nichtdiskriminierungsgrundsatz wünscht. Daher muss das Nichtdiskriminierungsrecht diese Freiheitsausübung in seinem Sinne gleichheitsrechtlich absichern. Es kann den Agenten des von ihm angestrebten sozialen Wandels nicht gegenüber der sozialen Sanktion schutzlos stellen. Das Nichtdiskriminierungsrecht erfüllt diese Funktion, wenn es auf der Ebene von Diskriminierungsgründen arbeitet. Genau diesen Punkt greift der Europäische Gerichtshof auf, wenn er davon spricht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht bloß für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die jeweils genannten Gründe gilt.¹⁷⁶ Das gilt unabhängig davon, ob der Grund bei der benachteiligten Person selbst vorliegt oder bei einem Dritten, der sich in Ausübung seiner Freiheitsrechte dafür entscheidet, sich mit dem Merkmalsträger zu assoziieren. Solange eine Entscheidung an ein verpöntes Merkmal angeknüpft wird, liegt eine Diskriminierung aufgrund dieses Merkmals vor. Damit schützt das Nichtdiskriminierungsrecht die Freiheit aller Personen, sich mit den Merkmalsträgern zu assoziieren, ohne aufgrund deren Eigenschaften soziale Nachteile erleiden zu müssen. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist daher – der Befund ist nicht neu – ein Freiheitsrecht zweiter Ordnung.

bb) Angenommenes Diskriminierungsmerkmal

Die verpönten Merkmale im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht haben eine Gemeinsamkeit: Sie konstruieren Zuschreibungen von Eigenschaften an Personen. Im Regelfall basieren diese Zuschreibungen auf sichtbaren Merkmalen, Ver-

170 GA Poiaros Maduro, Schlussanträge v. 31.1.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 8 ff.

171 Zutreffend die Kritik von *Schlachter*, RdA 2010, 104, 108.

172 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. 229 (1969); dazu bereits oben § 3 IV 3 b).

173 Dazu vertiefend *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 59 f.

174 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. at 237.

175 *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. at 237; *Jackson v. Birmingham Bd. of Educ.*, 544 U.S. 167, 181 (2005); *CBOCS West, Inc. v. Humphries*, 553 U.S. 442, 446-447 (2008).

176 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38.

haltensweisen oder statusrechtlichen Eigenschaften der betroffenen Person. Ihr äußeres Erscheinungsbild ermöglicht es den anderen, an ihre „Rasse“ oder ihr „Geschlecht“ anzuknüpfen: das Kopftuch erlaubt die Zuschreibung zum Islam; der Begrüßungskuss des männlichen Partners eines männlichen Arbeitnehmers zur Homosexualität; der Geschlechtseintrag „weiblich“ im Geburtenregister ermöglicht die Zuschreibung „Frau“ und das Statusverhältnis „eingetragene Lebenspartnerschaft“ erlaubt den Rückschluss auf die sexuelle Ausrichtung der Person. Man muss sich dabei aber bewusst sein, dass nicht die tatsächliche Existenz dieser Merkmale das vom Nichtdiskriminierungsrecht adressierte Problem ist. Es geht immer um die Frage, welche Bedeutung diesem Merkmal in sozialen Zusammenhängen zugeschrieben wird. Diese Zuschreibung hängt nicht zwingend davon ab, dass das Merkmal auch tatsächlich gegeben ist.¹⁷⁷ Sie kann auch erfolgen, wenn der Diskriminierende lediglich annimmt, dass ein verpöntes Merkmal bei einer Person vorliegt und sie *deshalb* unterschiedlich behandelt. § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG stellt dies im Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbots klar. Das gilt nach zutreffender Meinung auch im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots.¹⁷⁸ Dafür kann man sich auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Coleman* stützen, nach der das Diskriminierungsverbot nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die jeweils genannten Gründe gilt.¹⁷⁹ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellt die Diskriminierung aufgrund der wirklichen mit der von Dritten lediglich wahrgenommenen und damit zugeschriebenen ethnischen Herkunft gleich.¹⁸⁰

(2) Passivlegitimation

aa) Zurechnungsprobleme

Man ist sich im Wesentlichen darüber einig, dass der beruflich oder gewerblich tätige Anbieter der Güter oder Dienstleistungen Adressat des Diskriminierungsverbots ist. Nach dem AGG ist für die Schadensersatzansprüche nur der „Benachteiligende“ passivlegitimiert. Wer das ist, bleibt unklar,¹⁸¹ wie ein Fall aus dem Leben zeigt:¹⁸²

177 Schiek in: Schiek, AGG, § 1 Rn. 7.

178 Däubler in: Däubler, AGG, § 1 Rn. 96 mwN; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, Vorbem §§ 19-21 Rn. 9; Armbrüster in: Erman, § 1 AGG Rn. 15; aA Ellenberger in: Palandt, § 1 AGG Rn. 1.

179 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38.

180 EGMR, Urt. v. 13.12.2005, App. Nos. 55762/00, 55974/00 – *Timishev v. Russia* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 56.

181 Vgl. dazu vertiefend Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 70 ff.

182 Siehe OLG Köln NZM 2010, 294 und die Vorinstanz, LG Aachen NZM 2009, 318 (dazu instruktiv *Derleder*, NZM 2009, 310 ff.).

W betreibt eine gewerbliche Wohnungsverwaltung und schaltet regelmäßig Vermietungsanzeigen für die von ihr verwalteten Wohnungen. So auch für die Wohnung des V. F nimmt daher mit der W telefonischen Kontakt auf und vereinbart mit der Mitarbeiterin I einen Besichtigungstermin bei der Hausmeisterin E. E ist keine Arbeitnehmerin der W. Als F bei E vorstellig wird, sagt diese, unmittelbar nach dem Öffnen der Tür, beim Anblick der F: „Die Wohnung wird nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner und Türken vermietet.“ Hat F Ansprüche gegen V und/oder W?

Das Landgericht Aachen hat Ansprüche aus § 21 AGG gegen die Wohnungsverwaltungsgesellschaft wegen fehlender Passivlegitimation abgelehnt. Der Benachteiligte iSv § 21 Abs. 2 AGG sei der in Betracht kommende Anspruchsgegner der begehrten Leistung und damit V als der Vermieter der zu besichtigenden Wohnung. Zwischen der F und der W sei kein vorvertragliches Schuldverhältnis entstanden. Daher sei W auch nicht verpflichtet, die F über die Identität des V zu informieren.¹⁸³ Das Urteil erstaunt nicht nur *Peter Derleder*:

„Der Immobilienverwalter, der professionell für die Eigentümer von Wohnungsanlagen die Vermietung besorgt, sei es im eigenen, sei es im fremden Namen, braucht sich danach auch rassistische Behandlung von Mietinteressenten durch seine eigenen Angestellten nicht zurechnen zu lassen, da er nicht der eigentliche Anbieter ist. [...] Der eigentliche Anbieter bleibt dann aber im Dunkeln und kann deswegen auch wegen des Handelns seiner Gehilfen nicht in Anspruch genommen werden.“¹⁸⁴

Die These des Landgerichts, Benachteiligender könne nur der potentielle Vertragspartner des Mietvertrags sein¹⁸⁵, greift zu kurz.¹⁸⁶ Damit ignoriert es die geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Wohnungsverwalter und den Mietinteressenten. Im Wohnungsmietmarkt ist die Vermietung durch Wohnungsverwaltungsgesellschaften entweder im eigenen oder im fremden Namen sehr häufig. Dasselbe gilt für die Vermittlung über Makler.¹⁸⁷ Beide treten als Akteure am Markt auf und sie sind das Nadelöhr, das der Mietinteressent passieren muss. Bereits mit der Vermietungsannonce wurde das Schuldverhältnis iSv § 19 Abs. 1 AGG begründet.¹⁸⁸ Verstoßen diese Akteure dagegen, haften sie nach § 21 AGG.¹⁸⁹ Das Verhalten ihrer Angestellten oder der sonstigen Personen, die sie zur Erfüllung *dieses* Schuldverhältnisses einsetzen, ist ihnen nach §§ 31, 278 BGB zuzurechnen.¹⁹⁰ Der Vermieter seinerseits haftet daneben gesamtschuldnerisch, wenn ihm das Verhalten der von ihm eingeschalteten Mittelpersonen über § 278

183 LG Aachen NZM 2009, 318.

184 *Derleder*, NZM 2009, 310, 312.

185 Näher zu dieser Ansicht *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 127 mwN.

186 Die Entscheidung wurde vom OLG Köln NZM 2010, 294 aufgehoben. Seine Begründung über § 831 BGB trägt die Entscheidung, vernachlässigt es aber, den genuine Verstoß gegen die Richtlinie 2000/43/EG auch gleichheitsrechtlich zu erfassen.

187 *Derleder*, NZW 2007, 625, 630.

188 Zum Zeitpunkt näher oben § 6 IV 1 c) (1).

189 *Derleder*, NZW 2007, 625, 630; *Derleder*, NZM 2009, 310, 311 f.

190 Vgl. dazu *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1089 f.

BGB zuzurechnen ist.¹⁹¹ Grundlage dafür ist das mit § 19 Abs. 1 und 2 AGG begründete gesetzliche Schuldverhältnis.

bb) Nachfrager als Normadressaten?

Weder die Richtlinien¹⁹² noch das Gesetz beschränken allerdings den Anwendungsbereich auf Unternehmer iSv § 14 BGB.¹⁹³ Umstritten ist, ob nur Unternehmer oder auch Verbraucher Normadressaten sind und ob sich das Diskriminierungsverbot nur an den Anbieter von Gütern und Dienstleistungen oder auch an deren Nachfrager richtet. „Wer zur Gleichbehandlung verpflichtet ist, sagt das Gesetz nicht.“¹⁹⁴ Ich möchte das Problem anhand von drei Beispielen beleuchten:

(1) *R kauft jeden Morgen seine Brötchen bei Bäcker A und nicht beim gegenüberliegenden Bäcker B. B ist Türke und betreibt den Laden zusammen mit seinem deutschen Lebenspartner. Ist R Normadressat?*

(2) *R ruft in seinem Viertel zum Boykott gegen Bäcker B auf, weil dieser eine minderjährige Muslima im Tschador als Berufspraktikantin beschäftigt. R vermutet, dass M nur auf Druck ihrer Familie den Tschador trägt und sieht darin einen Verstoß gegen die Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Frau. Ansprüche aus § 21 iVm § 33 Abs. 1 GWB scheiden aus, weil R kein Unternehmer ist. Möglich sind dagegen Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB¹⁹⁵ (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) und § 826 BGB¹⁹⁶. Ein Boykottaufruf aus rassistischen Gründen könnte jedenfalls deliktsrechtlich unterbunden werden.¹⁹⁷ Kann B von R daneben auch Unterlassung nach § 21 Abs. 1 S. 2 AGG verlangen?*

(3) *In einer kleinen Universitätsstadt beauftragt der Hotelbetreiber H das Personenbeförderungsunternehmen Y in einem Rahmenvertrag, seine Gäste von und zum Flughafen zu transportieren. Y beschäftigt hauptsächlich Studierende, die fließend deutsch sprechen müssen. In den Vorjahren ging der Auftrag an Z. Er beschäftigt eine breite Palette von Fahrern, überwiegend allerdings Fahrer mit albanischen, montenegrinischen oder türkischen Wurzeln. Auf seine Nachfrage, warum er den Auftrag verlor, wird ihm verklausuliert mitgeteilt, dass das „Sicherheitsbedürfnis“ der Gäste ausschlaggebend gewesen sei. Z hat keine Ansprüche gegen H aus §§ 33, 20 GWB, weil H nicht marktbeherrschend oder marktmächtig ist. Hat Z gegen H einen Schadensersatzanspruch aus § 21 Abs. 2 AGG?*

Jeder Marktteilnehmer hat Präferenzen. Das gilt auch für die Nachfrager am Markt. Kunden diskriminieren gegenüber Anbietern aufgrund verpönter Merkmale. Ein irritierendes Beispiel dafür ist eine von Ayres *et al.* durchgeführte Studie über das Trinkgeldverhalten (*tipping*) von Taxikunden gegenüber schwarzen

191 Derleder, NZW 2007, 625, 630.

192 Anders aber Art. 3 Abs. 1 S. 2 Richtlinien-Vorschlag zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008), 426 endg., S. 9, 20; dazu bereits oben § 6 II 1 b).

193 Kritisch dazu statt vieler Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 123.

194 Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 124.

195 Statt aller Wagner in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 213 ff.

196 Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 133.

197 Wagner in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 217.

Taxifahrern:¹⁹⁸ Sie erhielten durchschnittlich 1/3 weniger Trinkgeld als weiße Fahrer. Dabei unterschied sich das Verhalten innerhalb der Kundengruppe deutlich: Schwarze und *hispanics* gaben im Durchschnitt nur die Hälfte des Trinkgelds weißer Kunden. Auf diese Nachfragerdiskriminierung ist das U.S.-amerikanische Civil-Rights-Law nicht ausgerichtet. Sein Ziel sei es,

*„to assure that a dollar in the hands of a Negro will purchase the same thing as a dollar in the hands of a white man. At the very least, the freedom that Congress is empowered to secure under the Thirteenth Amendment includes the freedom to buy whatever a white man can buy, the right to live wherever a white man can live.“*¹⁹⁹

Traditionell schützt das Nichtdiskriminierungsrecht also den Marktnachfrager. Dem folgt die Begründung zum Regierungsentwurf des AGG. Das Benachteiligungsverbot richte sich nur an den Anbieter der Güter oder Dienstleistungen und nicht an den nachfragenden Kunden.²⁰⁰ Danach wäre in den Fällen (1), (2) und (3) der persönliche Anwendungsbereich nicht eröffnet. In der Regel, so heißt es weiter, seien „also nur diejenigen Leistungen vom allgemeinen zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfasst, die von Unternehmen erbracht werden“.²⁰¹ Der Anbieter wird mit dem Unternehmer gleichgesetzt. Auch in der Literatur findet sich die Behauptung, dass nur Unternehmer Normadressaten seien und für Verbraucher eine Bereichsausnahme gelte.²⁰² Das würde aber nur für die Fälle (1) und (2) gelten, Fall (3) wäre nach wie vor ungeklärt. Anhand des Beispiels wird deutlich, dass eine Verwechslung zweier streng zu trennender Kategorien vorliegt: Unternehmer/Verbraucher und Anbieter/Nachfrager. Nachdem man (irrtümlich) glaubt, mit § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG den Verbraucher aus dem (sachlichen) Anwendungsbereich entfernt zu haben, wird völlig übersehen, dass Unternehmen auch als Nachfrager am Markt auftreten.

Das Ergebnis soll sich aus den Beschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs ergeben.²⁰³ Der Wortsinn des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG trägt diese Behauptung aber nicht.²⁰⁴ Damit wird lediglich die Kategorie der erfassten Geschäfte beschrieben. Man kann der Norm insbesondere nicht entnehmen, dass nur derjenige verpflichtet sei, der den Zugang zu den Gütern oder Dienstleistungen bereitstellt. Dasselbe gilt für § 19 Abs. 1 AGG. Es mag zutreffen, dass mit der „Vielzahl von Fällen“ in der Praxis Leistungen von Unternehmen erfasst werden.²⁰⁵ Daraus kann man aber nicht auf den persönlichen Anwendungsbereich

198 Ayres/Vars/Zakariya, 114 Yale L.J. 1613, 1616 (2005).

199 Jones v. Alfred H. Mayer Co, 392 U.S. 409 (1968); zur Entscheidung näher oben § 3 IV 3.

200 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

201 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

202 Stork, ZEuS 2005, 1, 19 ff; Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 126 ff, 264 ff, 275.

203 Vgl. beispielsweise Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 68 f mwN.

204 Zutreffend Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 124; anders Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 5.

205 Armbrüster in: Erman, § 19 AGG Rn. 15.

schließen. Solange dieser nicht ausdrücklich auf Unternehmer beschränkt ist, fallen auch nicht-unternehmerisch handelnde Personen darunter. Der sachliche Anwendungsbereich stellt auf die jeweilige Transaktion ab. An dieser sind notwendig beide Parteien als Akteure einer (angestrebten) Transaktion beteiligt. Das legt es nahe, dass der Nachfrager ebenfalls Adressat des Diskriminierungsverbots ist. Dieses Verständnis liegt jedenfalls Art. 3 Abs. 1 lit. h) RL 2000/43/EG zugrunde. Er bestimmt, dass das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Rasse für *alle Personen* in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen gilt. Anknüpfungspunkt ist damit nicht der Dienstleister, sondern die Dienstleistung. An diesem (vor-) vertraglichen Verhältnis sind beide Parteien beteiligt.²⁰⁶ Dagegen könnte Art. 3 Abs. 1 RL 2004/113/EG sprechen. Danach gilt das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts „für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen *bereitstellen*“. Das spricht für eine Beschränkung auf den Anbieter. Zwingend ist das freilich nicht. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie formuliert nämlich ganz allgemein, dass die *Wahl des Vertragspartners* nicht von seinem Geschlecht abhängig gemacht werden darf. Daher geht auch die Richtlinie 2004/113/EG von einem Transaktionsmodell aus, an dem Anbieter und Nachfrager als handelnde Akteure beteiligt sind. Daraus folgt, dass das europäische Nichtdiskriminierungsrecht prinzipiell für Anbieter und Nachfrager gilt.

Dagegen sind Einwände zu erwarten: Es könne nicht angehen, den R, der seine Brötchen, aus welchen Gründen auch immer, bei A holt, zum Adressaten eines Diskriminierungsverbots zu machen und ihn dazu zu zwingen, seine Gründe dafür öffentlich darzulegen. Das sei zugleich Gipfel und Abgrund der Terrorherrschaft öffentlicher Tugenden.²⁰⁷ Das stimmt. Würde man R zwingen, sich in einem Gerichtsverfahren öffentlich dafür rechtfertigen zu müssen, warum er zu Bäcker A und nicht zu Bäcker B geht, wäre seine personale Freiheit und der Markt als Wettbewerbsordnung hinfällig. Die entscheidende Frage ist aber, ob man dieses untragbare Ergebnis nur vermeiden kann, indem man den persönlichen Anwendungsbereich verneint. Lässt sich das von allen als richtig erkannte Ergebnis auch in der Prüfung des Diskriminierungsverbots verankern, verhält der Aufschrei. Der Tugendterror taugt nicht zum Schreckensbild. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist auf seine Mobilisierung durch Merkmalsträger angewiesen.²⁰⁸ Praktisch gesehen, ist es sehr unwahrscheinlich, dass B von R eine gerichtliche Rechtfertigung für dessen Verhalten einfordern wird.²⁰⁹ Selbst wenn man das unterstellt, kann er diese nur verlangen, wenn er Indizien, die eine von R ausgehende Diskriminierung vermuten lassen, darlegt und beweist (§ 22 AGG).²¹⁰ Unter-

206 Siehe Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 19 Rn. 21.

207 Vgl. Säcker, ZRP 2002, 286 ff.

208 Vgl. dazu Fuchs/Konstatzky/Liebscher/Berghahn, KJ 2009, 253 ff. (zum Merkmal Geschlecht).

209 Aus U.S.-amerikanischer Perspektive Ayres/Vars/Zakariya, 114 Yale L.J. 1613, 1656 (2005).

210 Dazu unten § 6 VII 1 d) (1).

stellen wir, es würde B gelingen darzulegen, dass R homophob und ausländerfeindlich sei. Dann stellt sich die Frage der Rechtfertigung und des Rechtfertigungsmaßstabes. Dieser ist aus meiner Sicht – ich werde dies unten ausführlich darlegen²¹¹ – kontextabhängig. Die Intuition, Gleichbehandlungspflichten in Fall (1) abzulehnen, hat einen richtigen Kern: Aus dem sozialen Kontext *dieses* Verhaltens folgt, dass R seine Entscheidung im Ausgangspunkt nicht weiter begründen muss. R handelt insoweit innerhalb seiner Privatsphäre.²¹² Darauf muss der Rechtfertigungsmaßstab Rücksicht nehmen. Soweit für die Rechtfertigung ein sachlicher Grund genügt (vgl. § 20 Abs. 1 AGG), kommt R dem nach, wenn er sein Verhalten mit der Ausübung personaler Freiheit, genauer: unter Verweis auf die Privatautonomie, begründet. Mehr darf dann von ihm nicht verlangt werden.²¹³ Anders ist zu entscheiden, soweit das Nichtdiskriminierungsrecht keine Rechtfertigung zulässt. Das ist für eine Ungleichbehandlung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft der Fall.²¹⁴ Insoweit kann sich R nicht auf seine Privatautonomie berufen. Das Ergebnis ist freilich weniger revolutionär, als man zunächst denkt. Würde B seinen Anspruch auf § 826 BGB stützen, würde man unter Berücksichtigung der „mittelbaren Drittwirkung“ von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und in Erfüllung völkerrechtlicher Schutzpflichten *dasselbe* Ergebnis erzielen müssen.²¹⁵

Die Überlegenheit dieses Lösungsmodells zeigt sich bei Fall (2). Wer die Lösung über den persönlichen Anwendungsbereich sucht, muss konsequenterweise auch in Fall (2) so entscheiden. Weil R als Nachfrager und Verbraucher handelt, könnte B nicht gegen ihn vorgehen. Auch dann nicht, wenn es sich – um das Beispiel zuzuspitzen – bei R um einen arbeitslosen Parteifunktionär der NPD handelt, der in dem Viertel eines kleinen Städtchens in Sachsen-Anhalt wesentlichen Einfluss besitzt und zum Boykott aufruft, weil B einen Schwarzen zur Ausbildung beschäftigt. Das AGG wäre nicht anwendbar. B könnte dagegen aber erfolgreich aus § 823 Abs. 1 iVm § 1004 BGB auf Unterlassung klagen.²¹⁶ Anders formuliert: Das gleichheitsrechtliche Interesse von B, seine Auszubildenden ohne Rücksicht auf deren Rasse auswählen zu dürfen, ohne dabei sozialen Sanktionen über den Markt ausgesetzt zu sein, wird lediglich freiheitsrechtlich als Vermögensschaden wahrgenommen. Darin liegt ein weiteres Beispiel der Parteinahme des deutschen Zivilrechts zugunsten des Freiheitsschutzes und eine Vernachlässigung des Gleichheitsschutzes. *Thomas Lobinger* hat solche Ergebnisse zu Recht als „grotesk“ bezeichnet.²¹⁷ Man kann sie vermeiden und den diskriminierenden

211 Siehe § 7 IV 3.

212 Dazu vertiefend unten § 8 III 3.

213 Vertiefend zu diesem Argument unten § 8.

214 Siehe unten § 6 VI 3 f).

215 Dazu oben § 4 II 2 und 4 c).

216 *Wagner* in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn. 217.

217 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 145 f.

Kundenboykott auch gleichheitsrechtlich erfassen. Ausgehend von den Grundgedanken der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rs. *Feryn*²¹⁸ und *Coleman*²¹⁹, muss das nationale Recht einen Rechtsschutz vorsehen, damit sich der Anbieter gegen „die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes“ (Art. 7 Abs. 1 RL 2000/43/EG) zur Wehr setzen kann: B fällt als Drittbeteiligter in den persönlichen Schutzbereich,²²⁰ der Boykottaufruf des R bezieht sich auf die Versorgung mit Gütern, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, und R behandelt den B wegen der Rasse seines Auszubildenden ungleich, weil er bei der Einstellung eines weißen Deutschen nicht zum Boykott aufgerufen hätte. Entscheidungsrelevant ist dann – dasselbe gilt übrigens auch für die Lösung über § 823 Abs. 1 BGB –, ob die Meinungsfreiheit diesen Boykott rechtfertigen kann. Darüber muss man sinnvollerweise streiten und nicht über die Frage des persönlichen Anwendungsbereichs.

Die Fallbeispiele (2) und (3) machen deutlich, dass die Lösung über den persönlichen Anwendungsbereich das falsche Mittel zum richtigen Zweck ist. Folgt man der These, dass der Anwendungsbereich bei Verbrauchern bzw. Nachfragern nicht eröffnet ist, scheiden Ansprüche aus dem AGG aus. Das wirft bei Beispiel (2) die Frage der Richtlinienkonformität und nach dem Transparenzgebot auf, wenn man solche Fälle über die Generalklausel löst. Die Beispiele (2) und (3) unterscheiden sich von Beispiel (1), wenn man den Kontext berücksichtigt. In Beispiel (2) stellt der Verrufer den gesteigerten öffentlichen Kontext her und thematisiert das relevante Merkmal einer Person. Diese oder andere Personen, die sich mit ihr assoziieren, können daher von dem Handelnden auch eine öffentliche Rechtfertigung seines Verhaltens erwarten. Etwas anders gelagert ist das Beispiel (3). Aufgrund der genannten Indizien besteht die Vermutung, dass H unmittelbar aufgrund der ethnischen Herkunft der Fahrer diskriminiert und dadurch die Marktfreiheit des Z eingeschränkt hat. Während der morgendliche Brötchenkauf des R für die Teilhabe des B am Markt vernachlässigbar ist, ist die Entscheidung des H für Z von erheblich gesteigerter Relevanz. Seine Freiheit, im Wettbewerb agieren zu können, wird erheblich eingeschränkt, wenn die ethnische Herkunft seiner Arbeitnehmer gravierende Konsequenzen im Wirtschaftssystem nach sich zieht. Werden diese Konsequenzen von der Rechtsordnung toleriert, handelt er rational, wenn er seine Auswahl an den gesellschaftlichen Präferenzen orientiert. Das aber verbietet ihm § 7 Abs. 1 AGG. Das zeigt, dass die Handlungskontexte den entscheidenden Bezugsrahmen abgeben. Diese sind aber situativ begründet. Die Rechtfertigungsprüfung kann auf diese unterschiedlichen Kontexte reagieren. Das ist der Lösung über den persönlichen Anwendungsbereich

218 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187.

219 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603.

220 Dazu oben § 6 IV 2 b) (1) aa).

verschlossen. Ich plädiere daher mit Nachdruck dafür, die im deutschen Recht immer wieder aufzuspürende Tendenz, Gleichbehandlungsfragen über den Anwendungsbereich von Gleichbehandlungspflichten zu lösen, anstatt in Rechtfertigungsdiskurse einzutreten, nicht auf das AGG zu übertragen.

V. Benachteiligungs-/Diskriminierungstatbestand

1. Tatsächliche Diskriminierungskategorien

Diskriminierung ist ein Rechtsbegriff. Seine Aufgabe liegt darin, Ungleichbehandlungen in anderen Teilsystemen der Gesellschaft systemkonform erfassen zu können. Diese Ungleichbehandlungen sind als tatsächliche Erscheinungsformen in den jeweiligen Teilsystemen vom Rechtsbegriff zu unterscheiden. Diese Distinktion ist, darauf hat zum Beispiel *Larry Alexander* aus moralphilosophischen Gründen hingewiesen, wichtig:

„*Discrimination is not one thing, but many. Failure to recognize this point results in intellectual and moral confusion as well as bad policy.*“¹

Die ökonomische Analyse des Rechts hat für das praktisch wichtigste Teilsystem eine eigene Terminologie entwickelt, die sich dafür eignet, tatsächliche Erscheinungsformen der Diskriminierung zu beschreiben und dadurch zu unterscheiden. Traditionell geht man von zwei² Diskriminierungsvarianten aus: (1.) präferenzbedingte Diskriminierung und (2.) statistische Diskriminierung.³

a) Von der präferenzbedingten zur statuserhaltenden Diskriminierung

Von präferenzbedingter Diskriminierung oder *taste-based discrimination* spricht man, wenn der Benachteiligende oder ein Dritter, dessen Diskriminierungsgründe der Benachteiligende berücksichtigt,⁴ mit Angehörigen einer nach bestimmten Merkmalen zusammengesetzten Gruppe aus systemfremden Gründen nichts zu tun haben will.⁵ Die ökonomische Theorie schweigt sich über die Gründe dafür aus. Das festzustellen ist nicht ihre Aufgabe. Es reicht, Präferenzen als gegeben hinzunehmen.⁶ Ob diese Präferenzen an ein von der Rechtsordnung verpöntes

1 *Alexander*, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 153 (1992).

2 Eine davon abweichende und die Behandlung sehr verkomplizierende Einteilung in insgesamt 7 (!) Gründe schlägt dagegen *Posner*, 56 U. Chi. L. Rev. 1311, 1318-1321 (1989), beschränkt auf das Merkmal „Geschlecht“ vor.

3 Statt vieler *Strauss*, 79 Geo. L.J. 1619, 1621-1623 (1991); *Vandenbergh*, 3 ERCL 410 (2007); *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 14 ff; ein guter Überblick über den Stand der Literatur findet sich bei *Schwab*, Employment Discrimination, in: Dau-Schmidt/Harris/Lobel, Labor and Employment Law and Economics, 2009, 296, 299 ff.

4 Zu diesem Argument siehe *Gardner*, 18 Oxford J. Legal Studies 167, 168-169 (1998).

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

6 Vgl. dazu *Epstein*, Forbidden Grounds, 1992, 42 f.

Merkmal anknüpfen, ist auf der empirisch-deskriptiven Ebene zunächst unerheblich. Das wird nicht immer klar genug gesehen, weil man sofort den Problemfall im Auge hat. Erst wenn die Präferenz mit einem verpönten Merkmal zusammenfällt, stellt sich das Folgeproblem, warum die Rechtsordnung es untersagen darf, nach eigenen Präferenzen zu handeln. Wer dagegen eine Präferenz hat, die an nicht verpönte Merkmale anknüpft, und danach unterscheidet, „diskriminiert“ ebenfalls. Die Irritationen im Rechtssystem bleiben aber aus, weil es dieser Unterscheidung gegenüber indifferent ist.

Die Frage, warum jemand anhand seiner Präferenzen unterscheidet, stellt sich in moralphilosophischen Diskursen.⁷ Eine sehr ausdifferenzierende Konzeption hat *Larry Alexander* vorgestellt, indem er drei verschiedene Kategorien unterscheidet:⁸ (1.) Präferenzen für und gegen Angehörige bestimmter Gruppen aufgrund einer kategorischen Voreingenommenheit aus ethischen Gründen (*bias*). Dazu zählt beispielsweise die Auffassung, dass Schwarze als solche weniger wert oder Beziehungen Homosexueller intrinsisch weniger schutzwürdig als heterosexuelle Beziehungen seien. (2.) Präferenzen aufgrund eines kontextbezogenen und auf ethische Anschauungen zurückzuführenden Rollenverständnisses, die im Wesentlichen von Stereotypen getragen werden. Damit würde man die unterschiedliche Rollenverteilung von Männern und Frauen in der Gesellschaft erklären können. (3.) Kategorische oder kontextbezogene Präferenzen, die nicht auf ethischen Überzeugungen, sondern psychologischen Gründen der „Fremdheit“ beruhen. Man kann auch von „bewusst subjektiven Werturteilen“ und „Rollenvorstellungen“ sprechen.⁹

Zu den klassischen Fällen präferenzbedingter Diskriminierung zählt die Weigerung eines weißen Arbeitgebers im U.S.-amerikanischen Süden, einen Schwarzen einzustellen, weil seine ausschließlich weißen Beschäftigten eine rassistische Einstellung zu Schwarzen haben. Dasselbe kann man im Fall des Oberlandesgerichts Köln vermuten, wenn bei Anblick eines Mietinteressenten gesagt wird, dass die Wohnung „nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner und Türken vermietet“ werde.¹⁰ Mit dem Modell der präferenzbedingten Diskriminierung lassen sich auch die auf Ehegatten beschränkte Fahrvergünstigung für den Arbeitnehmer in der Rs. *Grant*¹¹, Hinterbliebenenversorgung in der Rs. *Maruko*¹² sowie Zusatzversorgung in der Rs. *Römer*¹³ erklären. Die Benachteiligenden übertragen

7 Siehe dazu auch *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 379 ff, der zwischen Demütigung, Stereotypisierung und Überdeterminierung unterscheidet.

8 *Alexander*, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 157-167 (1992).

9 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 96.

10 Vgl. OLG Köln NZM 2010, 294.

11 EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621.

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

13 EuGH, Urt. v. 10.5.2011, Rs. C-147/08 – *Jürgen Römer v. Hamburg* = Slg. 2011, I-3591.

eine im Sozialsystem vorgefundene und vom Rechtssystem perpetuierte Präferenz für heterosexuelle Paarbeziehungen in das Wirtschaftssystem.

Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal für eine präferenzbedingte Diskriminierung ist nach den grundlegenden Ansätzen von *Gary Becker* die Bereitschaft des Benachteiligten, zu handeln „as if he were willing to pay something, either directly or in the form of a reduced income, to be associated with some persons instead of others.“¹⁴ Das klassische präferenzbedingte Modell weist aber einen erheblichen Mangel auf: Es beschränkt sich auf die konkreten Marktbeziehungen und berücksichtigt die sozialen Kontexte von Diskriminierungen nicht ausreichend. *George Akerlof* nahm 1976 die Beobachtung zum Ausgangspunkt,

*„that the tastes of persons in discriminating societies are so overwhelmingly biased in favor of discrimination that, relatively, the positive or negative effects of economic incentive are of only minor moment“*¹⁵

und schlug mit dem formalen Modell eines Kastengleichgewichts einen ergänzenden wettbewerbsbezogenen Ansatz¹⁶ vor:¹⁷ Nach dem Modell erleiden die Marktakteure, die das „Kastensystem“ durchbrechen, signifikante ökonomische Nachteile. In einer von Diskriminierung geprägten Gesellschaft sind aber die nachfolgenden Interaktionen mit anderen Marktteilnehmern zu berücksichtigen. Weil zu erwarten ist, dass diese sich an den *code* halten, muss der „Verletzte“ damit rechnen, dass seine Assoziierung mit den „Kastenfremden“ von den „Kastenangehörigen“ sanktioniert wird. Ob das Nichtdiskriminierungsrecht die Nichtzugehörigkeit zu dieser „Kaste“ schützt, steht dabei auf einem ganz anderen Blatt.

Das zeigt als aktuelles Beispiel dafür der Fall Udo Voigt.¹⁸ Die Betreiberin eines Hotels war nicht bereit, mit dem damaligen Vorsitzenden der NPD zu kontrahieren, weil dessen politische Überzeugung „nicht mit dem Ziel des Hotels zu vereinbaren sei, jedem Gast nach Möglichkeit ein exzellentes Wohlfühlerlebnis zu bieten.“¹⁹ Nach Einschätzung des Bundesgerichtshofs liege es „nahe, dass die Anwesenheit des Klägers mit Blick auf die von diesem und dessen Partei vertretenen rechtsextremen Positionen bei anderen Gästen Missfallen erregen oder gar als Provokation empfunden wird.“²⁰ Das „wirtschaftliche Risiko für das von ihr betriebene Geschäftskonzept eines Wellnesshotels“ trage ihre Freiheit, „solchen Gästen den Zutritt zu verweigern, von denen sie annimmt, ihr Aufenthalt könne mit Blick auf die von ihnen vertretene politische Auffassung diesem Konzept abträglich sein.“²¹

14 *Becker*, Economics of Discrimination, 1971, 14.

15 *Akerlof*, 90 Q.J. Econ. 599, 609 (1976).

16 So die Terminologie von *Engert*, 4 German L.J. 685 (2003).

17 *Akerlof*, 90 Q.J. Econ. 599, 610-611 (1976).

18 BGH JZ 2012, 686; dazu bereits oben § 5 VI 2 b) (4).

19 BGH JZ 2012, 686 Rn. 1.

20 BGH JZ 2012, 686 Rn. 16.

21 BGH JZ 2012, 686 Rn. 27.

Akerlof versteht im Prinzip Diskriminierung als sozialen Vorgang der Hierarchisierung.²² Das ermöglicht ihm, zu erklären, warum die Diskriminierung – trotz bestehender ökonomischer Anreize, davon abzuweichen – Bestand hat:

„While not denying the possible returns to the arbitrageur and social deviant, the models of statistical discrimination and caste explain why economic rewards may favor those who follow prevailing social custom; and in so doing, they give economic reasons why such social customs may endure.“²³

Die existierenden sozialen Hierarchisierungsnormen einer Gesellschaft sorgen damit im Ergebnis für ein Kartell der privilegierten Gruppenmitglieder und stellen sicher, dass einzelne aus dem Kartell nicht ausscheiden.²⁴ Warum können solche sozialen Normen die Vorteile, die das Ausscheren mit sich bringen würde, übertrumpfen? Der klassische Ansatz ökonomischer Analyse kann darauf, wie Richard H. McAdams anhand mehrerer Experimente nach dem Muster des „Gefangenendilemmas“²⁵ nachwies, keine befriedigenden Antworten finden.²⁶ Das Becker'sche Modell ist dafür auch zu simpel, weil es einerseits eine generelle Präferenz der Diskriminierung annimmt, die mit den sozialen Verhältnissen der Rasediskriminierung nach 1963 nicht mehr übereinstimmt und weil es sich andererseits auf Marktbeziehungen beschränkt und die vielfältigen Aspekte der Diskriminierung außerhalb des Wirtschaftssystems²⁷ ausblendet.²⁸ Richard Epstein erklärte das Phänomen mit dem Hinweis auf die hohen Transaktionskosten, die die Verwaltung einer diversifizierten im Vergleich zu einer homogenen Gruppe mit sich bringt.²⁹ Das ist wiederum ganz klassisch und daher zu kurz gedacht. McAdams wählte dagegen einen Ansatz der *behavioral economics* und schlug vor, die Befolgung der sozialen Norm durch die Gruppenmitglieder mit der dadurch sichergestellten gruppenbasierten Statuserzeugung zu erklären:³⁰

„My thesis is that a material view of human motivation underestimates both the level of cooperation that groups elicit from their members and the level of conflict that groups elicit from each other. A single group dynamic connects these added increments of cooperation and conflict: groups achieve solidarity and elicit loyalty beyond what economic analysis conventionally predicts, but solidarity and loyalty within groups lead predictably, if not inevitably, to competition and conflict between groups. The connection is the desire for esteem or status. Groups use intra-group status rewards as a non-material means of gaining material sacrifice from members, but the attendant desire for inter-group status causes inter-group conflict.“³¹

22 Dazu bereits oben § 6 I.

23 Akerlof, 90 Q.J. Econ. 599, 617 (1976).

24 Engert, 4 German L.J. 685, 692 (2003).

25 Dazu im Überblick Roth, 98 Econ. J. 974, 997-1000 (1988).

26 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1009-19 (1995).

27 Dazu oben § 2 III 3.

28 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1036-42 (1995).

29 Epstein, *Forbidden Grounds*, 1992, 59 ff.

30 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1019-33 (1995).

31 McAdams, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1007 (1995).

Seine These baut auf vier Elementen auf:³² (1.) Individuen bedürfen der Anerkennung anderer. Dadurch wird ihr sozialer Status sichergestellt. (2.) Gruppen, die sich nach sozialen Kriterien organisieren und unterscheiden, bilden eine zentrale Quelle von Anerkennung. Gruppenmitglieder haben daher einen Anreiz, auf monetäre Gewinne zu verzichten, wenn sie dadurch innerhalb der Gruppe ihren Status (intra-group status) sichern. Zugleich wird die Gruppe den Mitgliedern, die zu ihrer Wohlfahrt beitragen, diese Statuszusicherung gewähren. (3.) Sozial hierarchisierte Gruppen sind Teilsysteme der Gesellschaft. Die Gruppenwohlfahrt bestimmt sich daher nach dem Status der jeweiligen Gruppe innerhalb des Gesamtsystems. Jede Gruppe ist daher bestrebt, ihren Status relativ zu anderen (inter-group status) zu sichern und zu verbessern. Das führt ihrerseits zu Anreizen, die jeweiligen Mitglieder innerhalb der Gruppe zu motivieren, zur Verbesserung des inter-group status beizutragen. (4.) Weil sozialer Status im Gesamtsystem relativ ist, kann eine Gruppe ihren inter-group status erhöhen, indem sie den Status anderer Gruppen minimiert. *McAdams* belegt seine These überzeugend mit der Etablierung sozialer Diskriminierung nach 1863³³ und dem *Jim Crow*-System in den U.S.A. ab den 1880er Jahren.³⁴ Die zeitgenössische Kritik am Status der Ehefrau im BGB von 1896³⁵ bestätigt seine Vermutung, dass man den Ansatz auf andere Diskriminierungsmerkmale übertragen kann.³⁶ Auch die Debatte um Gleichbehandlung homosexueller Lebensgemeinschaften lässt sich, wie *Jack M. Balin* dargelegt hat, als Statussicherung durch Statusabwertung greifen.³⁷

b) Statistische Diskriminierung

Das klassische Gegenmodell zur präferenzbedingten Diskriminierung ist die statistische Diskriminierung. Der Begriff wurde 1972 unabhängig voneinander von *Edmund S. Phelps*³⁸ und *Kenneth J. Arrow*³⁹ geprägt.⁴⁰ Im Kern basiert das Modell darauf, dass es rationale Gründe gibt, anhand bestimmter personenbezogener Merkmale zu diskriminieren. Dieses personenbezogene Merkmal steht in einem statistisch signifikanten Zusammenhang mit einer anderen Eigenschaft der Person (Ausbildung, Produktivität, gesundheitliche Risiken), die als Hauptmerk-

32 *McAdams*, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1031 (1995).

33 Dazu oben § 3 III 2 b).

34 *McAdams*, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1044-1045 (1995); kritisch dagegen *Epstein*, 108 Harv. L. Rev. 1085, 1098-1104 (1995). Zum historischen Hintergrund siehe oben § 3 III 5.

35 Siehe oben § 2 II.

36 *McAdams*, 108 Harv. L. Rev. 1003, 1036 (1995).

37 *Balkin*, 106 Yale L.J. 2313 (1997).

38 *Phelps*, 62 Am. Econ. Rev. 659 (1972).

39 *Arrow*, Models of Job Discrimination, in: *Pascal*, Racial Discrimination in Economic Life, 1972, 82 ff, 95 f und *Arrow*, The Theory of Discrimination, in: *Ashenfelter/Rees*, Discrimination in Labor Markets, 1973, 3 ff.

40 Ein Überblick über den aktuellen Stand der Literatur findet sich bei *Schwab*, Employment Discrimination, in: *Dau-Schmidt/Harris/Lobel*, Labor and Employment Law and Economics, 2009, 296, 303 ff.

mal bezeichnet wird. Weil es für den Benachteiligten uU prohibitiv hohe Informationskosten verursachen würde, das Hauptmerkmal zu ermitteln,⁴¹ fungiert das personenbezogene Merkmal als dessen Stellvertretermerkmal.⁴²

Das Phänomen dieser *cost-based statistical discrimination* ist nicht auf den Arbeitsmarkt beschränkt. Für die Merkmale Rasse/ethnische Herkunft und Geschlecht lässt es sich beispielsweise im Versicherungsmarkt⁴³ bei Kfz-Versicherungen („Balkantarife“)⁴⁴, Kranken- und Lebensversicherungen nachweisen.⁴⁵ Versicherungsverträge sind ein Paradebeispiel statistischer Diskriminierung: Stellvertretermerkmale werden nicht willkürlich eingesetzt, sondern überwinden ein bestehendes Informationsdefizit. Ausgangspunkt ist das im gegebenen Versicherungsmarkt bestehende Bedürfnis der Versicherer, risikogerechte Prämien zu bilden („individuelles Äquivalenzprinzip“).⁴⁶ Weil die Informationskosten einer einzelfallgerechten Prämie uU exorbitant hoch sein können,⁴⁷ wird die angeblich „individuelle“ Äquivalenz im Ergebnis doch wieder auf eine kollektive Gruppe bezogen.⁴⁸ Dabei wählt man regelmäßig nicht kleine Vergleichskollektive, sondern differenziert anhand der Merkmale Geschlecht und Alter, die aufgrund des Personenstandsrechts unproblematisch zugänglich sind.⁴⁹ Vor allem die private Lebens- und Krankenversicherung, aber auch private Altersversicherung knüpfen zur Ermittlung des versicherten Risikos regelmäßig an das Geschlecht des Versicherungsnehmers an.⁵⁰ So besteht ein signifikanter statistischer Zusammenhang zwischen der Lebenserwartung und dem Geschlecht. Eine andere Variation statistischer Diskriminierung ist das Modell der *revenue-based statistical discrimination*.⁵¹ Hier dient das Stellvertretermerkmal dazu, einen Schluss auf die Einkommenshöhe zu ziehen. Mit diesem Modell erklärten Ayres *et al.* das in den U.S.A. häufige Phänomen von Taxifahrern, Angehörige von ethnischen Minderheiten nicht zu befördern.⁵² Sie haben nachgewiesen, dass Angehörige ethnischer Minderheiten (Schwarze und Hispanics) im Vergleich zu weißen Passagieren re-

41 Posner, 56 U. Chi. L. Rev. 1311, 1320 (1989) besteht darauf, dass es im Fall der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sogar unmöglich sein kann, die Kosten zu ermitteln.

42 Diese klare Beschreibung liefert jetzt Britz, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 9.

43 Dazu jetzt eingehend Richter, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 29 ff.

44 Vgl. dazu Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 210 ff; Krömmelbein, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, 2007, 118 ff.

45 Vandenbergh, 3 ERCL 410, 420 (2007).

46 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 220 f; Wandt, VersR 2004, 1341, 1341 f.

47 Eingräumt von GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats* ASBL = Slg. 2011, I-773 Rn. 46.

48 Wandt, Versicherungsvertragsrecht, 2009, Rn. 103.

49 Wrase/Baer, NJW 2004, 1623, 1624.

50 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 221 ff; Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529, 534; Wandt, VersR 2004, 1341, 1342 f; Looschelders, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141, 142 ff; Thüsing in: MünchKommBGB, § 20 AGG Rn. 70.

51 Zur Unterscheidung Ayres, 104 Harv. L. Rev. 817, 842-43 (1991).

52 Ayres/Vars/Zakariya, 114 Yale L.J. 1613, 1632-52 (2005).

gelmäßig nur die Hälfte des Trinkgelds (tip) geben.⁵³ Die Taxifahrer verwenden hier das Merkmal „Rasse“, um auf die Höhe ihres Trinkgelds zu schließen.

Der maßgebliche Unterschied zur präferenzbedingten Diskriminierung wird darin gesehen, dass die Anknüpfung an die Gruppenzugehörigkeit nicht auf eine bestimmte Präferenz des Benachteiligten zurückzuführen ist.⁵⁴ Statistischer Diskriminierung geht es nach herkömmlichem Verständnis nicht um die Voreingenommenheit (*bias*) gegenüber einem bestimmten Merkmal, sondern um die Verwendung dieses Merkmals als Stellvertretermerkmal (*proxy trait*). Die Gruppenzugehörigkeit dient lediglich dazu, eine andere Eigenschaft der Person erfassen zu können.⁵⁵ Das hört sich zunächst überzeugend an. *Arrow* stellte sich gleichwohl die Frage, ob man in der empirischen Praxis wirklich zwischen beiden Formen streng unterscheiden kann.⁵⁶ Das herkömmliche Modell statistischer Diskriminierung kann diese strenge Trennung nur aufrechterhalten, wenn es zusätzliche implizite Annahmen trifft: Das personenbezogene Merkmal, das als Stellvertretermerkmal fungiert, ist darin immer zugleich auch ein verpöntes Merkmal. Darin liegt der Normalfall statistischer Diskriminierung. Diese Annahme beruht aber auf systemfremden Faktoren, weil man die verfassungsrechtlichen und/oder gesetzgeberischen Entscheidungen in einer konkreten Rechtsordnung in die Analyse einbezieht. Berücksichtigt man diese externen Faktoren bereits bei der systeminternen Definition der statistischen Diskriminierung, beschränkt man ihr analytisches Potential erheblich. Man muss daher das Modell statistischer Diskriminierung so wählen, dass es jeden Zusammenhang von Stellvertretermerkmal und Hauptmerkmal herstellen und beschreiben kann. Ob das jeweilige Merkmal neutral ist oder nicht, hängt von gesetzgeberischen Entscheidungen ab, die in Staat A und B unterschiedlich ausfallen können. Dabei handelt es sich um eine Kommunikation im Rechtssystem, mit der die Behandlung der statistischen Diskriminierung im Recht strukturiert wird. Will man diesen Zusammenhang rechtlich zutreffend erfassen, muss man streng zwischen der empirisch-deskriptiven Ebene und der normativen Ebene trennen. Auf der ersten Ebene geht es nur darum festzustellen, ob aufgrund eines Merkmals auf ein anderes Merkmal geschlossen wird. Auf der zweiten Ebene ist zu untersuchen, welches der Merkmale diskriminierungsrechtlich relevant ist. Es gibt danach vier Erscheinungsformen statistischer Diskriminierung: (1.) Das Hauptmerkmal ist diskriminierungsrechtlich neutral, nur die Anknüpfung an das Stellvertretermerkmal ist verpönt. (2.)

53 *Ayres/Vars/Zakariya*, 114 Yale L.J. 1613, 1626-32 (2005).

54 *Phelps*, 62 Am. Econ. Rev. 659 (1972).

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

56 *Arrow*, 12 J. Econ. Persp. 91, 96 f (1998). Bejahend etwa die Untersuchungen von *Ayres*, 104 Harv. L. Rev. 817 (1991); *Ayres*, 94 Mich. L. Rev. 109, 138-141 (1995); *Ayres/Siegelman*, 85 Am. Econ. Rev. 304, 313-319 (1995) und *List*, 119 Q. J. Econ. 49 (2004); verneinend dagegen die Studie von *Nardinelli/Simon*, 105 Q. J. Econ. 575 (1990) (kritisch zur Frage der Übertragbarkeit dieser Studien *Epstein*, *Forbidden Grounds*, 1992, 48 ff).

Das Stellvertretermerkmal ist neutral, während das Hauptmerkmal ein verpöntes Merkmal ist. (3.) Beide Merkmale sind diskriminierungsrechtlich verbotene Merkmale. (4.) Beide Merkmale sind diskriminierungsrechtlich neutral.

Die Fälle (2.) und (3.) werfen erhebliche Abgrenzungsprobleme zur präferenzbedingten Diskriminierung auf. Dazu ein Beispiel: Es gibt zahlreiche Untersuchungen, in denen nachgewiesen wird, dass verheiratete männliche Arbeitnehmer mehr verdienen als nicht verheiratete Männer.⁵⁷ *Christopher Carpenter* führte das in einer Studie auf Grundlage amerikanischer Daten auf eine Präferenz der Arbeitgeber zugunsten heterosexueller Arbeitnehmer zurück. Danach gebe es beides, „a wage premium for heterosexual married men and a wage penalty for gay men“.⁵⁸ Er stellte die These auf, dass Arbeitgeber den Familienstand als Signal – ich würde sagen: als Stellvertretermerkmal – verwenden, um daraus Rückschlüsse auf die Heterosexualität der Arbeitnehmer in bestimmten Altersgruppen zu ziehen.⁵⁹ *Jefferson Frank* konnte diese Interpretation in einer Studie über die Einkommensverteilung britischer Universitätsangestellter im Wesentlichen bestätigen.⁶⁰ Diese Studien belegen, dass der Familienstand als Stellvertretermerkmal einer präferenzbedingten Diskriminierung herangezogen wird. Damit fällt die eingangs gezogene Grenze zwischen beiden Erscheinungsformen in sich zusammen. Statistische Diskriminierung kann daher eine präferenzbedingte Diskriminierung sein.

Die Gründe, warum man auf das Hauptmerkmal aufgrund der Stellvertretermerkmale und einer tatsächlichen oder vermeintlichen Beziehung schließen kann, sind unendlich.⁶¹ Man kann sie grob in drei Gruppen einteilen: (1.) (vermeintlich) „harte Fakten“, die empirisch nachprüfbar sind, wie (a) beispielsweise die Lebenserwartung, wo ein versicherungsmathematischer Bezug zum Geschlecht hergestellt werden kann,⁶² oder (b) ein ab einem bestimmten Lebensalter eintretender genereller Leistungsabfall bei Vertragsärzten, aus dem eine Gefährdung der gesetzlich krankenversicherten Patienten folgt,⁶³ (2.) Annahmen über

57 Siehe dazu *Badgett*, Discrimination based on sexual orientation, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 26 ff; *Carpenter*, Do straight men „come out“ at work too?, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 76; *Frank*, Marriage premium as evidence of discrimination, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 93 f (jeweils mwN).

58 *Carpenter*, Do straight men „come out“ at work too?, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 76.

59 *Carpenter*, Do straight men „come out“ at work too?, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 76.

60 *Frank*, Marriage premium as evidence of discrimination, in: *Badgett/Frank*, Sexual Orientation Discrimination, 2007, 93 ff.

61 Siehe dazu erneut aus moralphilosophischer Perspektive *Alexander*, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 167-173 (1992).

62 Statt vieler *Looschelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 147 ff; zu den versicherungsökonomischen Gründen ausführlich *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 42 ff.

63 Vgl. dazu BVerfG NJW 1998, 1776, 1777; BVerfG NZS 2008, 311 Rn. 7; im Prinzip auch EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 52.

das zukünftige Verhalten von Personen wie die problematische Einschätzung, dass eine junge Bewerberin demnächst wegen Schwanger- und Mutterschaft ausfallen wird und (3.) Annahmen über das Verhalten Dritter gegenüber den Trägern des Stellvertretermerkmals. Ein Beispiel dafür ist die Annahme des Arbeitgebers in der Rs. *Feryn*, dass die Kunden keine „Marokkaner“ als Monteure in ihre Wohnung lassen werden, weil sie eine Beziehung herstellen zwischen der ethnischen Herkunft und der Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Kriminaldelikts zu werden, was seinerseits zum Wettbewerbsnachteil des Unternehmens führen wird.⁶⁴ Statistische Diskriminierung ist ein von *Alexander* plastisch beschriebenes millionenfaches Alltagsphänomen:

„Day in and day out, in almost every context, we react to people based on traits they possess which, though immaterial in themselves, we believe to be highly correlated with those traits in which we are primarily interested. We are always using some traits as proxies for other traits. In conclusively presuming for purposes of a particular decision that an individual with a proxy trait possesses the material trait, we stereotype those with the proxy trait. We could not function without proxies and the stereotypes on which they are based.“⁶⁵

Die Bandbreite der Beispiele zeigt, dass statistische Diskriminierung einer Person als solche auf rationalen Gründen beruhen kann.⁶⁶ Daraus leiten viele ab, dass sie auch ökonomisch effizient ist.⁶⁷ Diskriminierungsverbote, die es verbieten, an das Stellvertretermerkmal anzuknüpfen, werden daher kritisiert, weil sie zu hohen Informationskosten führen, die im Ergebnis die zu schützenden Personengruppen vom Markt verdrängen.⁶⁸ Auf dieses normative Argument werde ich noch zurückkommen.⁶⁹ Wichtig ist es, zu erkennen, dass ihm implizit die hier kritisierte Annahme zugrunde liegt, das Hauptmerkmal sei *per se* diskriminierungsrechtlich neutral. Das erkennt die vierfache Kombinationsmöglichkeit. Entscheidend für die hier verfolgte deskriptive Analyse ist lediglich, dass statistische Diskriminierung ein Informationsdefizit verringert. Die beiden entscheidenden Parameter sind nach *Young Choul Kim* und *Glenn C. Loury* die *Pole group reputation* (Ansehen der Gruppe) und *individual reputation* (Ansehen der Person).⁷⁰ Das Ansehen der Gruppe setzt sich aus den durchschnittlichen Merkma-

64 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187.

65 Plastisch *Alexander*, 141 U. Pa. L. Rev. 149, 167 (1992).

66 Eingehend zur rationalen Diskriminierung *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 17 ff.

67 Vgl. dazu *Norman*, 70 Rev. Econ. & Eff'y 615 (2003); zweifelnd *Schwab*, 76 Am. Econ. Rev. 228 (1986).

68 Vgl. *Posner*, Economic Analysis of Law, 2007, 358 ff; *Vandenberghe*, 3 ERCL 410, 422-427 (2007); *Eidenmüller*, Privatautonomie im DCFR, in: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, 2008, 73, 86 f; grundlegend zu dem – nicht auf statistische Diskriminierung beschränkten – Argument *Landes*, 76 J. Pol. Econ. 507 (1968).

69 Siehe unten § 8 III 4.

70 *Kim/Loury*, Group Reputation and the Dynamics of Statistical Discrimination, MPRA Paper No. 18765, 2009, http://mpra.ub.uni-muenchen.de/18765/1/MPRA_paper_18765.pdf, S. 2.

len der Gruppenmitglieder zusammen, die ihnen vom Benachteiligenden zugeschrieben werden. Das Ansehen der Person ermittelt sich nur im Fall vollständiger Information ausschließlich aufgrund einer individuellen Einschätzung des Menschen. Weil dieser Fall nur theoretisch möglich und überdies unter persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht wünschenswert ist⁷¹, ergänzt die Gruppenzugehörigkeit den vorhandenen Informationsbestand. Das umso mehr, je dünner der Datensatz an individuellen Informationen ist. Daraus folgt, dass zwei Personen mit einem vergleichbaren Bestand an zugänglichen individuellen Informationen unterschiedlich behandelt werden, abhängig davon, ob sie einer Gruppe mit hohem Ansehen oder einer Gruppe mit niedrigerem Ansehen angehören.⁷²

Das wirft, wie *Gabriele Britz* jüngst nachgewiesen hat, erhebliche normative Probleme auf:⁷³ (1.) Statistisch begründete Prognosen weisen zwingend Ungenauigkeitseffekte auf, die zu einer Falschzuordnung der individuellen Person führen. Die Person wird wegen eines Merkmals wie ein Gruppenmitglied behandelt, obwohl sie in Wirklichkeit die Haupteigenschaft eines Nicht-Merkmalsträgers aufweist. Ihr wird dadurch eine negative Eigenschaft zugeschrieben, die sie tatsächlich nicht hat, was zugleich die autonome Selbstdarstellung einschränkt. Die vermeintliche Hypothese entpuppt sich als Stereotyp.⁷⁴ Schließlich wird ihr aufgrund der unzutreffenden Prognose etwas vorenthalten, worauf sie nach Maßgabe des Benachteiligenden eigentlich einen Anspruch hätte.⁷⁵ (2.) Selbst wenn der statistische Zusammenhang zutreffen sollte, besteht die Gefahr, dass eine ohnehin benachteiligte Gruppe weiter benachteiligt wird. Auch in der ökonomischen Literatur ist mehrfach darauf hingewiesen worden, dass die empirisch belastbaren Grundannahmen statistischer Diskriminierungen sich als selbsterfüllende Prophezeiungen herausstellen können.⁷⁶ (3.) Statistische Diskriminierung kann aus sich heraus nicht erklären, ob das gewählte Hauptmerkmal überhaupt einen tauglichen Ansatzpunkt zur Differenzierung bietet. Diese Punkte belegen mit Nachdruck, was *Phelps* schon 1972 klarstellte: Statistische Diskriminierung ist

71 Diesen Aspekt betont *Looschelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: *Leible/Schlachter*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141, 150, mit Recht.

72 *Kim* und *Loury* stellen die wichtige Frage, woher die für die Zuschreibung von Gruppencharakteristiken zentralen Annahmen (*high/low reputation steady state*) kommen. Ausgehend von einem dynamischen Modell statistischer Diskriminierung, können sie diese auf die Fortwirkung unterschiedlicher historischer Ausgangssituationen zurückführen, vgl. *Kim/Loury*, Group Reputation and the Dynamics of Statistical Discrimination, MPRA Paper No. 18765, 2009, http://mpira.ub.uni-muenchen.de/18765/1/MPRA_paper_18765.pdf, S. 17 f.

73 Ausführlich *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 120 ff.

74 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 18.

75 Diesen Aspekt übersieht beispielsweise *Pfeiffer*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 983 f in seiner Kritik am Verbot der statistischen Diskriminierung als mittelbare Diskriminierung.

76 Siehe *Arrow*, The Theory of Discrimination, in: *Ashenfelter/Rees*, Discrimination in Labor Markets, 1973, 3 ff; *Lundberg/Startz*, 73 Am. Econ. Rev. 340 (1983); *Loury*, 12 J. Econ. Persp. 117, 123 (1998).

aus normativer Sicht nicht zwangsläufig ein geringeres Übel.⁷⁷ Das zeigt in Beispiel (1.)(b) die mit der statistischen Diskriminierung einhergehende, die autonome Selbstbeschreibung des Einzelnen verletzende Zuschreibung als Gefahrenquelle für die Patienten.⁷⁸ Auch von der Warte der präferenzbedingten Diskriminierung aus betrachtet, greift es zu kurz, die statistische Diskriminierung für privilegierend zu halten.⁷⁹ Damit reduziert man die schutzwürdigen Interessen auf rein rational-wirtschaftliche und man verkennt die moralische Dimension präferenzbedingter Diskriminierung. Eine Diskriminierung aus Gründen bestimmter Merkmale liegt auch bei der statistischen Diskriminierung vor. Das Nichtdiskriminierungsrecht muss daher auf tatbestandlicher Ebene nicht prinzipiell zwischen beiden Formen unterscheiden.⁸⁰ Der dogmatische Erkenntniswert der statistischen Diskriminierung entfaltet sich jedoch auf der Rechtfertigungsebene.⁸¹

c) *Intrinsische und instrumentale Diskriminierung*

Für die Analyse des Nichtdiskriminierungsrechts ist die Unterscheidung zwischen intrinsischen und instrumental Diskriminierungen hilfreich. Mit dieser Differenzierung knüpfe ich an die klassische Unterscheidung von Wert- und Zweckrationalität bei *Max Weber* an:⁸² Wertrational handelt, wer „ohne Rücksicht auf die vorauszusehenden Folgen handelt im Dienst seiner Ueberzeugung von dem, was Pflicht, Würde, Schönheit, religiöse Weisung, Pietät, oder die Wichtigkeit einer ‘Sache’ gleichviel welcher Art ihm zu gebieten scheinen.“⁸³ Zweckrational handelt dagegen, „wer sein Handeln nach Zweck, Mitteln und Nebenfolgen orientiert und dabei sowohl die Mittel gegen die Zwecke, wie die Zwecke gegen die Nebenfolgen, wie endlich auch die verschiedenen möglichen Zwecke gegeneinander rational *abwägt*“.⁸⁴ Unter einer zweckrationalen oder instrumental Diskriminierung verstehe ich Benachteiligungen, die ein Mittel sind, um ein bestimmtes ökonomisch gesetztes Handlungsziel (Zweck) zu erreichen. Nach dem Eigenverständnis des ökonomischen Teilsystems besteht eine (ökonomisch) rationale Be-

77 *Phelps*, 62 Am. Econ. Rev. 659, 661 (1972): „Discrimination is no less damaging to its victims for being statistical. And it is no less important for social policy to counter.“

78 Vgl. *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 23 f; dazu bereits oben § 6 III 6.

79 Siehe *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 25 ff.

80 Näher dazu *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 23 ff; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 245 ff.

81 Klar gesehen von *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 35 f.

82 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 12 ff; kritisch zur Begriffsbildung *Sukale*, *Max Weber – Leidenschaft und Disziplin*, 2002, 433 f.

83 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 12.

84 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, 13.

ziehung zwischen dem Merkmal und dem Zweck der Ungleichbehandlung.⁸⁵ Das klassische Beispiel dafür sind Versicherungsverträge, die an das Geschlecht des Versicherungsnehmers anknüpfen, um damit eine adäquate Bewertung des versicherten Risikos (Lebenserwartung, Krankheitskosten) zu ermöglichen. Bei einer wertrationalen oder intrinsischen Diskriminierung fehlt ein extern gesetzter ökonomischer Zweck. Die Ungleichbehandlung wird auf moralisch, ethisch oder psychologisch begründete Unterschiede zwischen den Gruppenangehörigen zurückgeführt. Sie ist daher nicht im Teilsystem der Wirtschaft verwurzelt, sondern beruht auf Differenzierungen, die in anderen sozialen Kommunikationsstrukturen vorgenommen werden.

Bereits Weber wies darauf hin, dass soziales Handeln selten „nur in der einen oder der anderen Art orientiert“ sei.⁸⁶ Vielmehr handle es sich „für soziologische Zwecke geschaffene, begrifflich reine Typen, denen sich das reale Handeln mehr oder minder annähert“.⁸⁷ Diese Einschränkung gilt zwangsläufig auch für die hier vorgeschlagene Einteilung in instrumentale und intrinsische Diskriminierungen. Es handelt sich dabei um Kategorien, mit denen die jeweilige Herkunft aus unterschiedlichen Teilsystemen der Gesellschaft (Ökonomie/Religion/Moral) bezeichnet werden soll. Das erlaubt im Ausgangspunkt eine trennscharfe Unterscheidung beider Kategorien. Während mit einer instrumentalen Diskriminierung strikt ökonomische Ziele verfolgt werden, genügt bei einer intrinsischen Diskriminierung die Unterscheidung anhand personenbezogener Merkmale als Zweck an sich. Zweck der Diskriminierung ist nur die in der Unterscheidung als solcher liegende Grenzziehung zwischen den betroffenen Gruppen und deren hierarchischen Status in der Gesellschaft. Es gibt keine darüber hinausreichende Zweck-Mittel-Relation.⁸⁸ Das wirkt sich insbesondere auf der Rechtfertigungsebene aus. Bei der instrumentalen Diskriminierung liegt der Schwerpunkt der Rechtfertigungsprüfung in der eigentlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung⁸⁹ und damit erfolgreichen strukturellen Kopplung von Recht und Wirtschaft. Bei der intrinsischen Diskriminierung kommt es dagegen vorrangig darauf an, ob das Recht die Handlungsgründe als solche für ausreichend schutzwürdig erachtet.

Das Begriffspaar intrinsisch/instrumental ist nicht deckungsgleich mit der Unterscheidung präferenzbedingt/statistisch. Folgt ein Benachteiligender nicht seinen eigenen Präferenzen, sondern den Präferenzen Dritter, beispielsweise seiner

85 Die in der Literatur verwendete Terminologie ist verwirrend: *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 395 ff, spricht von intensionalen Prädikaten; *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 165 ff; *Huster*, JZ 1994, 541, 543 ff; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 82 ff; von externen Zwecken und Zielen und *Hellman*, 86 Cal. L. Rev. 315, 317-318 (1998) von *proxy-discrimination*.

86 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 13.

87 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, 13.

88 Vgl. *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 395 ff, der insoweit von extensionalen Prädikaten spricht.

89 Siehe *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 165 ff; *Huster*, JZ 1994, 541, 547 ff; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 78 ff mwN.

Kunden, ist das ein Fall präferenzbedingter instrumentaler Diskriminierung: Der Arbeitgeber stellt nur Frauen und keine homosexuellen Männer für seine Bar ein, weil sein überwiegend heterosexuelles, männliches Publikum Frauen präferiert. Er diskriminiert wegen des Geschlechts und der sexuellen Orientierung, um seinen Umsatz zu steigern. Das ist rationales Verhalten,⁹⁰ ändert aber nichts daran, dass es sich – rechtlich betrachtet – um eine unmittelbare Diskriminierung handelt. Ihr Charakter als instrumentale Diskriminierung mit Rationalitätspotential wird im Recht auf der Rechtfertigungsebene abgebildet.

Man sollte auch nicht statistische Diskriminierungen mit den instrumentalen Diskriminierungen gleichsetzen.⁹¹ Das lässt sich anhand der Ungleichbehandlung von Ehegatten und Lebenspartnern in der (betrieblichen) Hinterbliebenenversorgung demonstrieren.⁹² Wenn die Anspruchsberechtigung auf Ehegatten beschränkt ist, werden alle Paare ungleich behandelt, deren Lebensform nicht die Ehe ist. Dazu zählen – soweit im nationalen Recht vorgesehen – eingetragene Lebenspartnerschaften, hetero- und homosexuelle Lebensgemeinschaften. Von diesen Lebensformen sind nur diejenigen mit der Ehe vergleichbar, die das nationale Recht als Statusverhältnis ausgestaltet. Das folgt aus der beschränkten Kompetenz der Union. Die Richtlinie 2000/78/EG bezieht sich nur auf bestehende Statusverhältnisse und gibt den Mitgliedstaaten nicht vor, wie sie die Statusverhältnisse und den Zugang dazu ausgestalten.⁹³ Der relevante Unterschied besteht also nur zwischen dem Familienstand verheiratet/verpartnert. Dieser knüpft im Regelfall⁹⁴ unmittelbar an die jeweiligen Zugangsvoraussetzungen zum Statusverhältnis an. Entscheidend ist das im Geburtenregister festgehaltene Geschlecht (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG) beider Partner.⁹⁵ Sind die beiden Partner geschlechtsverschieden, können sie eine Ehe eingehen. Weisen sie das gleiche Geschlecht auf, ist die eingetragene Lebenspartnerschaft einschlägig (§ 1 Abs. 1 S. 1 LPartG). Die sexuelle Orientierung der Personen ist nach dem Wortlaut unerheblich.⁹⁶ Der Gesetzgeber musste wegen der Achtung der Intimsphäre der Beteiligten darauf verzichten, eine Geschlechtsgemeinschaft zur Voraussetzung zu machen und die jeweilige sexuelle Orientierung vor Eingehen einer Ehe oder eingetragenen Le-

90 Somek, Rechtliches Wissen, 2006, 221 ff.

91 So aber Dammann, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 102 ff; zutreffend dagegen – wenn auch terminologisch weniger glücklich – der zum Gegenteil verführende Begriff „non-proxy-discrimination“ von Hellman, 86 Cal. L. Rev. 315, 318–322 (1998).

92 Die folgenden Ausführungen sind im Kern bereits in Grünberger, FPR 2010, 203, 204 f enthalten.

93 Vgl. EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen = Slg. 2008, I-1757 Rn. 59; EuGH, Urt. v. 10.5.2011, Rs. C-147/08 – Jürgen Römer v. Hamburg = Slg. 2011, I-3591 Rn. 38.

94 Ausnahme ist die Geschlechtsumwandlung bei bestehender Ehe, weil es hier zu gleichgeschlechtlichen Ehen und verschiedengeschlechtlichen Lebenspartnerschaften kommen kann; dazu BVerfGE 121, 175 Rn. 72 und TSG-ÄndG v. 17.7.2009, BGBl. I S. 1978.

95 BVerfGE 115, 1 Rn. 53, 70; BVerfGE 121, 175 Rn. 50, 58; Grünberger, JZ 2006, 517 f; Muscheler, Familienrecht, 2006, Rn. 836 f; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 2010, § 42 Rn. 13.

96 BVerfGE 115, 1 Rn. 53, 70; BVerfG NJW 2008, 209 Rn. 21.

benspartnerschaft zu überprüfen.⁹⁷ In der Rechtswirklichkeit sind es aber typischerweise heterosexuelle Menschen, die heiraten, und homosexuelle Menschen, die sich verpartnern.⁹⁸ Diese Rechtswirklichkeit wollte man mit dem LPartG auch erfassen.⁹⁹ Weil man an das Hauptmerkmal (sexuelle Orientierung) nicht anknüpfen konnte/durfte, knüpft man an die Gleichgeschlechtlichkeit/Verschiedengeschlechtlichkeit des Paares an. Die Geschlechtlichkeit des Paares ist damit ein Stellvertretermerkmal. Dem liegt eine überzeugende statistische Annahme zugrunde: Personen gleichen Geschlechts, die eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen wollen, sind in aller Regel homosexuell veranlagt. Gleiches gilt *mutatis mutandis* für die Ehe. Die Unterscheidung von Ehe und Lebenspartnerschaft beruht daher auf einer statistischen Diskriminierung. Die Pointe des Falles liegt darin, dass sie vom Normalfall abweicht: Hier sind Hauptmerkmal (sexuelle Orientierung) und Stellvertretermerkmal (Geschlecht) diskriminierungsrechtlich relevant. Welche Bedeutung ihnen zukommt, entscheidet das jeweils anwendbare Recht. Auf die Einordnung als Fall statistischer Diskriminierung hat das keinen Einfluss.¹⁰⁰ Es liegt aber keine instrumentale Diskriminierung vor. Mit der an die Geschlechtskombination des Paares anknüpfenden Ungleichbehandlung wird kein rationaler Zweck verfolgt. Die Behauptung, die Lebenspartnerschaft ist „nicht auf ein eigenes Kind hin angelegt, führt nicht zu Elternverantwortlichkeit und erbringt dadurch keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft“¹⁰¹, kann schon bei Anwendung eines einfachen Rationalitätsmaßstabes nicht „die Ehe prägenden, ihre Exklusivität auf die Verbindung von Mann und Frau beschränkenden und ihre besondere Förderung rechtfertigenden Elemente“¹⁰² erklären. Die „Privilegierung der Ehe, und zwar auch der *kinderlosen* Ehe, [...], insbesondere wenn man sie getrennt vom Schutz der Familie betrachtet, [liegt] in der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich verbindlichen Verantwortung für den Partner“.¹⁰³ Die eingetragene Lebenspartnerschaft unterscheidet sich hinsichtlich ihres Eingehungsgrundes nicht von der Ehe: „Beide sind auf Dauer angelegt und begründen eine gegenseitige Einstandspflicht“.¹⁰⁴ Wie das Bundesverfassungsgericht mittlerweile festgestellt hat, fehlt dem „Kindererziehungsargument“ die rationale Basis. Es ist *underinclusive* und *overexclusive* zugleich: „Nicht in jeder Ehe gibt es Kinder.“¹⁰⁵ Und: „In zahlreichen eingetragenen Lebenspartnerschaften leben Kinder, insbesondere in solchen von Frauen.“¹⁰⁶

97 Vgl. BVerfGE 121, 175 Rn. 90.

98 Vgl. BVerfGE 121, 175 Rn. 90.

99 BVerfGE 124, 199 Rn. 91.

100 Siehe dazu oben § 6 V 1 b).

101 BVerfGE 105, 313, 362 (abw. Meinung Haas).

102 BVerfGE 105, 313, 362 (abw. Meinung Haas).

103 BVerfGE 124, 199 Rn. 102.

104 BVerfGE 124, 199 Rn. 102.

105 BVerfGE 124, 199 Rn. 112.

106 BVerfGE 124, 199 Rn. 113.

Dazu kommt, dass „auch nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet“¹⁰⁷ ist und es aus freiheitsrechtlichen Gründen gar nicht sein muss.¹⁰⁸ Das Argument ist vorge-schoben. Tatsächlich geht es darum, homosexuelle Partnerschaften „ihrer Eigen-art entsprechend“ zu behandeln.¹⁰⁹ Es geht ausschließlich darum, dass heterose-xuellen Paargemeinschaften kategorisch ein höherer ethischer Wert für die Gesellschaft zugeschrieben wird.¹¹⁰ Im Gegenteil: Die Diskriminierung erfolgt um ihrer selbst willen: Gleichgeschlechtlichen Paaren wird der Zugang zur Ehe ver-wehrt, weil sie idR homosexuell sind. Das mag auf kategorischen Vorstellungen moralischer Werthaltigkeit dieser Beziehungen oder auf stereotypen Rollenver-ständnissen in der Ehe¹¹¹ beruhen. Das sind aber Handlungsgründe einer intrinsi-schen Diskriminierung. Das wirft ganz andere Rechtfertigungsfragen auf. Weil ein externer Zweck fehlt, ist der Rechtsanwender gezwungen, sich mit dem konf-liktierenden moralischen Anspruch auf Gleichbehandlung und den unterschiedli-chen ethischen Konzeptionen des Guten und Richtigen auseinanderzusetzen.

2. Rechtliche Diskriminierungskategorien

Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht kennt mittlerweile vier Diskriminierungskategorien: die unmittelbare oder direkte Diskriminierung, die mittelbare oder indirekte Diskriminierung, Belästigungen und Anweisungen Drit-ter zur Diskriminierung.¹¹² Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung sind auch Grundkategorien im Primärrecht.¹¹³ Ich beschränke mich hier auf das spezi-elle sekundärrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht¹¹⁴. Allerdings gibt es vielfälti-ge Querverbindungen des Diskriminierungsbegriffs der Richtlinien mit dem aus Art. 157 AEUV¹¹⁵, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie sie vom Gerichtshof in den Rs. *Mangold*¹¹⁶ und *Kücükdeveci*¹¹⁷ entwickelt wurden und mit Art. 21 Grundrechte-Charta. Für die methodische Analyse des Verhältnisses von Primär-recht und Richtlinie greife ich den Ansatz des Gerichtshofs in den Rs. *Defrenne*

107 BVerfGE 124, 199 Rn. 112.

108 Dazu näher *Grünberger*, FPR 2010, 203, 206.

109 So BGH NJW-RR 2007, 1441 Rn. 19.

110 So unter Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG in der Sache noch BVerfG NJW 2008, 209, 211.

111 Darauf weist *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (N.D. Cal. 2010) hin.

112 Vgl. Art. 2 RL 2000/43/EG, Art. 2 RL 2000/78/EG, Art. 4 RL 2004/113/EG, Art. 2 RL 2006/54/EG, Art. 3 RL 2010/41/EU. Zur Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsbegriff in der Kompetenzgrund-lage (Art. 19 Abs. 1 AEUV) näher *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 253 ff.

113 Siehe auch den Überblick bei *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 8 Rn. 4 ff und *Base-dow*, ZEuP 2008, 230, 234 ff, der zwischen binnenmarktbezogenen und gesellschaftspolitischen Dis-kriminierungsverboten unterscheidet.

114 Zum Begriff oben § 6 I 3.

115 Dazu statt vieler *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, 2007, Kap. B Rn. 14 ff.

116 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 f.

117 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 50.

II¹¹⁸ und *Mangold*¹¹⁹ sowie *Küçükdeveci*¹²⁰ auf.¹²¹ Danach ist das Diskriminierungsverbot des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts mehrfach im Primärrecht verankert: (1.) in Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 der Grundrechte-Charta, (2.) als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts und (3.) in Art. 157 AEUV, dort allerdings beschränkt auf das Merkmal Geschlecht und auf Beschäftigung und Beruf. Die Richtlinien konkretisieren diesen – konsequent so benannten – „Grundsatz der Gleichbehandlung“¹²² für die jeweils geschützten Merkmale. Ob der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt ist, ergibt sich dann aus dem in den Richtlinien definierten Diskriminierungsverbot. Sie enthalten eine einheitliche Konzeption der Diskriminierung.¹²³ Weil die im Sekundärrecht vorgesehenen Instrumente den Grundsatz nur konkretisieren, müssen sie sich innerhalb der primärrechtlich gezogenen Grenzen halten und dürfen den dort vorgesehenen Schutz nicht unterschreiten.¹²⁴

a) Unmittelbare Benachteiligung/Diskriminierung

Die Vorgaben der Richtlinien werden in § 3 Abs. 1 S. 1 AGG beinahe wörtlich umgesetzt. In Deutschland hat man sich anstelle des Wortes „Diskriminierung“ für den vermeintlich neutralen Begriff der „Benachteiligung“ entschieden.¹²⁵ Inhaltlich macht das keinen Unterschied. Ich verwende beide Begriffe daher synonym.

118 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 54; beispielsweise bestätigt in EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-13/94 – *P & S v. Cornwall County Council* = Slg. 1996, I-2143 Rn. 18.

119 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff.

120 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 20 ff.

121 Dieser Zusammenhang wird ausdrücklich hergestellt von GA Bot, Schlussanträge v. 7.7.2009, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 83 ff und bestätigt von BAG NZA 2010, 561 Rn. 17. Aus der Literatur vgl. *Krebber*, 27 Comp. Lab. L. & Pol’y J. 377, 394-98 (2007); *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 369 ff; dagegen etwa *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 11 Rn. 3 mwN.

122 Art. 1 RL 2000/43/EG, Art. 1 RL 2000/78/EG, Art. 1 RL 2004/113/EG, Art. 1 Abs. 1 RL 2006/54/EG, Art. 1 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

123 Vertiefend *Schiek*, 8 ELJ 290, 295-297 (2002); *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 200 ff.

124 Vgl. dazu schon EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 60; siehe auch GA Bot, Schlussanträge v. 7.7.2009, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 87. Damit könnte man die Entscheidung EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 zur Unwirksamkeit von Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG erklären.

125 Vgl. Begr. RegE AGG, BT-Drs. 16/1780, S. 30.

(1) Ungleiche Behandlung

Eine unmittelbare Diskriminierung setzt voraus, dass eine Person eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Erster Prüfungspunkt ist die „weniger günstige“ Behandlung einer Person. Dafür benötigt man *keine* Vergleichsperson. Auf dieser Ebene geht es ausschließlich darum festzustellen, ob eine Person aufgrund eines Verhaltens einer anderen Person tatsächlich¹²⁶ einen objektiven Nachteil erlitten hat, der sich im sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinien verwirklicht. Im Normalfall wirkt sich die Maßnahme negativ auf die substantielle Lage des davon Betroffenen aus. Das ist beispielsweise der Fall, wenn Arbeitgeber Personen entlassen dürfen, sobald sie das dafür notwendige Alter erreicht haben¹²⁷ oder beim Erreichen der Altersgrenze die Zwangsversetzung in den Ruhestand mit automatischer Beendigung des Arbeitsvertrags vorgesehen ist.¹²⁸ Ein anderes Beispiel ist der Ausschluss von Abfindungsansprüchen, wenn und soweit der Arbeitnehmer aufgrund seines Alters Anspruch auf eine Rente hat.¹²⁹ Ergibt sich aus einer nationalen Vorschrift, dass sich das Entgelt nach der Berufserfahrung richtet, die nach dem 18. Lebensjahr gesammelt wurde, werden Personen, die in jüngeren Jahren ihre Ausbildung absolvierten, objektiv benachteiligt.¹³⁰ Wird in einer Bewerbungssituation ein Bewerber abgelehnt, ohne dass er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde,¹³¹ liegt die Benachteiligung darin, dass der Person eine Chance versagt wurde.¹³² Die Beispiele aus der Praxis des Nichtdiskriminierungsrechts zeigen, dass es sich im Kern um Beeinträchtigungen von Entfaltungs- und Wirkungsmöglichkeiten privater Akteure in sozialen Kontexten handelt.

Ob die Maßnahme objektiv benachteiligt, steht nicht immer zweifelsfrei fest. Exemplarisch dafür steht die sachgrundlose Befristung älterer Arbeitnehmer.¹³³ Man kann am wirtschaftlichen Nachteil zweifeln, wenn man an einen Arbeitnehmer denkt, der ohne diese Regelung keine Chancen auf dem Arbeitsmarkt hät-

126 Siehe dazu *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 23 ff.

127 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 34; EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939 Rn. 29 f.

128 EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 51; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 37; EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 42 ff.

129 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 35 ff.

130 EuGH, Urt. v. 18.9.2009, Rs. C-88/08 – *Hütter v. Technische Universität Graz* = Slg. 2009, I-5325 Rn. 36.

131 BAG NZA 2009, 1087 Rn. 22; BAG NZA 2010, 872 Rn. 20; BAG NZA 2010, 1006 Rn. 13.

132 BAG BeckRS 2011, 65294 Rn. 33.

133 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981.

te.¹³⁴ Ein anderes Beispiel sind freiwillige Aufhebungsverträge unter Zahlung attraktiver Abfindungen. Das Bundesarbeitsgericht glaubt, dass ältere Arbeitnehmer keine weniger günstige Behandlung erfahren, wenn ihnen der Arbeitgeber im Unterschied zu jüngeren Arbeitnehmern kein entsprechendes Angebot unterbreitet.¹³⁵ Im konkreten Fall ging es immerhin um eine Summe von 171.720 €, die der Arbeitnehmer *nicht* erhalten hatte. Die älteren Arbeitnehmer würden nämlich vom Personalabbau ausgenommen und behielten die Chance, bis zum Eintritt in den Ruhestand bzw. bis zum Erreichen der für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen Altersgrenze erwerbstätig zu bleiben.¹³⁶ Das ist eine erstaunliche Argumentation.¹³⁷ Sie verkennt das für Art. 157 AEUV entwickelte und auf die Richtlinien zu übertragende Kriterium, dass man jeden einzelnen Bestandteil eines Regelungskomplexes getrennt würdigt und gerade keine Gesamtbewertung unternimmt.¹³⁸ Die Regelung des Arbeitgebers nimmt allen Arbeitnehmern, die vor 1952 geboren wurden, die *gleiche Freiheit*, selbstbestimmt über die Vor- und Nachteile eines Aufhebungsvertrags zu entscheiden. Die Unterscheidung ist geradezu ein Paradebeispiel einer Regel, die den Zweck des Diskriminierungsverbots, ein Freiheitsrecht zweiter Ordnung zu sein, untergräbt.¹³⁹ Fremdbestimmung tritt hier an die Stelle der Selbstbestimmung von Interessen. Das alles erfolgt wohlgerne auf Tatbestandsebene und nicht innerhalb der strukturell und methodisch dafür vorgesehenen Rechtfertigungsprüfung. Insoweit ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Odar* vorbildlich, weil sie eine weniger günstige Behandlung des von einer Sozialplanregelung ausgenommenen älteren Arbeitnehmers zutreffend bejaht.¹⁴⁰ Sie belegt erneut, dass die Feststellung, ob eine Regelung begünstigend oder belastend ist, aus der Perspektive der davon betroffenen Person getroffen werden muss.¹⁴¹

(2) Vergleichbare Situation

Die für das Diskriminierungsverbot zentrale Weichenstellung erfolgt auf zweiter Stufe. Hier geht es darum, von der Vielzahl möglicher Benachteiligungen diejenigen herauszufiltern, die „suspekt“ sind. Diese Aufgabe leistet erneut der Gleich-

134 So etwa *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 30.

135 BAG NZA 2010, 561 Rn. 33.

136 BAG NZA 2010, 561 Rn. 33.

137 Weiterführende Kritik bei *Grünberger*, EuZA 2011, 171.

138 EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961 Rn. 29, 35; aA *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 30, 76.

139 IE auch *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 3 AGG Rn. 3.

140 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 35 ff.

141 Näher *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 284 ff (zum verfassungsrechtlichen Kontext).

behandlungsgrundsatz.¹⁴² Das Gesetz verlangt einen Vergleich des Benachteiligten mit einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation. Vergleichbar können nur solche Situationen sein, die jeweils im sachlichen Anwendungsbeereich des Diskriminierungsverbots liegen.¹⁴³ Das Diskriminierungsverbot liefert keinen eigenen Vergleichsmaßstab.¹⁴⁴ Das ist Folge seiner Herkunft aus dem allgemeinen Gleichheitssatz.¹⁴⁵ Obwohl zwei Personen in wesentlicher Hinsicht vergleichbar sind, werden sie ungleich behandelt. Diese Konzeption birgt Risiken.¹⁴⁶ Die größte Schwierigkeit besteht darin festzustellen, welche Personen sich in vergleichbarer Lage befinden. Irgendein Vergleich ist immer möglich.¹⁴⁷ Vergleicht man die Eigenschaften von Personen und/oder Situationen, sind die zwei Vergleichsgegenstände „stets sowohl ungleich als auch gleich, da mindestens eine Eigenschaft sie stets unterscheidet und es praktisch kaum vorstellbar ist, daß zwei Dinge keinerlei übereinstimmende Eigenschaften haben.“¹⁴⁸ Die Festlegung der gemeinsamen Eigenschaften ist zwangsläufig ein normativer Vorgang, der offenzulegen ist.¹⁴⁹ Diese Aufgabe übernimmt beim allgemeinen Gleichheitssatz die Rechtfertigungsebene.¹⁵⁰ Dort wird geklärt, welche Eigenschaften für eine Ungleichbehandlung relevant sind und welche Eigenschaften Gleichbehandlung verlangen. Das Nichtdiskriminierungsprinzip steuert diese Entscheidung, weil es bestimmte Merkmale für nicht unterscheidungsrelevant erklärt. Es setzt aber seinerseits vergleichbare Lebenssachverhalte voraus.¹⁵¹ Damit besteht die Gefahr, die relevanten normativen Abwägungsvorgänge auf die tatbestandliche Ebene zu verlagern und sie damit dem Rechtfertigungsdiskurs zu entziehen. Es ist daher geboten, den Gegenstand des Unterscheidungsverbots anhand gleichheitskonformer Wertungen zu ermitteln: Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist im Licht des Zwecks und des Ziels der differenzierenden Maßnahme zu beurteilen.¹⁵² Bezugspunkt dieser Vergleichbarkeit ist der Lebenssachverhalt, auf den sich die be-

142 Vgl. dazu bereits oben § 5 VII 2 a).

143 Siehe EuGH, Urt. v. 13.1.2004, Rs. C-256/01 – *Allonby v. Accrington & Rossendale College ua* = Slg. 2004, I-873 Rn. 73 (zu Art. 141 EGV); weitere Nachweise bei von Roettenken, AGG, § 1 AGG Rn. 46.

144 Siehe *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 378.

145 Siehe EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56: „Das [...] Diskriminierungsverbot ist nur der spezifische Ausdruck des zu den tragenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählenden allgemeinen Gleichheitssatzes, wonach gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden dürfen, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist sachlich gerechtfertigt. Dieser Grundsatz kann daher nur auf Personen Anwendung finden, die sich in der gleichen Lage befinden,“; EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28 f.

146 Dazu näher *Bell* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 205 f.

147 Siehe *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 30.

148 *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 182.

149 *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 29, 53 ff.

150 Näher *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 185 ff; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 53 ff.

151 *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 33.

152 EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-127/07 – *Arcelor Atlantique et Lorraine ua* = Slg. 2008, I-9895 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 29.

nachteiligende Maßnahme bezieht.¹⁵³ Die Vergleichbarkeit hat nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht allgemein und abstrakt, „sondern spezifisch und konkret für die betreffende Leistung [zu] erfolgen“.¹⁵⁴ Das macht es notwendig, die deskriptiven Gemeinsamkeiten der unterschiedenen Personen vor der Grundlage vergleichbarer Lebenssachverhalte herauszufiltern. Die Vergleichsperson muss dabei nicht zur gleichen Zeit unterschiedlich behandelt worden sein. Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 AGG genügt es, wenn eine ansonsten vergleichbare Person in der Vergangenheit eine günstigere Behandlung erfahren hat. Es ist nicht einmal notwendig, dass es in Gegenwart oder Vergangenheit eine aktuelle Vergleichsperson gibt bzw. gab: Eine hypothetisch anzunehmende Vergleichsperson genügt („erfahren würde“).¹⁵⁵

In einer Auswahl-situation sind beispielsweise alle Arbeitnehmer vergleichbar, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen.¹⁵⁶ Die Tatsache, dass andere Bewerber objektiv besser geeignet waren, schließt eine Benachteiligung nicht aus. Das belegt § 15 Abs. 2 AGG, der ansonsten überflüssig wäre.¹⁵⁷ Bei einer Entgeltdifferenzierung kommt es entscheidend auf die Vergleichbarkeit der konkreten Tätigkeitsbereiche an.¹⁵⁸ Maßgeblich für die objektive Eignung ist nicht das vom Arbeitgeber erstellte formelle Anforderungsprofil, vielmehr sind es die Anforderungen, die an die jeweilige Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung gestellt werden. Die objektive Eignung ist zu trennen von der individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers, die nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteiligung und verbotenem Merkmal eine Rolle spielt. Damit ist gewährleistet, dass der Arbeitgeber mit seinen Anforderungen die Vergleichbarkeit der Situation nicht selbst gestalten und den Schutz des AGG dadurch de facto beseitigen kann.¹⁵⁹

Nach herkömmlicher Interpretation unterscheiden sich die von der Ungleichbehandlung betroffene und die Vergleichsperson anhand eines in §§ 1, 19 AGG genannten Merkmals.¹⁶⁰ Diese Konzeption ist zwei durchschlagenden Einwänden ausgesetzt: (1.) Es gibt Situationen wie die Schwangerschaft, die zur Modifikation nötigen. (2.) Die Auswahl des Vergleichsmaßstabes erfordert eine nicht vor-

153 Vgl. *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 342 (im verfassungsrechtlichen Kontext).

154 EuGH, Urt. v. 10.5.2011, Rs. C-147/08 – *Jürgen Römer v. Hamburg* = Slg. 2011, I-3591 Rn. 42.

155 Dazu *Schiek*, NZA 2004, 873, 874.

156 BAG NZA 2010, 872 Rn. 22; BAG NZA 2010, 1129; iE auch BGHZ 193, 110 Rn. 22.

157 BAG NZA 2009, 1087 Rn. 42.

158 Siehe *Adomeit/Mohr*, JZ 2009, 183, 187 f.

159 BAG NZA 2010, 872 Rn. 22.

160 Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2669; *Armbrüster* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rn. 101; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 3 Rn. 11; *Rupp*, RdA 2009, 307, 308; exemplarisch zum englischen Recht *Shamoon v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [2003] UKHL 11 para. 110 (per Lord Scott)(H.L.).

hersehbare und nicht leicht manipulierbare Wertentscheidung.¹⁶¹ Diesen Einwänden kann man begegnen, wenn man bei der Ermittlung der Vergleichsperson nicht auf das verpönte Kriterium „schielt“. Es spielt für die Feststellung der Vergleichbarkeit keine Rolle.¹⁶² Der anzuwendende Vergleichsmaßstab ergibt sich – in Übereinstimmung mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz¹⁶³ – aus dem Sinn und Zweck der die Differenzierung enthaltenden Regelung.¹⁶⁴ Danach muss man feststellen, nach welchem Merkmal der Benachteiligende tatsächlich unterscheidet. Ob dieses Merkmal auch von §§ 1, 19 AGG erfasst ist, ist hier noch unerheblich. Aus methodischen Gründen wird es erst im nächsten Prüfungsschritt relevant. Dort muss man feststellen, ob eine Person *wegen* des verpönten Merkmals ungleich behandelt wurde. *Diese* Frage kann man nur beantworten, wenn man zwischen dem Merkmalsträger und der Person in einer vergleichbaren Situation aufgrund des Merkmals differenziert.¹⁶⁵ Erst hier stellt sich auch die Frage, ob das vom Benachteiligenden tatsächlich verwendete Differenzierungsmerkmal „untrennbar“ mit einem verpönten Merkmal verbunden ist.¹⁶⁶ Die beiden Auffassungen kommen zwangsläufig zu identischen Ergebnissen, wenn das vom Benachteiligenden verwendete Merkmal unproblematisch unter die Merkmale in §§ 1, 19 AGG subsumiert werden kann. Dazu zählen alle vom Gerichtshof bis jetzt entschiedenen Fälle der Altersdiskriminierung sowie das Urteil in der Rs. *Feryn*.

Gewinnbringend ist der deskriptive Ansatz beispielsweise für die Schwangerschaftsfälle. Bildet man die Vergleichsgruppe anhand des Merkmals „Geschlecht“, müsste man konsequenterweise nach Männern suchen, die nicht eingestellt bzw. nicht gekündigt worden wären. Man wird regelmäßig nicht fündig werden.¹⁶⁷ Die Lösung, schwangere Frauen mit kranken Männern zu vergleichen,¹⁶⁸ forderte als Pathologisierung der Frau einen zu hohen moralischen Preis.¹⁶⁹ Der Gerichtshof steht mittlerweile auf dem Standpunkt, die Schwangere nicht mit einem Mann zu vergleichen.¹⁷⁰ Ich sehe darin keinen Verzicht auf das Vergleichskonzept bei Schwangeren.¹⁷¹ Man muss nur bereit sein, das vom Ar-

161 *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, 98 ff; *Bell* in: Schiek/Waddington/Bell, *Non-Discrimination Law*, 205 ff.

162 BAG NZA 2010, 872 Rn. 22.

163 Siehe dazu oben § 5 I 4 b).

164 Zutreffend *Rupp*, RdA 2009, 307.

165 *Schiek* in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 10; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 3 AGG Rn. 4.

166 Nicht strikt genug durchgehalten bei *Rupp*, RdA 2009, 307, 308 f.

167 Siehe dazu *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, 99 ff.

168 Siehe näher zur Entwicklung im englischen Recht *Bamforth*, 5 *The Modern Law Review* 872 (1993).

169 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-32/93 – *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd* = Slg. 1994, I-3567 Rn. 25.

170 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 16 ff; näher zur Entwicklung *Ellis*, *EU Anti-Discrimination Law*, 2005, 228 ff. So auch Erwägungsgründe (12) und (20) der RL 2004/713/EG.

171 So aber *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, 100 f; kritisch *Wintemute*, 27 *Indus. L.J.* 23, 25-27 (1998).

beitgeber tatsächlich verwendete Merkmal als solches zur Kenntnis zu nehmen: die *Schwangerschaft* der betroffenen Frauen und nicht ihr Geschlecht. Die vor-schnelle Festlegung auf ein eindeutig verpöntes Merkmal („Geschlecht“) verstellt den Blick auf die überwältigend große Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts. Zur Vergleichsgruppe zählen daher alle Personen, die *nicht schwanger* sind; selbstverständlich auch Frauen. Ob das Diskriminierungsmerkmal „Schwangerschaft“ dann unter das verbotene Merkmal „Geschlecht“ fällt, ist keine Frage der Vergleichbarkeit mehr, sondern eine davon streng zu trennende normative Frage. Bestimmt man dagegen die Vergleichbarkeit vom Standpunkt des verpönten Merkmals aus, schnappt die „normative“ Falle zu: Die Wahl des Vergleichsmaßstabes bestimmt dann den Ausgang des Verfahrens, weil sie ohne implizite Interpretation des verpönten Merkmals nicht möglich ist.¹⁷²

(3) Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal

Der entscheidende Unterschied von allgemeinem Gleichbehandlungsgrundsatz und speziellen Diskriminierungsverboten ist das in letzteren enthaltene Nichtdiskriminierungsprinzip.¹⁷³ Liegt eine Ungleichbehandlung aufgrund des verpönten Merkmals vor, ist der Tatbestand der Benachteiligung – der Diskriminierungs**begriff** – erfüllt. Davon ist das Diskriminierungs**verbot** zu unterscheiden.¹⁷⁴ Verboten ist die Ungleichbehandlung, wenn sie nicht zulässigerweise gerechtfertigt werden kann. Ungeschriebene tatbestandliche Rechtfertigungsgründe gibt es dafür – im Unterschied zur mittelbaren Diskriminierung – nicht.¹⁷⁵

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nur dann vor, wenn eine Person *wegen* eines in § 1 bzw. § 19 AGG genannten Grundes ungleich behandelt wird. Dieses Wort ist eine „der wichtigsten Einbruchstellen in das strikte Verbot jeder Anknüpfung an die verpönten Merkmale“, indem es „Raum für eine ganze Palette unterschiedlicher Anforderungen bietet“,¹⁷⁶ die, so möchte ich den Satz ergänzen, „für sich genommen zu vordergründig“¹⁷⁷ sind.¹⁷⁸ Im speziellen Nichtdiskri-

172 Exemplarisch dazu EuGH, Urt. v. 17.2.1998, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 27 f (dazu bereits oben § 6 III 2 b) und zu den verschiedenen Möglichkeiten der Maßstababildung unter Einbeziehung verpönter Merkmale siehe GA Elmer, Schlussanträge v. 30.9.1997, Rs. C-249/96 – *Grant v. South-West Trains Ltd.* = Slg. 1998, I-621 Rn. 19 ff; *Wintemute*, 60 Modern L. Rev. 334, 344-45 (1997); *McInnes*, 36 CMLR 1017, 1050 (1999); *Bamforth*, 63 Modern L. Rev. 694, 702-703 (2000); *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, 98 f.

173 Dazu oben § 6 I 1.

174 Vgl. zur Unterscheidung beider Begriffe *Plötscher*, *Begriff der Diskriminierung*, 2003, 65 f.

175 EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939 Rn. 41; anders noch BAG NZA 2010, 561 Rn. 20 (vertiefend dazu *Grünberger*, EuZA 2011, 171 ff); *Wernsmann*, JZ 2005, 224, 227 ff; *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 27.

176 *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 68 (zu Art. 3 Abs. 1 GG).

177 *Osterloh* in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 252.

178 Zu den einzelnen Ansätzen siehe *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 69 ff.

minierungsrecht reicht das Spektrum¹⁷⁹ von einem finalen Verständnis, nach dem § 3 Abs. 1 S. 1 AGG ein Verbot subjektiver und damit vorsätzlicher Diskriminierung ist,¹⁸⁰ über Kausalitätserwägungen,¹⁸¹ nach denen das Merkmal der Beweggrund der fraglichen Regelung ist, bis hin zur Konzeption der unmittelbaren Diskriminierung als striktes Anknüpfungsverbot.¹⁸² Diese Konzeption wird den Richtlinien gerecht. Die verpönten Merkmale dürfen grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche oder tatsächliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn ein Verhalten (Tun/Unterlassen) nicht auf eine verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt.¹⁸³ Daran wird auch angeknüpft, wenn das verbotene Merkmal in einem Motivbündel, das die Entscheidung insgesamt beeinflusst hat, als Kriterium enthalten war.¹⁸⁴ Danach verbietet die unmittelbare Diskriminierung jede Verwendung eines verbotenen Merkmals als Differenzierungsgrund. Auf die Motivation und Zwecksetzung des Benachteiligenden kommt es nicht an.¹⁸⁵ § 3 Abs. 1 S. 1 AGG statuiert kein „Gesinnungszivilrecht“¹⁸⁶ und „Gesinnungsstrafrecht“¹⁸⁷ wird auch keines betrieben. Das Verbot richtet sich nicht gegen eine bestimmte Handlungsweise, sondern ist passivisch gewendet gegen den beim Betroffenen eintretenden Erfolg.¹⁸⁸ Unerheblich ist, ob darin zugleich auch eine Herabwürdigung des Betroffenen liegt.¹⁸⁹ Das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung ist keine Spezialnorm des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern spezielles Gleichbehandlungsrecht. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 119 EWGV ausschließlich auf den mit der Anknüpfung an das Geschlecht eingetretenen Erfolg abgestellt.¹⁹⁰ In der Rs. *Dekker* hat er zusätzlich klargestellt, dass der Diskriminierungstatbestand nicht vom Verschulden des Benachteiligenden abhängt.¹⁹¹ Die praktische Wirksamkeit des speziellen unionsrechtlichen Diskriminierungsrechts zwingt dazu, auf jede Form subjektiver Zu-

179 Siehe dazu vertiefend *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 207 ff.

180 *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2579; *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179, 180 ff; *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 50 ff.

181 Dazu näher *Rebhahn/Kietzbl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 378 f.

182 *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 278; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 3 Rn. 16; *Rupp*, RdA 2009, 307 ff; *Rupp* in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, ArbR, § 3 AGG Rn. 3; *Roloff* in: *BeckOK-ArbR*, § 3 AGG Rn. 12.

183 Vgl. dazu BVerfGE 85, 191, 206 – *Nachtarbeitsverbot* (zu Art. 3 Abs. 3 GG).

184 BAG NZA 2009, 945 Rn. 37; BAG NZA 2010, 872 Rn. 24.

185 *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 103 f.

186 So aber *Adomeit*, NJW 2006, 2169, 2171.

187 Vgl. *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 376.

188 Vgl. auch *Sachs* in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, § 182 Rn. 74 (zu Art. 3 Abs. 3 GG).

189 Anders aber *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 378 f; dazu bereits oben § 6 II 2 b) (1).

190 Siehe EuGH, Urt. v. 11.3.1981, Rs. 69/80 – *Worringham ua v. Lloyds Bank Ltd.* = Slg. 1981, 767 Rn. 24.

191 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 22.

rechnung zu verzichten. Daher ist weder ein schuldhaftes Handeln noch darüber hinausgehend eine Benachteiligungsabsicht erforderlich.

Das Diskriminierungsverbot wendet sich gleichermaßen an intrinsische wie instrumentale Diskriminierungen, die anhand des verpönten Merkmals unterscheiden.¹⁹² Beide Formen unterscheiden sich aber aufgrund ihres Rationalitätspotentials. Obwohl der Benachteiligende bei instrumentalen Diskriminierungen ökonomisch rationale Gründe für eine Diskriminierung haben kann, verbietet ihm das Recht *prima facie*, danach zu handeln.¹⁹³ Das gilt zunächst für die präferenzbedingte instrumentale Diskriminierung. Ein Beispiel dafür ist die Rs. *Lommers*.¹⁹⁴ Der Arbeitgeber präferierte Frauen; die Förderung der Berufstätigkeit von Müttern ist ein rationales Ziel. Gleichwohl unterscheidet der Arbeitgeber, der Kindertagesstättenplätze nur an Mütter vergibt, „wegen“ des Geschlechts.¹⁹⁵ Dasselbe gilt, wenn der männliche Bewerber, der sich auf die Stelle einer „Gleichstellungsbeauftragten“ bewirbt, nicht eingeladen wird.¹⁹⁶ Es gibt in diesen Fällen schon keine „falsche Gesinnung“, die von Tugendwächtern zu bestrafen ist. Auch in den Fällen der instrumentalen statistischen Diskriminierung liegt regelmäßig eine unmittelbare Diskriminierung:¹⁹⁷ Wer aufgrund des Geschlechts differenziert, weil er damit ein höheres Versicherungsrisiko erfassen will, knüpft unmittelbar an das Geschlecht an. *Gabriele Britz* hat daher mit Recht auf die Renaissance der unmittelbaren Diskriminierung im Privatrecht hingewiesen.¹⁹⁸ In den Fällen der intrinsischen Diskriminierung wird dem Benachteiligenden dagegen verboten, seiner eigenen Präferenz gemäß zu handeln. Das Nichtdiskriminierungsrecht verbietet dem Akteur aber nicht, Präferenzen zu haben. Es interessiert sich schon gar nicht für die ethischen Gründe dieser Präferenzen. Es richtet sich nur gegen die Auswirkung eines präferenzgeleiteten Handelns. Der damit herbeigeführte Erfolg perpetuiert die in der Gesellschaft vorhandenen Statushierarchien. Diesen Erfolg will das Verbot unmittelbarer Diskriminierung beseitigen. Dem folgt auch der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung.¹⁹⁹ Der im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz operiert auf der Ebene der verbotenen Gründe. Jede Anknüpfung an diese Merkmale erfüllt den Tatbestand der unmittelbaren Diskriminierung.

192 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 c).

193 Zu den Gründen erhellend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 25.

194 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891; dazu oben § 6 III 2 a).

195 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 30.

196 BAG NZA 2010, 872 Rn. 23.

197 *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 248 ff; *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 54.

198 *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 58 ff.

199 EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38; dazu näher § 6 IV 2 b) (1) aa).

Für die Schwangerschaft ist seit dem Urteil in der Rs. *Dekker*²⁰⁰ geklärt, dass „die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.“²⁰¹ Mittlerweile löst Art. 2 Abs. 2 lit c) Richtlinie 2006/54/EG das Problem. Die Umsetzung in § 3 Abs. 1 S. 2 AGG erfolgte aber unzureichend, weil man mit der Beschränkung auf das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot Art. 4 Abs. 1 lit. a) Richtlinie 2004/113/EG übersehen hat.²⁰² Anders gelagerte Probleme entstehen in den Fällen statistischer Diskriminierung, wenn der Benachteiligende nicht ausdrücklich an ein verpöntes Merkmal, sondern an ein neutrales Merkmal anknüpft. In solchen Fällen muss man die unmittelbare von der mittelbaren Diskriminierung unterscheiden. Man kann formal danach differenzieren, ob das ausdrücklich verwendete Differenzierungskriterium verpönt oder neutral ist. Konsequenz daraus ist, dass jede statistische Diskriminierung, die an ein neutrales Stellvertretermerkmal anknüpft, nur als mittelbare Diskriminierung erfasst werden kann. Wer also nach dem Familienstand verheiratet/verpartnert unterscheidet, knüpft an ein neutrales Merkmal an und diskriminiert nicht unmittelbar aufgrund der sexuellen Orientierung.²⁰³ Die Anknüpfung ist danach eine scheinbar neutrale Regelung, die allerdings zu einer überproportionalen Belastung homosexueller Menschen führt.²⁰⁴ Damit läge nur eine mittelbare Diskriminierung vor.²⁰⁵ Das ist konzeptionell falsch. Eine (statistische) mittelbare Benachteiligung²⁰⁶ liegt nicht erst dann vor, wenn das Stellvertretermerkmal neutral ist. Damit reduzierte man das Phänomen statistischer Diskriminierung. Die Fälle, in denen die „überproportionale Belastung“ lediglich Auswirkung der gewählten neutralen Anknüpfung ist, sind mittelbare Diskriminierungen. Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen das Stellvertretermerkmal das Hauptmerkmal lediglich ersetzt. Das ist eine unmittelbare Diskriminierung.²⁰⁷ Das ist bei der Lebenspartnerschaft der Fall. Die „überproportionale Belastung“ ist nicht lediglich Auswirkung der gewählten Anknüpfung. Vielmehr soll mit dem Stellvertretermerkmal „Geschlechtsgleichheit

200 Siehe dazu die Nachweise bei EuGH, Urt. v. 11.10.2007, Rs. C-460/06 – *Paquay v. Société d'architectes Hoet + Mimme SPRL* = Slg. 2007, I-8511 Rn. 29; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Lízings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 59.

201 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 12.

202 Die Folgen zeigt AG Hannover VersR 2009, 348: Das AG übersieht die Richtlinie vollständig und kommt wegen des fehlerhaften Wortlauts des § 20 AGG zum falschen Ergebnis.

203 Grundlegend GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge v. 6.9.2007, Rs. C-267/07 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757 Rn. 96 ff; BVerfG NJW 2008, 209 Rn. 21; vgl. auch BGH NJW-RR 2007, 1441 Rn. 22; aus der Literatur *Mahlmann*, EuZW 2008, 318, 319; *Franzen*, EuZA 2009, 395, 398 ff; *Rupp*, RdA 2009, 307, 310.

204 Zu den Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung unten § 6 V 2 b).

205 Siehe *Franzen*, EuZA 2009, 395, 400 f.

206 Zum Begriff *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 54 f.

207 Dazu *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 248; *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 55 ff.

der Partner“ sichergestellt werden, dass das Hauptmerkmal „sexuelle Orientierung“ getroffen wird.²⁰⁸ Das Verbot unmittelbarer Diskriminierung zielt darauf, jede Anknüpfung an das verpönte Merkmal zu erfassen. Es kommt nicht darauf an, ob es als Stellvertreter- und/oder als Hauptmerkmal eingesetzt wird. Die unmittelbare Diskriminierung erfasst daher nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die verdeckte Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal. Der Gerichtshof der Europäischen Union, das Bundesarbeitsgericht, das Bundesverfassungsgericht und jetzt auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte behandeln die Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Paare daher mit Recht als einen Fall unmittelbarer Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung.²⁰⁹

b) Mittelbare Benachteiligung/Diskriminierung

(1) Überblick über die Konzeption der mittelbaren Diskriminierung

Das spezifische Nichtdiskriminierungsrecht kennt mittlerweile eine einheitliche Definition der mittelbaren Diskriminierung.²¹⁰ Sie liegt vor, wenn (1.) dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren (2.) Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe oder einem Geschlecht angehören, oder Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung in besonderer Weise benachteiligen können, (3.) es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (§ 3 Abs. 2 AGG). Für den Begriff einer mittelbaren Benachteiligung ist konstituierend, dass bestimmte Elemente positiv vorliegen müssen (vergleichsweise ungünstigere Behandlung wegen eines geschützten Merkmals aufgrund neutraler Vorschriften oder Maßnahmen) und andere Elemente nicht gegeben sein dürfen (rechtfertigende Ziele und verhältnismäßige Mittel zu ihrer Durchsetzung).²¹¹ Darin liegt der entscheidende konzeptionelle Unterschied zur unmittelbaren Diskriminierung: Während eine unmittelbare Benachteiligung nur nach Maßgabe der §§ 8-10, 20 AGG gerechtfertigt werden kann, sind Maßnah-

²⁰⁸ Dazu oben § 6 V 1 c).

²⁰⁹ EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757 Rn. 72; BAG AP Nr. 315 zu Art. 3 GG = NZA 2009, 489 Rn. 20; BVerfGE 124, 199 Rn. 92; BVerfGE 126, 400 Rn. 87; EGMR, Urt. v. 24.6.2010, App. No. 30141/04 – *Schalk & Kopf vs. Österreich* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 99.

²¹⁰ Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/43/EG und 2000/78/EG; Art. 2 lit. b) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. b) RL 2010/41/EU.

²¹¹ *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 211; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 3 AGG Rn. 13. Zur Frage, wer die Darlegungs- und Beweislast trägt siehe BAG NZA 2011, 93 Rn. 51 und EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority ua* = Slg. 1993, I-5535 Rn. 13 f.

men, die zwar eine mittelbare Diskriminierung bewirken, aber nach § 3 Abs. 2 AGG objektiv gerechtfertigt werden können, bereits begrifflich keine Diskriminierung.²¹² Auf die ausdrücklichen Rechtfertigungsmöglichkeiten muss dann nicht mehr eingegangen werden.²¹³ Der Gerichtshof geht dabei von einer sachlichen Übereinstimmung beider Rechtfertigungsmöglichkeiten aus.²¹⁴ Die sachliche Rechtfertigung ist damit Teil einer objektiven Zurechnung der Handlung, indem sie einen unterstellten Kausalzusammenhang²¹⁵ zwischen der Differenzierung und Diskriminierung wegen des Merkmals unterbricht.²¹⁶

(2) Warum mittelbare Diskriminierung?

Die unmittelbare Diskriminierung beruht auf einem Modell individualbezogener Gleichbehandlungsansprüche.²¹⁷ Die mittelbare Diskriminierung entwickelte sich dagegen aus einem gruppenbezogenen Verständnis von Gleichbehandlungsansprüchen.²¹⁸ Das belegen die beiden *leading cases*: *Griggs v. Duke Power Company*²¹⁹ (zum U.S.-Recht) und *Jenkins*²²⁰ (zum Gemeinschaftsrecht). In *Griggs* hatten die klagenden schwarzen Arbeitnehmer Probleme darzulegen und zu beweisen, dass die vom Arbeitgeber neu eingeführten Einstellungs- und Aufstiegsbedingungen eine Unterscheidung aufgrund des verpönten Merkmals bezwecken und daher von einer Diskriminierungsabsicht getragen waren.²²¹ In der Rs. *Jenkins* zahlte der Arbeitgeber den fast ausschließlich weiblichen Teilzeitarbeitnehmern einen geringeren Stundenlohn als Vollzeitarbeitnehmern.²²² Weil der Arbeitgeber an das Kriterium der Teilzeit anknüpfte, unterschied er nicht (unmittelbar) anhand des Geschlechts.²²³ In beiden Fällen reagierten die Gerichte, indem sie das bisherige Verständnis von Diskriminierung ausdehnten. Der *Supreme Court* wies in *Griggs* den Ausweg:

212 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 59; BAG NZA 2010, 222 Rn. 31.

213 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 66.

214 Siehe zuletzt EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 63 ff.

215 Dazu kritisch *Rebbahn/Kietzbl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 377 f.

216 Dazu näher *Schick* in: *Schick/Waddington/Bell*, Non-Discrimination Law, 436 ff; zum Gegenansatz, wonach die Kausalität und die Rechtfertigung streng zu trennen sind, siehe *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 253 ff und *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 188.

217 Siehe *Fallon/Weiler*, 1984 St. C. Rev. 1, 12-18 (1984), die vom „model of individual justice“ sprechen.

218 Näher *Fallon/Weiler*, 1984 St. C. Rev. 1, 19-26 (1984), die vom „model of group justice“ sprechen.

219 *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. 424 (1971).

220 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911.

221 Zur damaligen Voraussetzung des *racial purpose or invidious intent* im U.S.-Recht, siehe *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. 424, 426-30 (1971).

222 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 6 f.

223 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 10.

„Under the Act, practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to ‘freeze’ the status quo of prior discriminatory employment practices. [...] The Act proscribes not only overt discrimination, but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation.“²²⁴

Damit war das Konzept des *disparate impact* im speziellen amerikanischen Nichtdiskriminierungsrecht endgültig²²⁵ verankert.²²⁶ Es wurde vom englischen und irischen Recht sofort rezipiert²²⁷ und beeinflusste darüber die Entwicklung des Sekundärrechts²²⁸ und die Auslegung des Art. 119 EWGV in der Rs. *Jenkins*.²²⁹

Nach der Einschätzung des Gerichtshofs kann Art. 119 EWGV aufgrund der tatsächlichen Umstände, der Vorgeschichte und der Beweggründe des Arbeitgebers verletzt sein, wenn die Gruppe der Teilzeitarbeitnehmer ausschließlich oder überwiegend aus Frauen besteht,²³⁰ es sei denn, die unterschiedliche Entlohnung beruht auf objektiv gerechtfertigten wirtschaftlichen Gründen und steht nicht im Zusammenhang mit dem Geschlecht.²³¹ Die anhaltende Bedeutung der Rs. *Jenkins* liegt darin, dass der Gerichtshof damit das Konzept auf das Primärrecht ausdehnt²³² und den Begriff der mittelbaren Diskriminierung erstmals in der Sache konkretisiert.²³³ Die Rs. *Jenkins* ließ wichtige Fragen offen,²³⁴ die mit dem Urteil in der Rs. *Bilka Kaufhaus GmbH*²³⁵ weitgehend geklärt wurden: Die Beweggründe des Arbeitgebers sind seitdem²³⁶ irrelevant.²³⁷ Verzichtet wurde auch auf einen Kausalzusammenhang zwischen verpönte Merkmal und be-

224 *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. 424, 430-431 (1971).

225 Zu Vorläufern siehe *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 91 ff.

226 Zur Definition siehe insbesondere *Int'l Broth. of Teamsters v. U.S.*, 431 U.S. 324, 335 n. 15 (1977): „employment practices that are facially neutral in their treatment of different groups, but that in fact fall more harshly on one group than another and cannot be justified by business necessity“.

227 Siehe *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 106 f; *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 95 f; *Schiek* in: *Schiek/Waddington/Bell*, Non-Discrimination Law, 349 ff.

228 Siehe Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 76/207/EWG; zur Parallele beider Begriffe siehe *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, 1994, 51 f.

229 Siehe *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 142 f.

230 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 13.

231 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 11 f.

232 Anders dagegen *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

233 Die Passage in EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 18, in welcher der Gerichtshof zwischen unmittelbaren/offenen und mittelbaren/versteckten Diskriminierungen unterscheidet, hat zur terminologischen Verunsicherung beigetragen, betraf aber ein ganz anderes Problem: Dort ging es nur um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Art. 119 EWGV unmittelbar anwendbar ist. Davon ist die hier behandelte Frage des materiellen Anwendungsbereichs des Diskriminierungsbegriffs zu unterscheiden; vgl. dazu *Langenfeld*, Gleichbehandlung, 1990, 82 ff; *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 118 ff.

234 Näher *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 144 ff.

235 EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607.

236 Siehe *Barnard/Hepple*, 58 Camb. L.J. 399, 402 (1999).

237 Siehe BAG NZA 1987, 445, 447.

nachteiliger Maßnahme.²³⁸ Im Unterschied zur Rs. *Jenkins*²³⁹ genügte es in der Rs. *Bilka*, dass die Maßnahme statistisch betrachtet²⁴⁰ mehr Frauen als Männer traf.²⁴¹ Der *Bilka*-Test inkorporierte erstmals den Verhältnismäßigkeitsmaßstab in die Rechtfertigung der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung.²⁴²

Der jeweilige Anlass zur Entwicklung der mittelbaren Diskriminierung legt es nahe, sie im Wesentlichen als gesetzliche Vermutung einer Diskriminierung von Angehörigen einer bestimmten Gruppe zu konzipieren.²⁴³ Frappierend an beiden *leading cases* ist der vom jeweiligen Arbeitgeber gewählte Zeitpunkt: Während in *Griggs* das Inkrafttreten des *Civil Rights Act* von 1964 den Arbeitgeber zu den Änderungen der Bedingungen veranlasste, war es in der Rs. *Jenkins* die unmittelbar bevorstehende Entscheidung zur gleichen Entlohnung von Frauen in der Rs. *Defrenne II*²⁴⁴. Der Arbeitgeber verwendete in beiden Fällen nur ein *scheinbar* neutrales Kriterium (Einstellungstest bzw. Teilzeitbeschäftigung), um damit das verpönte Hauptmerkmal zu ersetzen. Daraus folgern viele, dass die mittelbare Diskriminierung lediglich „ein Hilfsinstrument zur Durchsetzung des eigentlichen Verbots unmittelbarer Diskriminierung“ sei, das vor einer „Gesetzesumgehung im weiteren Sinne“ schütze.²⁴⁵ Man kann dies als eine „schwach“ gruppenbezogene Variation des individualbezogenen Modells unmittelbarer Diskriminierung bezeichnen.²⁴⁶

Das Argument der Gesetzesumgehung und Beweiserleichterung greift zu kurz.²⁴⁷ Es kann die praktisch relevanten Fallgruppen nicht erklären, in denen die Anknüpfung an ein neutrales Merkmal ein wirtschaftlich rationales Ziel ver-

238 Ausführlich dazu *Rebhahn/Kietzbl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 388 ff.

239 EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 9, 15.

240 Zu den damit verbundenen Unsicherheiten siehe *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, 1989, 118 ff; *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung, 1994, 93 ff; *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 235 ff.

241 EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607.

242 Vgl. *Pfarr/Bertelsmann*, Diskriminierung, 1989, 124 ff; zurückhaltender *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 190 ff.

243 Zur Beweislastverteilung im Unionsrecht und U.S.-Recht siehe einerseits EuGH, Urt. v. 6.4.2000, Rs. C-226/98 – *Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger* = Slg. 2000, I-2447 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 3.10.2006, Rs. C-17/05 – *Cadman v. Health & Safety Executive* = Slg. 2006, I-9583 Rn. 31 und andererseits *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. 414, 432 (1971) [„Congress has placed on the employer the burden of showing that any given requirement must have a manifest relationship to the employment in question“] (dazu *Rutherglen*, 73 Va. L. Rev. 1297, 1297-1298 (1987)). Die Verschärfungen zu Lasten der Diskriminierungsopfer in *Wards Cove Packing Co., Inc. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989) wurden vom Kongress mit dem Civil Rights Act von 1991 [42 U.S.C. § 2000e-2(k) (2009)] wieder korrigiert (dazu näher *Moore/Braswell*, 55 Alb. L. Rev. 459 (1991)).

244 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455.

245 So *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1236; *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 121 ff im europäischen Kontext und *Rutherglen*, 73 Va. L. Rev. 1297, 1311 (1987) zu Title VII Civil Rights Act 1964.

246 *Fallon/Weiler*, 1984 St. C. Rev. 1, 20 (1984); vgl. auch *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 344 f.

247 Kritisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 1 a) bb) (1).

folgt.²⁴⁸ In der Rs. *Bilka* knüpfte der Normadressat weder ausdrücklich noch verdeckt an ein verpöntes Merkmal an. Er umging kein Verbot. Die „Umgehungstheorie“ erkennt, dass die besondere Benachteiligung ein konstitutives Element des speziellen Unrechtsgehalts mittelbarer Diskriminierung ist.²⁴⁹ Notwendig ist daher ein alternativer Erklärungsansatz. Eine Möglichkeit ist der „Diskriminierungsschutz im starken Sinne“.²⁵⁰ Der Einzelne wird als Mitglied einer Gruppe geschützt, deren Stellung in der sozialen Hierarchie der einzelnen Teilsysteme der Gesellschaft aus verschiedenen Gründen prekär ist. „Mit dem Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung greift das Recht tatsächliche gesellschaftliche Erscheinungen auf und ordnet sie den herkömmlichen Diskriminierungsverboten zu. Dies ist ein notwendiger Prozeß, wenn das Recht nicht an der gesellschaftlichen Realität vorbei existieren will.“²⁵¹ Der *Supreme Court* begründete seinen Ansatz in *Griggs* ausdrücklich damit, historisch etablierte Zugangsschranken zu beseitigen, um Chancengleichheit zu verwirklichen.²⁵² Es galt den auf vergangenen rechtlichen und sozialen Diskriminierungen beruhenden *status quo* zu durchbrechen.²⁵³ Der Europäische Gerichtshof betont in den Rs. *Jenkins* und *Bilka* die Schwierigkeiten weiblicher Arbeitnehmer, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten.²⁵⁴ Damit nimmt er Bezug auf die *soziale Realität* der Verteilung von Erwerbschancen in einer Gesellschaft, die Kindererziehung und Hausarbeit im Wesentlichen immer noch den Frauen zuweist.²⁵⁵ Aufgabe des Verbots mittelbarer Diskriminierung ist es also zu verhindern, dass die strukturellen Nachteile von Gruppen auf dem (Arbeits-) Markt und die gesellschaftlich bedingten Schwächen bei der Durchsetzung ihrer Interessen von den anderen Akteuren perpetuiert werden.²⁵⁶

Die besondere Benachteiligung von Merkmalsträgern ist eine konkrete Gefährdung²⁵⁷ des Nichtdiskriminierungsprinzips: Dem Einzelnen dürfen zum Schutz seiner personalen Freiheit keine sozialen Nachteile aufgrund der zugeschriebenen Gruppenzugehörigkeit erwachsen. Das Recht hat zwei Möglichkeiten, darauf zu reagieren:²⁵⁸ Es schützt entweder den aufgrund eines Merkmals besonders Betroffenen und belastet einen persönlich für den Kausalzusammenhang

248 *Morris*, 15 Oxford J. Legal Studies 199, 214-215 (1995).

249 Darauf weist *Gardner*, 16 Oxford J. Legal Studies 353, 364 (1996) zu Recht hin.

250 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 68 ff, 345; vgl. auch *Fallon/Weiler*, 1984 St. C. Rev. 1, 22-23 (1984).

251 *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 182; ähnlich auch die Einschätzung von *Rebhahn/Kietaihl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 388 ff.

252 *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. 424, 429-430 (1971).

253 *Griggs v. Duke Power Co*, 401 U.S. at 430.

254 EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 29; fast identisch bereits EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 13.

255 Siehe die zutreffende Einschätzung BAG NZA 1987, 445, 446.

256 BAG NZA 1987, 445, 447.

257 Daher sprechen sowohl *Morris*, 15 Oxford J. Legal Studies 199, 214 (1995) als auch *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 188 von „Gefährdungshaftung“.

258 Siehe *Morris*, 15 Oxford J. Legal Studies 199, 214 (1995).

zwischen Differenzierungskriterium und besonderem Nachteil nicht verantwortlichen Akteur. Oder es schützt diesen und weist ausschließlich dem Betroffenen das Risiko zu, aufgrund seines „Soseins“ besonderen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung hat sich das Recht dafür entschieden, unter bestimmten Voraussetzungen den Benachteiligten für die Gefährdung der Schutzgüter des Nichtdiskriminierungsprinzips verantwortlich zu machen. Es verwirklicht diesen Schutz, indem es in der Sache den Katalog der verpönten Merkmale erweitert: Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung spezifiziert die Bedingungen, unter denen ein Differenzierungsgrund, der als solcher kein verpöntes Merkmal ist, zu einem solchen wird.²⁵⁹ Damit reagiert das Recht auf Folgeerscheinungen sozio-ökonomischer Ungleichheiten, für die die Gesellschaft subsidiär verantwortlich ist, weil sich – anders als bei der präferenzbedingten Diskriminierung – kein unmittelbar Verantwortlicher benennen lässt. Wird ein Einzelner zur Beseitigung dieser Folgen in Anspruch genommen, ist diese ungleiche Behandlung mit der mittelbaren (politischen, nicht persönlichen) Verantwortung zu rechtfertigen, die er als Mitglied der Gesellschaft²⁶⁰ für die Veränderung von veränderbaren Zuständen hat. Bei mittelbaren Diskriminierungen ist diese Verantwortlichkeit gegeben, weil der Handelnde mit seinem Verhalten zur Perpetuierung eines Zustandes beiträgt, der aufgrund einer getroffenen politischen Entscheidung geändert werden soll. Sie wird aufgrund der tatbestandlichen Rechtfertigungsmöglichkeit zugleich aber wieder beschränkt, weil ihm nicht die Verantwortung für die systemische Diskriminierung in der Gesellschaft insgesamt aufgebürdet wird.²⁶¹

(3) Ungleiche Behandlung

Auslöser der Prüfung ist eine vom Normadressaten vorgenommene Differenzierung²⁶² von Sachverhalten oder Personen, die zwar für sich genommen an „neutrale“ Differenzierungskriterien anknüpft, die aber ihrerseits Merkmalsträger „in besonderer Weise benachteiligen können“ (§ 3 Abs. 2 AGG). Es müssen Vergleichsgruppen gebildet werden, die es erlauben festzustellen, ob eine bestimmte Personengruppe gegenüber anderen Personengruppen benachteiligt sein kann.²⁶³ Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung ist daher zusammen mit der unmittelbaren Diskriminierung Ausdruck der Forderung, Gleiches auch gleich zu

²⁵⁹ Holmes, 68 Modern L. Rev. 175, 184 (2005).

²⁶⁰ Ablehnend zur Verantwortungszurechnung an die Gesellschaft Ladeur, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 80.

²⁶¹ Dazu weiterführend Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 558 f.

²⁶² Zum Gegenstand der Maßnahme siehe EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority* ua = Slg. 1993, I-5535 Rn. 15 ff; vertiefend Schiek in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 397.

²⁶³ VGH Kassel, Urt. v. 14.9.2010, 2 A 1337/10, www.juris.de, Rn. 27.

behandeln.²⁶⁴ Die Pointe der mittelbaren Diskriminierung liegt gerade darin, dass sie die formale mit der materialen Konzeption von Gleichbehandlung²⁶⁵ verknüpft. Das Tatbestandsmerkmal des neutralen Differenzierungskriteriums knüpft an die formale Gleichbehandlung an, weil der Normadressat einen formal alle gleichermaßen treffenden Differenzierungsgrund gewählt hat. Mit der besonderen Benachteiligung berücksichtigt die Konzeption dagegen die ungleichen tatsächlichen Auswirkungen dieser formalen Gleichbehandlung und verwirklicht damit materiale Gleichbehandlung.²⁶⁶ Die vermeintlich gebotene Ungleichbehandlung von Merkmalsträgern²⁶⁷ lässt sich sachnäher als Gebot materialer Gleichbehandlung rekonstruieren.²⁶⁸ Die materiale Konzeption der Diskriminierungsverbote verdeutlicht, dass sich die Merkmalsträger nicht gegen die Anwendung des neutralen Differenzierungskriteriums wehren, indem sie auf eine Ungleichbehandlung pochen. Im Gegenteil: Sie machen darauf aufmerksam, dass sich die formale Gleichbehandlung ungleich auf die Merkmalsträger im Vergleich zu Nichtmerkmalsträgern auswirkt. Diese materiale Ungleichbehandlung wird bekämpft. Daher kommt es auch bei der mittelbaren Diskriminierung letztlich darauf an, dass die Merkmalsträger mit den nicht in besonderer Weise betroffenen Nichtmerkmalsträgern vergleichbar sind. Im Grundsatz kann ich daher auf die Ausführungen zur unmittelbaren Diskriminierung verweisen.²⁶⁹ Im Rahmen der Vergleichbarkeit muss das verpönte Merkmal unberücksichtigt bleiben. Man kann nur feststellen, ob die anhand eines neutralen Kriteriums unterschiedenen Personen – abgesehen von diesem Merkmal – vergleichbar sind.

*Beispiel: Unterscheidet der Arbeitgeber zwischen Teilzeit- und Vollzeitarbeitnehmern, sind deren Arbeitsbedingungen abgesehen von der Teilzeit/Vollzeit zu vergleichen. Wenn nur der Arbeitsvertrag des Teilzeitarbeitnehmers weder die Wochenarbeitszeit noch eine Ausgestaltung der Arbeitszeit festlegt und dem Arbeitnehmer die Wahl lässt, einer Anforderung des Arbeitgebers nachzukommen, sind die Angehörigen beider Gruppen insoweit nicht vergleichbar.*²⁷⁰

Die entscheidende Schwierigkeit der mittelbaren Diskriminierung bilden die Anforderungen an den Zurechnungszusammenhang.²⁷¹ Das ist die Aufgabe des Tat-

264 EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56.

265 Dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 143 ff.

266 In der Sache auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 a) bb) (1).

267 So *Barnard/Hepple*, 59 Camb. L. J. 562, 570 (2000). Überzeugend dagegen *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 218 f.

268 Zum Problem beim allgemeinen Gleichheitssatz *Sachs*, Grundrechte, 2003, B 3 Rn. 41 ff; *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 157 ff; *Rüfner* in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 7; *Huster* in: *Friuf/Höfling*, GG, Art. 3 Rn. 69.

269 Siehe § 6 V 2 a) (2).

270 EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 52.

271 Vgl. dazu *Hanau/Preis*, ZfA 1988, 177, 188 ff und jetzt *Rebhahn/Kietaibl*, Rechtswissenschaft 2010, 373, 384 ff, 388 ff.

bestandsmerkmals der „besonderen Benachteiligung“. Dafür ist keine subjektive Komponente erforderlich.²⁷² Auf der Grundlage einer materialen Konzeption kommt es maßgeblich auf die gleichheitswidrige Auswirkung einer neutralen Anknüpfung an. Die Maßnahme muss einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen einer geschützten Gruppe benachteiligen. Das konnte nach der Rechtsprechung im Regelfall²⁷³ nur aufgrund eines aussagekräftigen statistischen Vergleichs durch die Anwendung der Regelung auf unterschiedliche betroffene Personengruppen ermittelt werden.²⁷⁴ Eine statistisch nachweisbare überproportionale Belastung von Merkmalsträgern ist nach wie vor ein Ansatz, eine mittelbare Diskriminierung festzustellen.²⁷⁵ Das ist aufgrund des Wortlauts und der Erwägungsgründe der Richtlinien²⁷⁶ mittlerweile nicht mehr die einzige Möglichkeit²⁷⁷ und damit nicht zwingend erforderlich. Es genügt, wenn die Differenzierungen *Personen* wegen eines Merkmals *typischerweise* benachteiligen *können*.²⁷⁸ An die Stelle des zwingend notwendigen Gruppenbezugs der Maßnahme tritt ergänzend die benachteiligende Auswirkung auf eine Person wegen des verpönten Merkmals.²⁷⁹ Im Unterschied zur unmittelbaren Diskriminierung wird auch auf eine tatsächlich eingetretene besondere Benachteiligung verzichtet. Wie *Ingo Scholten* unter Verweis auf die Entscheidung in der Rs. *O'Flynn*,²⁸⁰ die Entstehungsgeschichte, die übereinstimmenden Sprachfassungen der Richtlinien und unter Berücksichtigung des *effet utile* überzeugend nachgewiesen hat, genügt es für die mittelbare Diskriminierung, wenn die Maßnahme geeignet ist, eine benachteiligende Wirkung hervorzurufen.²⁸¹ Abgesehen vom Geschlecht und vom Alter, dürften signifikante Statistiken für die übrigen Merkmale kaum verfügbar

272 Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607.

273 Eine Ausnahme ist EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-79/99 – *Schnorbus v. Land Hessen* = Slg. 2000, I-10997 Rn. 38, wo bereits im Anknüpfen an ein „neutrales“ Kriterium als solches, das nur von Männern erfüllt werden kann, eine mittelbare Diskriminierung erblickt wurde.

274 EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority ua* = Slg. 1993, I-5535 Rn. 19; BAG NZA 2006, 611 Rn. 27 mwN, wo jeweils von zwei Varianten gesprochen wird.

275 Vgl. *Schrader/Schubert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 43 ff.

276 Vgl. Erwgr. (15) der RL 2000/43/EG und 2000/78/EG.

277 VGH Kassel, Urt. v. 14.9.2010, 2 A 1337/10, www.juris.de, Rn. 28; *Rust* in: Falke/Rust, AGG, § 3 Rn. 13; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 43 ff; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 3 Rn. 26a ff; *Schrader/Schubert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 47 ff; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 3 AGG Rn. 12; vertiefend *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 268 ff; anders in der Tendenz *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 27 ff.

278 BAG NZA 2010, 222 Rn. 29.

279 *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145 161-162 (2001); *Schiek*, 8 ELJ 290, 295 (2002); scharfe, im Ergebnis aber unberechtigte Kritik an diesem Neuansatz üben *Barnard/Hepple*, 59 Camb. L. J. 562, 569 (2000).

280 EuGH, Urt. v. 23.5.1996, Rs. C-237/94 – *O'Flynn v. Adjudication Officer* = Slg. 1996, I-2617 Rn. 18, 21.

281 *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 27 f; siehe auch *Colneric*, NZA Beilage 2008, 66, 68 f; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, 2005, 281 ff; *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 91 ff; so auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 a) bb) (2) (c). Nicht überzeugend daher *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 31.

sein.²⁸² Bereits ihre Erhebung wäre problematisch, weil niemandem zugemutet werden darf, seine sexuelle Orientierung oder seine Religion zu offenbaren. Die Feststellung ethnischer Zugehörigkeit wirft das grundlegende Problem auf, ob es überhaupt „objektive“ Faktoren zur statistischen Erfassung dafür gibt, sieht man einmal von der Staatsangehörigkeit ab.²⁸³ Der Verzicht auf eine statistisch nachweisbare Auswirkung war daher geboten. An ihre Stelle tritt eine aufgrund objektiver Faktoren untermauerte Plausibilitätsprüfung, ob und wie sich das neutrale Kriterium besonders nachteilig auf Merkmalsträger auswirkt.²⁸⁴

Beispiele: Das Kriterium „deutsche Sprachkenntnisse in Wort und Schrift“ benachteiligt Arbeitnehmer nicht-deutscher und damit anderer ethnischer Herkunft im Vergleich zu deutschen Arbeitnehmern in besonderer Weise.²⁸⁵ Wird in einer Stellenanzeige das erste oder zweite Berufs- oder Tätigkeitsjahr bei der Eingruppierung mit angegeben, liegt eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters vor: Das im Sinne einer Höchstanforderung verwandte Merkmal schließt typischerweise Arbeitnehmer mit einem höheren Lebensalter von der Bewerbung auf die ausgeschriebenen Arbeitsplätze aus.²⁸⁶

(4) Sachliche Rechtfertigung

Das mit der neutralen Differenzierung verfolgte Ziel ist nur rechtmäßig, wenn es auf objektiven Faktoren beruht, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des verpönten Merkmals zu tun haben.²⁸⁷ Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz verlangt zwingend, dass das verpönte Merkmal keine Rolle bei der sachlichen Rechtfertigung spielen darf.²⁸⁸ Nennt ein Arbeitgeber in einer Stellenanzeige die maximal von ihm erwarteten Berufsjahre, diskriminiert er mittelbar anhand des Alters.²⁸⁹ Seine Rechtfertigung, mit der Beschäftigung von Berufsanfängern eine ausgewogene Altersstruktur im Betrieb zu sichern und seine Personalkosten zu begrenzen, ist kein sachlicher Grund, weil er damit unmittelbar an das Alter der Bewerber anknüpft.²⁹⁰ Der Einsatz des neutralen Kriteriums kann prinzipiell mit allen sonstigen von der Rechtsordnung anerkannten Gründen gerechtfertigt werden.²⁹¹ Das sind auch die im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht für die Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung ausdrücklich vorgesehenen Grün-

282 Vgl. *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 3 AGG Rn. 12.

283 Dazu bereits oben § 6 III 1 b).

284 *Schiek* in: Schiek, AGG, § 3 Rn 43; *Schrader/Schubert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 48.

285 LAG Hamm NZA-RR 2009, 13 15, offengelassen von BAG NZA 2010, 625 Rn. 17; näher *Gruber*, NZA 2009, 1247, 1248 f.

286 BAG NZA 2010, 222 Rn. 27.

287 Ständige Rspr. zu Art. 157 AEUV; vgl. EuGH, Urt. v. 31.3.1981, Rs. 96/80 – *Jenkins v. Kingsgate Ltd.* = Slg. 1981, 911 Rn. 11; EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhöfer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961 Rn. 66.

288 So auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 a) bb) (2) (d).

289 BAG NZA 2010, 222 Rn. 34.

290 Offen gelassen von BAG NZA 2010, 222 Rn. 34.

291 Siehe BAG NZA 2010, 222 Rn. 31.

de.²⁹² Dazu zählen sozialpolitische Gründe wie Ziele der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung und der Ausgleich struktureller Diskriminierungen.²⁹³ Weil diese Gründe an die Mitgliedstaaten adressiert sind, müssen diese in ihrem nationalen Recht davon Gebrauch gemacht haben.²⁹⁴ Dann – und nur dann – können sich auch nicht-staatliche Akteure darauf stützen.²⁹⁵ Sind die Akteure, wie beispielsweise Betriebsparteien, selbst unmittelbar an die Richtlinie gebunden, können auch sie sich unmittelbar auf diese Legitimationsgründe stützen.²⁹⁶ Daneben kommen alle sonstigen wirtschaftlichen Gründe in Betracht, die einem tatsächlichen und schutzwürdigen Bedürfnis des Benachteiligten dienen.²⁹⁷ Dazu gehören auch privatautonom bestimmte und grundrechtlich geschützte Ziele des Benachteiligten wie betriebliche Notwendigkeiten und Anforderungen an persönliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers²⁹⁸ oder wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen, die ihrerseits auch eine unmittelbare Diskriminierung rechtfertigen können.²⁹⁹ Die Ausübung privatautonomer Freiheiten wird hier als Rechtfertigungsgrund verarbeitet. Darin liegt zugleich eine weitreichende Öffnung des Nichtdiskriminierungsrechts für die Anforderungen des Marktes: Das „bessere Funktionieren des Unternehmens [ist] letztlich immer ein legitimes Ziel.“³⁰⁰

Beispiel: Das Kriterium ausreichender Kenntnisse der deutschen Schriftsprache eines Facharbeiters lässt sich auf einen sachlichen Grund zurückführen. Anders als vom Bundesarbeitsgericht vorgeschlagen, kann man sich dabei nicht auf eine Zertifizierungsnorm stützen, die die Kenntnis der deutschen Schriftsprache als berufliche Anforderung der vom Arbeitgeber beschäftigten Werker voraussetzt.³⁰¹ Diese Vorschrift bewirkt nämlich ihrerseits eine besondere Benachteiligung von Personen mit anderen ethnischen Zugehörigkeiten. Entscheidender Gesichtspunkt ist der damit angestrebte Zweck: Ohne Lektüre der sich stetig ändernden prozessbegleitenden Dokumente kann der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht so ausführen, dass der Arbeitgeber seinen Abnehmern die vollständige Erfüllung ihrer Anforderungen sicherstellen kann. Der Arbeitgeber darf die vom Markt diktierten beruflichen Anforderungen an seine Mitarbeiter durchreichen.³⁰²

292 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 63 ff.

293 Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 13.7.1989, Rs. 171/88 – *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* = Slg. 1989, 2743 Rn. 14.

294 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 65.

295 Sagan, ZESAR 2009, 505, 507.

296 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 34, 27.

297 Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 36.

298 BAG NZA 2010, 625 Rn. 19.

299 BAG NZA 2010, 625 Rn. 26.

300 Däubler, ZfA 2006, 479, 488.

301 BAG NZA 2010, 625 Rn. 20.

302 BAG NZA 2010, 625 Rn. 21.

Das gewählte Differenzierungskriterium muss zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein (§ 3 Abs. 2 AGG).³⁰³ Notwendig ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Voraussetzung ist zunächst, dass das Mittel geeignet ist. Das ist im Wortlaut nicht ausdrücklich genannt, folgt aber zwingend aus der Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung: Ein ungeeignetes Mittel kann niemals erforderlich sein. Das Differenzierungskriterium ist geeignet, wenn mit der dadurch erreichten Gruppenbildung das angestrebte Ziel tatsächlich erreicht werden kann. Dem Arbeitgeber kommt insoweit kein Beurteilungsspielraum zu.³⁰⁴ Den Mitgliedstaaten wurde in der Vergangenheit dagegen ein breiter Ermessensspielraum dahingehend eingeräumt, ob die gewählten Maßnahmen das sozialpolitisch zu erreichende Ziel tatsächlich erreichen können.³⁰⁵ Dasselbe gilt für die unmittelbar an die Richtlinie gebundenen Sozialpartner.³⁰⁶ Allgemeine Behauptungen genügen aber auch hier nicht.³⁰⁷ Das verwendete Mittel muss auch erforderlich sein, um den Zweck zu erreichen. Erforderlich ist ein Mittel zur Erreichung des vom Benachteiligten gesetzten Ziels, wenn das Ziel ohne das Mittel nicht erreicht werden kann.³⁰⁸ Kann das Ziel auf eine Art und Weise erreicht werden, die sich nicht oder in geringerem Umfang benachteiligend auswirkt, ist das gewählte Mittel nicht erforderlich.³⁰⁹

*Beispiel: Die Anforderung an Arbeitnehmer, die deutsche Sprache schriftlich zu beherrschen, ist erforderlich, damit das vom Arbeitgeber gesetzte Ziel, die ihm vom Markt diktierten Anforderungen an die Produktionsweise, erfüllt werden kann. Darauf, ob es genügt, dass der Arbeitnehmer seinen Aufgaben auch nachkommen kann, wenn er die Anweisungen mündlich erhält, kommt es nicht an. Dabei handelt es sich nicht um ein gleich geeignetes Mittel, weil die Fehlerquote bei mündlichen Anweisungen höher ist.*³¹⁰

c) Belästigung und sexuelle Belästigung

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht konzipiert die Belästigung und die sexuelle Belästigung als Benachteiligung (§ 3 Abs. 3 und 4 AGG)³¹¹ und bettet sie in den Kontext der Gleichbehandlung ein. Das ist der im deutschen Recht tradi-

303 Vgl. EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 64 f.

304 Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 36.

305 Kritisch dazu *Barnard/Hepple*, 59 Camb. L. J. 562, 575-576 (2000).

306 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 47.

307 EuGH, Urt. v. 9.2.1999, Rs. C-167/97 – *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith* = Slg. 1999, I-623 Rn. 74 f.

308 BAG NZA 2010, 625 Rn. 22.

309 Zur Verankerung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vgl. *Tobler*, Indirect Discrimination, 2005, 241 f.

310 BAG NZA 2010, 625 Rn. 22.

311 Art. 2 Abs. 3 RL 2004/43/EG und 2000/78/EG; Art. 2 lit. c) und d) RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. c) und d) RL 2006/54/EG; Art. 3 lit. c) und d) RL 2010/41/EU.

tionell in freiheitsrechtlichen Bahnen erfolgenden Behandlung von Belästigung als Persönlichkeitsrechts- oder Würdeverletzung (vgl. § 1 Abs. 1 BeschSchG)³¹² fremd.³¹³ Die Konzeption von Belästigung als Diskriminierung ist neben der mittelbaren Diskriminierung ein weiteres *legal transplant* aus dem U.S.-amerikanischen Nichtdiskriminierungsrecht.³¹⁴ Ganz knapp dazu der *Supreme Court*:

„Without question, when a supervisor sexually harasses a subordinate because of the subordinate's sex, that supervisor “discriminate[s]” on the basis of sex.“³¹⁵

Dafür ist es notwendig, die geschlechtergeprägte Hierarchie des Arbeitgebers als maßgeblichen sozialen Kontext zu berücksichtigen.³¹⁶ Wäre die belästigte Arbeitnehmerin keine Frau und Untergebene, hätte ihr männlicher Vorgesetzter sie nicht belästigt. Damit wird in den Fällen der (sexuellen) Belästigung das verpönte Merkmal Geschlecht (*gender*) zum entscheidenden Faktor.³¹⁷ Die Frau ist als Frau in einer männerdominierten Arbeitswelt einer Belästigung ausgesetzt, der sie als Mann in einem vergleichbaren Kontext nicht ausgesetzt gewesen wäre.³¹⁸ Die sexuelle Belästigung Erwerbstätiger ist geschlechtsspezifische Diskriminierung.³¹⁹ Belästigung als Diskriminierung greift entgegen *Thüsing* nicht über das spezifische Anliegen des Gleichheitssatzes hinaus,³²⁰ sondern verwirklicht das Nichtdiskriminierungsprinzip: Es geht darum, ob Personen eines Geschlechts einer Benachteiligung ausgesetzt sind, von der Personen eines anderen Geschlechts verschont bleiben.³²¹ Im Kern weisen diese Fälle auf die gleichheitsrechtliche Wurzel der Belästigung hin.³²² Wer wegen seines Geschlechts oder seiner ethnischen Herkunft belästigt wird, dessen Würde wird in gleichheitswidriger Weise verletzt: Das Verhalten zeigt, dass der Belästigende dieser Person aufgrund ihrer

312 Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz v. 26.4.1994, BGBl. I S. 1406, aufgehoben von Art. 4 S. 2 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14.8.2006, BGBl. I S. 1897; zur dogmatischen Einordnung siehe *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 117 f.

313 Exemplarisch die Kritik von *Thüsing*, ZfA 2001, 397, 411; wörtlich wiederholt in *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 53; kritisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 a) cc). Näher zum Problem *Scholtens*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 30 ff und grundlegend *Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, 50 ff.

314 Grundlegend zum Merkmal „Rasse“ *Rogers v. E.E.O.C.*, 454 F.2d 234 (5th Cir. 1971); zum Merkmal „Geschlecht“ siehe *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

315 *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. at 64.

316 Kritisch zur Rechtsprechung *MacKinnon*, Sex Equality, 2007, 865 ff.

317 *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Circ. 1977).

318 Siehe *Barnes v. Costle*, 561 F.2d at 990.

319 *Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, 48. Zu Art. 1 CEDAW siehe General Recommendation No. 19 (11th session, 1992), Violence against women, No. 7: „Gender-based violence, which impairs or nullifies the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms under general international law or under human rights conventions, is discrimination within the meaning of article 1 of the Convention.“, zugreifbar unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom19> [Stand: 31.12.2012].

320 *Thüsing*, ZfA 2001, 397, 412.

321 Vgl. *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 25 (1993) (Ginsburg, J., conc.).

322 Anders *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 492 f (Unrechtsgehalt ergebe sich aus der Handlung selbst und nicht aus einem Vergleich).

Zuschreibung zu einer statusniedrigeren Gruppe nicht mit gleicher Achtung und Respekt begegnet wie den Personen seiner Gruppe.³²³ *Susanne Baer* hat den Zusammenhang mit Bezug auf die sexuelle Belästigung so beschrieben:

„Diskriminierung ist nicht die schlichte Differenzierung als unterschiedliche Behandlung, sondern soziale Hierarchisierung. Allein eine solche Definition erscheint im sozialen Kontext sinnvoll, da es weder zufällig noch unwichtig ist, daß Frauen die Opfer und Männer die Täter sexueller Gewalt sind und diese Konstellation eben die Definition dessen aufrechterhält, was Frauen und was Männer sind.“³²⁴

Diese geschlechterspezifische Deutung sozialer Hierarchien hat einen blinden Fleck: den Mann, der Männer belästigt.³²⁵ Ob das Nichtdiskriminierungsrecht den Fall des *same-sex sexual harassment* überhaupt oder nur dann erfasst, wenn der Belästigende homosexuell ist, ist umstritten.³²⁶ Der *Supreme Court* entschied in *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, dass *male-on-male sexual harassment* grundsätzlich sexuelle Belästigung sein kann.³²⁷ Das Verhalten der Belästigenden ließe sich nämlich auf das Geschlecht des Opfers zurückführen.³²⁸ Im europäischen Nichtdiskriminierungsrecht kann und muss man die in der Belästigung zum Ausdruck kommende Würdeverletzung qua Gruppenzuschreibung dagegen als Fallgruppe der Belästigung aufgrund der sexuellen Orientierung erfassen. Illustrativ dazu ist die Entscheidung in *English v. Thomas Sanderson Ltd.*³²⁹: Stephen English strengte eine Belästigungsklage gegen seinen Auftraggeber³³⁰ an und behauptete, seine Arbeitskollegen hätten ihn über einen langen Zeitraum mit sexuellen Anzüglichkeiten und Ausdrücken malträtiiert, die deutlich homosexuellen Inhalt hatten. Jemand hatte erfahren, dass English in einem Internat gewesen war und in Brighton lebte. Dabei handelt es sich um stereotype Eigenschaften, die in der englischen Gesellschaft schwulen Männern zugeschrieben werden. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass English verheiratet und Vater dreier Kinder war, sich selbst als heterosexuell bezeichnete und einräumte, dass seine Arbeitskollegen ihn ebenfalls nicht für homosexuell hielten, sondern ihn nur damit „aufzogen“ bzw. „folterten“.³³¹ Das warf die spannende Frage auf, ob sich der Betroffene auf den Schutz vor Belästigungen berufen kann, wenn „(a) he is not gay, (b) he is not perceived or assumed to be gay by his fellow workers, and (c)

323 Dazu oben § 6 I.

324 Baer, Würde oder Gleichheit?, 1995, 48 f.

325 Näher zur Kritik der klassischen geschlechterspezifischen Ansätze Franke, 49 Stan. L. Rev. 691 (1997).

326 Vgl. den Überblick bei *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 79 (1998).

327 *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75 (1998).

328 *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. at 80.

329 *English v. Thomas Sanderson Ltd.*, [2008] EWCA Civ 1421 (C.A.).

330 Dazu, dass English kein Arbeitnehmer i.e.S. war, siehe Mackay Eastwood, 38 Ind. L. J. 222, 223 (2009).

331 *English v. Thomas Sanderson Ltd.*, [2008] EWCA Civ 1421 paras. 2-4 (Laws LJ).

he accepts that they do not believe him to be gay.“³³² Das ist zu bejahen, weil es nur darauf ankommt, dass die besondere sexuelle Orientierung einer Person, gleich ob tatsächlich vorliegend oder nur angenommen, Grund für die Belästigung war.³³³ Gerade weil English nicht wegen seiner tatsächlichen Homosexualität erniedrigt wurde, zeigt dieser Fall auf besonders pointierte Weise, wie über Belästigungen soziale Hierarchien konstruiert werden: Der nicht-homosexuelle Mann wird von anderen nicht-homosexuellen Männern erniedrigt, indem ihm vermeintliche Eigenschaften schwuler Männer zugeschrieben werden. Das funktioniert nur, wenn Schwulen als Gruppe im sozialen Kontext ein geringerer Status zukommt. Zugleich perpetuiert eine darauf Bezug nehmende Belästigung die Konstruktion sozialer Hierarchien. Die Behandlung von Belästigung als Gleichheitsproblem trägt dazu bei, einen Zustand herzustellen, in dem die verpönten Merkmale nicht mehr zur Hierarchiebildung in der Gesellschaft verwendet werden.³³⁴ Die isolierte Betrachtung als Persönlichkeitsrechtsverletzung oder als Würdeverletzung blendet diese sozialen Kontexte dagegen aus.

d) Anweisung zur Benachteiligung/Diskriminierung

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht fingiert die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aufgrund eines verpönten Merkmals als verbotene Benachteiligung (§ 3 Abs. 5 AGG).³³⁵ Eine Anweisung liegt vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das eine andere Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann (vgl. § 3 Abs. 5 S. 2 AGG).

*Beispiel: Der Geschäftsführer eines Kosmetikartikelherstellers weist den für Personal zuständigen Mitarbeiter an, keine türkischen Bewerber einzustellen. Weil der Arbeitnehmer dieser Weisung nicht nachkommen wollte, wurde ihm gekündigt. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts Wuppertal war die verhaltensbedingte Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Die Anweisung des Arbeitgebers verstieß offensichtlich gegen Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG. Weil die Umsetzungsfrist im Entscheidungszeitpunkt schon abgelaufen war, hätte das Gericht § 1 KSchG richtlinienkonform auslegen müssen.*³³⁶

Damit wird der Schutz vor einer Benachteiligung in das Vorfeld einer unmittelbaren und³³⁷ mittelbaren Diskriminierung ausgedehnt.³³⁸ Bereits in der Anweisung zur Diskriminierung liegt eine Gefährdung des Nichtdiskriminierungsprin-

332 *English v. Thomas Sanderson Ltd.*, [2008] EWCA Civ 1421 para. 2 (Laws LJ).

333 *English v. Thomas Sanderson Ltd.*, [2008] EWCA Civ 1421 para. 39 (Sedley LJ).

334 Vgl. Baer, Würde oder Gleichheit?, 1995, 235 ff (bezogen auf das Merkmal Geschlecht).

335 Art. 2 Abs. 4 RL 2000/43/EG und 2000/78/EG; Art. 4 Abs. 4 RL 2004/113/EG; Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2006/54/EG; Art. 4 Abs. 3 RL 2010/41/EU.

336 Choudry in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 582 f.

337 Ausdrücklich Art. 4 Abs. 4 Richtlinie 2004/113/EG.

338 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 76 f.

zips. Die eigentliche Benachteiligung muss nach dem verallgemeinerungsfähigen Wortlaut in § 3 Abs. 5 S. 2 AGG nicht eingetreten sein. Indem das Unionsrecht bereits die Anweisung als solche zur Diskriminierung macht, stellt es sicher, dass diese Gefährdung unabhängig vom nationalen Haftungsrecht und von nationalen Zurechnungsnormen im Nichtdiskriminierungsrecht erfasst wird. Die Anweisung ist ein eigener verbotener Diskriminierungstatbestand.³³⁹ § 3 Abs. 5 AGG ist keine besondere gleichbehandlungsrechtliche Zurechnungsnorm, welche die allgemein-zivilrechtlichen Zurechnungsnormen als *lex specialis* verdrängt.³⁴⁰ Hat der Angewiesene die Anweisung befolgt, kann sein Verhalten nach §§ 31, 278 und 831 BGB dem Anweisenden zugerechnet werden. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Zurechnungsnorm gegeben, ist der Rückgriff auf § 3 Abs. 5 AGG entbehrlich. Liegen sie nicht vor, ist die daneben bestehende unmittelbare Haftung des Anweisenden als Benachteiligender relevant.³⁴¹ Haftet der Angewiesene ebenfalls – was so selbstverständlich nicht ist³⁴² –, hat der Benachteiligte zwei Anspruchsgegner, die gesamtschuldnerisch haften (§ 426 Abs. 1 BGB bzw. § 840 Abs. 1 BGB). § 3 Abs. 5 AGG stellt auch klar, dass bereits die Anweisung als solche unwirksam ist und nicht zum vertraglichen Pflichtprogramm des Angewiesenen zählt.³⁴³ Im Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbots folgt das bereits aus § 7 Abs. 3 AGG.³⁴⁴ Im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots kommt § 3 Abs. 5 AGG dagegen eigenständige Bedeutung zu.

VI. Rechtfertigungsmöglichkeiten von Benachteiligungen/Diskriminierungen

1. Grundlagen

Die Frage nach der Rechtfertigung bildet den Kern des Gleichbehandlungsrechts.¹ Die begrifflich gegebene Ungleichbehandlung begründet nur *prima facie* einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Eine tatsächliche Verpflichtung des Normadressaten zur Gleichbehandlung folgt daraus erst, wenn er die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann. Gleichbehandlungspflichten sind damit Rechtfertigungsgebote für Ungleichbehandlungen. Diskriminierungsverbote kommt eine besondere Bedeutung im Rechtfertigungszusammenhang zu. Sie be-

339 So *Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens*, [1984] ICR 65 E.A.T. zu Sec. 30 Race Relations Act.

340 Ausführlich dazu *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1089 ff.

341 Näher *Deinert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 79 mwN.

342 Zum Problem *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 3 AGG Rn. 83; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 3 Rn. 96 ff.

343 *Schick* in: *Schick*, AGG, § 3 Rn. 78.

344 Daher am Sinn des § 3 Abs. 5 S. 2 AGG zweifelnd *Däubler*, ZfA 2006, 479, 490.

1 Deutlich formuliert von *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 37 ff, 107.

zeichnen die Gründe, mit denen man eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann. Sie sind ausschließende Gründe.² Das wirft seinerseits die Frage auf, ob Diskriminierungsverbote ihrerseits der Rechtfertigung zugänglich sind. Im System des Rechtfertigungszusammenhangs ist die Rechtfertigung einer *prima facie* unerlaubten Diskriminierung eine Rückausnahme: Sie ermöglicht es, die Ungleichbehandlung gerade mit der Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal zu rechtfertigen. Im Ausgangspunkt sind darauf drei Antworten denkbar.

(1.) Das Unterscheidungsverbot wird als reines Sachlichkeitsgebot konzipiert. So versteht beispielsweise das Bundesarbeitsgericht das Verbot der Altersdiskriminierung in einer jüngeren Entscheidung.³ Das ist mit der unionsrechtlichen Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts⁴ und mit dem modernen verfassungsrechtlichen Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG unvereinbar. Die Interpretation von Diskriminierungsverboten als reine Sachlichkeitsgebote zerstört den Kern des Nichtdiskriminierungsprinzips.⁵

(2.) Das Unterscheidungsverbot wird als striktes Verbot jeder Unterscheidung wegen der verpönten Merkmale aufgefasst. *Michael Sachs* schlägt vor, Art. 3 Abs. 3 GG von dieser Warte auszuinterpretieren.⁶ Ein ähnliches Verständnis hat sich beim Verbot jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) nicht durchgesetzt.⁷ Nach klassischer Auffassung kann eine von Art. 157 AEUV erfasste Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ebenfalls nicht gerechtfertigt werden.⁸ Die anerkannte Rechtfertigungsmöglichkeit bei der mittelbaren Diskriminierung⁹ bereitet solchen Konzeptionen Erklärungsprobleme. Sie werden dadurch gelöst, indem man mittelbare Diskriminierungen aus dem Schutzbereich der Diskriminierungsverbote ausscheidet und dem allgemeinen Gleichheitssatz zuweist.¹⁰ Diesem Vorschlag ist das Bundesverfassungsgericht jedenfalls zu Art. 3 Abs. 2 GG nicht gefolgt.¹¹ Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht ist er ohnehin versperrt. Daher wird die unterschiedliche Handha-

2 Dazu eingehend oben § 6 I 1.

3 BAG NZA 2010, 561 Rn. 20.

4 Dazu oben § 6 V 2 a).

5 Ausführliche Kritik bei *Grünberger*, EuZA 2011, 171.

6 Grundlegend *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 304 ff, 415 ff; *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 55 ff, 68 ff.

7 Vertiefend *Rossi*, EuR 2000, 197, 211 ff; *Epiney* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rn. 41; *Bogdandy* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 12 EGV Rn. 20 ff mwN; so jetzt auch *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 21 f. Zum Ganzen instruktiv *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 130 ff.

8 *Classen*, JZ 1996, 921, 924; *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003, 252 ff; *Langenfeld* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 157 AEUV Rn. 29; aA *Odendahl* in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 44 Rn. 58 ff; *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 58. Das von *Krebber* zitierte Urteil (EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhöfer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961) trägt seine Schlussfolgerung aber nicht, weil der EuGH in der Sache eine mittelbare Diskriminierung prüfte, vgl. *Classen*, EuR 2008, 627, 633 Fn. 34.

9 Dazu oben § 6 V 2 b) (4).

10 *Sachs* in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 182 Rn. 95 ff.

11 BVerfGE 113, 1, 15 f.

bung mit den sachlichen Unterschieden beider Erscheinungsformen gerechtfertigt. Das ist so einleuchtend nicht, weil es in beiden Fällen um eine Ungleichbehandlung geht.¹² Abgesehen von diesen Schwierigkeiten, taugt der Ansatz nicht, die Diskriminierungsverbote im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht zu erklären. Die einschlägigen Richtlinien und §§ 8-10, 20 AGG sehen ausdrückliche Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Man kann die Diskriminierungsverbote deshalb nicht als strikte Unterscheidungsverbote auffassen. Anderes gilt nur für die Belästigung und die sexuelle Belästigung, die nicht rechtfertigungsfähig sind.

(3.) Diskriminierungsverbote sind daher nur grundsätzlich Anknüpfungsverbote. Es besteht die Möglichkeit, die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal im Einzelfall zu rechtfertigen. Das Nichtdiskriminierungsprinzip führt dazu, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung im Vergleich zu einer Ungleichbehandlung, die nicht an ein verpöntes Merkmal anknüpft, deutlich höher sind.¹³ Dieser Ansatz birgt die Gefahr, dass die Ziele des Nichtdiskriminierungsprinzips mit einer entsprechenden Rechtfertigungsargumentation unterlaufen werden können. Dieser Gefahr kann man auf zwei Ebenen begegnen: (a) auf der Ebene der zulässigen Gründe bzw. Ziele und (b) des Zusammenhangs zwischen den Zielen und der Ungleichbehandlung („*fit*“).

Eine Einschränkung auf der Ebene des legitimen Grundes ist gegeben, wenn nicht jeder denkbare sachliche Grund für eine Rechtfertigung genügt. Damit ist die Gefahr nicht vollständig gebannt, dass sich die stereotypen Annahmen, die zu beseitigen gerade Ziel des Diskriminierungsverbots ist, über den legitimen Grund wieder einschleichen. Die alte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts steht dafür beispielhaft.¹⁴ Das unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht knüpft diesbezüglich an die Trennung zwischen dem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung einerseits und seiner Konkretisierung in den Richtlinien andererseits an.¹⁵ Soweit der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Sekundärrecht konkretisiert wurde, kommen ausschließlich die in den jeweiligen Richtlinien abschließend aufgeführten Ziele als legitime Gründe einer Ungleichbehandlung in Betracht.¹⁶ Es gibt aus Gründen des *effet utile* keinen all-

12 Vgl. Kischel, EuGRZ 1997, 1, 4 f; Kingreen in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 17 Rn. 49.

13 Exemplarisch dazu BVerfGE 124, 199 Rn. 85 ff zur Kontrolle von Differenzierungen wegen der sexuellen Orientierung unter ausdrücklicher Berücksichtigung des unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrechts; zum Unionsrecht näher Damm, Menschenwürde, 2006, 345 ff und allgemein zum speziellen Nichtdiskriminierungsrecht Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 8 AGG Rn. 4 ff.

14 Vgl. dazu Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 365 ff; Sacksofsky, Gleichberechtigung, 1996, 27 ff. Grundlegend für die neue Konzeption BVerfGE 85, 191, 207 [„Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.“]; ähnlich BVerfGE 92, 91, 109.

15 Dazu oben § 6 V 2.

16 Siehe Classen, EuR 2008, 627, 633.

gemeinen Vorbehalt bei geschlechtsdiskriminierenden Maßnahmen zugunsten der öffentlichen Sicherheit.¹⁷ Die zulässigen Rechtfertigungsgründe sind in den Rechtfertigungstatbeständen der einzelnen Richtlinien genannt. Dazu zählen die speziellen Rechtfertigungsgründe, wie beispielsweise Art. 4 und Art. 6 RL 2000/78/EG oder Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG. Der Gerichtshof hat diesen Katalog für zwei Akteure erweitert: Unterscheiden die Mitgliedstaaten beim Berufszugang aufgrund des Alters, können sie die Differenzierung sowohl mit Art. 2 Abs. 5 als auch mit Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG zu rechtfertigen versuchen.¹⁸ Sind private Akteure, beispielsweise die Betriebsparteien, unmittelbar an die Richtlinie gebunden, ist die Ausübung ihrer grundrechtlich gesicherten Freiheiten bei der Interpretation der Rechtfertigungsgründe maßgeblich zu berücksichtigen.¹⁹ Der Katalog möglicher Rechtfertigungsgründe ist nur insoweit abschließend.

Das Nichtdiskriminierungsprinzip wirkt sich, zweitens, auf die Anforderungen aus, die man an den Zusammenhang zwischen den Zielen/Gründen und der Ungleichbehandlung zu stellen hat. Es implementiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als das wichtigste Element der strengen Rechtfertigungsprüfung. Das lässt sich für das nationale Verfassungsrecht²⁰ wie für das Unionsrecht²¹ belegen. Der Bezug zum Verhältnismäßigkeitsprinzip war schon in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG angelegt, obwohl dessen Wortlaut darüber schwieg.²² Der Gerichtshof betonte, dass bei der Anwendung von Ausnahmen zu einem Grundrecht wie dem auf Gleichbehandlung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist: Danach dürfen Ausnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Zieles (1.) angemessen und (2.) erforderlich ist. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist (3.) soweit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Zieles

17 EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84 – *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* = Slg. 1986, 1651 Rn. 26 ff; bestätigt von EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 16 ff.

18 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 50 ff, Rn. 66 ff.

19 Grundlegend EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 34, 57, 53.

20 Vgl. BVerfGE 85, 191, 207 [„Differenzierende Regelungen können vielmehr zulässig sein, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, *zwingend erforderlich* sind.“ (Hervorhebung hinzugefügt)].

21 Siehe EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 23 ff [zur RL 76/207/EWG]; vgl. dazu allgemein *Damm*, Menschenwürde, 2006, 362 ff; *Odendahl* in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 43 Rn. 31 ff, § 44 Rn. 70 ff, § 45 Rn. 68; *Kingreen* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 17 Rn. 50.

22 Im Wortlaut: „Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu jeweils erforderliche Ausbildung, für die das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.“.

in Einklang zu bringen.²³ Mittlerweile hat sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Wortlaut der Richtlinien niedergeschlagen.²⁴ Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zu den Richtlinien diese Prüfungsschritte bestätigt und konkretisiert.²⁵

Das Diskriminierungsverbot ist also nur grundsätzlich ein Verbot der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung unter Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal. Diese Anknüpfung kann genauso wie die qualifizierte Auswirkung einer Differenzierung bei der mittelbaren Benachteiligung auf Merkmalsträger gerechtfertigt werden. Bei der mittelbaren Diskriminierung ist die Rechtfertigung Bestandteil des Diskriminierungsbegriffs. Bei der unmittelbaren Diskriminierung sind rechtfertigende Gründe auf einer eigenständigen Rechtfertigungsebene zu prüfen. Die Rechtsfolgen des Diskriminierungsverbots treten erst dann ein, wenn die begrifflich gegebene Diskriminierung nicht gerechtfertigt werden kann.

2. Rechtfertigungsgründe im beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot

a) Überblick über das System der Rechtfertigungsgründe

Das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot kennt einen allgemeinen und zwei spezielle ausdrückliche Rechtfertigungsgründe für unmittelbare Diskriminierungen. Bei einer mittelbaren Diskriminierung zählt die Rechtfertigung bereits zum Diskriminierungsbegriff.²⁶ Dafür greift der Gerichtshof auch auf die allgemeinen und besonderen Rechtfertigungsgründe der Richtlinien zurück.²⁷ (1.) § 8 Abs. 1 AGG sieht in Umsetzung der Richtlinien²⁸ einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund für die Anknüpfung an jedes Diskriminierungsmerkmal vor. (2.) § 9 Abs. 1 AGG privilegiert Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen und erlaubt ihnen, wegen der Religion und Weltanschauung zu diskri-

23 Siehe EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84 – *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* = Slg. 1986, 1651 Rn. 38; EuGH, Urt. v. 26.10.1999, Rs. C-273/97 – *Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence* = Slg. 1999, 7403 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 39.

24 Vgl. Art. 4 RL 2000/43/EG, Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG und Art. 14 Abs. 2 EG.

25 Grundlegend EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 60 ff; EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 66 ff; zuletzt EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 46 ff.

26 Dazu oben § 6 V 2 b) (4).

27 Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 65 f; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 63 ff (jeweils zum Verhältnis von Art. 2 Abs. 2 lit. b) und Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG).

28 Art. 4 RL 2000/43/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG.

minieren.²⁹ § 9 Abs. 2 AGG erstreckt diesen Rechtfertigungsgrund in der Sache auf Sanktionen von Loyalitätsverstößen. (3.) § 10 AGG enthält schließlich einen breiten Katalog von sachlichen Gründen, mit denen eine Ungleichbehandlung wegen des Alters gerechtfertigt werden kann.

b) Besonderer Freiheitsschutz: Die Privilegierung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht privilegiert Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen, indem es ihnen erlaubt, wegen der Religion und Weltanschauung zu diskriminieren (§ 9 Abs. 1 AGG³⁰). Diskriminierungen wegen anderer verpönte Merkmale – beispielsweise Geschlecht oder sexueller Orientierung – müssen auf andere Rechtfertigungsgründe gestützt werden. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht erlaubt es den Glaubensgemeinschaften auch, von ihren Beschäftigten ein „loyales und aufrichtiges Verhalten“ zu verlangen (§ 9 Abs. 2 AGG³¹). Wird ein Verstoß gegen die Loyalitätspflichten³² sanktioniert und knüpft der kirchliche Arbeitgeber dabei an ein in § 1 AGG genanntes Merkmal an, führt § 9 Abs. 2 AGG zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung.³³

Beide Rechtfertigungsgründe adressieren intrinsische Diskriminierungen.³⁴ Ihre verfassungsrechtliche Legitimation³⁵ ist das in Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 3 WRV auf nationaler Ebene geschützte und unionsrechtlich respektierte³⁶ Selbstbestimmungsrecht von Glaubensgemeinschaften bei der Ordnung und Verwaltung eigener Angelegenheiten.³⁷ Dieses Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrecht umfasst nach traditionellem Verständnis in Deutschland alle Maßnahmen, die in Verfolgung der vom religiösen Grundauftrag her bestimmten

29 Zur umstrittenen Frage, ob die nach § 9 AGG vom Arbeitgeber gestellte berufliche Anforderung *zugleich* auch die Voraussetzungen einer nach der Art der Tätigkeit gerechtfertigten Anforderung (Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG) erfüllen muss, siehe BAG, NZA 2012, 443 Rn. 37 mwN.

30 In Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2000/78/EG.

31 Grundlage dafür ist Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2000/78/EG.

32 Vgl. dazu die für die katholische Kirche geltende Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse v. 22.9.1993, zugreifbar unter http://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/VDD/db051_11_aufgabe.pdf [Stand: 31.12.2012].

33 BAG NZA 2012, 443 Rn. 30. Die umstrittene Frage, ob sich die Rechtfertigung auf die Merkmale „Religion und Weltanschauung“ beschränkt, hat das Gericht offengelassen, BAG NZA 2012, 443 Rn. 35; dazu näher Jousen, RdA 2003, 32, 37 f; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 9 AGG Rn. 21; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 11 Rn. 20.

34 Zum Begriff oben § 6 V 1 c).

35 Zur Frage, inwieweit eine entsprechende Schutzpflicht des Gesetzgebers besteht, näher Belling, NZA 2004, 885, 888 f.

36 Vgl. dazu Erwrgr. (24) RL 2000/78/EG; zur primärrechtlichen Verankerung näher Thüsing/Fink-Jamml/von Hoff, ZfA 2009, 153, 178 ff mwN; zurückhaltender dagegen mit Recht Reichold, NZA 2001, 1054, 1057 ff.

37 Siehe BT-Drs. 16/1780, S. 35. Grundlegend dazu in jüngerer Zeit BVerfGE 70, 138, 162 ff.

Aufgaben im seelsorgerischen und karitativen Bereich zu treffen sind.³⁸ Dazu zählen auch die Personalauswahl und alle Entscheidungen, mit denen die „religiöse Dimension“ des Wirkens im Sinne kirchlichen Selbstverständnisses sichergestellt werden soll.³⁹ Das Nichtdiskriminierungsrecht löst den Konflikt zwischen der grundrechtlich gesicherten Religions- und Glaubensfreiheit und dem grundrechtlich ebenfalls gesicherten Anspruch auf gleiche Behandlung methodisch auf der Ebene der Rechtfertigung. Dabei kommt es entscheidend darauf an, wie weitgehend die im Grundsatz respektierte Eigenrationalität dieser Teilsysteme im Nichtdiskriminierungsrecht akzeptiert wird.

Rechtfertigungsvoraussetzung ist nach der Richtlinie, dass die Religion oder Weltanschauung der betroffenen Person „nach Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation“ ist.⁴⁰ § 9 Abs. 1 AGG weicht von diesem Wortlaut erheblich ab.⁴¹ Im Kern können damit die Kirchen allein auf Grund des ihnen zustehenden Selbstbestimmungsrechts für jede Tätigkeit festlegen, ob die Religion eine bestimmte berufliche Anforderung für eine Tätigkeit ist.⁴² Das geht zurück auf die traditionelle Konzeption des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften in Deutschland.⁴³ Damit geht im Vergleich zur Richtlinie eine Ausdehnung⁴⁴ der systeminternen Rationalität auf Kosten des Gleichbehandlungsanspruchs einher. Das ist unionsrechtlich nicht unproblematisch.⁴⁵ Praxisrelevant ist das für Tätigkeiten, die objektiv keinen zwingenden religiösen Bezug aufweisen, wie etwa die Sozialpädagogin für ein Integrationsprojekt⁴⁶, Kindergärtner, Organisten und Ärzte eines kirchlich getragenen Krankenhauses⁴⁷ sowie die muslimische Putzfrau⁴⁸. Darauf gehe ich hier nicht näher ein.⁴⁹ Zur kontextabhängigen Ausgestaltung des Selbstverständnisses der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften würde sich ein Konzept abgestufter Loyalitätspflichten⁵⁰ eignen. Der Europäische Gerichtshof für Men-

38 Siehe dazu zuletzt (kritisch) *Schlink*, JZ 2013, 209, 212 ff.

39 BVerfGE 70, 138, 164.

40 Vertiefend *Deinert*, EuZA 2009, 332, 334 ff.

41 Eingehend dazu und zu den vertretenen Lösungsansätzen *Armbrüster* in: Erman, § 9 AGG Rn. 6.

42 *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 328; *Joussen*, NZA 2008, 675, 677.

43 Grundlegend BVerfGE 70, 138, 167 f; zuletzt BAG NZA 2012, 443 Rn. 22 ff zu den Loyalitätspflichten eines Chefarztes in einem katholischen Krankenhaus.

44 Eingehend *Schliemann*, NZA 2003, 407, 411; weitere Nachweise bei *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 161 Fn. 26.

45 Richtlinienkonformität bejahend *Joussen*, NZA 2008, 675 ff; *Mohr/Fürstenberg*, BB 2008, 2122, 2124 ff; *Schnabel*, ZfA 2008, 413 ff; *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153 ff; verneinend *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 328; *Wedde* in: Däubler, AGG, § 9 Rn. 33; *Deinert*, EuZA 2009, 332, 339 f; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 9 AGG Rn. 3.

46 Vgl. LAG Hamburg AuR 2009, 97.

47 *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 328.

48 *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 9 Rn. 15.

49 Eingehend dazu *Fabrig/Stenslik*, EuZA 2012, 184 ff.

50 Dazu *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 199.

schenrechte unterscheidet beispielsweise zwischen den Tätigkeiten, die zum eigentlichen Verkündigungsauftrag der Gemeinschaften zählen oder mit denen die Gemeinschaften in besonders hervorgehobener Form nach außen repräsentiert werden und sonstigen Tätigkeiten: Den Pressesprecher der mormonischen Kirche treffen andere Loyalitätspflichten als den Chorleiter und Organisten einer Pfarrgemeinde.⁵¹ Die Kirche darf daher grundsätzlich von den „Mitarbeitern, die sie mit der Wahrnehmung der Leitungsaufgaben betraut, eine Identifikation mit den Kernpunkten der katholischen Glaubens- und Sittenlehre“ verlangen.⁵² Allerdings zwingt das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht im Verbund mit dem menschenrechtlich geschützten Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK) und den sonstigen Grundrechten des Arbeitnehmers zur Abwägung der ungleich behandelnden Maßnahme auf Rechtfertigungsebene.⁵³ Die Lösung des Konflikts wird vorzugsweise mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesucht.⁵⁴ Obwohl dieser in Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG nicht ausdrücklich genannt wird, ist er ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts, der die Rechtfertigungsmöglichkeit von Diskriminierungen begrenzt.⁵⁵ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt das methodische Instrumentarium zur Verfügung, um einerseits das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft zu respektieren⁵⁶ und andererseits dessen Expansionsdrang in andere Teilsysteme Grenzen zu ziehen.⁵⁷ Für die Angemessenheit der Maßnahme kommt es danach auf die konkrete Tätigkeit des Beschäftigten und auf die Art seines Pflichtverstoßes an. Das hat Auswirkungen auf die Kündigung eines Arbeitnehmers, der eine eingetragene Le-

51 Vgl. EGMR, Urt. v. 23.9.2010, App.No. 425/03 – *Obst v. Deutschland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 48, worin die, von den deutschen Arbeitsgerichten gebilligte Entlassung wegen Ehebruchs des Pressesprechers der Mormonischen Kirche in Europa, akzeptierte und EGMR, Urt. v. 23.9.2010, App.No. 1620/03 – *Schüth v. Deutschland* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 53 ff, wo die bestätigenden Entscheidungen der Gerichte zur Entlassung des katholischen Organisten und Chorleiters aufgrund einer außerehelichen Beziehung als konventionswidrig eingestuft wurden; anders dagegen noch BAG AP BGB Nr. 44 zu § 611 – Kirchendienst, wo ein Kirchenmusiker als Funktionsträger der Kirche eingestuft und daher nicht differenziert wurde.

52 BAG NZA 2012, 443 Rn. 37.

53 Vgl. EGMR, NZA 2012, 199 Rn. 43 ff; eingehend dazu *Fabrig/Stenslik*, EuZA 2012, 184 ff; vgl. auch BAG NZA 2012, 443 Rn. 38 ff.

54 Vgl. *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 9 Rn. 13; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 9 Rn. 15; *Belling* in: Erman, § 9 AGG Rn. 9; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 8 Rn. 38; *Wedde* in: Däubler, AGG, § 9 Rn. 53 ff; *Rupp* in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 9 AGG Rn. 4; *Weidenkaff* in: Palandt, § 9 AGG Rn. 3.

55 EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84 – *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* = Slg. 1986, 1651 Rn. 38; EuGH, Urt. v. 26.10.1999, Rs. C-273/97 – *Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence* = Slg. 1999, 7403 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 23; speziell zu § 9 Abs. 1 AGG siehe *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 9 Rn. 13; iE auch *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 170 ff.

56 Dazu bereits *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 169.

57 Vgl. dazu BAG NZA 2012, 443, wonach für leitende katholische Mitarbeiter einer katholischen Einrichtung auch der Abschluss einer nach katholischem Verständnis ungültigen Ehe als Loyalitätsverstoß in Betracht kommt, bei der Abwägung aber auch das Recht des Mitarbeiters auf Achtung seines Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) ausreichend zu berücksichtigen sei.

benspartnerschaft eingeht. Diese unmittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung⁵⁸ ist ein erheblicher Eingriff in den Kerngehalt des Diskriminierungsverbots als Freiheitsrecht zweiter Ordnung. Ein für alle Beschäftigten geltendes Loyalitätsgebot, keine eingetragenen Partnerschaften einzugehen, nimmt dem homosexuellen Arbeitnehmer in der katholischen Kirche die Möglichkeit, eine rechtlich geschützte Verbindung mit dem Partner seiner Wahl einzugehen. Die Kirche zwingt ihn zur Wahl zwischen Arbeitsplatz und dem rechtlichen Schutz seiner Partnerwahl. Das ist unzumutbar.⁵⁹ Knüpft ein Dritter daran Sanktionen, ist der Kern des Nichtdiskriminierungsrechts berührt. Das Interesse der Religionsgemeinschaft, ihr ethisches Selbstbestimmungsrecht gegenüber den bei ihr Beschäftigten durchzusetzen, tritt dahinter zurück, soweit es sich nicht um Personen im verkündungsnahen Bereich oder um sonstige kirchliche Führungskräfte handelt.⁶⁰ Selbst in diesem Bereich entfaltet sich die rationalisierende Wirkung einer verhältnismäßigen Rechtfertigungsprüfung. Bei der Beurteilung, ob die Maßnahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel erforderlich war, ist auch zu prüfen, ob die von der Kirche selbst gemachten Ausnahmen die Kohärenz ihrer betreffenden Regelung nicht unterlaufen.⁶¹ Vertritt beispielsweise die katholische Kirche selbst die Auffassung, dass es einer ausnahmslosen Durchsetzung ihrer sittlichen Ansprüche zur Wahrung ihrer Glaubwürdigkeit nicht immer bedürfe, beschränkt das Nichtdiskriminierungsrecht den ihr im Prinzip eingeräumten Handlungsspielraum.⁶²

c) Diskursive Legitimation von Ungleichbehandlungen wegen des Alters

Das Diskriminierungsmerkmal „Alter“ hat die Besonderheit, dass es jeden treffen wird. Lebensläufe werden traditionell anhand des Lebensalters strukturiert.⁶³ Ein Verbot der Benachteiligung wegen des Alters greift daher tief in herkömmliche

58 Anders *Thüsing*, JZ 2004, 172, 179, der zwischen Orientierung und Verhalten trennt, dagegen mit Recht *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 9 Rn. 19.

59 Dazu oben § 6 III 4.

60 IE auch *Belling*, NZA 2004, 885, 887; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 9 Rn. 56; *Wedde* in: Däubler, AGG, § 9 Rn. 66; *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 9 AGG Rn. 3 f; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 9 AGG Rn. 4; aA *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 9 Rn. 17; *Thüsing*, JZ 2004, 172, 179; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 9 Rn. 23 f, was aber im Widerspruch zum selbst postulierten objektiven Maßstab (vgl. *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 162) steht; in der Tendenz zu großzügig auch *von Roetteken*, AGG, § 9 AGG Rn. 45 (lediglich Hilfstätigkeiten).

61 *Armbrüster* in: Erman, § 9 AGG Rn. 9; vgl. zu dieser Voraussetzung im Zusammenhang mit der Altersdiskriminierung EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 53.

62 Dazu näher BAG, NZA 2012, 443 Rn. 40 ff zur Unwirksamkeit der Kündigung eines Chefarztes aufgrund Wiederverheiratung; kritisch dazu aber *Reichhold/Hartmeyer*, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 92 (unter V).

63 Dazu oben § 6 III 6.

Denkweisen ein: Mitgliedstaaten,⁶⁴ Tarifvertrags-⁶⁵ und Betriebsparteien,⁶⁶ sowie der einzelne Arbeitgeber⁶⁷ knüpfen regelmäßig an das Alter an, um soziale und wirtschaftliche Verteilungskonflikte zu lösen. Darauf reagiert das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht mit einer Expansion möglicher Rechtfertigungsgründe. In der Praxis kommt es vorrangig auf Art. 6 RL 2000/78/EG an.⁶⁸ Daran müssen sich nicht nur die Diskriminierungen in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten messen lassen, sondern auch Ungleichbehandlungen, die von den Sozialpartnern (Tarifvertrags- und Betriebsparteien) ausgehen.⁶⁹ Damit reduziert sich die Bedeutung von § 10 AGG auf Ungleichbehandlungen, die unmittelbar dem einzelnen Arbeitgeber zuzurechnen sind. Daneben können sich Mitgliedstaaten auch auf den besonderen Rechtfertigungsgrund in Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG berufen;⁷⁰ die Sozialpartner dagegen nur, wenn sie davon hinreichend genau vom Mitgliedstaat ermächtigt worden sind.⁷¹ In der Rechtsprechung des Gerichtshofs kommt der Rechtfertigung wegen des Alters die mit Abstand größte Bedeutung zu.⁷² Die Arbeit kann die zahlreichen Probleme der Altersdis-

64 Aus der Rechtsprechung beispielhaft EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343; EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

65 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.)

66 Siehe EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.)

67 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 (automatische Beendigung des Arbeitsvertrages bei Erreichung des 65. Lebensjahres).

68 Ausführlich zur Frage seiner Vereinbarkeit mit Art. 21 Grundrechte-Charta von *Roetteken*, AGG, § 10 AGG Rn. 30 ff.

69 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 48; EuGH, Urt. v. 7.6.2012, Rs. C-132/11 – *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v. Betriebsrat Bord* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 22; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 34.

70 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 49 ff.

71 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 61.

72 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981; EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531; EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569; EuGH, Urt. v. 18.9.2009, Rs. C-88/08 – *Hütter v. Technische Universität Graz* = Slg. 2009, I-5325; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365; EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47; EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9391; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9343; EuGH, Urt. v. 18.11.2011, Rs. C-250/09 ua – *Georgiev v. Tehniceski universitet – Sofia* = Slg. 2011, I-11689; EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.); EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.); EuGH, Urt. v. 8.11.2011, Rs. C-297/10 ua – *Sabine Hennings v. Eisenbahn-Bundesamt* = Slg. 2011, I-(n.v.)

kriminierung auch nicht ansatzweise abdecken.⁷³ Mir geht es im Folgenden nur um die Struktur der Rechtfertigungsprüfung und die Frage, wie das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht die Eigenrationalität der jeweils beteiligten Systeme inkorporiert. Die Rechtfertigungsprüfung erfolgt in der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs in zwei Prüfungsschritten.⁷⁴

(1) Legitime Gründe

Die Regelung muss ein legitimes Ziel verfolgen. Das Ziel ist legitim, wenn es „im Rahmen des nationalen Rechts“ grundsätzlich geeignet ist, die von den Mitgliedstaaten angeordnete Ausnahme vom Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung „objektiv und angemessen“ erklären zu können. Aus dem Kreis möglicher sachlicher Gründe beschränkt sich Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG auf sozialpolitische Ziele⁷⁵ des nationalen Gesetzgebers oder der Sozialpartner.⁷⁶ Sie stehen im Allgemeininteresse und unterscheiden sich daher von rein individuellen Beweggründen des individuellen Arbeitgebers wie der Kostenreduzierung oder der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit.⁷⁷ Deshalb bezog sich der Gerichtshof für die Rechtfertigung eines Einstellungshöchstalters bei der Berufsfeuerwehr gerade nicht auf Art. 6 dieser Richtlinie, sondern auf Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG.⁷⁸ Die Höchstaltersgrenze konnte nicht mit sozialpolitischen Gründen erklärt werden, sondern nur mit dem individuellen Interesse des Arbeitgebers, die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Berufsfeuerwehr zu sichern.⁷⁹ Dagegen dient eine Altersgrenze bei Beamten der Justizverwaltung, mit der die Einstellung jüngerer Beamter begünstigt und die Personalplanung optimiert wird, dem Allgemeininteresse an einer leistungsfähigen

73 Dazu muss ich auf weiterführende Literatur verweisen: *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80 ff; *Waltermann*, ZfA 2006, 305 ff; *Preis*, Gutachten B, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, 2008, B 1; *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008; speziell zur Rechtfertigung *Groß*, Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung, 2010, 70 ff.

74 Ganz deutlich beispielsweise EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 67, 69 und zuletzt EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 37 ff, 46 ff.

75 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 52. Ob das auch für den abweichenden Wortlaut des § 10 AGG gilt, ist umstritten, siehe dazu BAG NZA 2010, 561 Rn. 39 (offengelassen); näher *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 329; *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1237. Zu wenig Problembewusstsein zeigt BGHZ 193, 110 Rn. 54, wonach „betriebs- und unternehmensbezogene Interessen“ legitime Ziele gem. § 10 S. 1 AGG seien. Zum Streitstand eingehend *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 10 AGG Rn. 2 ff; *von Roetteken*, AGG, § 10 AGG Rn. 74 ff.

76 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 46; EuGH, Urt. v. 18.9.2009, Rs. C-88/08 – *Hütter v. Technische Universität Graz* = Slg. 2009, I-5325 Rn. 41, zustimmend BAG NZA 2010, 561 Rn. 39.

77 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 46.

78 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 31 ff.

79 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 33.

gen Justizverwaltung.⁸⁰ Die in der Richtlinie genannten Beispiele sozialpolitischer Ziele sind nicht abschließend.⁸¹ Die Mitgliedstaaten oder Sozialpartner sind auch nicht verpflichtet, einen abschließenden Katalog rechtfertigender Gründe anzufertigen.⁸² Es genügt, wenn sich aus dem Kontext der Maßnahme Anhaltspunkte ergeben, die es ermöglichen, das damit verfolgte sozialpolitische Ziel ausreichend sicher festzustellen und gerichtlich überprüfen zu lassen.⁸³ So ist die Förderung von Einstellungen „nach der Rechtsprechung unbestreitbar ein legitimes Ziel der Sozial- oder Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, zumal wenn es darum geht, den Zugang jüngerer Personen zur Ausübung eines Berufs zu fördern.“⁸⁴ Das Alter darf insoweit grundsätzlich als Anknüpfungsmerkmal benutzt werden, weil es als distributives Verteilungskriterium im Rahmen eines allgemeinpolitischen Diskurses von allen Teilnehmern akzeptiert werden kann. Verfolgen der Mitgliedstaat oder die Sozialpartner Ziele der Beschäftigungspolitik, müssen sie nämlich zwischen verschiedenen politischen, wirtschaftlichen, sozialen, demografischen und/oder haushaltsbezogenen Erwägungen ausgleichen. Die Lösung hängt jeweils von politischen Entscheidungen und sozialen Rahmenbedingungen innerhalb jedes Mitgliedstaats ab.⁸⁵ Zwangsläufig kommt dem Mitgliedstaat bei der Auswahl der konkreten Ziele im Bereich der Arbeits-, Sozial und Gesundheitspolitik ein weiter Ermessensspielraum zu.⁸⁶ Diese diskursive Rechtfertigung von Altersgrenzen gilt auch für die Sozialpartner. Sie sind insoweit aufgrund der ihnen eingeräumten Koalitionsfreiheit (Art. 28 Grundrechte-Charta) dazu ermächtigt.⁸⁷ Das Nichtdiskriminierungsrecht respektiert die eigene Rationalität

80 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 50, 53.

81 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 43; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 40; EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 52 f.

82 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 41 ff; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 58; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 38.

83 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 56 f; EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 45 f; EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 29; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 24.

84 EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 29.

85 Grundlegend EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 58 ff; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 42 ff; siehe auch EuGH, Urt. v. 18.11.2011, Rs. C-250/09 ua – *Georgiev v. Tehniceski universitet – Sofia* = Slg. 2011, I-11689 Rn. 45; EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-159/10 ua – *Gerhard Fuchs v. Hessen* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 49 ff; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 29.

86 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 68; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 41.

87 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 52; EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 47.

dieses Teilsystems, indem es den Tarifpartnern ebenfalls einen weiten Ermessensspielraum bei der Zielauswahl einräumt.⁸⁸ Soweit sie dagegen allgemeinpolitische Ziele angeben, kann die diskursive Rechtfertigung von Altersgrenzen insoweit nur über den politischen Prozess hergestellt werden. Daher bedarf es dafür einer hinreichenden staatlichen Delegationsnorm.⁸⁹

(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts⁹⁰ zentrales Element der Rechtfertigungsprüfung.⁹¹ Es muss daher „geprüft werden, ob die zur Erreichung dieser Ziele eingesetzten Mittel angemessen und erforderlich sind und ob sie nicht über das zur Erreichung des verfolgten Ziels Erforderliche hinausgehen.“⁹² Verhältnismäßigkeit bedeutet, dass bei Ausnahmen von einem Individualrecht die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes so weit wie möglich mit denen des angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden müssen.⁹³ Dabei räumt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten und den Sozialpartnern⁹⁴ einen weiten Ermessens- oder Wertungsspielraum ein, darüber zu bestimmen, welche Maßnahmen sie für geeignet und erforderlich halten, ihre Ziele in der Arbeits- und Sozialpolitik⁹⁵ bzw. im Gesundheitsschutz⁹⁶ zu erreichen.⁹⁷ Darin kommt erneut die diskursive Konzeption des Verbots der Altersdiskriminierung zum Ausdruck. Der Einschätzungsspielraum geht allerdings nicht so weit, dass das Verbot der Altersdiskriminierung inhaltlich ausgehöhlt wird.⁹⁸

„Angemessen und erforderlich“ sind nur geeignete Maßnahmen. Ein Mittel, das nicht zur Zielverwirklichung taugt, kann auch nicht erforderlich sein.⁹⁹ Eine

88 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 69; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 32.

89 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 61.

90 Vgl. EuGH, Urt. v. 11.1.2000, Rs. C-285/98 – *Kreil v. Deutschland* = Slg. 2000, I-69 Rn. 23 mwN.

91 Vgl. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG; EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 50 ff (zu Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG).

92 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 46.

93 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 65.

94 Dazu zuletzt EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 47.

95 Grundlegend EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 63; EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 68.

96 Grundlegend EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 51 ff.

97 Zur *margin of appreciation* im Unionsrecht näher *Kühling*, Grundrechte, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 695 ff; kritischer Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 14 Rn. 71 mwN.

98 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 51; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 33.

99 Brors in: Däubler, AGG, § 10 Rn. 35; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 10 Rn. 11.

Regelung ist nur dann geeignet, das legitime Ziel zu erreichen, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.¹⁰⁰ Allgemeine Behauptungen, dass eine bestimmte Maßnahme geeignet sei, das Ziel zu erreichen, genügen dagegen nicht.¹⁰¹ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat hier durchaus „Biss“. Mit der Eignung wird ein elementarer Rationalitätstest in die Prüfung eingeführt.¹⁰² Niemand muss sich eine Ungleichbehandlung gefallen lassen, wenn sie nicht zur Zielerreichung beiträgt. Dann wird die Klassifikation von Personen nach dem Alter zum Selbstzweck. Eine vermeintlich instrumentale Diskriminierung entpuppt sich als intrinsische Ungleichbehandlung.¹⁰³ Diese kann von Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, der eine Zweck-Mittel-Relation voraussetzt, nicht gerechtfertigt werden. An diesem Test ist beispielsweise eine Regelung gescheitert, wonach Berufstätigkeiten vor dem 18. Geburtstag bei der Eingruppierung nicht berücksichtigt werden.¹⁰⁴ Ein anderes Beispiel ist § 622 Abs. 2 S. 2 BGB. Die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr bei der Berechnung der Kündigungsfrist ist nicht geeignet, die Belastung des Arbeitgebers bei der Einstellung jüngerer Arbeitnehmer zu verringern: Sie gilt unterschiedslos für alle Arbeitnehmer, unabhängig davon, wie alt sie zum Zeitpunkt der Entlassung sind.¹⁰⁵ Die Regel ist *overinclusive*.¹⁰⁶ Die Altersgrenze für kassenärztliche Zulassungen scheiterte am Rationalitätstest, weil sie bezüglich des Gesundheitsschutzes der Patienten *underinclusive*¹⁰⁷ war: Nimmt man den Patientenschutz ernst, müsste er auch bei Privatpatienten durchgesetzt werden.¹⁰⁸ Das vom Gerichtshof verwendete Kriterium der Kohärenz führt zur Bindung des Normadressaten an frühere Entscheidungen und schränkt damit den Gestaltungsspielraum, sowohl des Gesetzgebers als auch der Sozialpartner weitgehend ein.¹⁰⁹ Das ist die Konsequenz des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes.¹¹⁰ Wollen Gesetzgeber oder Sozialpartner das Diskriminie-

100 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 53; kritisch zum Kriterium der Kohärenz Höpfner, ZfA 2010, 449, 472 ff.

101 EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 51.

102 Vgl. allgemein zum elementaren Rationalitätstest Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 141 ff, 309 ff.

103 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 c).

104 EuGH, Urt. v. 18.9.2009, Rs. C-88/08 – *Hütter v. Technische Universität Graz* = Slg. 2009, I-5325 Rn. 46 ff; kritisch dazu Sagan, BB 2009, 1814, 1815, der in dieser Wechselwirkung lediglich zwei Seiten einer Medaille sieht, weil mit der Regelung letztlich das alleinige Ziel verfolgt werde, alle Berufsanfänger auf gleichem Niveau zu vergüten.

105 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 40 f; dazu näher Jousen, ZESAR 2010, 184 ff; Preis/Temming, NZA 2010, 185 ff; Waltermann, EuZA 2010, 541 ff; kritisch von Medem, NZA 2009, 1072, 1074 f.

106 Dazu grundlegend Tussman/tenBroek, 37 Cal. L. Rev. 341, 344-53 (1949).

107 Dazu grundlegend Tussman/tenBroek, 37 Cal. L. Rev. 341, 344-53 (1949); vgl. auch Höpfner, ZfA 2010, 449, 473: „nicht erforderlich genug“.

108 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 Rn. 61 f.

109 Zutreffend insoweit Höpfner, ZfA 2010, 449, 473; vgl. näher zur Diskussion zu Art. 3 Abs. 1 GG Rüfner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 38 ff; Huster in: Friauf/Höfing, GG, Rn. 110 ff.

110 Das übersieht Höpfner, ZfA 2010, 449, 474 f.

rungsverbot mit Verweis auf legitime Gründe durchbrechen, ist der elementare Rationalitätsstandard nur gewahrt, wenn ihre Argumentation im Kontext des Regelungsgegenstandes folgerichtig ist. Das zwingt zum besseren Argument.¹¹¹

Letzter Prüfungspunkt der Verhältnismäßigkeit ist die Frage, ob die fragliche Maßnahme über das zur Erreichung der angestrebten Ziele Erforderliche hinausgeht und die Interessen der ungleich behandelten Arbeitnehmer übermäßig beeinträchtigt.¹¹² Dafür ist die Ungleichbehandlung im jeweiligen Regelungskontext zu betrachten und man muss sowohl die Nachteile, die sie für die Betroffenen bewirken kann, als auch die Vorteile berücksichtigen, die sie für die Gesellschaft im Allgemeinen hat.¹¹³ Die Umsetzung dieser Prüfungsmaßstäbe durch den Gerichtshof ist insbesondere für die Fälle der „Zwangsverrentung“ nachdrücklich kritisiert worden.¹¹⁴ Dabei wird die diskursive Konzeption des Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG vielleicht nicht immer ausreichend gewürdigt. Im Kern stützt sich der Gerichtshof nämlich auf eine genuin *politische* Begründung der altersbezogenen Verteilung von Gütern in einer alternden Gesellschaft: Um das legitime Ziel der Beschäftigungssicherung junger Arbeitnehmer zu erreichen,¹¹⁵ sei ein Ausgleich „zwischen divergierenden, aber rechtmäßigen Interessen, der sich in einen komplexen Kontext von Beziehungen des Arbeitslebens einfügt und eng mit politischen Entscheidungen im Bereich Ruhestand und Beschäftigung verknüpft ist“, erforderlich.¹¹⁶ Mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze endet das regelmäßig bestandsgeschützte Arbeitsverhältnis. Dieser Arbeitsplatz steht daher wieder dem Markt zur Verfügung. Das Nichtdiskriminierungsrecht schützt also nicht vor dem Arbeitsplatzverlust beim Erreichen einer für alle geltenden Altersgrenze.¹¹⁷ Es sichert aber die Wahlfreiheit des betroffenen Arbeitnehmers: Er kann sich entscheiden, seine Rentenansprüche geltend zu machen und dem Arbeitsmarkt endgültig fernzubleiben.¹¹⁸ Er kann sich aber auch entscheiden, sich wie-

111 Dazu bereits oben § 6 III 6 aE.

112 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 73; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 38; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 65.

113 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 73; EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 38;.

114 Statt vieler *Preis*, NZA 2010, 1323 ff.

115 EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 72.

116 Siehe EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 68.

117 Zur Differenzierung zwischen allgemeinen und speziellen Altersgrenzen *Preis*, NZA 2010, 1323, 1327 f.

118 Siehe EuGH, Urt. v. 16.10.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 73; EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 74 (zweifelhaft allerdings, ob man bei der Rente iHv 228,26 € von einer Wahlfreiheit sprechen kann); EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 42 ff.

der auf den Arbeitsmarkt zu begeben.¹¹⁹ Dann schützt ihn das Diskriminierungsverbot zweifach: (1.) Er darf weder wegen seines Alters noch unter Hinweis auf die Rentenbezugsberechtigung diskriminiert werden.¹²⁰ (2.) Dem rentenbezugsberechtigten Arbeitgeber müssen beim Wiedereintritt in den Arbeitsmarkt vergleichbare Startbedingungen geboten werden. Daher darf älteren Arbeitnehmern, die eine Rente in Anspruch nehmen *könnten*, eine beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis fällige Abfindung nicht vollständig vorenthalten werden.¹²¹ Damit schützt das Nichtdiskriminierungsrecht die autonome Entscheidung, zu vergleichbaren Bedingungen Akteur des Marktes zu bleiben. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat insoweit „Biss“.¹²² Der Gerichtshof konzipiert daher das Verbot der Altersdiskriminierung als Freiheitsrecht zweiter Ordnung.

d) Allgemeiner Freiheitsschutz: Ungleichbehandlungen aufgrund beruflicher Anforderungen

Ist das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung, kann eine daran anknüpfende Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (§ 8 Abs. 1 AGG).¹²³ Die Prüfungsstruktur dieses Rechtfertigungsgrundes kann man erheblich vereinfachen,¹²⁴ wenn man darin einen prototypischen Anwendungsfall des rechtfertigungsfähigen Anknüpfungsverbots¹²⁵ sieht: Auf erster Stufe begrenzt die Norm den Katalog legitimer Gründe; auf zweiter Stufe ist zu prüfen, ob die diesen Zwecken folgende Anknüpfung verhältnismäßig ist. Der Rechtfertigungsgrund adressiert den Fall einer Ungleichbehandlung aufgrund eines Merkmals, das für den Arbeitgeber eine entscheidende berufliche Anforderung ist. „Demnach muss nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstel-

119 EuGH, Urt. v. 5.7.2012, Rs. C-141/11 – *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB* = Slg. 2012, I- (n.v.) Rn. 39 ff.

120 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 74 ff; kritisch dazu *Preis*, NZA 2010, 1323, 1325; ähnlich bereits *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1239.

121 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 44; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 52 ff.

122 Vgl. instruktiv zur Prüfungsdichte die Übersicht von *Preis*, NZA 2010, 1323, 1327.

123 Siehe auch Art. 4 RL 2000/43/EG; Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG.

124 Vgl. dagegen die unübersichtliche Prüfungsstruktur bei *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 8 Rn. 14 ff.

125 Dazu oben § 6 VI 1.

len.“¹²⁶ Das verpönte Merkmal ist also ein Stellvertretermerkmal. Mit der unmittelbaren Anknüpfung daran will der Arbeitgeber letztlich anhand eines im Zusammenhang stehenden Hauptmerkmals differenzieren. Die Norm geht von der Existenz eines bestimmten, extern gesetzten Handlungsziels (Zweck) aus, das nur mit der Differenzierung zu erreichen ist. Es besteht also eine rationale Beziehung zwischen dem Merkmal und dem Zweck der Ungleichbehandlung. Damit ist der Rechtfertigungsgrund auf instrumentale Diskriminierungen zugeschnitten. Das erklärt die Schwierigkeiten, Ungleichbehandlungen aus Gründen des Geschlechts und der sexuellen Orientierung durch Religionsgemeinschaften anhand dieses Rechtfertigungsgrunds zu legitimieren.¹²⁷ Instrumentale Diskriminierungen treten in zwei Varianten auf:¹²⁸ Es kann sich einmal um statistische Diskriminierungen handeln.¹²⁹ Klassisches Beispiel dafür sind Beschäftigungshöchstgrenzen, mit denen regelmäßig an die Leistungsfähigkeit der Berufsträger angeknüpft wird.¹³⁰ Folgt der Arbeitgeber keinen eigenen Präferenzen, sondern denen Dritter, liegt dagegen eine präferenzbedingte Diskriminierung vor.¹³¹ Für den *effet utile* des unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungsprinzips kommt es entscheidend darauf an, wie durchlässig man den Rechtfertigungsgrund für Präferenzen Dritter ausgestaltet.

(1) Grenzen legitimer Gründe

Bei einer statistischen Diskriminierung ist der legitime Zweck grundsätzlich in zwei Schritten zu prüfen:¹³² Zunächst muss man untersuchen, ob das eigentliche Differenzierungsziel (das Primärziel) überhaupt legitim ist. Das Primärziel muss eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung sein. Das ist der Fall, wenn die Tätigkeit ohne dem Vorliegen bzw. Fehlen dieses Merkmals entweder gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann.¹³³ Ein legitimes Differenzierungsmerkmal ist beispielsweise die körperliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers bei Tätigkeiten wie Flugzeugpiloten¹³⁴ oder Berufsfeuerwehrleu-

126 Siehe EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 35; bestätigt in EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 66; vgl. dazu auch *Mohr*, EuZA 2010, 371, 376.

127 Näher dazu *Belling*, NZA 2004, 885, 886 f.; *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, ZfA 2009, 153, 160 ff.

128 Siehe § 6 V 1 c).

129 Zum Begriff § 6 V 1 b).

130 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-341/08 – *Petersen* = Slg. 2010, I-47 (sozialrechtliche Zulassungsgrenze bei Kassenärzten); EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) (Höchstaltersgrenzen für Piloten); EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 (Einstellungsgrenzen für Berufsfeuerwehr); näher dazu *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 614 ff.

131 Näher oben § 6 V 1 a).

132 Grundlegend *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 156 ff.

133 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 38; BAG RIW 2010, 76 Rn. 68; BAG NZA 2010, 872 Rn. 26.

134 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 66 f.

ten, die für die Brandbekämpfung, Personenrettung und Umweltvorsorge eingesetzt werden¹³⁵. Dann muss man feststellen, ob der Arbeitgeber das verpönte Merkmal als Stellvertretermerkmal überhaupt einsetzen darf. Das ist für das Alter als *proxy* der körperlichen Leistungsfähigkeit aufgrund des anerkannten statistischen Zusammenhangs mit der körperlichen Leistungsfähigkeit regelmäßig der Fall.¹³⁶ Für das Merkmal „Geschlecht“ ist diese Frage zu bejahen, wenn der Qualifikationsnachteil ausschließlich auf biologischen Gründen beruht.¹³⁷

Das für die Prüfung relevante Anforderungsprofil der Tätigkeit setzt der Arbeitgeber. Darin realisiert sich seine grundrechtlich geschützte Freiheit, sowohl den Unternehmensgegenstand als solchen festzulegen als auch zu bestimmen, welche Arbeiten auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz zu erbringen sind.¹³⁸ Im Ausgangspunkt kommt es also nur darauf an, ob die mit dem konkreten Arbeitsplatz verbundenen Tätigkeiten das Merkmal erfordern, um die unternehmerischen Zwecke zu erreichen.¹³⁹ Insoweit öffnet sich das Nichtdiskriminierungsrecht für die Eigenrationalität der Wirtschaft. Dieser Öffnung ist ein praktisch wichtiger Filter vorgeschaltet: Der vom Arbeitgeber verfolgte unternehmerische Zweck muss seinerseits rechtmäßig sein (§ 8 Abs. 1 AGG).¹⁴⁰ Rechtfertigungsfähig sind danach nur die beruflichen Anforderungen, die ihrerseits nicht dem Schutzzweck des Diskriminierungsverbots grundlegend widersprechen. Die privatautonome Festlegung der beruflichen Anforderungen wird ihrerseits erneut vom Nichtdiskriminierungsgrundsatz beschränkt. Die Freiheit der Zwecksetzung darf weder von den privaten Akteuren noch von den Sozialpartnern oder dem Staat dazu verwendet werden, das Gleichbehandlungsgebot, einen tragenden Grundsatz des Unionsrechts, auszuhöhlen.¹⁴¹

Ist ein Arbeitsplatz neu zu besetzen, kommt es für den Arbeitgeber vorrangig auf die Verfügbarkeit des Bewerbers an. Eine Frau, die für eine Tätigkeit eingestellt werden soll, kann aber ihren arbeitsvertraglichen Pflichten nicht nachkommen, wenn sie schwanger ist. Die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers ist für den Arbeitgeber zwangsläufig eine wesentliche Voraussetzung.¹⁴² Dennoch wird die-

135 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 38 ff.

136 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 34, 41; EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 67.

137 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 38; BAG RIW 2010, 76 Rn. 68; BAG NZA 2010, 872 Rn. 26.

138 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 39.

139 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 39.

140 Vgl. eingehend BAG NZA 2009, 1019 Rn. 50 f; bestätigt in BAG NZA 2010, 872 Rn. 33.

141 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 51 (zu Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG).

142 Vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-32/93 – *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd* = Slg. 1994, I-3567 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 4.10.2001, Rs. C-109/00 – *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* = Slg. 2001, I-6993 Rn. 29.

ser Grund bei der Schwangerschaft *von Rechts wegen* nicht berücksichtigt.¹⁴³ Würde man das privatautonom festgelegte Anforderungsprofil berücksichtigen, hätte die Richtlinie 2006/54/EG keine praktische Wirksamkeit für Schwangere. Bei einer Behinderung stellt sich auch die Frage, ob die Nicht-Behinderung eine entscheidende berufliche Anforderung ist. Diesbezüglich modifiziert das Nicht-diskriminierungsrecht erneut die rationale Einschätzung des Arbeitgebers. Er muss nämlich für behinderte Menschen¹⁴⁴ geeignete und im konkreten Fall erforderliche Maßnahmen ergreifen, um ihnen den Zugang zu Beschäftigung zu ermöglichen.¹⁴⁵ Bevor er eine Ungleichbehandlung mit beruflichen Anforderungen zu rechtfertigen versucht, muss feststehen, dass er (a) entweder diesen Anforderungen nachgekommen ist und der behinderte Mensch gleichwohl auch das modifizierte Anforderungsprofil nicht erfüllt oder (b) die erforderlichen Maßnahmen im konkreten Fall unverhältnismäßig wären.¹⁴⁶

(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Die berufliche Anforderung ist verhältnismäßig, wenn sie „zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist“. ¹⁴⁷ Bezugspunkte der Prüfung sind der vom Arbeitgeber mit der Tätigkeit verfolgte (legitime) unternehmerische Zweck einerseits und der in der merkmalsbezogenen Diskriminierung liegende Nachteil für den Beschäftigten andererseits.¹⁴⁸ Die Diskriminierung ist nur dann ein geeignetes Mittel, wenn sie einen objektiv nachprüfbaren inhaltlichen Bezug zum Hauptmerkmal aufweist.¹⁴⁹ Im Regelfall der statistischen Diskriminierung setzt sich die Dopplung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung fort.¹⁵⁰ Daher muss zunächst die Differenzierung nach dem Hauptmerkmal geeignet sein, das Primärziel zu erreichen. Das ist zu bejahen, wenn das Stellvertretermerkmal mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf das Hauptkriterium schließen lässt (Prognoseeignung).¹⁵¹ Allgemeine Behauptungen genügen dafür nicht.¹⁵² Während sich Gesetzgeber und Sozialpartner diesbe-

143 EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs.C-32/93 – *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd* = Slg. 1994, I-3567 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 4.10.2001, Rs.C-109/00 – *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* = Slg. 2001, I-6993 Rn. 29.

144 Nur darauf bezieht sich diese Pflicht, nichtbehinderte Dritte partizipieren daran nicht, vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 39 ff.

145 Art. 5 RL 2000/78/EG.

146 Siehe zum Ganzen *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 8 AGG Rn. 41; *Brors* in: Däubler, AGG, § 8 Rn. 36.

147 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 42; siehe auch EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 70 und BAG NZA 2009, 1019 Rn. 50 f; BAG RIW 2010, 76 Rn. 69.

148 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 51.

149 *Damm*, Menschenwürde, 2006, 370.

150 Grundlegend *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 160 ff.

151 *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 160 f.

152 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. C-388/07 – *Age Concern England* = Slg. 2009, I-1569 Rn. 51.

züglich auf einen Einschätzungsspielraum berufen können, scheidet das bei (sonstigen) privaten Arbeitgebern aus.¹⁵³ Deren Entscheidung ist als einseitig gesetzte nicht Gegenstand eines politischen Diskurses.¹⁵⁴ Hier muss – um die Formulierung des Gerichtshofs in der Rs. *Bilka* aufzugreifen – ein wirkliches Bedürfnis bestehen.¹⁵⁵ Private Arbeitgeber müssen für die Richtigkeit ihrer statistischen Annahmen einstehen. Der Zusammenhang ist in jedem Fall ausreichend plausibel dargelegt, wenn er aufgrund aktueller wissenschaftlicher Untersuchungen belegt ist. Das ist für eine Höchstaltersgrenze bei der Einstellung für körperlich anspruchsvolle Tätigkeiten der Fall.¹⁵⁶ Die Differenzierung nach dem Hauptmerkmal ist erforderlich, das Primärziel zu erreichen, wenn es kein ebenso geeignetes, aber weniger gleichbehandlungsrechtseinschneidendes Mittel gibt.¹⁵⁷ Kann man das Merkmal dagegen mit einem anderen Stellvertretermerkmal ersetzen, das ebenfalls einen statistischen Bezug zum Hauptmerkmal aufweist, ist die Anknüpfung an das verpönte Merkmal nicht mehr erforderlich.¹⁵⁸ Bei einer Altersdiskriminierung kommt als weniger einschneidende Maßnahme die individuelle Feststellung der Leistungsfähigkeit in Betracht.¹⁵⁹ Diese geht aber zwangsläufig mit einem wesentlich höheren Aufwand einher. Weniger einschneidend sind auch flexible Lösungen anstelle einer starren Höchstaltersgrenze.¹⁶⁰ Der Gerichtshof hat sie dennoch akzeptiert.¹⁶¹ Das beruht im Wesentlichen auf einem Gesetzgeber und Sozialpartner eingeräumten Ermessensspielraum.¹⁶² Einstellungshöchstgrenzen bei der Berufsfeuerwehr sind beispielsweise für das effiziente Funktionieren dieses Dienstes erforderlich, weil nur die ausgewogene Zusammensetzung des gesamten Dienstes ausreichend Kapazitäten für die körperlich anstrengenden Tätigkeiten bereithält.¹⁶³ Dagegen war die tarifvertragliche Festlegung der Höchstaltersgrenze für Piloten auf 60 Jahre nicht mehr erforderlich, weil nationale und internationale Regelungen den Piloten die Ausübung ihrer Tätigkeit unter bestimmten Bedingungen bis zum 65. Lebensjahr gestatten.¹⁶⁴

153 Vgl. dazu *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 172 ff, die den Punkt abweichend von der hier vertretenen Auffassung als Frage der Angemessenheit betrachtet. Ich halte dagegen den Zusammenhang zur Eignung für überzeugender; zurückhaltender dagegen *Swift*, 35 Ind. L. J. 228, 240-43 (2006), der auch dem Arbeitgeber einen – wenn auch eingeschränkten – Entscheidungsspielraum einräumen möchte.

154 Vgl. zur genuin politischen Begründung von Altersgrenzen EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 67 f.

155 Vgl. EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 36.

156 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 41.

157 *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit vs. Generalisierung, 2008, 162 f.

158 Ausführlich dazu *Groß*, Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung, 2010, 80 ff.

159 Vgl. *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 8 AGG Rn. 21.

160 Siehe *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, 604 ff.

161 Siehe EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391.

162 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 69.

163 EuGH, Urt. v. 12.1.2010, Rs. C-229/08 – *Wolf v. Frankfurt a.M.* = Slg. 2010, I-1 Rn. 43.

164 EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 73.

Schließlich muss das Nichtdiskriminierungsprinzip bei der Konfliktlösung angemessen berücksichtigt werden. Die Anforderung darf nicht über das zur Erreichung der angestrebten Ziele Erforderliche hinausgehen und die Interessen der ungleich behandelten Person übermäßig beeinträchtigen. Das ist vom Standpunkt des Nichtdiskriminierungsprinzips aus zu beurteilen, in das eingegriffen wird. Der Gerichtshof hat in der Rs. *Mangold* betont, „dass bei Ausnahmen von einem Individualrecht die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes so weit wie möglich mit denen des angestrebten Zieles in Einklang gebracht werden müssen“.¹⁶⁵ Erforderlich ist eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe. Die Grenze der Zumutbarkeit für die Benachteiligten muss gewahrt bleiben. Das Differenzierungsziel muss die damit einhergehende Ungleichbehandlung aufwiegen können. Innerhalb der Abwägung ist auch zu fragen, ob das Differenzierungsziel die Ungleichbehandlung im Hinblick auf die tatsächlich bestehende Verschiedenheit zu erklären vermag.¹⁶⁶ Der Grad der Ungleichbehandlung darf nicht außer Verhältnis stehen zum Grad der tatsächlichen Unterschiede der Vergleichspersonen.¹⁶⁷ Das Recht öffnet seinen Blick hier für die Individualität des Einzelnen und wirft die Frage auf, unter welchen Bedingungen andere daran ausnahmsweise soziale Nachteile anknüpfen können. Nur wenn das auch im Einzelfall zumutbar ist, ohne dass der Schutz des Nichtdiskriminierungsprinzips entleert wird, darf der Eingriff erfolgen.

(3) Rechtfertigung der Anknüpfung an Präferenzen Dritter?

Erhebliche Probleme bereitet die Rechtfertigung präferenzbedingter Diskriminierungen,¹⁶⁸ wenn der Arbeitgeber nicht eigenen Präferenzen, sondern subjektiven Präferenzen Dritter folgt.¹⁶⁹ Es ist für den Arbeitgeber nämlich rational, sich nach den Erwartungen seiner Kunden zu richten. Der Europäische Gerichtshof war in der Rs. *Feryn* mit der Problematik konfrontiert. Der Arbeitgeber hatte die nach ethnischer Herkunft differenzierende Einstellungspolitik seines Unternehmens damit verteidigt, dass er den Forderungen seiner Kunden – und deren diffusum Sicherheitsbedürfnis – nachkomme.¹⁷⁰ Der Gerichtshof hat eine Rechtfertigung nach Art. 4 RL 2000/43/EG gar nicht angesprochen. Das ist konsequent: Würde man die diskriminierenden Präferenzen Dritter generell als Rechtfertigungsgrund berücksichtigen, wäre die praktische Wirksamkeit des Nichtdiskriminierungs-

165 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 65.

166 Vgl. dazu allgemein *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 192.

167 Siehe *Damm*, Menschenwürde, 2006, 372.

168 Zum Begriff oben § 6 V 1 a).

169 Dazu vertiefend *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 372 ff.

170 EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187.

rechts hinfällig. Das Nichtdiskriminierungsprinzip bezweckt gerade die Veränderung bestehender Verhältnisse, indem es die Auswirkungen entsprechender Vorurteilsstrukturen zurückdrängt.¹⁷¹ Rationale Diskriminierungen bilden ein systemisches Geflecht, auf das die davon Betroffenen keinen Einfluss haben. Es entsteht, indem jeder seine stereotypen Erwartungen von den ebenfalls stereotypen Erwartungen anderer abhängig macht und dadurch reproduziert.¹⁷² Das klassische Beispiel dafür ist die Fluggesellschaft, die nur Frauen als Flugbegleiterinnen einstellte, weil sie männliche Kunden anzogen, die attraktive Frauen präferierten.¹⁷³ Die Berücksichtigung derart diffuser Interessen potentieller Abnehmer ist nach dem hier vertretenen Ansatz schon nicht rechtmäßig.¹⁷⁴ Das Nichtdiskriminierungsrecht löst damit das Gefangenendilemma der Marktakteure: Es ist für den Anbieter nicht rational, sich von seinem Stereotyp zu lösen, solange andere ihre Handlungsfreiheit dementsprechend ausüben.¹⁷⁵ Das Recht beseitigt ein Marktversagen, indem es den systemischen Zirkel an einer Stelle unterbricht. Der Steuerungszweck dieser Regulierung ist seinerseits aber durchaus problematisch, weil das Diskriminierungsverbot Ausweichreaktionen hervorrufen kann, die ihrerseits die zu beseitigende Ungleichbehandlung wieder perpetuieren.¹⁷⁶ Schwieriger zu lösen sind dagegen die Fälle, in denen die tatsächlich existierenden oder nur angenommenen Kundenpräferenzen unmittelbare Auswirkungen auf die Art der beruflichen Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung haben können.¹⁷⁷

aa) Gleichheitssensitive Berücksichtigung von Drittpräferenzen

Im Ausgangspunkt können bei der privatautonomen Festlegung des Anforderungsprofils auch Beziehungen zu Dritten ausschlaggebend sein: „Die Verfolgung unternehmerischer Zwecke kann nämlich nicht losgelöst von solchen Beziehungen, z.B. zu Kunden oder Personen, denen gegenüber bestimmte Leistungen zu erbringen sind, betrachtet werden.“¹⁷⁸ Kann eine Gemeinde die Position einer Gleichstellungsbeauftragten nur mit einer Frau besetzen, obwohl die Tätigkeit ei-

171 Siehe *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 3 Rn. 15.

172 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 21 f.

173 *Wilson v. Southwest Airlines, Co.*, 517 F.Supp 292, 293, 300 (N.D. Texas)(1981).

174 So auch *Brors* in: *Däubler*, AGG, § 8 Rn. 17; anders *Lobinger*, EuZA 2009, 365, 378 ff, der darauf abstellt, ob in der Kundenpräferenz eine herabwürdigende Ausgrenzung liegt. Das beruht auf seiner persönlichkeitsrechtlichen Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts, die ich schon im Ansatz nicht teile, dazu oben § 6 II 2 b) (1).

175 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 24.

176 Dieses Dilemma war letztlich Gegenstand der Entscheidung zum Mutterschaftsgeld, BVerfGE 109, 64, 89 ff.

177 Siehe dazu *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 327; *Falke* in: *Falke/Rust*, AGG, § 8 Rn. 20 f; *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 8 Rn. 42 ff.

178 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 39.

ner Gleichstellungsbeauftragten grundsätzlich auch von einem Mann ausgeübt¹⁷⁹ werden kann.¹⁸⁰ Nach den konkreten Tätigkeitsschwerpunkten sollte die Integrationsarbeit mit zugewanderten Frauen, sowohl mit der Initiierung von Projekten und Beratung/Betreuung von Gruppen als auch mit der Einzelberatung, einen Schwerpunkt der Tätigkeit der Gleichstellungsbeauftragten bilden. Ein zweiter Schwerpunkt lag in der Zusammenarbeit mit frauenrelevanten Organisationen, Initiativen und Institutionen.¹⁸¹ Beide Aspekte, so das Bundesarbeitsgericht, könnten aufgrund der spezifischen Kommunikationsbedingungen in diesen sozialen Kontexten nur von einer Frau effizient ausgeübt werden.¹⁸² Damit konstituiert die Umwelt einer Tätigkeit die Bedingungen für ihre Ausübung. Wenig hilfreich ist die Unterscheidung zwischen diskriminierenden Erwartungen Dritter und solchen Kundenpräferenzen, denen „kein diskriminierender Charakter innewohnt“.¹⁸³ Das setzt einen Rekurs auf subjektive Momente bei Dritten voraus, die für das Vorliegen einer Diskriminierung aber irrelevant sind. Überzeugend ist dagegen der Hinweis des Gerichts, dass eine bestimmte Geschlechtszugehörigkeit eine authentische Aufgabenwahrnehmung fördere und das erforderliche Vertrauensverhältnis zu einer bestimmten Gruppe erst gewährleiste.¹⁸⁴ Diese Argumente beziehen sich direkt auf die Umweltsensitivität des Nichtdiskriminierungsrechts. Sie zeigen, dass das Nichtdiskriminierungsrecht seine Umweltbedingungen nicht ignorieren kann. Nicht die „Motivation ausländischer Frauen, [...] von Opfern von Frauendiskriminierung und von frauenspezifischen Organisationen“ ist entscheidend.¹⁸⁵ Ausschlaggebend ist deren spezifisches Kommunikationsbedürfnis, das von zwei Faktoren geprägt ist: ihrer eigenen Individualität und Gruppenzugehörigkeit und den sozialen Kontexten, in die sie gerade wegen ihres Geschlechts und ihrer Religion eingebunden sind. Im Ausgangspunkt kann nämlich der Wunsch, nur mit Mitgliedern der eigenen Gruppe zu kommunizieren oder in soziale Interaktion zu treten, eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Damit verfehlte man das Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts. Das Zusammentreffen mit Personen anderer Gruppenzuschreibungen ist einer freiheitlich-demokratischen und pluralistischen Gesellschaft immanent.¹⁸⁶ Der Arbeitgeber darf aber annehmen, dass muslimische Frauen, Opfer von Frauendiskriminierung und Vertreter frauenspezifischer Organisationen eine Frau als Ansprechpartner bevorzugen, um einen Gegenpol zu den herrschenden männergeprägten Kommunikationsprozessen zu haben. Es geht darum, ihnen einen kommunikativen Freiraum

179 BAG NZA 1999, 371, 373.

180 BAG NZA 2010, 872.

181 BAG NZA 2010, 872.

182 Siehe BAG NZA 2010, 872 Rn. 30 f.

183 So aber BAG NZA 2010, 872 Rn. 36.

184 BAG NZA 2010, 872 Rn. 36.

185 So aber BAG NZA 2010, 872 Rn. 37.

186 Vgl. BGH JZ 2012, 686 (zum Fall *Udo Voigt*).

zu schaffen. Das ermöglicht es der Stadt über die Gleichstellungsbeauftragte, strukturelle Diskriminierung von Frauen abzubauen und damit auf die Verwirklichung der Gleichberechtigung dieser Frauen hinzuwirken. Die Diskriminierung des männlichen Bewerbers ist damit ein Mittel, um die Gleichberechtigung der Frauen als Gruppe zu verbessern. Diese Zielsetzung des Arbeitgebers ist gleichheitssensitiv. Aus der Wertung des § 5 AGG folgt, dass sie prinzipiell rechtmäßig ist.

bb) Drittpräferenzen und Stereotype

Die Berücksichtigung von Präferenzen Dritter bei der Ausgestaltung des Anforderungsprofils einer Tätigkeit birgt erhebliche Gefahren für das Nichtdiskriminierungsprinzip. Das lässt sich an einem Beispielsfall belegen, in dem es um die Einstellung einer Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin für ein Gymnasium mit angeschlossenem Mädcheninternat ging.¹⁸⁷ Für diese Tätigkeit sei das weibliche Geschlecht auch in einem gemischten Internat eine wesentliche Anforderung.¹⁸⁸ Grund dafür sei der Nachtdienst im Wohngebäude der *Schülerinnen*.¹⁸⁹ Die beschriebenen Tätigkeiten (Lichtschluss, die Kontrolle, ob alle Mädchen in ihren Zimmern sind, Wecken am Morgen, Betreuung erkrankter Mädchen) können von einem Mann genauso gut verrichtet werden. Das Bundesarbeitsgericht stellt dagegen auf den sozialen Kontext der Tätigkeit ab. Ein Mann würde die Rechte auf Achtung der Würde des Menschen und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit der Schülerinnen, insbesondere den Schutz der Intimsphäre, gefährden und gegebenenfalls beeinträchtigen.¹⁹⁰ Dafür führt das Gericht zwei interessante Gründe an:

1. „Es entspricht der Lebenserfahrung, dass eine natürliche und freie Bewegung von Jugendlichen und jungen Erwachsenen eingeschränkt ist, wenn eine erwachsene Person des anderen Geschlechts die Wasch- und Sanitärräume bzw. die Schlafzimmer betreten kann.“¹⁹¹
2. „Es ist bei einer männlichen Aufsichtsperson, die im Nachtdienst eingesetzt wird, auf Grund möglicherweise entstehender sexueller Interessen wesentlich eher mit Komplikationen zu rechnen als dies bei einer weiblichen Aufsichtsperson der Fall ist.“¹⁹²

Es sollte immer hellhörig machen, wenn sich Gerichte in Rechtfertigungsdiskursen auf die „Lebenserfahrung“ berufen. Dahinter verbergen sich häufig stereotype Annahmen. Eine Dekonstruktion der Entscheidungsbegründung zeigt ihr erschreckendes Ausmaß: Mit Argument (1.) will das Gericht „das Schamgefühl der

187 BAG NZA 2009, 1019.

188 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 40 ff.

189 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 41.

190 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

191 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

192 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

„jungen Frauen“ schützen.¹⁹³ Diese Aussage des Gerichts muss man leider wörtlich nehmen. Alten Frauen wird das Schamgefühl nämlich konsequent abgesprochen. Das zeigt die Praxis von Alten- und Pflegeheimen. Das Geschlecht ist dort nicht unverzichtbare Voraussetzung für den Einsatz als Pflegekraft.¹⁹⁴ Der Schutz der Intimsphäre hängt danach vom Alter des Menschen ab. Bei jungen Mädchen sei die Intimsphäre dagegen gefährdet, wenn sie von einem männlichen Erzieher „im Nachthemd, teilweise nur mit einem umgeschlungenen Handtuch bedeckt“,¹⁹⁵ auf dem Flur angetroffen werden. Dagegen hat anscheinend keiner Bedenken, wenn männliche Pfleger alte Frauen im Intimbereich waschen. Das Argument der Intimsphäre überzeugt daher nicht. Es ist vorgeschoben. Der eigentliche Grund ist die Furcht vor dem sexuellen Interesse des männlichen Erziehers. Damit erklärt sich auch die unterschiedliche Behandlung von alten und jungen Frauen: Alten Frauen wird Sexualität und sexuelle Intimität pauschal abgesprochen. Sie werden als sexuelles Wesen neutralisiert, weil sie von Männern nicht mehr als sexuell attraktiv wahrgenommen werden. Damit neutralisiert man ihr Schamgefühl bei der Interaktion mit Menschen des anderen Geschlechts gleich mit. Die alte Frau brauche sich nicht mehr zu schämen, weil sie ohnehin nicht mehr begehrt werde. Dagegen wird der Blick des männlichen Erziehers auf die junge Frau, die „im Nachthemd, teilweise nur mit einem umgeschlungenen Handtuch bedeckt“,¹⁹⁶ über die Gemeinschaftsflure streift, radikal sexualisiert. Weil er Mann ist und weil sie eine junge Frau ist, kann es gar keine andere als eine sexuell aufgeladene Stimmung geben. Vor dieser sei die junge Frau selbstverständlich zu schützen.

Freilich ist der Ausschluss männlicher Bewerber *overinclusive* und *underinclusive* zugleich. *Overinclusive* ist er, weil er den Fall des schwulen Bewerbers ignoriert. Der Blick eines schwulen Mannes auf die Schülerin „im Nachthemd, teilweise nur mit einem umgeschlungenen Handtuch bedeckt“,¹⁹⁷ lässt sich nicht sexualisieren. Die Differenzierung ist *underinclusive*, weil sie die lesbische Erzieherin – ein klassischer Topos im Mädcheninternatsfilm!¹⁹⁸ – ignoriert. Ihr Blick lässt sich durchaus sexualisieren. Das Argument des Bundesarbeitsgerichts unterstellt jedem männlichen Bewerber ein (a) heterosexuelles Begehren, das (b) auf Personen gerichtet ist, die ihm zur Erziehung, Ausbildung oder Betreuung anvertraut sind. Die Person, die als Erzieher, Sportlehrer und Sozialpädagoge eine persönliche Beziehung zu den Schülerinnen aufzubauen hat, wird nur als sexuell aktiver Mann wahrgenommen. Diese Zuschreibung ist skandalös. Man sieht das

193 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

194 ArbG Bonn PflR 2001, 318.

195 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 41.

196 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 41.

197 BAG NZA 2009, 1019 Rn. 41.

198 Vgl. den Film „Mädchen in Uniform“, der zweimal, 1931 und 1958 (dann mit Romy Schneider und Lilli Palmer in den Hauptrollen), verfilmt wurde; siehe <http://www.filmportal.de>.

nicht sofort, weil der abgelehnte Bewerber kein Angehöriger einer klassischen Minderheit ist. Modifiziert man das Beispiel ein wenig, ändert sich das: Ein verpartnerter Lehrer/Erzieher bewirbt sich auf die entsprechende Stelle für das Jungeninternat. Er wird mit folgender Begründung abgelehnt: Es ist bei einer homosexuellen Aufsichtsperson, die im Nachtdienst eingesetzt wird, auf Grund möglicherweise entstehender sexueller Interessen wesentlich eher mit Komplikationen zu rechnen als dies bei einer heterosexuellen Aufsichtsperson der Fall ist. Der Bewerber wird damit nicht nur auf seine Homosexualität reduziert. Man spricht ihm zugleich die pädagogische Fähigkeit ab, ein weitgehend entsexualisiertes Verhältnis zu seinen Schülern aufzubauen. In der Konsequenz führte dies dazu, dass jeder pädagogische Beruf, der über die im Sportunterricht gegebene Intimität hinausreicht¹⁹⁹, für schwule Männer verschlossen bliebe: weil sie männlich und weil sie schwul sind. Die Vorstellung, dass homosexuelle Männer als solche sexuelle „Komplikationen“²⁰⁰ im Verhältnis zu ihren Schülern herbeiführen, greift tief in die Mottenkiste überkommener und falscher Vorurteile. Es ist der paradigmatische Fall von Diskriminierung. Sie zu rechtfertigen, hieße in den Kernbereich des Nichtdiskriminierungsrechts einzugreifen. Dieses schützt den Einzelnen vor falschen Zuschreibungen. Das gilt auch für den heterosexuellen Bewerber. Ihm wird die pädagogische Eignung, mit seinem sexuellem Begehren oder dem seiner Schülerinnen umzugehen, pauschal abgesprochen, weil er ein Mann ist. Ihm wurde die Chance genommen, im Bewerbungsgespräch darzulegen, wie er sich den Umgang mit den „sexuellen Komplikationen“ vorstellt. Nach dem Vorverständnis des Gerichts führt die Präsenz eines Mannes, der immerhin als Pädagoge auch eine persönliche Vertrauensbeziehung zu den Schülerinnen aufgebaut haben sollte, unvermittelt zur Sexualisierung des Internatslebens. Davor will es das Internat freihalten. Dieses Ziel ist berechtigt. Das dafür eingesetzte Mittel ist es nach meiner Einschätzung nicht.

3. Rechtfertigungsgründe des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots

Nach klassischer Auffassung kann „eine freiheitliche Gesellschaft ebenso wie eine Wettbewerbswirtschaft nicht auf Freiräume zur Differenzierung verzichten“.²⁰¹ Diese Freiräume werden in der Konzeption des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts über den Anwendungsbereich²⁰² und auf Rechtfertigungsebene verwirklicht. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot kennt insgesamt sie-

199 Das BAG grenzt den Bewerber vom Sportlehrer ab, vgl. BAG NZA 2009, 1019 Rn. 46.

200 So der vom BAG verwendete Begriff, BAG NZA 2009, 1019 Rn. 45.

201 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b).

202 Dazu § 6 IV.

ben (!) Rechtfertigungsgründe. Man kann das System der Rechtfertigungsgründe kaum als geglückt bezeichnen.²⁰³

a) Allgemeiner Rechtfertigungsgrund

Die unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ist keine Verletzung des Benachteiligungsverbots, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt (§ 20 Abs. 1 AGG; Art. 4 Abs. 4 RL 2004/113/EG). Dogmatisch betrachtet, ist es ein Rechtfertigungsgrund²⁰⁴ von Ungleichbehandlungen in den von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG erfassten Schuldverhältnissen.²⁰⁵

(1) Prüfungsstruktur

Die Rechtfertigung erfolgt anhand einer zweistufigen Prüfungsstruktur: (1.) Der Benachteiligende muss die Ungleichbehandlung mit einem sachlichen Grund erklären können. Diese Rechtfertigungsprüfung ist der Kern des Nichtdiskriminierungsrechts. Sie schränkt die Freiheit des Normadressaten, ohne sachlichen Grund unterscheiden zu dürfen, ein. Wer das als „Unfreiheitsvermutung“ beschreibt²⁰⁶, übersieht, dass es dadurch nicht zu einem Weniger an, sondern zur Verlagerung von Freiheit kommt.²⁰⁷ Rechtfertigungspflichten schränken als solche die Marktfreiheit nicht ein. Sie schützen die gleiche Freiheit aller Marktteilnehmer.²⁰⁸ Daher kann nicht jeder beliebige Grund ein sachlicher Grund sein.²⁰⁹ Es muss sich um einen legitimen Grund handeln.²¹⁰ Das folgt aus dem engen Zusammenhang zwischen den besonderen Diskriminierungsverboten einerseits und der Rechtfertigungsstruktur des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs andererseits.²¹¹ § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-4 AGG enthält vier Regelbeispiele²¹² sachlicher Gründe.

(2.) Die Verwirklichung des legitimen Ziels muss hinsichtlich der damit verbundenen Einschränkung des Nichtdiskriminierungsprinzips verhältnismäßig sein. Im Unterschied zu §§ 3 Abs. 2, 8 Abs. 1, 10 AGG („angemessen“ und „er-

203 Kritisch auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (1).

204 BT-Drs. 16/1780, S. 43; OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2671; aus der Literatur statt vieler *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 20 Rn. 1; *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 20 AGG Rn. 1; *Wendtland* in: *Bamberger/Roth*, BGB, § 20 AGG Rn. 1; *Mansel* in: *Jauernig*, BGB, § 20 AGG Rn. 1, 3.

205 *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 96.

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

207 *Coester*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 124.

208 Siehe dazu bereits im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot aus § 20 Abs. 1 GWB oben § 5 IV 3 c) (4).

209 Zumindest missverständlich *Stork*, ZEuS 2005, 1, 43; *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 673.

210 *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 20 Rn. 2.

211 Ansatzweise bereits *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 20 AGG Rn. 13.

212 BT-Drs. 16/1780, S. 43.

forderlich“) fehlt im Wortlaut des § 20 Abs. 1 AGG ein Hinweis auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt aber aufgrund einer systemkonformen Auslegung:²¹³ Für das Merkmal Geschlecht zwingt Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG zu seiner Berücksichtigung. Bei den übrigen Merkmalen wurzelt seine Geltung als Kollisionsregel in der objektiven Wirkung von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG.²¹⁴ Grundrechtsdogmatisch ist das AGG ein Beispiel dafür, wie ein auf der Ebene des einfachen Rechts mediatisiertes, mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis zu konfligierenden Positionen zweier Grundrechtsträger führt, die vom Staat auszugleichen sind.²¹⁵ Diese grundrechtsdogmatische Verankerung führt zur Rezeption der verfassungsdogmatischen Rechtfertigungsmöglichkeiten. Dazu zählt insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Er bildet die Schnittstelle zwischen konventionsrechtlichem, unionsrechtlichem, verfassungsrechtlichem und einfachrechtlichem Diskriminierungsverbot.²¹⁶ Dabei muss man sich permanent vergegenwärtigen, dass seine Anwendung im zivilrechtlichen Teil des AGG nur eine modifizierte sein kann, weil der Normadressat auch Grundrechtsberechtigter ist.

(2) Rechtfertigung intrinsischer Diskriminierungen

Mit § 20 Abs. 1 AGG kann der Benachteiligende im Grundsatz sowohl intrinsische als auch instrumentale Diskriminierungen rechtfertigen.²¹⁷ Voraussetzung dafür ist, dass sich für die intrinsische Diskriminierung ein legitimer Grund finden lässt. Die Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit allein – und damit die Berufung auf die Privatautonomie – genügt dafür nicht. Das bestätigt § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AGG für Diskriminierungen aus Gründen der Religion. Zweifelfhaft ist, ob diese Rechtfertigungsmöglichkeit auch für andere Merkmale gilt, sofern diese einen auch nur mittelbaren Bezug auf die selbstbestimmte Ausübung der Religion haben. Angenommen, eine katholische Kirchengemeinde will einen für Hochzeitsfeiern zur Verfügung stehenden Gemeindesaal nicht vermieten, wenn dort statt einer Ehe eine Lebenspartnerschaft gefeiert werden soll.²¹⁸ Das Selbstverständnis der Gemeinde ist verfassungsrechtlich geschützt (Art. 140 GG

213 IE Stork, ZEuS 2005, 1, 43; Bittner in: Falke/Rust, AGG, § 20 Rn. 6; Schiek in: Schiek, AGG, § 20 Rn. 2; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 12; Armbrüster in: Erman, § 20 AGG Rn. 4; Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 11; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 20 Rn. 6; Weimann in: Hey, AGG, § 20 Rn. 17; Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (1); anders nur Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 20 Rn. 3; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 20 Rn. 6.

214 Vgl. dazu Jestaedt, VVDStRL (64) 2005, 299, 336 ff.; mit kritischer Tendenz Badura, ZaöRV 68 (2008), 347, 353 ff.; zum Ganzen auch oben § 4 II 3 c).

215 Zum Begriff Callies, JZ 2006, 321, 325 ff.

216 Vgl. BVerfGE 124, 199 Rn. 88; näher zu diesem Zusammenhang Grünberger, FPR 2010, 203 ff.

217 Zur Differenzierung § 6 V 1 c).

218 Vgl. AG Neuss NJW 2003, 3785.

iVm Art. 137 Abs. 3 WRV) und aufgrund dieser besonderen freiheitsrechtlichen Absicherung im Prinzip ein legitimer Grund. Die Ungleichbehandlung ist auch geeignet und erforderlich, dem ethischen Selbstverständnis nach außen hin Ausdruck zu verleihen. Ob sie im Einzelfall angemessen ist, hängt nach meiner Einschätzung von den jeweils gegebenen Umständen ab. An dieser Stelle ist beispielsweise zu berücksichtigen, ob der Interessent auf den Saal angewiesen ist.²¹⁹ Handelt es sich beispielsweise um den einzigen geeigneten Saal einer Dorfgemeinschaft und stellt ihn die Kirchengemeinde grundsätzlich für eine Bandbreite weltlicher Veranstaltungen zur Verfügung, halte ich die Weigerung, darin Lebenspartnerschaften feiern zu lassen, für unverhältnismäßig. Der Saal ist dann Bestandteil der sozialen Infrastruktur der Dorfgemeinschaft. Er zählt dann nicht mehr zu den genuin „eigenen Angelegenheiten“ der Kirchengemeinde. Das beschränkt ihren Spielraum, zu entscheiden, wer darin feiern darf. Wer seine Nutzung homosexuellen Menschen verweigert, weil sie homosexuell sind, zementiert damit die vom AGG aufzubrechende Statushierarchie, weil damit zugleich auch gesagt wird, wer zur Dorfgemeinschaft gehört und wer nicht.

(3) Begrenzung der expansiver Tendenzen ökonomischer Eigenrationalität

Der Schwerpunkt liegt freilich bei den marktkonformen Differenzierungen als Fallgruppe instrumentaler Ungleichbehandlung. Im Ausgangspunkt hat „jede rechtmäßige Form privatautonomer Nutzenmaximierung“²²⁰ das Potential zum legitimen Grund. Angesichts der damit einhergehenden Vielfalt legitimer Ziele fragt sich *Dieter Schwab* nicht ohne Grund,

„warum man ein entsprechendes wirtschaftliches Verhalten erst mit einem moralisch hoch aufgeladenen Verbot belegt, um es dann mit ökonomischen Gründen pauschal zu rechtfertigen.“²²¹

Die knappe Antwort darauf lautet: Ökonomische Gründe können die Ungleichbehandlung nicht „pauschal“ rechtfertigen. Sie müssen ihrerseits wettbewerbskonform sein. Selbst dann steht der autonome Systemcharakter des Rechts einer kritiklosen Öffnung ökonomischer Zusammenhänge entgegen.²²² Die vom AGG angeordnete Rechtfertigungsprüfung verdeutlicht die Eigenrationalität des Rechts. Der ökonomische Rationalitätsgewinn muss nach rechtlichen Maßstäben daraufhin geprüft werden, ob er auch *rechtlich* legitim ist. Das setzt voraus, dass

219 Zu diesem Kriterium siehe *Neuner*, JZ 2003, 57, 62; *Neuner*, 2 ERCL 35, 46 (2006), der es allerdings nicht als Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung einordnet; ähnlich auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3), wenngleich nach ihm Ausweichmöglichkeiten immer zu berücksichtigen sind, während ich das auf den Fall des § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AGG beschränken möchte.

220 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (2).

221 *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 675.

222 Dazu näher *Teubner*, KritV 1993, 367, 376 ff.

er sich an den politischen Zielen des AGG messen lassen muss. Das Prinzip ökonomischer Effizienz wird damit Gegenstand einer Gerechtigkeitskontrolle, deren Maßstäbe insoweit vom Recht vorgegeben sind. Daher ist es für die Rechtfertigung grundsätzlich²²³ irrelevant, ob die betroffene Person naheliegende Ausweichmöglichkeiten am Markt hat.²²⁴ Dagen ließe sich wieder ökonomisch argumentieren: Weil es funktionierenden Wettbewerb gibt, fehle der betroffenen Person das Rechtsschutzbedürfnis.²²⁵ Das ist mit der Funktion des Nichtdiskriminierungsprinzips nicht vereinbar. Gerade wegen der Diskriminierung einer Person und dem damit verbundenen Eingriff in den Anspruch, als Gleicher in den Teilsystemen der Gesellschaft behandelt zu werden, stellt es solche Argumente ökonomischer Rationalität auf den Prüfstand.

Nehmen wir beispielsweise die klassischen Fälle gezielter Ansprache von Kundenkreisen, die der Anbieter anlocken möchte: Bei einer „LadiesNight“ gewährt eine Diskothek nur weiblichen Gästen freien Eintritt oder freie Getränke. Auch bei Partnervermittlungsbörsen im Internet und Telefonsexhotlines ist die Nutzung dieser Dienste vielfach nur für die männliche Kundschaft kostenpflichtig.²²⁶ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sei diese Konditionendifferenzierung über § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AGG rechtfertigungsfähig. Sie bezwecke „die gezielte Ansprache von Kundenkreisen, die der Anbieter anlocken möchte. Diese Maßnahmen sind also nicht diskriminierend, sondern im Gegenteil sozial erwünscht bzw. Bestandteil einer auf Wettbewerb beruhenden Wirtschaft. Ein Verbot dieser Praktiken würde auch den objektiv benachteiligten Personenkreisen nicht helfen, denn der Anbieter würde nicht mit der Erstreckung der Vorteile auf alle Kunden reagieren, sondern mit dem Verzicht auf jegliche Vergünstigung.“²²⁷ An dieser Begründung ist nicht nur vieles merkwürdig,²²⁸ sie widerspricht auch den klaren Vorgaben in Art. 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG.²²⁹ Die Richtlinie erlaubt nur eine unterschiedliche Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen, nicht aber eine Preisdifferenzierung bei ihrer gemeinsamen Inanspruchnahme.²³⁰ Damit sollen stereotype Annahmen über Frauen und (!) Männer hinterfragt werden. Die hier diskutierten Geschäftsmodelle basieren in exemplarischer Weise auf solchen Annahmen und verstärken sie dadurch. Der Grund für die Privilegierung von Frauen liegt auf der Hand: Über ein „attraktives Geschlechterverhältnis“ werden „männliche, voll zahlende Kunden angelockt“.²³¹ Frauen können nur aufgrund

223 Zur Ausnahme bei bestimmten intrinsischen Diskriminierungen siehe oben § 6 VI 3 a) (2).

224 Deziert anders aber *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3).

225 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3).

226 *Rath/Rütz*, NJW 2007, 1498.

227 BT-Drs. 16/1780, S. 44.

228 Zutreffend, wenngleich auch von einem anderen Standpunkt *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 674 f.

229 Zutreffend *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 20 Rn. 6.

230 Vgl. Erwägungsgrund (17) RL 2004/113/EG.

231 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 43; iE auch *Rath/Rütz*, NJW 2007, 1498.

ihrer Privilegierung als Kunden gewonnen werden und Männer zahlen einen höheren Preis dafür, dass „ausreichend“ Frauen verfügbar sind. Deshalb (!) solle ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung wegen des Geschlechts fehlen.²³² Das ist eine überraschende Schlussfolgerung. Sie beruht auf einer spezifisch heteronormativen Rollenzuschreibung an das jeweilige Geschlecht. Überspitzt formuliert, drängt sich die Parallele zur Prostitution geradezu auf: Männer bezahlen – indirekt – die Frauen, die ihrerseits nur wegen des Geldes partizipieren. Mir ist es daher ein Rätsel, wie man ernsthaft behaupten kann, dass bei diesen auf Stereotypen basierenden Geschäftsmodellen der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht tangiert sei. Das Gegenteil ist der Fall. So sah es jedenfalls der *Equality Officer* im irischen Fall *O'Connor v. The Icon Night Club (Limeric)*: Der kostenlose Eintritt von Frauen an Donnerstagen beruhte ausschließlich auf der Erwägung, mehr Männer anzuziehen. Das war nach irischem Recht nicht rechtfertigungsfähig.²³³ Nach Unionsrecht ebenfalls nicht.

Probleme werfen erneut die Fälle instrumentaler Diskriminierung auf, die auf Präferenzen Dritter beruhen.²³⁴ Darf ein Reiseveranstalter es ablehnen, mit einer Reisegruppe behinderter Menschen zu kontrahieren, weil er sich ansonsten Minderungs- oder Schadensersatzansprüchen Dritter (§§ 651d, 651f BGB) ausgesetzt sieht (§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AGG)?²³⁵ Unabhängig davon gibt es Urlauber, die das „Leid auf der Welt [...] jedenfalls während des Urlaubs nicht sehen“ wollen²³⁶ und daher im nächsten Jahr woanders hinreisen. Wenn die Anzahl potentieller Vertragspartner mit diskriminierenden Präferenzen größer ist als die der von einer Ungleichbehandlung Betroffenen, handelt er rational, wenn er sich an den Kundenpräferenzen orientiert. Ist Gewinnmaximierung in jedem Fall ein sachlicher Grund zur Diskriminierung? Für das Merkmal Geschlecht erlaubt Erwägungsgrund (16) RL 2004/113/EG die Rücksichtnahme auf subjektive Präferenzen, wenn und soweit damit Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter oder der Interessen von Männern und Frauen verfolgt werden. Vom Standpunkt des Rechts aus betrachtet, sind das spezifische Kommunikationsbedingungen seiner politischen, wirtschaftlichen und sozialen Umwelt. Wenn das Vorhandensein eines an sich verpönten Merkmals für den Kommunikations-

232 Rath/Rütz, NJW 2007, 1498, 1499 f; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 43; Armbrüster in: Erman, § 20 AGG Rn. 11; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 20 Rn. 11; Grüneberg in: Palandt, § 20 AGG Rn. 5; deutlich zurückhaltender dagegen Bittner in: Falke/Rust, AGG, § 20 Rn. 15.

233 *O'Connor v. The Icon Night Club (Limeric)*, DEC-S2004-001, <http://www.equalitytribunal.ie/uploadedfiles/Press/DECS2004001.pdf>.

234 Dazu weiterführend Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 18 ff; Franke/Schlichtmann in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 15. Zur Behandlung im beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot siehe § 6 VI 2 d) (3).

235 Vgl. dazu AG Frankfurt NJW 1980, 1965; LG Frankfurt NJW 1980, 1169; AG Flensburg NJW 1993, 272, die solche Ansprüche bejahen; zutreffend dagegen Brox, NJW 1980, 1939 f; in neuerer Zeit AG Kleve NJW 2000, 84 und Neuner, NJW 2000, 1822, 1833.

236 LG Frankfurt NJW 1980, 1169, 1170.

vorgang innerhalb dieser Teilsysteme prägend ist, hat das Recht darauf Rücksicht zu nehmen. Die Ungleichbehandlung ist daher gerechtfertigt, soweit sie mit dem generellen politischen Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts – der Überwindung von Statushierarchien²³⁷ – vereinbar ist.²³⁸ Damit kann man beispielsweise die Ungleichbehandlung²³⁹ des (damaligen) NPD-Vorsitzenden *Udo Voigt* durch ein Hotel in Brandenburg rechtfertigen. Dafür genügt es freilich nicht, dass die von seiner „Partei vertretenen rechtsextremen Positionen bei anderen Gästen Missfallen erregen oder gar als Provokation empfunden [werden]“.²⁴⁰ „Zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bedarf es daher eines zusätzlichen, über die Funktionsträgerschaft in einer Partei hinausgehenden Kriteriums.“²⁴¹ Man muss vielmehr erklären, warum die gegen seine Beherbergung gerichteten Kundenreaktionen vor dem Hintergrund des Nichtdiskriminierungsprinzips sozial adäquat waren. Dafür kann man an die vom Kläger vertretenen politischen Anschauungen anknüpfen,²⁴² die sich in der Sache gerade gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft (Art. 1 RL 2000/43/EG) richten. Im Protest der anderen Hotelgäste verwirklicht sich das Ziel des Nichtdiskriminierungsprinzips, Statushierarchien in der Gesellschaft abzubauen. Weil die anderen Gäste mit ihrem Protest zu seinem Agenten werden, schützt es deren subjektive Präferenzen.²⁴³ Das ist die wehrhafte Seite des Nichtdiskriminierungsprinzips. Daran scheitert die allgemeine Rechtfertigung mit den Kundenpräferenzen. Für den Anbieter kann die Berücksichtigung diskriminierender Kundenpräferenzen nur rational sein, wenn er damit die Wünsche der zahlenmäßig größeren Gruppe respektiert. Damit wird die Statushierarchie gefestigt, die das Nichtdiskriminierungsrecht zugunsten von Minderheiten beseitigen will. Wer daneben die Berücksichtigungsmöglichkeit ökonomisch rechtfertigt²⁴⁴, übersieht die regulatorische Wirkung des Nichtdiskriminierungsrechts: Weil im Prinzip keiner mehr diskriminieren darf, besteht keine Ausweichmöglichkeit des Kunden. Darin liegt der spezifisch marktintervenierende und marktgestaltende Charakter des Nichtdiskriminierungsrechts.

237 Dazu oben § 6 I 2.

238 In der Sache übereinstimmend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (2).

239 Zu erinnern ist daran, dass es sich nicht um einen Fall des § 19 Abs. 1 AGG handelt, weil Udo Voigt aufgrund seiner politischen Einstellung diskriminiert wurde, die im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht kein verpöntes Merkmal ist; vgl. BGH JZ 2012, 686 Rn. 9.

240 So wohl BGH JZ 2012, 686 Rn. 16.

241 *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 692.

242 Zutreffend *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 692.

243 Siehe dazu auch § 6 IV 2 b)(1)(aa).

244 Beispielsweise *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 21.

b) *Rechtfertigung geschlechtsbedingter Differenzierungen in Versicherungsverträgen*

Bei Versicherungen erlaubt § 20 Abs. 2 S. 1 AGG für Prämien oder Leistungen unter bestimmten Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts. Die Regelung ist abschließend.²⁴⁵ Das Gesetz macht damit von der in Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG enthaltenen Ermächtigung Gebrauch.²⁴⁶ Dogmatisch ist es ein Fall einer erlaubten unmittelbaren²⁴⁷ Diskriminierung. Rechtstatsächlich betrachtet, handelt es sich um eine instrumentale und statistische Diskriminierung: Zwischen dem Geschlecht als Stellvertretermerkmal und der individuellen Risikobewertung als angestrebtem Hauptmerkmal besteht nach herkömmlicher Auffassung ein ausreichender statistischer Zusammenhang.

Seit dem 21.12.2012 können sich Versicherer nicht mehr auf § 20 Abs. 2 S. 1 AGG berufen. Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG kollidiert nämlich mit Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 Grundrechte-Charta und ist daher unanwendbar.²⁴⁸ Weil damit die unionsrechtliche Ermächtigung des Rechtfertigungsgrundes wegfällt, verletzt § 20 Abs. 2 S. 1 AGG den unmittelbar anwendbaren allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts zum Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts und kann daher auch im Privatrechtsverkehr nicht mehr angewendet werden.²⁴⁹ Damit hat sich die umstrittene Frage, ob der Rechtfertigungsgrund gegen Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG verstößt,²⁵⁰ erledigt. Die Entscheidung ist auf erhebliche Kritik gestoßen.²⁵¹ Sie ist zwar in methodischer Hinsicht kein Glanzstück des Gerichtshofs,²⁵² in der Sache aber zutreffend.

Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG verstößt gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta und gegen das Gleichheitsgebots von Män-

245 Ambrosius in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 36; aA Armbrüster, VersR 2006, 1297, 1301.

246 BT-Drs. 16/1780, S. 45.

247 Siehe zur Einordnung auch GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 37.

248 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773; zu Zeitpunkt und Rechtsfolgen eingehend Purnhagen, NJW 2013, 113, 114 ff.

249 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 50 f; EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff.

250 Dafür Wrase/Baer, NJW 2004, 1623 ff; dagegen Wandt, VersR 2004, 1341 ff; vertiefend zum Ganzen Ambrosius in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 46 ff.

251 Armbrüster, LMK 2011, 315339; Armbrüster, VersR 2010, 1578; Brand, VersR 2011, 1337; Effer-Uhe in: Schulze (Hrsg.), *Non-Discrimination in European Private Law*, 2011, S. 109 ff; Felix/Sangi, ZESAR 2011, 257; Hoffmann, ZIP 2011, 1445; Kahler, NJW 2011, 894; Kroll-Ludwigs, JZ 2011, 734; Looschelders, VersR 2011, 421; Lüttringhaus, EuZW 2011, 296; Mönnich, VersR 2011, 1092; Purnhagen, EuR 2011, 690; Rolfs/Binz, VersR 2011, 714; Sagmeister, VersR 2011, 187; Schwintowski, VersR 2011, 164; Temming, jurisPR-ArbR 14/2011 Anm. 5; sehr kritisch auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) bb).

252 Zutreffend Kahler, NJW 2011, 892 ff.

nern und Frauen in Art. 23 Abs. 1 Grundrechte-Charta.²⁵³ Die Norm erlaubt eine ungleiche Behandlung von Frauen und Männern auf dem Versicherungsmarkt, obwohl beide Nachfrager von Versicherungsleistungen und damit vergleichbar sind.²⁵⁴ Dafür ist es unerheblich, ob sich Frauen und Männer aufgrund ihrer Risikokategorien unterscheiden.²⁵⁵ Das verpönte Merkmal spielt im Rahmen der Vergleichbarkeit bewusst keine Rolle.²⁵⁶ Die Frage statistischer Risikokategorien ist nämlich eine Frage der Rechtfertigung. Die unternehmerische Freiheit der Versicherer ist im Ausgangspunkt ein legitimes Differenzierungsziel.²⁵⁷ Die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Risikobewertung aufgrund relevanter und genauer versicherungsmathematischer und statistischer Daten genügt aber nicht den strengen Rechtfertigungsanforderungen für eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts.²⁵⁸ Ungleichbehandlungen sind nur dann erlaubt, „wenn sich mit Sicherheit feststellen lässt, dass es relevante Unterschiede zwischen Männern und Frauen gibt, die eine solche Behandlung erfordern“.²⁵⁹ Diesen Anforderungen genügt der statistische Zusammenhang nicht: Statistisch festgestellte Unterschiede werden dadurch pauschalisiert und auf das Geschlecht zurückgeführt. Dabei kann es sich auch um die Auswirkungen verhaltensbedingter Faktoren handeln, die aufgrund des gesellschaftlichen Wandels nicht mehr eindeutig mit dem Geschlecht einer Person in Verbindung zu bringen sind.²⁶⁰ Als klassisches Stereotyp²⁶¹ scheitert auch der Rechtfertigungsansatz aufgrund „naturwissenschaftlich-biologische[r] Unterschiede“, die „auf der Hand liegen“.^{262, 263} Die bisher praktizierte statistische Diskriminierung führt zu unterschiedlichen Versicherungsprämien und -leistungen für alle männlichen und alle weiblichen Versicherten. Diese Ungleichbehandlung ist nur gerechtfertigt, wenn sie auf objektiven

253 Zur zeitlichen Anwendbarkeit siehe EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 16. Anders noch GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 27 f; eingehend zum Problem Kahler, NJW 2011, 894 f; Purnhagen, EuR 2011, 690, 697 ff.

254 Siehe EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 29 f; ausführlicher GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 41 ff, 44 ff.

255 Anders Rat und Kommission, vgl. die Nachweise bei EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 27; aus dem Schrifttum statt vieler Schwintowski, VersR 2011, 164, 168 ff.

256 Siehe § 6 V 2 a) (2).

257 Zutreffend insoweit Kahler, NJW 2011, 894, 896; Schwintowski, VersR 2011, 164, 166 f.

258 Siehe GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 58 ff. Eine eingehende Prüfung der Verhältnismäßigkeit differenzierender Versicherungsbedingungen hat Richter, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 205 ff vorgelegt.

259 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 60; ganz ähnlich bereits BVerfGE 85, 191, 207.

260 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 61-63.

261 Siehe zu diesem Zusammenhang Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 17 ff.

262 Schwintowski, VersR 2011, 164, 170.

263 Vgl. dazu auch Schmitz, Sex, gender, and the brain – biological determinism versus socio-cultural constructivism, in: Klinge/Wiesemann, Sex and Gender in Biomedicine, 2010, 57 ff.

Kriterien beruht, die nichts mit einer Diskriminierung des Geschlechts zu tun haben. An diesem Standard scheitert die Versicherungswirtschaft.²⁶⁴

c) Rückausnahme bei Schwanger- und Mutterschaft

Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft rechtfertigen keine Ungleichbehandlung in Versicherungsverträgen (§ 20 Abs. 2 S. 2 AGG).²⁶⁵ Der Gedanke ist verallgemeinerungsfähig und auf alle Schuldverhältnisse des § 19 Abs. 1 AGG zu übertragen.²⁶⁶ Für eine Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaft akzeptiert das Recht keine legitimen Gründe. Es handelt sich um Kosten, die von Männern und Frauen in gemeinsamer Verantwortung entstehen und deshalb vom jeweiligen Versicherungskollektiv auch gemeinsam zu tragen sind.²⁶⁷ Das hat das Amtsgericht Hannover in einer staunenswerten Entscheidung offenbar übersehen.²⁶⁸ Eine Schwangere beantragte, als Familienmitglied in die private Kranken- und Pflegeversicherung ihres Ehemannes aufgenommen zu werden. Die Versicherung bot ihr einen Abschluss nur unter Ausschluss der Heilbehandlungskosten an, die durch die bestehende Schwangerschaft und anschließende Entbindung entstehen. Das Amtsgericht verneinte bereits die unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG), weil es die Schwangere mit einem Mann vergleicht, der sich die Knochen brach und auch nicht aufgenommen worden wäre. Der angebotene Vertrag mit Leistungsausschluss beruhe lediglich auf einem anerkannten Prinzip risikoadäquater Kalkulation (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG). An diesem Urteil ist leider alles falsch. Die Schwangere ist nicht mit kranken Männern, sondern mit interessierten Versicherungsnehmern unabhängig von ihrem Geschlecht zu vergleichen.²⁶⁹ Die Ungleichbehandlung beruht auf der Schwangerschaft, die von Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 2004/113/EG als Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts eingeordnet wird.²⁷⁰ § 20 Abs. 2 S. 3 AGG ist irrelevant, weil sich eine Benachteiligung des Geschlechts nur nach § 20 Abs. 2 S. 1 AGG richtet. Die Ungleichbehandlung war wegen § 20 Abs. 2 S. 2 AGG ausdrücklich untersagt. Der Versicherer war zur Aufnahme der Schwangeren gezwungen, obwohl sich der Versicherungsfall bereits verwirklicht hat. Das Prinzip risikoadäquater Prämienkalkulation beruht auf der Bildung statistischer Vergleichsgruppen. Ob diese Gruppen zu diesem Zweck aber gebildet werden dürfen, hängt von den jeweiligen rechtlichen Rah-

264 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 67; aa *Armbrüster*, VersR 2010, 1578, 1580 ff.

265 Art. 5 Abs. 3 RL 2004/113/EG.

266 *Armbrüster* in: Erman, § 20 AGG Rn. 17.

267 Zutreffend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) bb.).

268 AG Hannover VersR 2009, 348.

269 Siehe oben § 6 V 2 a) (1).

270 Vgl. Erwgr. (20) RL 2004/113/EG.

menbedingungen ab.²⁷¹ Das Unionsrecht verbietet es, für Schwangere und Mütter eine besondere Risikokalkulation zu bilden, auch wenn diese Personen höhere Versicherungsleistungen in Anspruch nehmen sollten. Das ist die Konsequenz des allgemein für richtig gehaltenen Rechtfertigungsausschlussgrundes.²⁷²

d) *Nivellierung der Rechtfertigungsanforderungen bei sonstigen
Versicherungsverträgen*

Das Gesetz erleichtert die Rechtfertigung einer statistischen Diskriminierung bezüglich der Merkmale Religion, Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität in Versicherungsverträgen (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG). Den Versicherungsunternehmen ist danach nicht nur die Differenzierung bei Prämien und Leistungen erlaubt, sondern jede benachteiligende Handlungsweise.²⁷³ Das erfasst auch die Verweigerung des Vertragsabschlusses insgesamt.²⁷⁴ Inhaltlich genügt es, wenn die Differenzierung auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht.²⁷⁵ Eine risikoadäquate Kalkulation liegt bereits dann vor, wenn nach vertretbarer Auffassung die Daten geeignet und erforderlich sind, einen signifikanten Zusammenhang zwischen Merkmal und Risiko herzustellen. Dabei ist von einem Beurteilungsspielraum des Versicherers auszugehen.²⁷⁶

Die Rechtfertigungsmöglichkeiten dürfen aber nicht zu einer inhaltlichen Aushöhlung des Diskriminierungsverbots führen. Mit § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG erfüllt der Gesetzgeber eine ihn aus Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG treffende Schutzpflicht.²⁷⁷ Diese verpflichtet ihn dazu, die von ihm angenommenen Diskriminierungen auch mit geeigneten Mitteln zu bekämpfen.²⁷⁸ Geeignet sind solche Daten, die zu vertretbaren Kosten statistisch erfassbar sind und einen deutlichen statistischen Zusammenhang mit der Schadenserwartung haben.²⁷⁹ Kein ausreichender Zusammenhang besteht beispielsweise zwischen der Homosexualität

271 Siehe GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 47.

272 *Looschelders*, Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 141, 152.

273 Dazu *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 20 Rn. 26 f; *Schiek* in: Schiek, AGG, § 20 Rn. 9. Anders *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 20 AGG Rn. 55, der das Merkmal auch auf § 20 Abs. 2 S. 3 AGG bezieht und für sonstige Handlungsweisen eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 1 AGG für möglich hält, oder *Ambrosius* in: Däubler, AGG, § 20 Rn. 40, die auch eine Zugangs differenzierung tragen will.

274 Siehe OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2671.

275 Siehe *Armbrüster*, VersR 2006, 1297, 1298 f.

276 OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2671.

277 Siehe dazu *Uerpman-Witzack*, ZaöRV 68 (2008), 359 ff; *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, § 181 Rn. 144 und oben § 4 II 3 c) und 4 b).

278 Siehe dazu die zum Unionsrecht getroffene Stellungnahme von GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 35, die sich inhaltlich ohne weiteres auf das deutsche Verfassungsrecht übertragen lässt.

279 *Thüsing/von Hoff*, VersR 2007, 1 (unter IV.4.a).

männlicher Versicherter und einer HIV-Neuinfektion.²⁸⁰ Diese Relation trifft keine belastbaren Aussagen darüber, wie wahrscheinlich es für einen homosexuellen Mann ist, an HIV zu erkranken. Daher ist die Anknüpfung an dieses Merkmal ungeeignet, weil *overinclusive*: Jeder homosexuelle Mann wird ausgeschlossen, obwohl nur eine Minderheit HIV-infiziert ist. Sie ist auch deshalb nicht geeignet, weil die Homosexualität ihrerseits nur ein Stellvertretermerkmal ist. Mit dem Versicherungsausschluss soll das Risiko ausgeschlossen werden, dass sich die Infektion als Folge ungeschützten Sexualverkehrs einstellt. Die sexuelle Orientierung einer Person lässt keine verlässlichen Rückschlüsse darauf zu, ob sie sich diesem risikoe erhöhenden Verhalten aussetzt. Wer das Gegenteil annimmt, tappt in die Falle stereotyper Annahmen. Erforderlich ist die Anknüpfung an die genannten Merkmale, wenn sie nicht mit vertretbaren Kosten von anderen, gleich geeigneten Daten ersetzt werden können. An dieser Stelle wird sich der Einschätzungsspielraum des Versicherers regelmäßig auswirken.

e) Besonderer Rechtfertigungsgrund bei der Wohnraumvermietung

Art. 19 Abs. 3 AGG enthält einen besonderen Rechtfertigungsgrund, der nur auf die Wohnraumvermietung anzuwenden ist.²⁸¹ Die Regelung ist aus vielen Gründen problematisch. Insbesondere ist unklar, wie sie sich mit dem Ausschluss jeder Rechtfertigungsmöglichkeit bei Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft vereinbaren lässt.²⁸²

f) (Fast) Keine Rechtfertigung einer „Rassendiskriminierung“

Bei einer Ungleichbehandlung wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft reduziert das Gesetz die Rechtfertigungsgründe auf „nahe null“. Das folgt aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 AGG und der Richtlinie 2000/43/EG.²⁸³ Ungleichbehandlungen können lediglich mit spezifischen Maßnahmen gerechtfertigt werden, mit denen Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden (§ 5 AGG, Art. 5 RL 2000/43/EG). Insoweit kann man § 19 Abs. 3 AGG als grundsätzlich von der Richtlinie zugelassene, aber auch begrenzte positive Maßnahme ansehen.²⁸⁴ Damit steht die Rasse und ethnische Herkunft an der Spitze der zivilrechtlichen Diskriminierungshierarchie.

²⁸⁰ Anders *Thüsing/von Hoff*, VersR 2007, 1 (unter IV.4.d).

²⁸¹ *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 75.

²⁸² Zum Problem näher *Stork*, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 284 f; *Eggert* in: Falke/Rust, AGG, § 19 Rn. 120 ff; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 85.

²⁸³ BT-Drs. 16/1780, S. 43.

²⁸⁴ *Schick* in: Schick, AGG, § 19 Rn. 22; eingehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) cc).

g) Positive Maßnahmen

(1) Überblick

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht erlaubt die Ungleichbehandlung aufgrund eines Merkmals, wenn es sich um geeignete und angemessene Maßnahmen handelt, mit denen bestehende Nachteile wegen eines verpönten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen (§ 5 AGG). Grundlage dafür sind die Ermächtigungsvorschriften im Primär-²⁸⁵ und Sekundärrecht²⁸⁶ und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit²⁸⁷ dieser Differenzierung. Dabei handelt es sich um „Maßnahmen, die zwar nach ihrer äußeren Erscheinung diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen.“²⁸⁸ Wird ein bestimmtes Merkmal als *tie breaker* eingesetzt – etwa „Geschlecht“ bei Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen²⁸⁹ – oder werden bestimmte Leistungen ungleich an Angehörige einer Merkmalsgruppe erbracht²⁹⁰, sieht das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht darin eine tatbestandliche Ungleichbehandlung wegen des verpönten Merkmals. Das Unionsrecht folgt also einer formalen, symmetrischen und individualschützenden Konzeption des Diskriminierungsverbots.²⁹¹ Positive Maßnahmen können aber

285 Art. 157 Abs. 4 AEUV; Art. 23 Abs. 2 Grundrechte-Charta.

286 Art. 5 RL 2000/43/EG; Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG; Art. 6 RL 2004/113/EG; Art. 3 RL 2006/54/EG; Art. 5 RL 2010/41/EU. Zur einheitlichen Interpretation des Unionsrechts grundlegend EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 41; vertiefend zum Streitstand *Burg*, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, 2009, 35 ff.

287 Dazu BVerfGE 92, 91, 109; BVerfGE 85, 191, 207 mwN; deutlich restriktiver beispielsweise *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 309 ff. Zur Frage, ob die Umsetzung in § 5 AGG den Wesentlichkeitsanforderungen an Grundrechtseingriffe genügt, siehe *Hinrichs* in: Däubler, AGG, § 5 Rn. 17.

288 Grundlegend EuGH, Urt. v. 25.10.1988, Rs. 312/86 – *Kommission v. Frankreich* = Slg. 1988, 6315 Rn. 15; zuletzt EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 33 mwN.

289 EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 16; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* = Slg. 1997, I-6363 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97 – *Badeck* = Slg. 2000, I-1875 Rn. 17.

290 EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 30 (Kindertagesstätte nur für Arbeitnehmerinnen); EuGH, Urt. v. 30.9.2004, Rs. C-319/03 – *Bribeche v. Ministre de l'Intérieure* ua = Slg. 2004, I-8807 Rn. 20 (höheres Einstellungsalter im öffentlichen Dienst für wiederverheiratete Witwen); EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 23 ff. (Anspruch auf „Stillzeiturlaub“ der Männer hängt von der Arbeitnehmereigenschaft der Partnerin ab, während Frauen immer Anspruch darauf haben).

291 Deutlich GA Tesauro, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 10 f.

eine tatbestandlich gegebene Diskriminierung rechtfertigen.²⁹² Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt bei dieser Rechtfertigung eine entscheidende Rolle zu.²⁹³ Er entwickelt sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zunehmend zum Instrument, um solche positiven Maßnahmen kritisch zu hinterfragen, die einerseits auf faktische Ungleichheiten in der sozialen Wirklichkeit reagieren, sie aber zugleich verstärken.²⁹⁴

(2) Nichtdiskriminierung zwischen principle und policy

Das Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung ermöglicht der jeweils betroffenen Person, gegen eine tatsächlich eingetretene oder unmittelbar bevorstehende Ungleichbehandlung wegen eines oder mehrerer verpönter Merkmale vorzugehen. Das ist der Kern des als *Rechtsprinzip* konstruierten Nichtdiskriminierungsgrundsatzes. Dieses Prinzip hat aber Schwächen.²⁹⁵ Es weist insbesondere die Verantwortung für die Ungleichbehandlung ausschließlich einem Normadressaten zu und ignoriert damit die vielschichtigen sozialen und institutionellen Ursachen von Diskriminierung in den Kommunikationsprozessen der jeweiligen Teilsysteme. Als Rechtsprinzip beschränkt es sich auf die Sanktionierung des konkret verbotenen Verhaltens. Das zwingt die Gerichte in den Fällen institutionalisierter Diskriminierung dazu, Rechtsfolgen selbst zu gestalten. Die von U.S.-Gerichten angeordneten Maßnahmen zur effektiven Beseitigung der Rassentrennung in Schulen²⁹⁶ und zur Beseitigung diskriminierenden Arbeitsumfelder²⁹⁷ dehnten die Grenzen des Nichtdiskriminierungsrechts ins Äußerste und blieben auch deshalb umstritten.²⁹⁸ Eine wichtige Ergänzung des Nichtdiskriminierungsprinzips sind deshalb gestalterische Maßnahmen, mit denen die volle Gleichstellung bisher benachteiligter Gruppen als Aufgabe der Rechtsgestaltung

292 Vgl. EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 25 f; *Krebber* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 74; *Rebhahn* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 157 AEUV Rn. 50; wohl auch *Epiney/Abt*, Recht der Gleichstellung, 2003, 199; aA *Raasch* in: Falke/Rust, AGG, § 5 Rn. 11 ff (tatbestandsausschließend).

293 Dazu jetzt vertiefend *Burg*, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, 2009, 89 ff.

294 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 41; dazu bereits oben § 6 III 2 a); EuGH, Urt. v. 30.9.2010, Rs. C-104/09 – *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA* = Slg. 2010, I-8661 Rn. 7 ff.

295 Ausführlich *Fredman*, 12 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 369 (2005); siehe auch *Fredman*, Positive Rights and positive duties, in: Schiek/Chege, European Union Non-Discrimination Law, 2009, 72, 79 ff.

296 Vgl. dazu weiterführend *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 721 ff.

297 Siehe *Local 28 of Sheet Metal Workers' Intern. Ass'n v. E.E.O.C.*, 478 U.S. 421 (1986), worin eine Gewerkschaft verpflichtet wurde, mindestens 29 % nicht-weiße Mitglieder aufzunehmen.

298 Vgl. die Minderheitsvoten in *U.S. v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987).

(policy)²⁹⁹ angestrebt wird. Man spricht dann von „positiven Maßnahmen“.³⁰⁰ Im U.S.-amerikanischen Kontext überwiegt stattdessen der Begriff der *affirmative action*.³⁰¹ Positive Maßnahmen adressieren die dem Nichtdiskriminierungsprinzip immanenten Beschränkungen:³⁰² Entscheidend ist, dass die Initiative den Akteuren zukommt, die am besten in der Lage sind, strukturelle Diskriminierungen zu beseitigen, indem sie institutionelle Entscheidungsprozesse verändern. Davon profitiert nicht nur die einzelne Person, sondern jeder potentiell von Diskriminierung betroffene Gruppenangehörige. Das zeigt beispielsweise der *affirmative-action*-Plan, den die Gewerkschaft in *United Steelworkers of America v. Weber*³⁰³ mit dem Unternehmen abgeschlossen hat, um die Anzahl schwarzer Facharbeiter dem Anteil der schwarzen Belegschaft insgesamt anzunähern. Der Plan verfolgte das Ziel „old patterns of racial segregation and hierarchy“ aufzubrechen³⁰⁴ und Schwarze als Gleiche in die Arbeitswelt einzubeziehen³⁰⁵. Damit verwirklichten die maßgeblichen privaten Akteure im Subsystem Unternehmen die Ziele des *Civil Rights Act* von 1964.³⁰⁶ Gerade die Beteiligung des Arbeitgebers ist entscheidend dafür, Diskriminierungen am Arbeitsplatz dort effektiv zu beseitigen,³⁰⁷ wo ein Ungleichgewicht in traditionell getrennten Beschäftigungsarten besteht³⁰⁸. Das Nichtdiskriminierungsrecht wird damit zum Schild, das den Arbeitgeber, der Ziele der Nichtdiskriminierungspolitik verfolgt, vor dem Schwert des Nichtdiskriminierungsprinzips schützt.³⁰⁹

Das Modell wurde im europäischen Recht für das Merkmal Geschlecht schnell adaptiert. Der Sache nach stand im Sekundärrecht³¹⁰ bereits früh eine Textgrundlage für positive Maßnahmen bereit.³¹¹ Die wichtige Empfehlung des Rates v. 13.12.1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen³¹² hat der Europäische Gerichtshof aufgegriffen und ausgebaut. Maßnahmen, nach denen

299 Ich greife hier die von *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978, 82 ff vorgeschlagene begriffliche Trennung von *principle* und *policy* auf.

300 Zur uneinheitlichen Begrifflichkeit siehe CEDAW, General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, No. 17, [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) [Stand: 30.12.2012]; *Raasch* in: Falke/Rust, AGG, § 5 Rn. 4.

301 Zur Frage, ob sich dahinter auch unterschiedliche Konzeptionen verbergen, *Caruso*, 44 Harv. Int'l. L.J. 331 (2003).

302 Siehe *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145, 163-65 (2001); ähnlich in *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, 122 f.

303 *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).

304 *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. at 208.

305 Vgl. *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. at 201 f.

306 Vgl. *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. at 208.

307 *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. at 204.

308 *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 212 (1979) (Powell, J., conc.).

309 Siehe *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*, 480 U.S. 616, 642 (1987) (Stevens, J., conc.).

310 Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG.

311 Zur Entwicklungsgeschichte positiver Maßnahmen instruktiv *Ellis*, *EU Anti-Discrimination Law*, 2005, 297 ff.

312 ABl. L 331 v. 19.12.1984, S. 34.

Frauen bei der Beförderung oder Besetzung von Stellen unter bestimmten Bedingungen zu bevorzugen sind, beseitigen oder verringern in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten. Sie begünstigen Frauen, um deren Fähigkeit zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn verwirklichen zu können.³¹³ Selbst bei gleicher Qualifikation besteht nämlich die Tendenz, männliche Bewerber vorrangig vor weiblichen Bewerbern zu befördern. Das hängt mit einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben und mit der Befürchtung zusammen, dass Frauen ihre Laufbahn häufiger unterbrechen, dass sie ihre Arbeitszeit aufgrund häuslicher und familiärer Aufgaben weniger flexibel gestalten oder dass sie durch Schwangerschaften, Geburten und Stillzeiten häufiger ausfallen.³¹⁴ Das Völkerrecht bestätigt, dass durch die Zulässigkeit positiver Maßnahmen das Recht auf vorhandene Ungleichheiten in den Teilsystemen der Gesellschaft reagiert.³¹⁵

(3) Dialektik der Gleichbehandlung

Im Unterschied zum (negativen) Diskriminierungsverbot beruhen positive Maßnahmen auf einer materialen Konzeption von Gleichheit.³¹⁶ Positive Maßnahmen kompensieren die strukturellen Benachteiligungen von Minderheiten. Sie bezwecken in den Worten von Generalanwalt *Tesauro* „die Sicherstellung der tatsächlichen Wirksamkeit des Gleichheitssatzes, indem sie solche Ungleichheiten zulassen, die zu dessen Verwirklichung erforderlich sind.“³¹⁷ Auch nach dem CEDAW-Ausschuss ist „a purely formal legal or programmatic approach [...] not sufficient to achieve women’s de facto equality with men, which the Com-

313 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 18-20; EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* = Slg. 1997, I-6363 Rn. 26-28; EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97 – *Badeck* = Slg. 2000, I-1875 Rn. 54; EuGH, Urt. v. 19.3.2002, Rs. C-476/99 – *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* = Slg. 2002, I-2891 Rn. 32 f.

314 EuGH, Urt. v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 – *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* = Slg. 1997, I-6363 Rn. 29; EuGH, Urt. v. 6.7.2000, Rs. C-407/97 – *Abrahamsson und Anderson v. Fogelqvist* = Slg. 2000, I-5539 Rn. 47 f.

315 Vgl. dazu Art. 1 Abs. 4 ICERD und Art. 4 Abs. 1 CEDAW. Zur Entscheidungspraxis zu Art. 26 IPBPR Menschenrechtsausschuss, *Guido Jacobs v. Belgium*, Communication No. 943/2000, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/943/2000 (2004), zugreifbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/943-2000.html> [Stand: 30.12.2012]; weiterführend zur Verankerung im Völkerrecht siehe *De Schutter* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 781 ff.

316 Vgl. EuGH, Urt. v. 28.3.2000, Rs. C-158/97 – *Badeck* = Slg. 2000, I-1875 Rn. 32; EuGH, Urt. v. 6.7.2000, Rs. C-407/97 – *Abrahamsson und Anderson v. Fogelqvist* = Slg. 2000, I-5539 Rn. 48; *Epiney/Abt*, Recht der Gleichstellung, 2003, 200 ff; *De Schutter* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 759 f; zu den unterschiedlichen Konzeptionen näher *Fredman*, Discrimination Law, 2002, 126 ff.

317 GA *Tesauro*, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 17.

mittee interprets as substantive equality.”³¹⁸ Positive Maßnahmen dürfen daher nicht merkmalsblind sein. Sie ermöglichen dem Recht, die Differenz von Personen aufgrund des relevanten sozialen Kontexts wieder wahrzunehmen. Das führt unter bestimmten Umständen dazu, dass eine ungleiche Behandlung notwendig ist, um diesen Differenzen gerecht zu werden.³¹⁹

Das Recht differenziert anhand eigentlich verpönter Merkmale. Diese Differenzierung ist das Instrument, um die „wirkliche“ Gleichheit von Personen zu erreichen; eine Gleichheit, die nicht neutral, sondern unter wertender Berücksichtigung der Unterschiede betrachtet wird.³²⁰ Darin liegt die dialektische Pointe positiver Maßnahmen. *Justice Blackmun* brachte das in *Regents of University of California v. Bakke* auf den Punkt:

„In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently.“³²¹

Ordnet man dem Gleichheitsgrundsatz sowohl ein Prinzip der rechtlichen/formalen als auch der faktischen/materialen Gleichheit zu, kommt es zwangsläufig zum Paradoxon der Gleichheit: Was nach dem einen Prinzip eine Gleichbehandlung, ist nach dem anderen eine Ungleichbehandlung und umgekehrt.³²² Verzichtete man vollständig auf den einen oder anderen Aspekt, ließe sich das vermeiden. Worauf aber wäre zu verzichten? Das Prinzip der formalen Gleichheit ist dafür zu fest im westlichen Verfassungsdenken verankert. Daher war es konsequent, dass *Justice Powell* auf *Justice Blackmun* erwiderte:

„The guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another color. If both are not accorded the same protection, then it is not equal.“³²³

Gleichbehandlung ist für ihn zunächst ein formales Rechtsprinzip. Jede Anknüpfung an Rasse und ethnische Herkunft ist grundsätzlich eine Verletzung des Anspruchs jedes Individuums, nicht aufgrund seiner Rasse oder ethnischen Herkunft unterschiedlich behandelt zu werden, unabhängig davon, ob es der

318 CEDAW, General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, No. 8, [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) [Stand: 30.12.2012].

319 CEDAW, General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, No. 8, [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) [Stand: 30.12.2012].

320 Vgl. GA Tesouro, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 16.

321 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 407 (1978) (Blackmun, J., conc. & diss. in part).

322 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 378 f.

323 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 289-290 (1978) (Powell, J.).

Mehrheit angehört und die Differenzierung einen „guten“ Zweck³²⁴ verfolgt.³²⁵ Es kam also auf die Auslegung des formal konzipierten Diskriminierungsverbots an.³²⁶ *Justice Powell* verzichtete aber auch nicht vollständig auf das Prinzip³²⁷ faktischer Gleichheit, weil er eine Berücksichtigung der Differenz – und damit eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse – unter bestimmten Voraussetzungen zuließ.³²⁸ Lassen sich die Konzeptionen formaler und materialer Gleichbehandlung vereinbaren? Nicht alle Gleichstellungsmaßnahmen führen den Konflikt mit dem Diskriminierungsverbot herbei.³²⁹ Es gibt eine Reihe von Maßnahmen, die auf spezifische Bedürfnisse bisher benachteiligter Minderheiten eingehen, ohne zugleich Dritte aufgrund eines verpönten Merkmals ungleich zu behandeln.³³⁰ Dazu zählen zum Beispiel die Prozesse, die man unter dem Begriff des *Gender Mainstreaming* zusammenfasst.³³¹ Zum Problem werden positive Maßnahmen, wenn die Entscheidung des Normadressaten eines Diskriminierungsverbots zugunsten eines Merkmalsträgers zwangsläufig zu Lasten eines anderen Merkmalsträgers ausfällt. Das hat zu einer intensiv geführten Kontroverse im U.S.-Recht,³³² im Unionsrecht und im nationalen Verfassungsrecht über die Zulässigkeit solcher positiven Maßnahmen geführt.³³³ In den U.S.A. steht man der Berücksichtigung verpönter Merkmale mittlerweile³³⁴ sehr skeptisch gegenüber. In einer jüngeren

324 Sehr kritisch zur Möglichkeit des Staates, „gute Zwecke“ einer Rassendiskriminierung zu definieren zuletzt *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 742 (2007).

325 Siehe *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 291-300 (1978)(Powell, J.).

326 Dazu weiterführend *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 316 ff.

327 Dazu, dass es sich um eine Konzeption eines Rechtsprinzips handelt, siehe *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 380 ff. Dieses Prinzip ist die verfassungsrechtliche Grundlage einer Gleichstellungspolitik.

328 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 311-314 (1978).

329 Um diesen Konflikt zutreffend beschreiben zu können, kommt es auf den Unterschied zwischen Gleichstellung und Diskriminierungsverboten an, vgl. dazu *Kocher*, RdA 2002, 167, 168 ff, die sich mit Recht gegen ihre irreführende Verwendung bei *Fastrich*, RdA 2000, 65 ff wendet.

330 Vgl. dazu GA Tesauro, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 9 (kritisch zu dieser Kategorisierung *Ellis*, EU Anti-Discrimination Law, 2005, 302 f, weil sich die einzelnen Maßnahmen nicht so eindeutig, wie vom GA vorgegeben, trennen ließen); zum Ganzen näher *De Schutter* in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law, 761 ff.

331 Vgl. dazu *Kocher*, RdA 2002, 167, 172 ff.

332 Siehe dazu *Richmond v. J.A. Croson Co*, 488 U.S. 469, 493-498 (1989); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) zur Rechtmäßigkeit von städtischen bzw. bundesrechtlichen Förderrichtlinien, nach denen der jeweilige Auftragnehmer verpflichtet wurde, einen bestimmten Anteil des Auftragsvolumens an Subunternehmer weiterzugeben, die einer ethnischen Minderheit angehören; *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003) zur automatischen Berücksichtigung der Rasse und ethnischen Herkunft der Bewerber in einem von einem College der University of Michigan verwendeten Auswahlverfahren mit Punktesystem; *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) zur individuellen Berücksichtigung von Rasse und ethnischer Herkunft bei der Auswahl zur *law school*.

333 Dazu näher aus rechtsvergleichender Sicht *Schubert*, Affirmative Action und Reverse Discrimination, 2003, 51-209; speziell zur Debatte im U.S.-Recht jetzt im Überblick *Burg*, Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung, 2009, 142-178.

334 Vgl. aber schon *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 219-222 (1979)(Rehnquist, J., diss.) und *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County*, 480 U.S. 616, 670 (1987) (Scalia, J., diss.).

Entscheidung scheint *Chief Justice Roberts* ebenfalls auf *Justice Blackmun's* These mit einem apodiktischen und lapidaren Satz zu antworten:

„*The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race.*“³³⁵

Darin klingt *Justice Harlans* berühmtes Diktum, die Verfassung sei *colorblind*,³³⁶ nach.³³⁷ Damit macht man es sich freilich sehr einfach, wie *Justice Breyers* mit sozialen Daten beladenes Minderheitsvotum verdeutlicht.³³⁸ Die Konzeption ist letztlich Ausdruck eines als streng symmetrisch konzipierten und durch staatliche Neutralität gekennzeichneten Gleichbehandlungsgrundsatzes. So verstanden, geraten positive Maßnahmen zwangsläufig in Konflikt mit dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz als formalem Rechtsprinzip. Das Paradoxon der Gleichheit wird hier zugunsten des *status quo* aufgelöst. Damit verkennt man die politische Dimension der Gleichheit. Das Unionsrecht hat sich anders entschieden. Es basiert daher auf einem Kompromiss formaler und materialer Konzeptionen des Gleichbehandlungsgrundsatzes: Eine material konzipierte Gleichheit schließt formale Gleichheit ein, erlaubt aber Abweichungen, die gerade mit dem von ihnen verfolgten Ziel – der Sicherstellung einer tatsächlichen Gleichheit – gerechtfertigt sind. „Das Endziel ist also dasselbe: die Sicherstellung der Gleichheit von Personen.“³³⁹

VII. Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung

1. Säulen der Durchsetzung des Nichtdiskriminierungsprinzips im europäischen Mehrebenensystem

Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht legt die Rechte, die aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung folgen, nicht im Einzelnen fest. Es gibt den Mitgliedstaaten nur einen Rahmen vor und setzt Mindeststandards.¹ Die Mitgliedstaaten dürfen zum Schutz der davon Betroffenen strengere Vorschriften beibehalten oder einführen.² Sie dürfen die Richtlinie allerdings nicht zum Anlass nehmen, das höhere nationale Niveau auf das von der Richtlinie geforderte her-

335 *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 748 (2007).

336 Siehe dazu oben § 3 III 5 c) (1).

337 Deutlich *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 748, 780 (2007)(Thomas, J., conc.) („a color-blind interpretation of the Constitution“).

338 *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 803-869 (2007) (Breyer, J., diss.).

339 GA Tesauero, Schlussanträge v. 6.4.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* = Slg. 1995, I-3051 Rn. 16.

1 Statt vieler *Busche*, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159, 160 ff; *Haberl*, GPR 2009, 202, 203 f.

2 Art. 6 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 8 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 7 Abs. 1 RL 2004/113/EG, Art. 27 Abs. 1 RL 2006/54/EG, Art. 14 Abs. 1 RL 2010/41/EU.

abzusenken.³ Die Richtlinien verfolgen primär ein Konzept positiver Handlungspflichten zum Abbau struktureller Diskriminierung.⁴ Das AGG hat dieses Konzept für das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot in § 12 Abs. 1, 2 und 5 sowie in § 17 Abs. 1 AGG umgesetzt. Zum Katalog präventiver Maßnahmen zählt man traditionell auch die in § 11 AGG vorgesehene Pflicht zur diskriminierungsneutralen Stellenausschreibung.⁵ Das ist nicht ganz zutreffend. Diese Pflicht folgt bereits unmittelbar aus § 7 Abs. 1 AGG: Eine diskriminierende Stellenausschreibung verletzt das Benachteiligungsverbot. § 11 AGG konkretisiert lediglich die ohnehin schon bestehende und vom Unionsrecht zwingend vorgegebene Rechtspflicht.⁶ Zu den positiven „Maßnahmen zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern“⁷ bzw. den Sozialpartnern⁸ im beschäftigungsrechtlichen Bereich zählen auch Nichtdiskriminierungsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. Sozialpartner⁹ und die Pflicht der Mitgliedstaaten, eine unabhängige Gleichstellungsinstitution zu benennen.¹⁰ Dem kommen die §§ 25 ff AGG mit der dort vorgesehenen Einrichtung und Kompetenzausstattung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes nach.¹¹

a) Nichtigkeit diskriminierender Maßnahmen und Beseitigung ihrer ungleichen Auswirkungen

Bei einer eingetretenen Verletzung des Nichtdiskriminierungsprinzips sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen für nichtig zu erklären.¹² Diese ausdrücklich auf zweiseitige Vereinbarungen bezogene Unwirksamkeit setzt das Gesetz in §§ 7 Abs. 2 und 21 Abs. 4 AGG um.¹³ Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich bereits aus

3 Art. 6 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 8 Abs. 2 RL 2000/78/EG, Art. 7 Abs. 2 RL 2004/113/EG, Art. 27 Abs. 2 RL 2006/54/EG, Art. 14 Abs. 2 RL 2010/41/EU; dazu näher EuGH, Urt. v. 23.4.2009, Rs. C-378/07 ua – *Angelidaki ua v. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis ua* = Slg. 2009, I-3071 Rn. 126; EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 44.

4 Dazu oben § 6 VI 3 g).

5 Zu den Anforderungen in der Praxis vgl. *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8, 9 f; *Suckow* in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 11 Rn. 21 ff.

6 Vgl. zu unionsrechtlichen Grundlagen näher *Falke* in: *Falke/Rust*, AGG, § 11 Rn. 4; *Schmidt* in: *Schick*, AGG, § 11 Rn. 1.

7 Art. 11 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 13 Abs. 1 RL 2000/78/EG.

8 Art. 21 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

9 Art. 11 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 13 Abs. 2 RL 2000/78/EG, Art. 21 Abs. 2 RL 2006/54/EG.

10 Art. 13 RL 2000/43/EG, Art. 12 RL 2004/113/EG, Art. 20 RL 2006/56/EG. Eine entsprechende Pflicht fehlt in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Zu den Voraussetzungen siehe *Laskowski* in: *Schick*, AGG, Vorbem zu §§ 25 Rn. 1 ff; zu den Kompetenzen *Monen*, Verbot der Diskriminierung, 2008, 256 ff.

11 Kritisch zur Verfassungsmäßigkeit *Phillip*, NVwZ 2006, 1235 ff; näher *Raasch*, ZESAR 2005, 209, 214 ff.

12 Art. 14 lit. b) RL 2000/43/EG, Art. 16 lit. b) RL 2000/78/EG, Art. 13 lit. b) RL 2004/113/EG, Art. 23 lit. b) RL 2006/54/EG.

13 BT-Drs. 16/1780, S. 34.

§ 134 BGB, weil die zentralen Diskriminierungsverbote (§§ 7 Abs. 1, 19 Abs. 1 und 2 AGG) Verbotsgesetze sind.¹⁴ Soweit die privaten Akteure direkt an die Richtlinie gebunden sind, führt die Richtlinie unmittelbar zur Unanwendbarkeit der Maßnahme.¹⁵ Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, wie die eingetretene Benachteiligung insbesondere bei einem diskriminierenden Begünstigungsausschluss zu beseitigen ist.¹⁶ Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 157 AEUV folgt, dass die benachteiligten Personen grundsätzlich entsprechend dem Umfang ihrer Beschäftigung einen Anspruch auf Anwendung der gleichen Regelung wie die übrigen Arbeitnehmer haben.¹⁷ Das ist erforderlich, um das Ziel des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu erreichen.¹⁸ Dieser verlangt, dass die Diskriminierung unverzüglich und vollständig zu beseitigen ist.¹⁹ Der diskriminierende Begünstigungsausschluss ist nämlich das einzig gültige Bezugssystem, mit dem die Gleichbehandlung sofort verwirklicht werden kann.²⁰ Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, die Diskriminierung auf jede denkbare Weise und insbesondere dadurch auszuschließen, dass sie diese Regelungen zugunsten der benachteiligten Gruppe anwenden, ohne die Beseitigung der Diskriminierung durch den Gesetzgeber, die Tarifvertragsparteien oder in anderer Weise abwarten zu müssen.²¹ Diese Konzeption ist auf das geltende spezielle Nichtdiskriminierungsrecht zu übertragen. In den Fällen des diskriminierenden Begünstigungsausschlusses wegen des Alters der Beschäftigten²² sind die Normadressaten im Ergebnis zur Nichtanwendung der den Betroffenen benachteiligenden Regelung

14 Zum Verhältnis siehe einerseits *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 28; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 507 und andererseits *Mansel*, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 799, 813; *Schmidt* in: Schiek, AGG, § 7 Rn. 2; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 7 AGG Rn. 11, § 21 AGG Rn. 82; *Belling* in: Erman, § 7 AGG Rn. 5. Zu den Folgeproblemen der jeweiligen Konstruktion instruktiv LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2009, 378, 381.

15 Siehe EuGH, Urt. v. 13.9.2011, Rs. C-447/09 – *Prigge ua v. Deutsche Lufthansa AG* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 76.

16 Dazu näher *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327, 332 ff; *Krebber*, EuZA 2009, 201, 209 ff (jeweils zum Arbeitsrecht).

17 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 14 f; EuGH, Urt. v. 27.6.1990, Rs. C-33/89 – *Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg* = Slg. 1990, I-0291 Rn. 19; EuGH, Urt. v. 7.2.1991, C-184/89 – *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg* = Slg. 1991, I-297 Rn. 18; Einzelheiten bei *Krebber*, EuZA 2009, 201, 202 ff.

18 EuGH, Urt. v. 17.4.1997, Rs. C-147/95 – *DEI v. Evrenopoulos* = Slg. 1997, I-2057 Rn. 42.

19 EuGH, Urt. v. 28.9.1994, Rs. C-408/92 – *Smith ua v. Avdel Systems Ltd.* = Slg. 1994, I-4435 Rn. 25.

20 EuGH, Urt. v. 7.2.1991, C-184/89 – *Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg* = Slg. 1991, I-297 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 28.9.1994, Rs. C-200/91 – *Coloroll Pension Trustees Ltd v. Russell ua* = Slg. 1994, I-4389 Rn. 31.

21 EuGH, Urt. v. 20.3.2003, Rs. C-187/00 – *Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg* = Slg. 2003, I-2741 Rn. 75; EuGH, Urt. v. 18.11.2004, Rs. C-284/02 – *Land Brandenburg v. Sass* = Slg. 2004, I-11143 Rn. 55; EuGH, Urt. v. 31.7.2007, Rs. C-231/06 bis C-233/06 – *Office national des pensions v. Jonkman ua.* = Slg. 2007, I-5149 Rn. 39 mwN; näher *Fuchs* in: Bamberger/Roth, BGB, § 7 AGG Rn. 47 ff; aA *Armbrüster* in: Erman, § 7 AGG Rn. 7 (keine Kompetenz der Gerichte zur inhaltlichen Ausgestaltung).

22 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniorforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 49; EuGH, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-152/11 – *Odor v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 76.

und damit „zur Angleichung nach oben“ verpflichtet.²³ Damit besteht eine Parallele zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁴ Das gilt nach umstrittener Auffassung auch, wenn es sich um eine gleichheitswidrige Begünstigung einer kleinen Gruppe handelt.²⁵

b) Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen

Daneben verpflichten die Richtlinien den Mitgliedstaat dazu, geeignete Sanktionen festzulegen und deren Durchsetzung zu gewährleisten.²⁶ Das beruht auf dem Gedanken, dass wirkliche Chancengleichheit nicht ohne eine geeignete Sanktionsregelung erreicht werden kann.²⁷ Der Gerichtshof hat in Auslegung der RL 207/76/EWG in den Entscheidungen *von Colson und Kamann*, *Harz*, *Dekker*, *Marshall* und *Draehmpaehl* Anforderungen an die nationalen Rechtsfolgen aufgestellt, die von den aktuellen Richtlinien aufgegriffen werden.²⁸ Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.²⁹ Das Unionsrecht schreibt keine bestimmten Sanktionen vor, sondern überlässt dem Mitgliedstaat die Auswahl unter den zur Wiederherstellung der verletzten Gleichheit geeigneten³⁰ Mitteln.³¹ Die Palette reicht vom Kontrahierungszwang über eine finanzielle Entschädigung hin zu Bußgeldern.³² Streng genommen sind allerdings nur Maßnahmen zur (Wieder-) Herstellung oder Schadensersatz für den Gerichtshof

23 GA Kokott, Schlussanträge v. 6.5.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 85; anders noch *Krebber*, EuZA 2009, 201, 208 f.

24 Dazu oben § 5 I 2.

25 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 7 AGG Rn. 14 ff; *Wendeling-Schröder* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 7 Rn. 26 f; anders dagegen *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 7 Rn. 25 ff (Anpassung nach unten).

26 Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 14 RL 2004/113/EG, Art. 25 RL 2006/54/EG.

27 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 22; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 22.

28 Vgl. dazu *Benecke/Kern*, EuZW 2005, 360, 361 ff; *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327, 328 ff; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 20 ff.

29 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 24; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 24.

30 EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 24.

31 Grundlegend EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 18; EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 24.

32 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891.

gleichwertige Alternativen.³³ Daher ist eine ausschließliche Sanktionierung über Straf- oder Bußgeldvorschriften nicht unionsrechtskonform.³⁴ Wenn sich der Mitgliedstaat im Rahmen einer Kombinationslösung auch für ein schadensersatzrechtliches Element entscheidet, muss dieses für sich genommen bestimmten Anforderungen genügen:³⁵ Der Schadensersatz muss in angemessenem Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen.³⁶ Eine symbolische Entschädigung genügt nicht.³⁷ Der Mitgliedstaat darf allerdings zwischen zwei Kategorien von Bewerbern unterscheiden: Bei Bewerbern, die eine Stelle auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht erhalten hätten, weil der genommene Bewerber besser qualifiziert war,³⁸ besteht der Schaden in der diskriminierenden Nichtberücksichtigung der Bewerbung. Bewerber, die bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle hätten bekommen müssen, erleiden dagegen einen Schaden aufgrund der nicht erfolgten Einstellung.³⁹ Daneben muss jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen, die volle Haftung des Normadressaten zu begründen.⁴⁰ Insbesondere kommt es nicht auf sein Verschulden an.⁴¹ An diesem Konzept halten die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG fest. Die beiden Geschlechterraichtlinien 2004/113/EG und 2006/54/EG weichen jetzt davon ab.⁴² Danach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass den Verletzten der entstandene Schaden „tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss“. ⁴³ Dagegen wurden und werden erhebliche Bedenken erhoben, die darin kumulierten, dass es sich um einen unionsrechtlich ok-

33 Ausdrücklich EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C-271/91 – *Marshall v. Southampton & South West Hampshire Area Health Authority* = Slg. 1993, I-4367 Rn. 25.

34 Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 25 f; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 5.

35 Anders *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327, 337 f, die eine Kombination von jeweils verschuldensabhängigem Bußgeld und Schadensersatz für möglich hält.

36 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 25 ff; näher zu den methodischen Fragen optionaler Richtlinienregelungen *Mayer/Schißbrand*, JZ 2004, 545, 547 f.

37 EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann v. Land NRW* = Slg. 1984, 1891 Rn. 24; EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 – *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* = Slg. 1984, 1921 Rn. 24. Daran scheiterte § 611a BGB aF, dazu oben § 4 II 3 b).

38 Zur Beweislast des Arbeitgebers siehe EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 36.

39 EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 31 ff.

40 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 25.

41 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* = Slg. 1990, I-3941 Rn. 22, 24; EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 17, 21 f.

42 *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1087; Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 17 f.

43 Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2004/113/EG, Art. 18 S. 1 RL 2006/54/EG.

troyierten Strafschadensersatz handle.⁴⁴ Das ist „hohle Polemik“.⁴⁵ Dem Unionsrecht geht es nicht um die Bestrafung des Benachteiligenden und auch nicht um eine vom Schaden losgelöste Abschreckung, sondern um Prävention durch Schadensausgleich.⁴⁶ Leitlinie ist die volle Kompensation sämtlicher Beeinträchtigungen, die aus der Benachteiligung herrühren, unabhängig davon, ob es sich um materielle oder immaterielle Schäden handelt. Deshalb ist die verschuldensabhängige Ausgestaltung des Anspruchs auf Ersatz materieller Schäden für alle Merkmale in § 15 Abs. 1 S. 2 AGG und für die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht in § 22 Abs. 2 S. 2 AGG nicht richtlinienkonform.⁴⁷

Die Rechtslage verkompliziert sich weiter, weil im allgemeinen Zivilrechtsverkehr angesichts der Vielzahl von Betroffenen eine Höchstgrenze festgelegt werden darf⁴⁸, im beschäftigungsrechtlichen Anwendungsbereich dagegen nur für die Fälle, in denen der Bewerber die Stelle auch bei diskriminierungsfreier Berücksichtigung nicht erhalten hätte⁴⁹. An dieser Differenzierung könnte man die allgemeine These anknüpfen, das Unionsrecht stelle unterschiedlich strenge Maßstäbe für die Verletzung des Diskriminierungsverbots im beschäftigungsrechtlichen und im zivilrechtlichen Anwendungsbereich auf.⁵⁰ Mich überzeugt auch das nicht:⁵¹ Die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG basieren auf einem einheitlichen Konzept, obwohl die Richtlinie 2000/43/EG auch einen zivilrechtlichen Anwendungsbereich hat. Auch die Geschlechterrichtlinien verlangen vom Mitgliedstaat im Grundsatz dieselben Maßnahmen und differenzieren nur bei der Frage der Deckelung. Im Grundsatz geht das Unionsrecht daher von gemeinsamen Anforderungen bei Verletzungen „des“ Gleichbehandlungsanspruchs aus Abweichun-

44 Siehe *Mohr* in: Adomeit/Mohr, AGG, § 15 Rn. 72 ff, 74 ff; weitere Nachweise bei *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 393 f; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 206.

45 *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 398.

46 Eingehend dazu *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 398 ff; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 206 f.

47 Zu § 15 Abs. 1 S. 2 AGG siehe *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 335 f; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1091; *Kocher* in: Schiek, AGG, § 15 Rn. 19; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 34; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 30; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 509; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 210; *Roloff* in: BeckOK-ArbR, § 15 Rn. 2; *Schlachter* in: Erfurter Kommentar, § 15 AGG Rn. 1 f; *Fuchs* in: Bamberger/Roth, BGB, § 15 AGG Rn. 2; zu derselben Frage in § 21 Abs. 2 S. 2 AGG siehe *Stork*, ZEuS 2005, 1, 47 f; *Gaier/Wendland*, AGG, 2006, Rn. 226; *Bittner* in: Falke/Rust, AGG, § 21 Rn. 24; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 45 ff; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 38; aA zu § 15 Abs. 1 S. 2 AGG *Hanau*, ZIP 2006, 2189, 2201; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 15 Rn. 15; *Belting* in: Erman, § 15 AGG Rn. 2; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 16; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 15 AGG Rn. 3 f; *Lingemann* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 15 AGG Rn. 4; eingehend dazu jetzt *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 327 ff; so auch zu derselben Frage in § 21 Abs. 2 S. 2 AGG siehe *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1099; *Schiek* in: Schiek, AGG, 21 Rn. 22; *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 8; *Haberl*, GPR 2009, 202, 206 f; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 186 ff.

48 Art. 8 Abs. 2 S. 2 RL 2004/113/EG.

49 Art. 18 S. 2 RL 2006/54/EG.

50 So *Armbrüster* in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht, § 7 Rn. 163; *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 1, 8.

51 IE ablehnend auch *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 48; vertiefend *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 27 ff.

gen davon bedürfen in dieser Konzeption der ausdrücklichen Grundlage im Text der Richtlinien.

c) Schutz vor Viktimisierung

Die fünfte Säule der Rechtsfolgen im spezifischen Nichtdiskriminierungsrecht bildet der Schutz vor Viktimisierung. Wer sich gegen eine Diskriminierung wendet oder ein Verfahren zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs einleitet, ist vor negativen Sanktionen als Reaktion darauf zu schützen.⁵² Dazu zählt im beschäftigungsrechtlichen Anwendungsbereich jede Benachteiligung durch den Arbeitgeber bis hin zur Entlassung;⁵³ so beispielsweise die Weigerung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer ein Zeugnis zu erteilen.⁵⁴ Dieser Schutz soll sicherstellen, dass die von einer Diskriminierung betroffenen Personen nicht davon abgeschreckt werden, ihre Rechte zu verfolgen.⁵⁵ Vorbild dafür sind die *antiretaliation provisions* im U.S.-amerikanischen Nichtdiskriminierungsrecht.⁵⁶ Das U.S.-Recht trennt konzeptionell zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem *retaliation*-Verbot.⁵⁷ In der Konzeption des europäischen Nichtdiskriminierungsrechts stehen *Retaliation* und Diskriminierung dagegen in einem engen Zusammenhang.⁵⁸ Die Tolerierung von Diskriminierung erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass es zur Benachteiligung des Beschwerdeträgers kommt und damit auch zu zukünftigen Diskriminierungen.⁵⁹ Personen, die von ihren Rechten Gebrauch machen, sind eine Gefahr für die Funktionsfähigkeit sozialer Hierarchien in der Gesellschaft und ihren Teilsystemen.⁶⁰ Wer sich auf seinen Anspruch auf Gleichbehandlung beruft, übertritt die ihm aufgrund zugeschriebener Merkmale zugewiesenen Grenzen. Diese soziale Grenzüberschreitung zwingt die Akteure bisheriger Hierarchisierungen zum Handeln, wenn sie den *status quo* erhalten wollen: Sie „schlagen zurück“ und bringen den Störenfried zum Verstummen. Damit entstehen neue soziale Kosten für die Opfer von Diskriminierungen: Nicht nur, dass

52 Art. 9 RL 2000/43/EG, Art. 10 RL 2004/113/EG. Siehe dazu EuGH, Urt. v. 22.9.1998, Rs. C-185/97 – *Coote v. Granada Hospitality Ltd* = Slg. 1998, I-5199 Rn. 26.

53 Art. 11 RL 2000/78/EG, Art. 24 RL 2006/54/EG.

54 EuGH, Urt. v. 22.9.1998, Rs. C-185/97 – *Coote v. Granada Hospitality Ltd* = Slg. 1998, I-5199 Rn. 27.

55 EuGH, Urt. v. 22.9.1998, Rs. C-185/97 – *Coote v. Granada Hospitality Ltd* = Slg. 1998, I-5199 Rn. 27.

56 Siehe dazu *Estreicher/Harper*, Employment Discrimination Law, 2008, 574 f.

57 Siehe *Burlington Northern and Santa Fe Ry. Co. v. White*, 548 U.S. 53, 63 (2006); vgl. aber auch *CBOCS West, Inc. v. Humphries*, 553 U.S. 442, 455–57 (2008) und *Sullivan v. Little Hunting Park, Inc.*, 396 U.S. 229 (1969); *Jackson v. Birmingham Bd. of Educ.*, 544 U.S. 167 (2005); *Gomez-Perez v. Potter*, 553 U.S. 474 (2008); Einzelheiten bei *Grünberger*, The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), 31 ff.

58 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.9.1998, Rs. C-185/97 – *Coote v. Granada Hospitality Ltd* = Slg. 1998, I-5199 Rn. 26.

59 *Brake*, 90 Minn. L. Rev. 18, 42 (2005).

60 Dazu oben § 6 I 2.

sie auf erster Stufe ihre eigenen psychologischen Hemmnisse überwinden müssen, sich als „Opfer“ einer Diskriminierung zu sehen. Sie müssen auf zweiter Stufe auch noch damit rechnen, dass ihre Rechtsausübung gravierende soziale Nachteile mit sich bringt.⁶¹ Diesen Kreislauf muss ein effektiv wirkendes Nichtdiskriminierungsrecht unterbrechen.

Das AGG sieht zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung zunächst ein Beschwerderecht zugunsten der Benachteiligten vor (§ 13 Abs. 1 AGG). Der Beschwerdeführer hat ein subjektives Recht darauf, dass sich eine dafür vorzusehende Stelle im Unternehmen⁶² mit seiner Beschwerde befasst und ihm die Gründe einer Entscheidung mitteilt (§ 13 Abs. 1 S. 2 AGG).⁶³ Das AGG enthält darüber hinaus mit dem Maßregelungsverbot in § 16 Abs. 1 AGG eine Spezialnorm zum allgemeinen Maßregelungsverbot (§ 612a BGB). Das Recht schützt die Freiheit des Beschäftigten, selbstständig und ohne Furcht vor Vergeltungsmaßnahmen entscheiden zu können, ob und wie er seine Rechte aus dem AGG ausübt.⁶⁴ Insoweit schränkt die Norm die Vertrags- und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers ein.⁶⁵ Das unionsrechtlich vorgegebene Schutzgut ist die tatsächliche Durchsetzung der Gleichbehandlung hinsichtlich der in § 1 genannten Merkmale. Das Maßregelungsverbot ist damit ein spezielles Diskriminierungsverbot. Es verbietet dem Arbeitgeber, an die Rechtsausübung anzuknüpfen.⁶⁶ Konsequenter gilt damit auch der für die unmittelbare Diskriminierung herausgearbeitete Zurechnungszusammenhang.⁶⁷ § 16 Abs. 2 AGG erweitert dieses Diskriminierungsverbot. Danach darf der Arbeitgeber auch später keine Entscheidung an das Verhalten des Benachteiligten anknüpfen. Für die Anwendung des Maßregelungsverbots genügt es, wenn der Beschäftigte tatsächlich oder vermeintlich bestehende Rechte aus dem AGG in Anspruch nimmt.⁶⁸ Das Irrtumsrisiko darf dem Beschäftigten nicht zugewiesen werden, weil ansonsten eine effektive Rechtsdurchsetzung nicht mehr gewährleistet wäre.⁶⁹ Die Grenze bilden mutwillig oder rechtsmissbräuchlich erhobene Klagen.⁷⁰

61 Ausführlich dazu *Brake*, 90 Minn. L. Rev. 18, 25-42 (2005).

62 *Oetker*, NZA 2008, 264, 268.

63 Ausführlich zum Ganzen *Oetker*, NZA 2008, 264 ff.

64 Vgl. BAG, NZA 2005, 1117, 1121 (zu § 612a BGB).

65 BAG, NZA 2005, 1117, 1121 (zu § 612a BGB).

66 Vgl. BAG NZA 2005, 1117, 1121 (zu § 612a BGB).

67 Siehe zur Vorbildregelung im englischen Recht *Swiggs and Others v. Nagarajan*, [1999] UKHL 36 (per Lord Nicholls); tendenziell anders BAG NZA 2010, 696 Rn. 28 mwN, das eine subjektiv motivierte Kausalität verlangt.

68 Vgl. *Kocher* in: Schiek, AGG, § 16 Rn. 8 f; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 16 Rn. 2, 8; strenger *Eggert-Weyand* in: Falke/Rust, AGG, § 16 Rn. 7; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 16 Rn. 18; *Voigt* in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 16 Rn. 12; differenzierend *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 4.

69 Zutreffend *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 16 Rn. 4.

70 Siehe BAG NZA 2001, 680, 682 (zu § 612a BGB).

d) Prozessuale Aspekte der Rechtsdurchsetzung

(1) Beweislastverteilung

Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zählt zu den wichtigsten Aufgaben effektiver Nichtdiskriminierungspolitik.⁷¹ Das Unionsrecht geht im Grundsatz davon aus, dass derjenige, der sich zur Stützung seines Anspruchs auf Tatsachen beruft, diese zu beweisen hat.⁷² Danach muss derjenige, der eine Ungleichbehandlung behauptet, die dafür maßgeblichen Tatsachen darlegen und beweisen, während der Normadressat des Diskriminierungsverbots die Voraussetzungen der allgemeinen Rechtfertigungsgründe bei der unmittelbaren Diskriminierung darlegen und beweisen muss.⁷³ Bei der mittelbaren Diskriminierung muss der Normadressat die Faktoren der objektiven Rechtfertigung darlegen und beweisen.⁷⁴ Die Beweislast kehrt sich um, wenn Arbeitnehmer, die dem ersten Anschein nach diskriminiert sind, sonst kein wirksames Mittel hätten, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen.⁷⁵ Diese Rechtsprechung wurde mit Art. 4 der Beweislastrichtlinie 97/80/EG⁷⁶ kodifiziert,⁷⁷ der jetzt in den übereinstimmenden Bestimmungen zur „Beweislast“ in den Richtlinien aufgegangen ist.⁷⁸ Danach müssen die Personen, die eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes behaupten, „Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen“. Dann obliegt es dem beklagten Normadressaten, „zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat“. Die angeblich verletzte Person soll also den Tatbestand einer Diskriminierung nicht vollumfänglich nachweisen müssen. Gelingt es ihr, dem Gericht einen „glaubhaften Anschein einer Diskriminierung“⁷⁹ zu vermitteln, muss der Normadressat den gesamten Diskriminierungstatbestand positiv widerlegen.⁸⁰ Die Richtlinien zwingen

71 Prütting, FS 50 Jahre BAG, 2004, 1326; Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 78.

72 EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority* ua = Slg. 1993, I-5535 Rn. 13; EuGH, Urt. v. 31.5.1995, Rs. C-40/93 – *Royal Copenhagen A/S* = Slg. 1995, I-1275 Rn. 24.

73 Vgl. EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority* ua = Slg. 1993, I-5535 Rn. 13; EuGH, Urt. v. 31.5.1995, Rs. C-40/93 – *Royal Copenhagen A/S* = Slg. 1995, I-1275 Rn. 24.

74 EuGH, Urt. v. 13.5.1986, Rs. 170/84 – *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* = Slg. 1986, 1607 Rn. 31.

75 EuGH, Urt. v. 27.10.1993, Rs. C-127/92 – *Enderby v. Frenchay Health Authority* ua = Slg. 1993, I-5535 Rn. 14; bestätigt in EuGH, Urt. v. 31.5.1995, Rs. C-40/93 – *Royal Copenhagen A/S* = Slg. 1995, I-1275 Rn. 24.

76 ABl. L 14 v. 20.1.1998, S. 6.

77 EuGH, Urt. v. 10.3.2005, Rs. C-196/02 – *Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados* AE = Slg. 2005, I-1789 Rn. 68 f.

78 Art. 8 RL 2000/43/EG, Art. 10 RL 2000/78/EG, Art. 9 RL 2004/113/EG, Art. 19 RL 2006/54/EG.

79 Vgl. Erwgr. (21) RL 2000/43/EG.

80 Schlachter, RdA 1998, 321, 323.

nicht zur vollen Beweislastumkehr.⁸¹ Sie verlangen aber eine erhebliche Herabsetzung des Beweismaßes zugunsten des potentiell Verletzten. Es genügt den verfahrensrechtlichen Anforderungen, wenn es dem Verletzten gelingt, die Diskriminierung „glaubhaft“ zu machen.⁸² Dabei handelt es sich um einen unionsrechtlichen Begriff.⁸³ Glaubhaft gemacht sind die Tatsachen, wenn daraus eine überwiegende Wahrscheinlichkeit folgt, dass eine Diskriminierung vorliegt.⁸⁴ Dafür genügt es, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Verknüpfung von Benachteiligung und verpönten Merkmal besteht.⁸⁵ Gelingt ihm das nicht, erlaubt das Unionsrecht, dass die Klage abgewiesen wird. Gelingt ihm dieser erste Prüfungsschritt, zwingt es im zweiten Schritt zur Verlagerung der Beweislast auf den Normadressaten.⁸⁶ Erst dann kommt es zu einer echten Beweislastumkehr zu Ungunsten des Normadressaten.⁸⁷

Dieses Konzept setzt § 22 AGG um und modifiziert die allgemeinen Regeln zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast⁸⁸ erheblich. Danach muss eine Partei – der Verletzte – Indizien darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals vermuten lassen. Gelingt ihr das, kehrt sich die Beweislast um und die andere Partei – der beklagte Normadressat – muss beweisen, dass kein Verstoß dagegen vorgelegen hat. § 22 AGG ist – mit heißer Nadel gestrickt – erst am Ende des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt worden⁸⁹ und aus mehreren Gründen missglückt.⁹⁰ Um den Zweck der Norm besser sichtbar zu machen, müsste man ihren Wortlaut umformulieren: „Wenn im Streitfall die eine Partei Tatsachen darlegt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen,“⁹¹ trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß vorgelegen hat. § 22 AGG bewirkt also erst auf zweiter Stufe eine Umkehr der Beweislast.⁹² Der Normadressat muss dann den vollen Hauptbeweis führen, dass das verpönte Merkmal

81 Schlachter, RdA 1998, 321, 324.

82 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-104/10 – Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin) = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 30; EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-415/10 – Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 36.

83 Schlachter, RdA 1998, 321, 324.

84 Schlachter, RdA 1998, 321, 324; ausführlich zum Ganzen Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 109 ff.

85 BAG NZA 2010, 383 Rn. 19; vgl. auch BAG NZA 2004, 540, 543; BAG NZA 2008, 1351 Rn. 25 (zu § 611a BGB aF).

86 Schlachter, RdA 1998, 321, 324.

87 Siehe Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 136 ff.

88 Dazu Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 90 f; Mansel in: Jauernig, BGB, § 22 AGG Rn. 1.

89 Vgl. BT-Drs. 16/2022, S. 13.

90 Vgl. die Kritik bei Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 22 AGG Rn. 2.

91 Vgl. Prütting, FS 50 Jahre BAG, 2004, 1317.

92 Siehe dazu näher BAG NZA 2004, 540, 543; Prütting, FS 50 Jahre BAG, 2004, 1315 f.

keine Rolle bei seiner Entscheidung spielte.⁹³ Er muss beispielsweise Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger günstigen Behandlung führten.⁹⁴ Ihn trifft insoweit die subjektive und objektive Beweislast.⁹⁵

Entgegen anders lautender Befürchtungen⁹⁶ ist die Tatsache, dass der Adressat einer benachteiligenden Maßnahme Merkmalsträger ist, für sich genommen kein ausreichendes Indiz für die Umkehrung der Beweislast.⁹⁷ Dafür genügt auch nicht der Umstand allein, dass eine Bewerberin, die alle in der Ausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt, nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird.⁹⁸ Als Vermutungstatsachen kommen dagegen private oder öffentliche Äußerungen des Arbeitgebers in Betracht.⁹⁹ Das ist etwa der Fall, wenn aus dem Aufsichtsrat einer städtischen Gesellschaft durchsickert, dass man den Vertrag mit dem 62 Jahre alten medizinischen Geschäftsführer nicht verlängern konnte, ohne die für städtische Mitarbeiter geltende Altersgrenze von 65 Jahren zu verletzen.¹⁰⁰ Klassiker sind die diskriminierende Stellenausschreibung¹⁰¹ und Fragen nach Diskriminierungsmerkmalen.¹⁰² Im Übrigen zwingt der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz, auf alle vom nationalen (Verfahrens-) Recht vorgesehenen Beweiserleichterungen zurückzugreifen.¹⁰³ Darunter fallen auch aussagekräftige Statistiken,¹⁰⁴ deren Bedeutung in der nicht unproblematischen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht immer ausreichend gewürdigt wird.¹⁰⁵ Weil der Bewerber aber keinen Einblick in den Entscheidungsprozess hat, dürfte es ihm in vielen Fällen nicht gelingen, ausreichende Tatsachen für eine Diskriminierung vorzutragen. Die Richtlinien sehen insoweit auch keinen Auskunftsanspruch vor.¹⁰⁶ Verweigert der Beklagte allerdings jeden Zugang zur Information, hat das

93 Prütting, FS 50 Jahre BAG, 2004, 1318 f.

94 BAG RDV 2010, 281 Rn. 45 mwN.

95 Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 180.

96 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 147.

97 BAG NZA 2010, 280 Rn. 28 f.

98 BAG NZA 2010, 1006 Rn. 20.

99 Siehe BAG NZA 2008, 1351 Rn. 25; zu ethnischen Diskriminierung vgl. EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-54/07 – *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV* = Slg. 2008, I-5187 Rn. 25.

100 BGHZ 193, 110 Rn. 28 ff.

101 BAG NZA 2004, 540, 543; BVerfG NJW 2007, 127, 137 f.

102 BAG NZA 2010, 383 Rn. 27; dazu näher Voigt in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 22 Rn. 30 ff.

103 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-104/10 – *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 36.

104 EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-415/10 – *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 43; Grobys, NZA 2006, 898, 902.

105 BAG NZA 2011, 93 Rn. 70 ff; dazu kritisch Wenckebach, KJ 2011, 370 ff.

106 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-104/10 – *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 34, 38; EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-415/10 – *Galina Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 39 f.

nationale Gericht dieses Verhalten bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.¹⁰⁷ Dafür eignen sich im deutschen Recht die Grundsätze der sekundären Behauptungslast:¹⁰⁸ Erteilt der Arbeitgeber die gewünschte Auskunft nicht, liegt darin ein relevantes Indiz für die Beweislastumkehr.¹⁰⁹

(2) Individuelle und kollektive Rechtsverfolgung

Für den Fall einer behaupteten Rechtsverletzung muss den Betroffenen der Rechtsweg zu den Gerichten eröffnet oder die Einschaltung der Verwaltungsbehörden ermöglicht werden.¹¹⁰ Bei Benachteiligung wegen des Geschlechts in Beschäftigung und Beruf ist immer der Rechtsweg vorzusehen.¹¹¹ Nach ständiger Rechtsprechung ist es mangels einschlägiger Regelungen im Unionsrecht Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu bestimmen.¹¹² Die Mitgliedstaaten können auch Fristen für die Rechtsverfolgung vorsehen.¹¹³ Davon hat das AGG in § 15 Abs. 4 und in § 21 Abs. 5 Gebrauch gemacht.¹¹⁴ Das sind materiell-rechtliche Ausschlussfristen.¹¹⁵ Wird die Frist versäumt, ist der jeweilige Anspruch unbegründet.¹¹⁶ Solche Ausschlussfristen unterliegen wie alle formellen und substantiellen Verfahrensregelungen unionsrechtlichen Grenzen: Sie dürfen nicht weniger günstig ausgestaltet sein als bei entsprechenden Klagen des rein innerstaatlichen Rechts (Grundsatz der Äquivalenz) und die Ausübung der Rechte des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität).¹¹⁷ Angemessene

107 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-104/10 – *Patrick Kelly v. National University of Ireland (University College, Dublin)* = Slg. 2011, I-(n.v.) Rn. 39; EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-415/10 – *Galima Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 44 ff. Vertiefend zum Problem *Hanau*, EuZA 2013, 105 ff.; *Schmidt*, ZESAR 2012, 217 ff.; *Picker*, EuZA 2012, 257 ff.

108 Dazu speziell im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 159 ff.

109 BAG NZA 2010, 1006 Rn. 31.

110 Art. 7 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 1 RL 2000/78/EG, Art. 8 Abs. 1 RL 2004/113/EG.

111 Art. 17 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

112 EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 25 mwN.

113 Art. 7 Abs. 3 RL 2000/43/EG, Art. 9 Abs. 3 RL 2000/78/EG, Art. 8 Abs. 4 RL 2004/113/EG, Art. 17 Abs. 3 RL 2006/54/EG.

114 Zur Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht siehe EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 34.

115 Allg. Ansicht, statt aller *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 65; *Weidenkaff* in: Palandt, § 15 AGG Rn. 8.

116 Vgl. *Grothe* in: MünchKomm-BGB, Vor § 194 Rn. 10.

117 EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 25 mwN; vgl. dazu bereits EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 29.

Ausschlussfristen sind damit grundsätzlich vereinbar, weil sie dem grundlegenden Prinzip der Rechtssicherheit dienen.¹¹⁸

Das Konzept der individuellen Rechtsverfolgung von Verstößen gegen das Nichtdiskriminierungsrecht hat Schwächen.¹¹⁹ Zur Effektivierung des Rechtsschutzes¹²⁰ sehen die Richtlinien die Beteiligung von Verbänden am Verfahren vor. Den Mitgliedstaaten wird überlassen, diese Beteiligung auszugestalten. Sie haben lediglich sicherzustellen, dass die Verbände entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und jeweils mit deren Einwilligung zu beteiligen sind. Dafür sind im Wesentlichen vier Wege denkbar: bloße Rechtsberatung und Prozessbegleitung, Prozessvertretung, Prozessstandschaft und die eigentliche Verbandsklage.¹²¹ Das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten daher nicht zur Einführung einer eigenen Verbandsklage.¹²² Die zwingend vorgesehene Zustimmung des Verletzten setzt der Einführung einer genuinen Verbandsklage sogar unionsrechtliche Grenzen.¹²³ Das deutsche Recht hat sich mit § 23 AGG für eine sehr zurückhaltende Umsetzung des Grundsatzes der kollektiven Rechtsverfolgung entschieden.¹²⁴ Insbesondere hat der Gesetzgeber auf eine gesetzliche Prozessstandschaft der Antidiskriminierungsverbände verzichtet.¹²⁵ Fraglich ist, ob der Verband als gewillkürter Prozessstandschafter in Betracht kommt.¹²⁶ Ebenfalls ausgeschlossen ist ein eigenständiges Verbandsklage-recht deutscher Verbände.¹²⁷

118 EuGH, Urt. v. 8.7.2010, Rs. C-246/09 – *Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* = Slg. 2010, I-7003 Rn. 35 mwN.

119 Dazu *Röttgen*, Zivilrechtlicher Schutz vor Diskriminierung, 2004, 213 ff; *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 192 ff.

120 Vgl. Erwgr. (19) RL 2000/43/EG, Erwgr. (29) RL 2000/78/EG, Erwgr. (21) RL 2004/113/EG, Erwgr. (31) RL 2006/54/EG.

121 *Raasch*, ZESAR 2005, 209, 210; ausführlich dazu vom Standpunkt des deutschen Zivilverfahrensrechts *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 198 ff.

122 *Schiek*, 8 ELJ 290, 299 (2002); vertiefend dazu *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 194 ff; aA *Nickel*, NJW 2001, 2668, 2671.

123 Dazu näher *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 225 ff.

124 Vgl. *Micklitz* in: Falke/Rust, AGG, § 23 Rn. 7.

125 Kritisch dazu *Kocher* in: *Schiek*, AGG, § 23 Rn. 18; näher zur Gestaltungsmöglichkeit *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 231 ff.

126 Vertiefend dazu *Scholten*, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, 207 ff.

127 Kritisch dazu *Raasch*, ZESAR 2005, 209, 213 f. Zur Möglichkeit einer Verbandsklagebefugnis von ausländischen Antidiskriminierungsverbänden siehe *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 375 ff.

2. Freiheit und Gleichheit im Konflikt – Abwägungsrelevanz auf Rechtsfolgenebene?

a) Beseitigungsanspruch und Kontrahierungszwang

Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen (§ 21 Abs. 1 S. 1 AGG). § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist eine spezialgesetzliche Regelung des quasinegatorischen Beseitigungsanspruchs.¹²⁸ Die Beseitigung der Beeinträchtigung läuft zwangsläufig auf die Beseitigung der Benachteiligungshandlung hinaus. Der Beseitigungsanspruch ist daher nichts anderes als die Fortsetzung des primären¹²⁹ Gleichbehandlungsanspruchs aus § 19 AGG: Die Ungleichbehandlung soll insgesamt „aufgehoben“ werden.¹³⁰ Der Anspruch auf Beseitigung ist also die erneute Anordnung der dem anderen privaten Akteur bereits gesetzlich geschuldeten Gleichbehandlung.¹³¹ Voraussetzung dafür ist, dass die Beeinträchtigung noch gegenwärtig ist. Das lässt sich nur mit Blick auf den Inhalt des Beseitigungsanspruchs feststellen.¹³² Erst wenn die Ungleichbehandlung bzw. Belästigung als Störungsquelle beseitigt wird, stimmt die tatsächliche Lage mit dem rechtlich angeordneten Status wieder überein.¹³³ Dafür ist es erforderlich, dass der Schuldner jetzt mit seinem gegenteiligen Verhalten die dem Benachteiligten bereits ursprünglich zustehende Gleichbehandlung zukommen lässt. Er muss das noch andauernde benachteiligende Verhalten einstellen.¹³⁴ Die im Einzelnen geschuldete Handlung ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls.¹³⁵ Stehen dem Schuldner mehrere Maßnahmen zur Verfügung, wie er die Beeinträchtigung beseitigt, darf sich der Schuldner die seine Interessen am wenigsten beeinträchtigende, zur Beseitigung aber gleich geeignete Maßnahme aussuchen.¹³⁶ Das ist in der Sache eine Begrenzung der Rechtsfolgen durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Zu weit geht es, wenn man die Beseitigung als Verpflichtung definiert, „das Opfer einer Diskriminierung so

128 Näher *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 385 ff. Allgemein zum Begriff *Baldus* in: MünchKomm-BGB, § 1004 Rn. 13. Zur systematischen Ähnlichkeit mit anderen Beseitigungsansprüchen siehe *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 109 ff.

129 Irreführend BT-Drs. 16/1780, S. 46, wonach die in § 21 AGG vorgesehenen Ansprüche die „Primäransprüche“ seien.

130 *Wiedemann*, NZA 2007, 950, 953; *von Roetteken*, AGG, § 15 AGG Rn. 16.

131 Unklar *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 14, der die funktionale Bedeutung in der Parallele zu vertraglichen Erfüllungsansprüchen sieht.

132 Zutreffend *Baldus* in: MünchKomm-BGB, § 1004 Rn. 32; den Zusammenhang betonend auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht (Bd. II/2) 1994, 697.

133 Vgl. zu diesem Ansatz bei der Abgrenzung von Beseitigung und Schadensersatz in § 1004 BGB *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, passim; weitere Nachweise bei *Gursky* in: *Staudinger*, § 1004 Rn. 4.

134 Vgl. *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 14.

135 Dazu näher *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 16; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 116 ff.

136 Siehe *Fritzsche* in: *Bamberger/Roth*, BGB, § 1004 Rn. 66 f mwN.

zu stellen, wie es bei diskriminierungsfreiem Verhalten gestanden hätte.¹³⁷ Damit ebnet man die in § 15 und § 21 Abs. 2 AGG angelegte Unterscheidung zum Schadensersatz ein. Nach den zu § 1004 BGB entwickelten Grundsätzen unterscheidet selbst die großzügigste Auffassung zwischen der Beseitigung der Störungsquelle und dem Ersatz der aus der Störung folgenden weiteren Schäden.¹³⁸ Das wirft im AGG keine relevanten Abgrenzungsprobleme auf:¹³⁹ Solange der Benachteiligende mit einem *contrarius actus* die fortbestehende Benachteiligung beseitigen kann, sind die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs gegeben. Weil die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bereits Tatbestandsvoraussetzung des Diskriminierungsverbots ist, spielen allgemeine Rechtfertigungsgründe für den Beseitigungsanspruch keine Rolle mehr.¹⁴⁰ Der Anspruch ist daher auch verschuldensunabhängig.¹⁴¹ Aktivlegitimiert ist der Benachteiligte (§ 21 Abs. 1 S. 1 AGG, § 7 Abs. 1 AGG).¹⁴² Passivlegitimiert ist derjenige, der entweder selbst gegen das Benachteiligungsverbot verstößt oder dem der Verstoß Dritter zugerechnet werden kann. Die Zurechnung erfolgt nach dem hier vertretenen Verständnis bereits im objektiven Tatbestand des Benachteiligungsverbots. Sie ist Voraussetzung für die Ermittlung des persönlichen Anwendungsbereichs.¹⁴³ Daher erübrigt sich eine erneute Zurechnung fremden Verhaltens bei der Ermittlung des Anspruchsschuldners.¹⁴⁴

Zu den umstrittensten Problemen des AGG zählt die Frage, ob der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot den Normadressaten zum Abschluss des vom Benachteiligten angestrebten Vertrages zwingt.¹⁴⁵ Das AGG spricht und schweigt zugleich: Im Anwendungsbereich des beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbots schließt § 15 Abs. 6 AGG den Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungs- oder Berufsausbildungsverhältnisses – unionsrechtskonform¹⁴⁶ – aus.¹⁴⁷ Das wird traditionell mit dem Vorrang der Abschlussfreiheit des Arbeitge-

137 Schmidt-Räntsch, NZM 2007, 6, 14.

138 Siehe Wenzel, NJW 2005, 241, 243.

139 Insoweit zutreffend Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 129 ff.

140 Schiek in: Schiek, AGG, § 21 Rn. 7; Deinert in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 21b; aA Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 188; Bittner in: Falke/Rust, AGG, § 21 Rn. 5; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 10; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 21 Rn. 7; Wendtland in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG Rn. 4.

141 Statt aller Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 189; Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 121 f und Bassenge in: Palandt, § 1004 Rn. 13; anders nur Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 21 Rn. 5, weil er das Verschulden in den Tatbestand des Benachteiligungsverbots hineinliest (siehe § 3 Rn. 50 ff).

142 Dazu oben § 6 IV 2.

143 Siehe dazu oben § 6 IV 2.

144 Das erkennt Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 125 f, die sowohl dort als auch beim personalen Anwendungsbereich zurechnen will; zutreffend dagegen Kremer in: Hey, AGG, § 21 Rn. 21.

145 Statt vieler Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 8 c) mwN.

146 Dazu oben § 6 VII 1 b).

147 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG* = Slg. 1997, I-2195 Rn. 31 ff.

bers gegenüber dem Gleichbehandlungsanspruch des Bewerbers begründet.¹⁴⁸ Mich überzeugt das nicht. Der Ansatz greift zu kurz, weil er den zu lösenden Konflikt ausschließlich im Verhältnis Arbeitgeber – benachteiligter Bewerber verankert. Selbst wenn man einen Abschlussanspruch im Grundsatz befürworten würde, müsste man sich fragen, ob dem Arbeitgeber die Beseitigung oder Naturalrestitution der erfolgten Ungleichbehandlung aufgrund der mittlerweile besetzten Stelle überhaupt noch möglich oder zumutbar ist.¹⁴⁹ Damit kommt der angekommene Bewerber in das Blickfeld. § 15 Abs. 6 AGG berücksichtigt sein Interesse, den Arbeitsplatz behalten zu können. Er hätte ihn bei diskriminierungsfreier Auswahl zwar nicht erhalten. Jetzt aber hat er ihn. Sein Arbeitsvertrag ist nicht nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Der Arbeitgeber könnte allerdings das Arbeitsverhältnis kündigen, um seiner Pflicht zur diskriminierungsfreien Besetzung nachzukommen. Indem das Gesetz den Abschlussanspruch kategorisch ausschließt, schützt es die vom Dritten zwischenzeitlich eingenommene Rechtsposition und sein Vertrauen auf deren Fortbestand.

Der Wortlaut des § 21 AGG schweigt zu der von § 15 Abs. 6 AGG geregelten Frage. Für die Beantwortung konkurrieren im Wesentlichen drei Positionen: (1.) Aus § 21 AGG folge ein Kontrahierungszwang,¹⁵⁰ was man entweder aus dem Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch¹⁵¹ ableitet oder als Variante schadensersatzrechtlich geschuldete Naturalrestitution¹⁵² konstruiert. Weitere Voraussetzungen sind, dass der Vertrag bei diskriminierungsfreiem Verhalten tatsächlich zustande gekommen wäre, das Vertragsziel hinreichend bestimmt und dem Benachteiligten der Vertragsabschluss rechtlich und tatsächlich möglich oder nicht unzumutbar ist.¹⁵³ (2.) Ein Kontrahierungszwang ergebe sich aus dem AGG nur ausnahmsweise, wenn der Verletzte die Leistung nicht anderweitig erwerben

148 Dazu oben § 5 I 4 a) (1); aus der Literatur zum AGG statt vieler *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 43.

149 Siehe dazu *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 216 bei der entsprechenden Diskussion des zivilrechtlichen Kontrahierungszwangs.

150 *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2582; *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 667; *Franck*, Materialisierung, in: *Riesenhuber/Nishitani*, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 89 f; *Wendeling-Schröder* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 21 Rn. 12 ff; *Wendtland* in: *Bamberger/Roth*, BGB, § 21 AGG Rn. 13 ff; auf beide Begründungsansätze gleichzeitig stützen sich *Bittner* in: *Falke/Rust*, AGG, § 21 Rn. 14 ff; *Deinert* in: *Däubler*, AGG, § 21 Rn. 24, 75 ff.

151 *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 207 ff; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1098; *Schiek* in: *Schiek*, AGG, § 21 Rn. 8 f; *Schmidt-Räntsch*, NZM 2007, 6, 14; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 17 ff; *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21 ff; *Bauer/Göpfer/Krieger*, AGG, 2011, § 21 Rn. 6; *Haerberl*, GPR 2009, 202, 205; *Wendt/Schäfer*, JuS 2009, 209 ff; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 8 c); sehr ausführlich die Begründung bei *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 141 ff.

152 *Bruns*, JZ 2007, 385, 389; *Rolfs*, NJW 2007, 1489, 1493 f.

153 Dazu eingehend *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 213 ff; *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21, 23 f; *Kossak*, Rechtsfolgen, 2009, 161 ff.

kann.¹⁵⁴ (3.) Aus Entstehungsgeschichte und verfassungsorientierter Auslegung folge, dass § 21 AGG keinen Anspruch auf Vertragsabschluss enthalte. Die in der Benachteiligung liegende persönliche Herabwürdigung des Verletzten werde über den Schadensersatzanspruch effektiver sanktioniert.¹⁵⁵

Die Argumente für und wider einen Kontrahierungszwang sind erschöpfend ausgetauscht worden: § 21 Abs. 2 S. 1 AGG scheidet als Anspruchsgrundlage aus.¹⁵⁶ Die Konstruktion über die Naturalrestitution hat sich bei § 20 iVm § 33 GWB als untauglich herausgestellt und ich sehe keine Gründe, warum § 21 AGG gegen die dort vorgebrachte Kritik immun sein könnte.¹⁵⁷ Daher lässt sich der gewünschte Vertrag, je nach Gegenwärtigkeit der Beeinträchtigung, nur auf den Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch stützen.¹⁵⁸ Mit dem Vertragsschluss erfolgt der *contrarius actus* zu der die Störung auslösenden Vertragsverweigerung.¹⁵⁹ § 21 Abs. 1 S. 1 AGG verpflichtet den Benachteiligenden zur realen Beseitigung der Beeinträchtigung. Die Beeinträchtigung ist identisch mit der erfolgten Benachteiligung.¹⁶⁰ Der Benachteiligende hat den in § 19 Abs. 1 und 2 AGG vorgesehenen Primäranspruch auf benachteiligungsfreie Entscheidung verletzt, indem er die aufgrund eines verpönten Merkmals erfolgte Ungleichbehandlung sachlich nicht rechtfertigen konnte. In dieser gleichheitswidrigen Belastung mit dem Nachteil liegt die vom Rechtsverstoß herbeigeführte Beeinträchtigung. Diese Beeinträchtigung (= Belastung) kann die ungleich behandelte Person zurückweisen und auf Gleichbehandlung bestehen. Diesen Anspruch sichert § 21 Abs. 1 S. 1 AGG.¹⁶¹ Die Beeinträchtigung ist erst dann beseitigt, wenn die gleichheitswidrige Belastung zurückgenommen wird.

Dagegen kann man nicht mit § 15 Abs. 6 AGG argumentieren. Die Regelung trägt einerseits ein *argumentum e contrario*,¹⁶² andererseits kann man darin auch eine Fortschreibung der alten Rechtslage im Arbeitsrecht sehen, aus der keine

154 Grundlegend Neuner, JZ 2003, 57, 62 f, 64; Coester, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 129; Grüneberg in: Palandt, § 21 AGG Rn. 7; Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 108; ähnlich auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 7 b) aa) (3), weil er darin ein Element der Rechtfertigungsprüfung sieht.

155 Armbrüster, KritV 2005, 41, 45 ff; Bachmann, ZBB 2006, 257, 265 f; Busche, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159, 171 ff; Armbrüster, NJW 2007, 1594 ff; Koch, VersR 2007, 288, 294; Mohr in: Adomeit/Mohr, AGG, § 21 Rn. 10 f; Schürnbrand, BKR 2007, 305, 310 f; Armbrüster in: Erman, § 21 AGG Rn. 15 ff; Monen, Verbot der Diskriminierung, 2008, 197 ff; Kremer in: Hey, AGG, § 21 Rn. 235 ff; Mansel in: Jauernig, BGB, § 2 AGG Rn. 12; Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 396 ff.

156 Siehe Schiek in: Schiek, AGG, § 21 Rn. 10.

157 Einzelheiten oben § 5 IV 3 c) (5).

158 Zur Differenzierung Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 159.

159 Busche, Privatautonomie, 1999, 230 ff.

160 Siehe oben zum Wettbewerbsrecht § 5 IV 1 b) (3)(aa).

161 Anders Armbrüster in: Erman, § 21 AGG Rn. 3, der § 21 Abs. 1 S. 1 AGG mit dem Primäranspruch gleichsetzt.

162 Wendt/Schäfer, JuS 2009, 206, 207 f.

Schlüsse für den zivilrechtlichen Anwendungsbereich gezogen werden dürfen¹⁶³. Wenn man schon das methodische Kunststück vollbringt und aus der Entstehungsgeschichte eines nicht verabschiedeten Entwurfs (§ 22 ADG-E¹⁶⁴) Schlüsse ziehen möchte, lässt sie sich sowohl für Argumente pro *und* contra instrumentalisieren.¹⁶⁵ Wer das Gegenteil „mit Äußerungen aus dem politischen Umfeld“ belegen möchte,¹⁶⁶ begibt sich methodisch auf zu dünnes Eis.¹⁶⁷

Gewichtiger ist dagegen der Einwand, der Kontrahierungszwang werde nicht mehr vom Zweck der Sanktionsnorm getragen: Weil niemand einen Anspruch auf Vertragsabschluss habe, ginge ein Kontrahierungszwang an der Tatsache vorbei, dass der rechtswidrige Zustand nicht in der Vertragslosigkeit als solcher, sondern in der dafür maßgeblichen Begründung liege.¹⁶⁸ Diese These trifft aber nicht zu. Sie beruht auf der hier schon angesprochenen Fehlvorstellung des Beseitigungsanspruchs. Der rechtswidrige Zustand ist die *Benachteiligung* wegen des verpönten Merkmals. Zu beseitigen ist also dieser *Nachteil*, der in den hier diskutierten Fällen gerade darin liegt, dass ein mit (hypothetischen) Vergleichspersonen abgeschlossener Vertrag dem Benachteiligten ungerechtfertigt verweigert wird. Darin liegt das mit dem Beseitigungsanspruch zu verwirklichende Recht.¹⁶⁹ Dann ist es auch unerheblich, ob der Benachteiligte ausweichen kann oder nicht. Die Ausweichmöglichkeit ändert nichts daran, dass eine eingetretene Ungleichbehandlung nicht beseitigt wird. Der Schutz vor Benachteiligung wäre wenig wert, wenn man es dem Benachteiligten zumuten würde, der Ungleichbehandlung zu weichen.¹⁷⁰

Schließlich werden praktische Einwände gegen solchermaßen erzwungene Vertragsverhältnisse erhoben.¹⁷¹ Ganz deutlich formulierte sie *Jan Busche*:

*„Bei Lichte betrachtet ist der Diskriminierte nämlich gar nicht daran interessiert, dass ihm der Zivilrechtsgesetzgeber eine erneute Gelegenheit zum Vertragsabschluss gerade mit dem Diskriminierer verschafft, zumal derartige gesetzlich verordnete Verträge angesichts des spannungsgeladenen Verhältnisses zwischen den Beteiligten mutmaßlich eine Reihe von Abwicklungsschwierigkeiten nach sich ziehen. Dem Diskriminierten geht es vielmehr darum, dass der mit der diskriminierenden Handlung verbundene Angriff auf seine persönliche Integrität „ausgeglichen“ wird.“*¹⁷²

163 Siehe *Kremer* in: Hey, AGG, § 21 Rn. 241.

164 BT-Drs. 15/4538, S. 9.

165 Siehe BT-Drs. 15/4538, S. 43; *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 16; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 78.

166 So *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 266.

167 Konkret zum AGG *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 22; ganz grundlegend *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 319 ff.

168 *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1497.

169 Verkannt von *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 397.

170 So bereits *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 430.

171 *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1497 f.

172 *Busche*, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159, 174 f.

Ich weiß nicht, woran „der Diskriminierte“ interessiert ist. Es gibt auch nur eine einzige Person, die entscheiden kann, ob sie an Beseitigung durch Vertragsabschluss oder an Entschädigung interessiert ist: der jeweils konkret Benachteiligte. Wer das Gegenteil behauptet, tappt – wenn auch unbewusst – in die paternalistische Falle.¹⁷³ Die hier gegebene Deutung des Nichtdiskriminierungsprinzips¹⁷⁴ reagiert empfindlich auf paternalistische Argumentationsstrategien im Nichtdiskriminierungsrecht. Sie perpetuieren die mit der Benachteiligung verbundene Statuszuweisung in sozialen Hierarchien. Das hat Tradition. Ich erinnere nur an *Plessy v. Ferguson* und die Behauptung des *Supreme Court*, dass sich die Rassen als Gleiche nur begegnen, wenn dies das Ergebnis eines „voluntary consent of individuals“¹⁷⁵ sei.¹⁷⁶ Da passt es ins Bild, wenn nicht nur der Benachteiligende, sondern auch der Benachteiligte kein Interesse an vertraglichen Beziehungen hat. Überlässt man die Entscheidung dagegen dem Akteur, dem sie zusteht, zeigt sich, worum es letztlich geht: Auf dem Spiel steht die Freiheitsausübung des Diskriminierenden. Diese soll erneut abgewogen werden mit dem Gleichbehandlungsanspruch oder auch der positiven Abschlussfreiheit des Benachteiligten.¹⁷⁷ Voller Abwägungseuphorie übersieht man, dass es für den Rechtsanwender nichts mehr abzuwägen gibt. Der Gesetzgeber hat die dafür maßgeblichen Entscheidungen bereits getroffen. Das Gesetz berücksichtigt die negative Vertragsfreiheit an mehreren Stellen, insbesondere bei der Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs und dem Katalog der Rechtfertigungsgründe. Verstößt ein Verhalten danach immer noch gegen das Benachteiligungsverbot, setzt sich der Gleichbehandlungsanspruch durch. Das ist das Ergebnis der vom Gesetz vorgenommenen Abwägung. Wer das bestreitet,¹⁷⁸ führt die Diskussion zurück auf den Stand von 1966: Dem Diskriminierenden bleibt die nackte Abschlussfreiheit, der Diskriminierte hat sich mit einer Entschädigung wegen der Verletzung seines Persönlichkeitsrechts zu bescheiden.¹⁷⁹

b) Entschädigungsanspruch

Für die Verletzung beider Benachteiligungsverbote sieht das AGG einen ausdrücklichen Anspruch auf Entschädigung immaterieller Nachteile vor (§§ 15 Abs. 2, 21 Abs. 2 S. 3 AGG). Nach herkömmlichem Verständnis liegt der maß-

173 Zutreffend die Kritik von *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 79; *Haberl*, GPR 2009, 202, 206.

174 Dazu oben § 6 I.

175 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 551 (1896).

176 Zum Kontext siehe oben § 3 III 4 c).

177 Vgl. einerseits *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1495 f und andererseits *Thüsing/von Hoff*, NJW 2007, 21, 25 und *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 81 und jetzt auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 8 c).

178 Exemplarisch *Armbrüster* in: Erman, § 21 AGG Rn. 2.

179 Siehe oben § 4 I 5.

gebliche Entschädigungszweck beider spezialgesetzlicher Geldentschädigungsansprüche in der Persönlichkeitsrechtsverletzung, die mit einer Benachteiligung einhergeht.¹⁸⁰ Folglich wird darin eine *lex specialis* zu § 253 Abs. 2 BGB iVm dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gesehen.¹⁸¹ Das trifft schon deshalb nicht zu, weil deliktsrechtliche Ansprüche wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung weiterhin geltend gemacht werden können (§§ 15 Abs. 5, 21 Abs. 3 AGG).¹⁸² In der These kommt erneut die Reduktion des Nichtdiskriminierungsrechts auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zum Ausdruck.¹⁸³ Das Bundesarbeitsgericht hat die gemeinschaftsrechtlich ungenügende Sanktionsregelung des § 611a BGB aF bereits in den 1980er Jahren über zusätzlich gewährte Ansprüche aus einer Persönlichkeitsrechtsverletzung kompensiert.¹⁸⁴ Daraus leiten manche dann ab, dass eine Entschädigung nur bei schwerwiegenden und anderweitig nicht auszugleichenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen anzunehmen sei.¹⁸⁵ Andere wollen die Entschädigungshöhe aufgrund der Intensität der *Persönlichkeitsrechtsverletzung* bestimmen.¹⁸⁶ Diese Verletzung wird aber in §§ 15 Abs. 2, 21 Abs. 2 S. 3 AGG *nicht* sanktioniert. Haftungsauslöser ist die *Benachteiligung*. Die Gleichsetzung von Benachteiligung mit einer Persönlichkeitsrechtsverletzung beruht auf einem freiheitsrechtlichen Verständnis, das den genuin gleichbehandlungsrechtlichen Zweck des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes verkennt.¹⁸⁷ Dieser schützt den Einzelnen vor einer sozialen Hierarchisierung aufgrund bestimmter persönlicher Merkmale. Er stellt sicher, dass der Einzelne einen Anspruch darauf hat, als Gleicher behandelt zu werden. §§ 15 Abs. 2, 21 Abs. 2 S. 3 AGG sanktionieren die Verletzung dieses Gleichbehandlungsrechts. Daher liegt ein immaterieller Schaden immer vor, wenn ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot feststeht.¹⁸⁸ Ob darin auch eine Herabwürdigung der geschützten Person oder eine schwerwiegende Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts liegt, ist für die Sanktionierung aus dem AGG unerheblich.¹⁸⁹ Daher sind die Grundsätze, die für den Anspruch auf Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlich-

180 Zu § 15 Abs. 2 AGG bzw. § 611a BGB aF vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 21 f.; aus der Literatur vgl. nur *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 8 f.; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 46 ff.; *Stein* in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 31; *Jacobs*, RdA 2009, 193, 194 f.; zu § 21 Abs. 2 S. 3 AGG siehe BT-Drs. 16/1780, S. 46; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 21 AGG Rn. 60.

181 BT-Drs. 16/1780, S. 38; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 15 AGG Rn. 4; *Walker*, NZA 2009, 5, 7.

182 Zutreffend *Jacobs*, RdA 2009, 193, 195.

183 Siehe bereits oben § 4 I 5; grundlegend zu dieser These im AGG jetzt *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 125 ff, 188 ff.

184 Siehe BAG AP Nr. 5 zu § 611a BGB = NZA 1990, 21, 21 f.; dazu oben § 4 II 3 b).

185 *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 8 f.

186 Zu § 21 Abs. 2 AGG: BT-Drs. 16/1780, S. 46; *Deinert* in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 59.

187 IE auch *Kocher* in: Schiek, AGG, § 15 Rn. 33.

188 BAG NZA 2009, 945 Rn. 74; einschränkend interpretiert dagegen *Deinert*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07 (unter I) diese Aussage; zutreffend dagegen *von Roettenken*, AGG, § 15 AGG Rn. 55a.

189 BAG NZA 2009, 945 Rn. 71; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 37.

keitsrechts gelten, nicht übertragbar.¹⁹⁰ Weitere Darlegungen zum Schadenseintritt sind deshalb nicht erforderlich.¹⁹¹ Man sollte um der dogmatischen Klarheit und der Abgrenzung zu § 823 Abs. 1 BGB iVm Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG willen die Benachteiligung nicht mit der Persönlichkeitsverletzung gleichsetzen.¹⁹² Dieses Verständnis hat sich bei § 15 Abs. 2 AGG mittlerweile durchgesetzt.¹⁹³ Dafür war die Begründung des Gesetzentwurfs besonders hilfreich, weil sie diese Interpretation des Wortlauts unterstützt.¹⁹⁴ Bei § 21 Abs. 2 S. 3 AGG stellt die Begründung dagegen den Zusammenhang mit der Persönlichkeitsrechtsverletzung ausdrücklich her.¹⁹⁵ Im Wortlaut hat das keinen Niederschlag gefunden. § 21 Abs. 2 S. 3 AGG sanktioniert wie § 15 Abs. 2 AGG die *Benachteiligung*. Das Unionsrecht verlangt zwingend, dass jede sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung effektiv sanktioniert wird. Im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots ist dieser Anspruch für das Merkmal Geschlecht ausdrücklich als Schadensersatz bzw. Entschädigungsanspruch vorgeschrieben,¹⁹⁶ für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft folgt das aus den allgemeinen Sanktionsanforderungen in der Richtlinie 2000/43/EG und für übrigen Merkmale aus der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers zur einheitlichen Auslegung des autonomen nationalen Rechts¹⁹⁷. Eine als Persönlichkeitsrechtsverletzung konzipierte Entschädigungsregelung verfehlt den effektiven Schutz des Benachteiligten.¹⁹⁸

Der Entschädigungsanspruch setzt einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot voraus.¹⁹⁹ Nach zutreffender Auffassung ist § 15 Abs. 2 AGG ein verschuldensunabhängiger Anspruch.²⁰⁰ Dafür sprechen sein Wortlaut und seine systematische Stellung, jedenfalls aber die gebotene unionsrechtskonforme Ausle-

190 BAG NZA 2009, 945 Rn. 72 f; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 37.

191 BAG NZA 2009, 945 Rn. 76.

192 So aber *Schlachter*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07 (unter 5. b); *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 402.

193 Vgl. statt vieler *Jacobs*, RdA 2009, 193, 195 mwN.

194 Siehe BT-Drs. 16/1780, S. 38: „Es wird klargestellt, dass die Entschädigung ausschließlich für immaterielle Schäden gewährt wird, die regelmäßig bei einer ungerechtfertigten Benachteiligung aus den in § 1 genannten Gründen vorliegen.“ Darauf bezieht sich folglich auch BAG NZA 2009, 945 Rn. 75; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 37.

195 BT-Drs. 16/1780, S. 46: „Auch für den spezialgesetzlichen Geldentschädigungsanspruch nach § 21 Abs. 2 Satz 1 und 3 wegen der in der Benachteiligung liegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt hierin der maßgebliche Entschädigungszweck.“

196 Art. 8 Abs. 2 RL 2004/113/EG.

197 Dazu BGHZ 193, 110 Rn. 42.

198 Siehe auch *Lüttringhaus*, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz, 2010, 64 ff.

199 BAG NZA 2009, 945 Rn. 28 mwN; BAG RDV 2010, 281 Rn. 25.

200 Grundlegend BAG NZA 2009, 945 Rn. 61 ff (mit Nachweisen zum Diskussionsstand); BGH NZA 2012, 797 Rn. 70; *Schlachter*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07 (unter 5. a); *Bauer/Evers*, NZA 2006, 893, 896; *Jacobs*, RdA 2009, 193, 196; *Walker*, NZA 2009, 5, 6; *Rupp* in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, ArbR, § 15 AGG Rn. 7; *Fuchs* in: *Bamberger/Roth*, BGB, § 15 AGG Rn. 5; *von Roetteken*, AGG, § 15 AGG Rn. 49a ff; aA *Mohr* in: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 15 Rn. 50; *Thüsing* in: *MünchKomm-BGB*, § 15 AGG Rn. 5; *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 327 ff.

gung.²⁰¹ Besondere Probleme wirft die gutgläubige Anwendung von (diskriminierenden) Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen auf.²⁰² § 15 Abs. 3 AGG privilegiert den Arbeitgeber bei einfacher Fahrlässigkeit. Das wird mit der „höheren Richtigkeitsgewähr“ dieser Instrumente begründet.²⁰³ Das ist fragwürdig.²⁰⁴ Nach zutreffender Meinung verstößt § 15 Abs. 3 AGG, jedenfalls soweit er auf § 15 Abs. 2 AGG angewendet wird, gegen die unionsrechtlich erforderliche verschuldensunabhängige Sanktionierung.²⁰⁵ Obwohl die Diskriminierung mittelbar auf eine kollektivvertragliche Regelung zurückgeht, liegt die unmittelbare Benachteiligung in ihrer Anwendung durch den Arbeitgeber. Deshalb ist sie ihm auch haftungsrechtlich zuzurechnen.²⁰⁶ Nach den Grundsätzen der *Mangold-* und *Kücükdeveci-*Entscheidung²⁰⁷ ist § 15 Abs. 3 AGG daher von nationalen Gerichten nicht anzuwenden.²⁰⁸ Während die Frage der Verschuldensunabhängigkeit des Entschädigungsanspruchs beim beschäftigungsrechtlichen Benachteiligungsverbot im Wesentlichen geklärt ist, steht beim zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot eine höchstrichterliche Entscheidung noch aus. Gestritten wird darüber, ob § 21 Abs. 2 S. 2 AGG auch für § 21 Abs. 2 S. 3 AGG gilt. Wortlaut und systematische Stellung des § 21 Abs. 2 S. 3 AGG sprechen dagegen.²⁰⁹ Für die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft und Geschlecht ist nur diese Interpretation richtlinienkonform.²¹⁰ Nach dem hier vertretenen Ansatz zur richtlinienkonformen

201 Einzelheiten bei BAG NZA 2009, 945 Rn. 61 ff; siehe auch oben § 6 VII 1 b).

202 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 38.

203 BT-Drs. 16/1780, S. 38.

204 Dazu näher Wiedemann, NZA 2007, 950, 954; Stein in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 58; Jacobs, RdA 2009, 193, 197; Walker, NZA 2009, 5, 6 f; aA Bauer/Evers, NZA 2006, 893, 897; Bückler in: Falke/Rust, AGG, § 15 Rn. 46.

205 Sehr umstritten, so wie hier Kocher in: Schiek, AGG, § 15 Rn. 51; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 15 AGG Rn. 41; Deinert in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 92; Schlachter in: Erfurter Kommentar, § 15 AGG Rn. 14; von Roetteken, AGG, § 15 AGG Rn. 68 f; anders aber Annuß, BB 2006, 1629, 1635; Bauer/Evers, NZA 2006, 893, 897; Jacobs, RdA 2009, 193, 197 f; Krebber, EuZA 2009, 201, 214 f; Mansel in: Jauernig, BGB, § 15 AGG Rn. 5; Roloff in: BeckOK-ArbR, § 15 AGG Rn. 10; Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 340 ff; offengelassen von BAG NZA 2009, 945, Rn. 68.

206 EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88 – Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus = Slg. 1990, I-3941 Rn. 24; anders aber Krebber, EuZA 2009, 201; ähnlich zuvor Wiedemann, NZA 2007, 950, 954.

207 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – Mangold v. Helm = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG = Slg. 2010, I-365 Rn. 53.

208 Deinert in: Däubler, AGG, § 15 Rn. 93; Stein in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 60; anders Roloff in: BeckOK-ArbR, § 15 AGG Rn. 10 und Jacobs, RdA 2009, 193, 198.

209 Busche, Effektive Rechtsdurchsetzung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 159, 176 f; Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1098; Rolfs, NJW 2007, 1489, 1494; Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 21 Rn. 60; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2011, § 21 Rn. 12; Deinert in: Däubler, AGG, § 21 Rn. 57; Monen, Verbot der Diskriminierung, 2008, 196; Mansel in: Jauernig, BGB, § 21 Rn. 9; Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 172 ff; anders Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 232; Bittner in: Falke/Rust, AGG, § 21 Rn. 21; Wendeling-Schröder in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 21 Rn. 22; Wendtland in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 AGG Rn. 25; Grüneberg in: Palandt, § 21 AGG Rn. 6.

210 Siehe oben § 6 VII 1 b).

Auslegung im überschießenden Bereich ist dieses Ergebnis auf alle von § 19 Abs. 1 AGG erfassten Merkmale zu übertragen.²¹¹

Geschuldet wird eine „angemessene Entschädigung“ (§§ 15 Abs. 2 S. 1 AGG, 21 Abs. 2 S. 3 AGG). Das räumt dem Gericht einen Beurteilungsspielraum ein, über die Höhe der Entschädigung zu bestimmen, damit es die Besonderheiten jedes einzelnen Falls berücksichtigen kann.²¹² Liegt die Benachteiligung in der Nichteinstellung, enthält § 15 Abs. 2 S. 2 AGG eine Spezialregelung. Nach zahlreichen Stimmen ist das Monatseinkommen keine geeignete Bezugsgröße zur Ermittlung der „angemessenen“ Entschädigung.²¹³ Diese Zweifel sind bei einer persönlichkeitsrechtlichen Konzeption des Entschädigungsanspruchs verständlich. Versteht man § 15 Abs. 2 AGG dagegen als Sanktion eines Gleichbehandlungsverstoßes, kommt man zur gegenteiligen Einschätzung. Mit der Bewerbung war eine im Bewerbungsverfahren liegende, unterschiedlich hoch einzuschätzende, aber bei objektiv geeigneten Kandidaten nicht ausgeschlossene Möglichkeit verbunden, eingestellt zu werden.²¹⁴ Daraus folgte wiederum die Aussicht, ein bestimmtes Einkommen zu erzielen. Dem benachteiligten Bewerber wird diese Aussicht schon im Ausgangspunkt genommen, weil er nicht die Chance erhält, sich ohne Berücksichtigung der verpönten Merkmale dem Bewerbungsverfahren zu stellen. Dieser gleichheitswidrige Ausschluss ist zu bewerten. Es liegt dann nahe, sich an dem Wert der Position zu orientieren, von der der Bewerber ausgeschlossen wurde. Darin liegt der „Preis“ seines „So-Seins“. Das bedeutet aber nicht, dass die angemessene Entschädigung drei Monatsverdienste oder darüber hinaus betragen muss. § 15 Abs. 2 S. 2 AGG begrenzt lediglich die Entschädigungshöhe, setzt aber keine Mindesthöhe fest.²¹⁵

Im Übrigen hat das Tatgericht alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Zu diesen zählen etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalls.²¹⁶ Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen. Die Höhe ist auch danach zu bemessen, was zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung erforderlich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Entschädigung geeignet sein muss, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu haben, und dass diese in jedem Fall

211 BGHZ 193, 110 Rn. 42.

212 Vgl. BAG NZA 2009, 945 Rn. 80; BAG RDV 2010, 281 Rn. 59 (jeweils zu § 15 Abs. 2 AGG).

213 Kamanabrou, RdA 2006, 321, 337; Wagner/Potsch, JZ 2006, 1085, 1094; Walker, NZA 2009, 5, 7; Schlachter in: Erfurter Kommentar, § 15 AGG Rn. 11; vgl. auch OLG Köln DB 2010, 1878 Rn. 89.

214 Vgl. Wagner, AcP 206 (2006), 352, 396 f.

215 BAG RDV 2010, 281 Rn. 63.

216 BAG NZA 2009, 945 Rn. 82; vertiefend dazu Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 232 ff.

in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss.²¹⁷ Wird neben der immateriellen Entschädigung auch materieller Schadensersatz in Gestalt entgangenen Gehalts geltend gemacht, darf die materielle Kompensation bei der Ermittlung der immateriellen Entschädigung nicht mindernd berücksichtigt werden.²¹⁸ Den Benachteiligten trifft im Unterschied zum materiellen Schadensersatz keine Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB). Er hat schlicht keinen Einfluss auf die immateriellen Folgen einer einmal eingetretenen Beeinträchtigung.²¹⁹ Erstaunlich ist eine Entscheidung des Amtsgerichts Oldenburg, das die Anspruchshöhe mindert, weil der Benachteiligte den Vorfall „proviziert“ habe.²²⁰ Weil er wusste, dass Türsteher und Betreiber einer Diskothek anhand seiner ethnischen Herkunft und seines Geschlechts diskriminieren, musste er damit rechnen und konnte sich darauf einstellen. Ich halte diese Argumentation für unhaltbar. Damit wird dem Benachteiligten eine Teilverantwortung für das Verhalten des Diskriminierenden zugewiesen. Das Ergebnis ist absurd: Je offensiver jener seine Diskriminierung ankündigt, desto niedriger fällt der Entschädigungsanspruch aus.

VIII. Zwischenergebnis: Das „Störpotential“ des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts

Diskriminierungsverbote verlangen im Unterschied zu allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten keine positive Rechtfertigung mit zulässigen Handlungsgründen. Sie schließen lediglich bestimmte Gründe als handlungsmotivierende Faktoren aus. Insoweit ist das Nichtdiskriminierungsrecht bescheidener als ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz. Es ist zugleich aber strenger, weil diese Gründe prinzipiell keine Rolle bei der Ungleichbehandlung spielen dürfen und die Rechtfertigungsanforderungen im Vergleich erheblich intensiviert werden.¹

Darin wurzelt der Konflikt mit dem klassisch-liberalen Verständnis von Privatautonomie. Gleichbehandlungspflichten wirken sich auf zwei Ebenen freiheitsbeschränkend aus:² Sie belasten, erstens, den Adressaten mit Rechtfertigungsobliegenheiten und – aufgrund der Beweislastverteilung – mit Dokumentationspflichten ihrer Entscheidungsprozesse. Zweitens verbieten sie dem Adressaten Handlungsmöglichkeiten, die er nicht mehr rechtfertigen kann. *Frie-*

217 BAG NZA 2009, 945 Rn. 82; BAG NZA 2010, 1129 Rn. 41; BAG NZA 2010, 1412 Rn. 69; OLG Köln DB 2010, 1878 Rn. 89; vertiefend zu den einzelnen Faktoren Kossak, Rechtsfolgen, 2009, 226 ff.

218 BGHZ 193, 110 Rn. 73; anders noch die Vorinstanz OLG Köln DB 2010, 1878 Rn. 89.

219 Offengelassen von BAG NZA 2010, 1129 Rn. 43; vgl. Stein in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 15 Rn. 49.

220 AG Oldenburg Niedersächsische Rechtspflege 2008, 398.

1 Oben § 6 I 1.

2 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 a).

demann Kainer sieht im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht die Begünstigung bestimmter Gruppen „durch die Zuweisung spezifischer Rechte unter partieller Aufhebung privatautonomer Regelungsspielräume.“³ Damit klingt ein alter Topos des Nichtdiskriminierungsrechts an: der Merkmalsträger als „*the special favorite of the laws*“.⁴ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht ist – bis auf die Behinderung – durchweg symmetrisch konzipiert.⁵ Es weist allen Personen dieselben Rechte zu. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass manche Personen diese Rechte vor dem Hintergrund tatsächlich bestehender sozialer Diskriminierungshierarchien eher benötigen könnten als andere.⁶ Das meint Kainer und bestätigt damit ungewollt die hier zugrunde gelegte Dichotomie von gleichen subjektiven Rechten, aber ungleicher Realisierungsmöglichkeit in der Umwelt des Rechts. Dieses Denken ist eng verbunden mit der beispielsweise von Thomas Lobinger artikulierten These, das Recht habe mit der Rechtsgleichheit aller Akteure das einzig relevante Gleichheitsproblem Privater gelöst, weil „sämtliche Private ohne Unterschied zur gegenseitigen „Diskriminierung“ berechtigt“ seien.⁷ Der Schutz der „Teilhabe für Personen, die von Natur aus benachteiligt sind und für die mit einer ablehnenden Reaktion des Marktes deshalb regelmäßig auch kein Urteil über den Wert und die Würde ihrer Person verbunden ist“,⁸ sei eine „über die formale Gleichberechtigung hinausgehende tatsächliche Gleichstellung“ und als solche „im Ausgangspunkt Aufgabe des öffentlichen Rechts.“⁹ Ganz ähnlich argumentiert jetzt Kainer: Mit Diskriminierungsverboten gebe der Staat bestimmte Verteilungsziele vor, die nicht der Erweiterung von Freiheit dienten, weil keine Störung ihrer materialen Voraussetzungen vorliege.¹⁰ Mit der Instrumentalisierung distributiver Gerechtigkeit setze das Gesetz Schranken, die an sich mit der Privatautonomie unvereinbar seien und die „besser durch öffentliches Recht, etwa durch die Normierung von Straftatbeständen oder Ordnungswidrigkeiten erfüllt werden könnten.“¹¹ Damit ignorieren beide das zweite Gleichheitsproblem.¹² In der „relative[n] Blindheit gegenüber den sozialen Voraussetzungen der Realisierung grundrechtlicher Freiheit“ liegt das „grundlegende Problem und der soziale Hintergrund der liberalen Grundrechtstheorie“.¹³ Das wird bei Kainer besonders deutlich, weil er die „materiellen Voraussetzungen der Privatautonomie“ so konzipiert, dass sie die ungleich verteilte Freiheit zur „gegenseitigen Diskrimi-

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

4 Siehe oben § 3 III 4 c).

5 Siehe § 6 III 2 a).

6 Dazu oben § 6 I 1.

7 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 116.

8 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 121.

9 Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 116.

10 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 I 3.

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

12 Zum Begriff oben § 2 III.

13 Böckenförde, NJW 1974, 1529, 1531.

nierung“ in sozialen Hierarchien schon im Ansatzpunkt nicht wahrnehmen können. Genau diese ungleiche Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten adressiert aber das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht.

1. Berücksichtigung sozialer Kontexte ungleicher Freiheitsausübung

Ich verstehe das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht als besonderes Gleichbehandlungsrecht. Die non-egalitaristischen Konzeptionen, nach denen es freiheitsrechtlich oder mit autonomen Erwägungen wie dem Prinzip der „sozialen Inklusion“ legitimierbar sei, können das geltende Nichtdiskriminierungsrecht nicht kohärent erklären.¹⁴ Seine Analyse zeigt, dass die wichtigste Bedeutung des Nichtdiskriminierungsprinzips darin besteht, das Recht für die ungleiche Verteilung von Freiheiten aufgrund existierender Statushierarchien in der Umwelt des Rechts zu sensibilisieren. Darin liegt die politische Dimension des Gleichheitsversprechens.¹⁵

a) Funktion der Diskriminierungsverbote

Das beginnt mit der Funktion von Diskriminierungsverboten im Recht: Sie verhindern, dass sich die Umwelt des Rechts der rechtlich geschützten Privatautonomie bedienen kann, um damit soziale Hierarchien anhand bestimmter verpönte Merkmale zu perpetuieren.¹⁶ Das Nichtdiskriminierungsrecht zwingt die Akteure zur besseren Begründung von Unterscheidungen¹⁷ und führt damit vielfach zum Wegfall der Differenzierung. Dabei greift das traditionelle Verständnis, wonach Diskriminierungsmerkmale unveränderbare und sichtbare persönliche Eigenschaften einer Person sind, zu kurz. Wie die Merkmale „Religion“ und „sexuelle Orientierung“ zeigen, geht es dem Nichtdiskriminierungsrecht darum, eine für die ethische Selbstbestimmung der Persönlichkeit konstitutive Freiheitsausübung gegenüber einem sozialen oder ökonomischen Druck zur Anpassung zu sichern.¹⁸ Sie schützen das „So-Sein“ der Person und befreien sie vor Anpassungszwängen. Dadurch wirken sie als Freiheitsrechte zweiter Ordnung.¹⁹

Das bestätigt die Analyse der restlichen Diskriminierungsmerkmale. Sie sind strikt kontextbezogen zu interpretieren, um die sozialen Auswirkungen von Differenzierungen möglichst genau im Recht erfassen zu können.²⁰ Sie bilden jeweils soziale Kommunikationszusammenhänge im Recht ab. Das gilt für die Merkma-

14 Eingehend oben § 6 II 2.

15 Oben § 6 VI 3 g) (3).

16 Oben § 6 I 2.

17 Beispielhaft oben § 6 II 6 aE.

18 Oben § 6 I 2 und III 3 b) (zu Religion) sowie § 6 III 4 b) (zu sexueller Orientierung).

19 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 385 f.

20 Vgl. dazu oben § 6 III 1 c) und 2 c).

le: Rasse und ethnische Herkunft, weil erst unsere Sozialisation bestimmte Merkmale in Relation zu einer anderen Gruppe sichtbar macht.²¹ Das Merkmal „Geschlecht“ muss beispielsweise die Differenz von Frauen in den Funktionssystemen der Gesellschaft gleichheitsrechtlich abbilden²² und gleichzeitig jede im sozialen Kontext erfolgte geschlechtsbezogene Zuschreibung als „suspekt“ erfassen.²³ Besonders nachhaltig wirkt sich die kontextbezogene Interpretation auf das Merkmal „Behinderung“ aus, weil sie den Blick auf die soziale Konstruktion von Normalität lenkt.²⁴ Das Nichtdiskriminierungsrecht adressiert im Ergebnis also nicht die tatsächliche Existenz verpönter Merkmale. Es geht ihm immer um die Bedeutung, die diesen Merkmalen in sozialen Kontexten zugeschrieben wird.²⁵ Sein Ziel ist es, zu verhindern, dass diese Kriterien zur rechtlichen Absicherung sozialer Statushierarchien verwendet werden können. Daher setzt es konsequent auch keine Identität zwischen Merkmalsträger und benachteiligter Person voraus.²⁶

b) Materiale Gleichheit

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht geht dabei dialektisch vor.²⁷ Mit dem formal konzipierten Diskriminierungsverbot verbietet das Recht an sich, anhand verpönter Merkmale zu differenzieren. Die materialen Konzeptionen von Gleichheit²⁸ zwingen es auf zweiter Stufe dazu, seinerseits aufgrund der verpönten Merkmale zu differenzieren. Das ist notwendig, um die in den sozialen Kontexten bestehende Ungleichbehandlung im Recht sichtbar zu machen und adressieren zu können. Diese Differenzierung ist das Instrument, um die „wirkliche“ Gleichheit von Personen zu erreichen; eine Gleichheit, die nicht „neutral“, sondern unter wertender Berücksichtigung der Unterschiede betrachtet wird, die in der Umwelt des Rechts mit den Merkmalen verbunden werden. Die materiale Konzeption von Gleichheit ermöglicht dem Nichtdiskriminierungsrecht, die „relative Blindheit“ formaler Gleichheitskonzeption hinter sich zu lassen. Sie ermöglicht ihm erneut, die Ungleichheiten der Freiheitsausübung in sozialen Kontexten auch als rechtliches Problem wahrzunehmen.²⁹

21 Dazu § 6 III 1 a) und b).

22 Oben § 6 III 2 a).

23 Oben § 6 III 2 b).

24 Näher § 6 III 5 a).

25 Dazu § 6 IV 2 b) (1) bb).

26 Siehe § 6 IV 2 b) (1) aa).

27 Oben § 6 VI 3 g) (3). Siehe auch Grünberger, NZA-Beilage 2012, 139, 140.

28 Dazu § 6 II 2 a) (2).

29 Dazu oben § 6 II 2 a) (2).

c) Diskriminierungskategorien

Dieser kontextbezogene Ansatz ist auch für die (deskriptive) Ermittlung der Vergleichbarkeit im Tatbestand des Diskriminierungsverbots gewinnbringend. Wenn man die konkreten Anwendungssituationen des Gleichbehandlungsgrundsatzes in den Blick nimmt, kann man das tatsächlich relevante Gleichbehandlungskriterium aufgrund einer Beobachtung der jeweils stattfindenden Kommunikationsprozesse herausfinden.³⁰ Das Verbot mittelbarer Diskriminierung lässt sich ebenfalls überzeugend als ein Instrument des Rechts erklären, auf die soziale Realität der Verteilung von Freiheitsbereichen in der Umwelt des Rechts reagieren zu können.³¹ Während die (sexuelle) Belästigung regelmäßig als Freiheitsproblem wahrgenommen wird, schlage ich eine konsequent gleichheitsrechtliche Deutung vor: Es geht gerade darum, festzustellen, ob Merkmalsträger einem Eingriff in ihre Freiheitsrechte ausgesetzt sind, von dem Nicht-Merkmalsträger verschont bleiben. Das belästigende Verhalten verdeutlicht dann, dass der Belästigende dieser Person aufgrund einer Zuschreibung zu einer statusniedrigeren Gruppe nicht mit gleicher Achtung und gleichem Respekt begegnet.

d) Sanktionen

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung sind auf seine Zielsetzung auszurichten. Im Grundsatz zwingt das zur Unwirksamkeit der Maßnahme und zur Beseitigung ihrer noch andauernden negativen Folgen.³² Daneben verlangt das Unionsrecht wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zur effektiven Sicherung des Anspruchs auf Gleichbehandlung. Das AGG genügt diesen Anforderungen nicht immer.³³

2. Sicherung und Begrenzung der Umweltrationalitäten

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht hat daneben noch eine zweite, genauso wichtige Aufgabe: Es sichert die Eigenrationalität der unterschiedlichsten Funktionssysteme in der Gesellschaft und begrenzt zugleich ihren Einfluss im Recht. Im Kern geht es bei der Debatte über den Konflikt von Freiheit und Gleichheit im Recht um eine Grenzziehung: Wo liegt der Bereich, in dem das Recht die jeweilige Eigenrationalität des Teilsystems als Ausübung von Freiheitsrechten zu akzeptieren hat und wo beginnt der Bereich, in dem das Nichtdiskriminierungsrecht expandierenden Tendenzen der Teilsysteme zugunsten des Versprechens gleicher

30 Oben § 6 V 2 a) (2) und b) (3).

31 Siehe § 6 V 2 b) (2).

32 Näher § 6 VII 1 a).

33 Siehe § 6 VIII 2 b).

Freiheit Grenzen zieht? Übersetzt in die klassische Terminologie des Nichtdiskriminierungsrechts geht es im Kern um die Grenzziehung zwischen öffentlich und privat, zwischen Öffentlichkeit und Privatsphäre.³⁴ Ökonomisch gesprochen geht es darum, ob eine Rechtfertigungspflicht präferenzbedingter und/oder statistischer Diskriminierungen,³⁵ mit denen rationale Ziele der Nutzenmaximierung verfolgt werden (instrumentale Diskriminierungen),³⁶ zu Effizienzverlusten führt.³⁷

a) Gleichheit und Wettbewerb

Dieser Grenzkonflikt realisiert sich schon in Grundlagenfragen, etwa in dem Wettstreit zwischen formalen und materialen Gleichbehandlungskonzeptionen.³⁸ Als Lösung bietet sich die Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts als Recht zur Wahrung der Chancengleichheit an. Damit scheint die freiheitliche Position zur weitgehenden Absicherung der Eigenrationalität des Wettbewerbs vereinbar zu sein mit der gleichheitsrechtlichen Position des Nichtdiskriminierungsrechts. Das täuscht allerdings. Gleichheit (*equality*) und Chancen im Wettbewerb (*opportunities*) stehen zwangsläufig im Spannungsverhältnis, weil sie unterschiedlichen Systemlogiken folgen. Wer die Gleichheit betont, wird nur dann von Chancengleichheit sprechen, wenn das Recht sicherstellt, dass es auch im Ergebnis zu einer Annäherung der betroffenen Gruppen kommt. Wer die gleichen Chancen akzentuiert, dem genügt der gleiche Ausgangspunkt und er ist bereit, Ungleichverteilungen von Gütern und Lebenschancen hinzunehmen, die sich aus dem Wettbewerb ergeben.

b) Festlegung des Anwendungsbereichs – Eine fehlgeschlagene Grenzziehung

Diskriminierungsverbote begründen Rechtfertigungszwänge und bergen ein erhebliches Sanktionspotential. Damit greifen sie in die Freiheitsrechte der Normadressaten ein. Eine Möglichkeit zur „praktischen Konkordanz“ von Privatautonomie und Gleichbehandlung – und damit zu der hier angesprochenen Grenzziehung – ist die Ausgestaltung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des Nichtdiskriminierungsrechts. Diese Aufgabe ist dem europäischen Gesetzgeber im Wesentlichen geglückt. Der deutsche Gesetzgeber ist – soweit er Gestaltungsspielraum hatte – daran gescheitert.³⁹ Paradigmatisch dafür

34 Siehe oben § 6 IV 1 b).

35 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 a) und b).

36 Zum Begriff und zur Abgrenzung von intrinsischen Diskriminierungen oben § 6 V 1 c).

37 Vgl. dazu exemplarisch *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, Vor § 19 AGG Rn. 18 ff.

38 Dazu oben § 6 II 2 a).

39 Oben § 6 IV 1.

steht das in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG verwendete Tatbestandsmerkmal „typischerweise ohne Ansehen der Person“. Bei konsequenter Anwendung müsste man die sachliche Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots gerade in den Fällen verneinen, in denen die individuelle Betrachtung einer Person diese besonders diskriminierungsanfällig macht.⁴⁰ Der Wortlaut, mit dem das Gesetz den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots abzugrenzen versucht, ist damit teleologisch zu reduzieren.

Unbefriedigend ist auch die traditionelle Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf den Anbieter der Leistung. Das führt zu erheblichen Wertungswidersprüchen: Die Einschränkung der Privatautonomie des Nachfragers über Gleichbehandlungspflichten wird als „Tugendterror“ gebrandmarkt, während dasselbe Ziel auf Grundlage einer freiheitsrechtlichen Argumentation wenig Widerstand hervorruft.⁴¹

Das Ergebnis meiner Analyse ist ernüchternd: Der Versuch, die Grenze zwischen Freiheit und Gleichbehandlung und damit zwischen dem Respekt vor der Eigenrationalität der Umwelt des Rechts und der Begrenzung dieser Eigenrationalität anhand des Anwendungsbereichs von Diskriminierungsverboten zu ziehen, ist im AGG im Wesentlichen fehlgeschlagen. Eine Ursache dafür ist ein nicht reflektiertes Vorverständnis darüber, wie man Öffentlichkeit und Privatsphäre voneinander abgrenzt. Das macht eine vertiefte Befassung damit dringend erforderlich.⁴² Eine andere Ursache liegt im grundsätzlichen Misstrauen, das die traditionelle Konzeption des Zivilrechts Diskriminierungsverboten entgegenbringt. Weil sie als systemfremd wahrgenommen werden, versucht man, den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich so eng wie möglich zu fassen, um „das dogmatische ‘Störpotential’ des distributiven Benachteiligungsverbots im Zivilrecht“⁴³ zu begrenzen. Das zwingt im Ergebnis dazu, den Anwendungsbereich danach zu bestimmen, ob eine Differenzierung anhand zulässiger oder verpönter Merkmale erfolgt. Mit dieser Aufgabenzuweisung überfordert man das geltende Recht. Sie verkennt die Aufgabenverteilung zwischen Anwendungsbereich, Diskriminierungshandlung und Rechtfertigung grundlegend.⁴⁴ Versucht man, die damit zusammenhängenden Probleme mit Hilfe des Anwendungsbereichs zu lösen, setzt man auf das falsche Mittel zum richtigen Zweck.⁴⁵ Als der dafür dogmatisch und methodisch zutreffende Platz hat sich die Rechtfertigungsprüfung erwiesen. Damit korreliert die Analyse des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts mit der hier gefundenen Einschätzung allgemeiner Gleichbehandlungspflichten.⁴⁶

40 Siehe oben § 6 IV 1 c) (1) cc).

41 Oben § 6 IV 2 b) (2).

42 Dazu unten § 8 III 3.

43 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 3.

44 Oben § 6 IV 1 c) (1) cc).

45 Siehe § 6 IV 2 b) (2) bb).

46 Dazu oben § 5 IX 1.

c) Bedeutung von Rechtfertigungsdiskursen

Die Ausübung privatautonomer Freiheiten wird im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht primär als Rechtfertigungsgrund konzipiert.⁴⁷ Das ist der Ort, an dem das Recht seiner zweifachen Aufgabe – Respekt vor der Eigenrationalität und Begrenzung ihres jeweiligen Expansionsstrebens – am besten gerecht werden kann. Die Untersuchung konzentriert sich auf vier Fallgruppen: (1.) Bei intrinsischen Diskriminierungen⁴⁸ muss das Recht das Freiheitsinteresse des Handelnden bereits besonders schützen, damit eine darauf basierende Ungleichbehandlung im Ausgangspunkt gerechtfertigt werden kann. Das ist beispielsweise aufgrund der grundrechtlich akzeptierten Eigenrationalität von Religions- und Glaubensgemeinschaften der Fall.⁴⁹ Zugleich ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine systeminterne Begrenzung der mit der Ausübung dieser Freiheit einhergehenden Expansion in die Freiheitsbereiche nicht anpassungsfähiger Personen.⁵⁰ Damit reagiert das (Nichtdiskriminierungs-) Recht auf einen klassischen Freiheitskonflikt, der sich auf bestimmte Merkmalsträger gravierender auswirkt als auf andere: Es geht, wie *Bernhard Schlink* jüngst herausgearbeitet hat, nicht darum, dass die Religionsgemeinschaften etwas zu ihrer Angelegenheit machen. „Streitig kann nur sein, ob den Kirchen, wenn sie etwas zu ihrer Angelegenheit machen, mehr zuwächst als jedermann, der etwas zu seiner Angelegenheit macht: eine Verfügungsmacht über die Angelegenheiten der anderen, die für das Verfolgen der eigenen Angelegenheit gebraucht werden und [sich] dabei begegnen.“⁵¹ Das Problem entsteht, weil die Eigenrationalität der Religionsgemeinschaften einen Freiheitsraum beansprucht, den andere Akteure nicht haben. Dort sind „alle Spieler gleich, das Spiel [ist] die Angelegenheit aller zusammen, und welche Regeln gelten sollen, muß gemeinsam verhandelt und vereinbart werden. Wenn ein kirchlicher Spieler mitspielt, soll das nicht mehr gelten, soll das Spiel nicht mehr die Angelegenheit aller zusammen, sondern allein die Angelegenheit des kirchlichen Spielers sein und soll er die Regeln festsetzen dürfen, nach denen er mit den anderen und die anderen mit ihm spielen.“⁵² *Schlink* bezeichnet das überzeugend als ein „*usurpatorisches Verständnis* der eigenen Angelegenheit, das Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV damit unterlegt wird.“⁵³ Damit meint er nichts anderes als die hier angesprochenen expansiven Tendenzen der Eigenrationalität religiöser Kommunikationen. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht setzt diesen usurpatorischen Tendenzen Grenzen.

47 Siehe § 6 V 2 b) (4) und VI 1.

48 Zum Begriff oben § 6 V 1 c).

49 Dazu § 6 VI 2 b) und 3 a) (1).

50 Siehe § 6 VI 2 b).

51 Dazu jetzt instruktiv *Schlink*, JZ 2013, 209, 211.

52 *Schlink*, JZ 2013, 209, 212.

53 *Schlink*, JZ 2013, 209, 212 (Hervorhebung im Original).

(2.) Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Alters ist insoweit besonders illustrativ, weil es einen diskursiven Rahmen schafft, in dem die Segmentierung von Lebensläufen diskutiert werden kann.⁵⁴ Das Verbot wird mit großzügigen Rechtfertigungsmöglichkeiten flankiert, die sich ebenfalls diskursiv erklären lassen. Das Alter fungiert in politischen und sozialen Diskursen als distributives Kriterium für die Verteilung von Gütern. Das Nichtdiskriminierungsrecht zeigt sich besonders sensibel für die Diskurse, die in gesetzgeberischen Verfahren gesteuert werden oder als Interessenausgleich von den Sozialpartnern verhandelt werden.⁵⁵ Damit wahrt es die Eigenrationalität des politischen Systems und es respektiert die grundrechtlich abgesicherte Koalitionsfreiheit. Aufschlussreich ist, dass die Rechtfertigungsanforderungen steigen, soweit die betroffene Person in ihrer gleichen Freiheit beschränkt wird, ihre Arbeitskraft am Markt zu vergleichbaren Bedingungen wieder anzubieten. Insoweit beschränkt das Nichtdiskriminierungsrecht das paternalistische Zusammenwirken von rationaler Kostenminimierung (des Unternehmens) und sozialer Teilabsicherung (im politischen System).⁵⁶

(3.) Besonderes Augenmerk verdient die Rechtfertigung instrumentaler Diskriminierungen bei bestehenden Kundenpräferenzen.⁵⁷ Der private Akteur handelt rational, wenn er sie bei seinen Entscheidungen berücksichtigt. Der autonome Systemcharakter des Rechts steht aber der kritiklosen Öffnung für ökonomische Zusammenhänge entgegen.⁵⁸ Der ökonomische Rationalitätsgewinn muss nach rechtlichen Maßstäben daraufhin überprüft werden, ob er auch *rechtlich* legitim ist. Das setzt voraus, dass er sich an den Zielen des AGG messen lassen muss. Das Prinzip ökonomischer Effizienz wird damit Gegenstand einer Gerechtigkeitskontrolle, deren Maßstäbe insoweit vom Recht vorgegeben sind. Eine ungefilterte Berücksichtigung von Kundenpräferenzen ermöglicht den Fortbestand sozialer Hierarchien und stereotyper Bilder und desavouiert damit den Normzweck des Nichtdiskriminierungsrechts. Zugleich muss sich das Nichtdiskriminierungsrecht aber auch ausreichend kontextsensitiv für die speziellen Kommunikationsbedürfnisse in den verschiedenen Umwelten des Rechts zeigen.

(4.) Besonders deutlich ist der Zusammenprall ökonomischer Rationalität und der Rationalität des Nichtdiskriminierungsrechts bei der Frage, ob ungleiche Bedingungen für Frauen und Männer in Versicherungsverträgen als rationale Form einer kostenbasierten statistischen Diskriminierung zulässig sind.⁵⁹ Der Versicherer verfolgt damit einen legitimen Zweck, weil er in Ausübung seiner unterneh-

54 Siehe oben § 6 III 6.

55 Oben § 6 VI 2 c).

56 Oben § 6 VI 2 c).

57 Dazu § 6 VI 2 d) (3) und 3 a) (3).

58 Siehe § 6 VI 3 a) (3).

59 Siehe § 6 V 1 b) und VI 3 b).

merischen Freiheit risikoadäquate Versicherungsleistungen anbietet. Die Anknüpfung an das Geschlecht als Stellvertretermerkmal des Hauptmerkmals „versichertes Risiko“ ist angesichts des strukturellen Informationsdefizits des Versicherers — ökonomisch gesehen — rational. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht registriert diesen Vorgang aber als unmittelbare Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts und knüpft daran Rechtfertigungspflichten.⁶⁰ Der Anspruch des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die Prämienkalkulation von Versicherungen zu regeln, irritiert wiederum im Wirtschaftssystem, weil das Recht die Expansion ökonomischer Rationalität mit einer – aus ökonomischer Sicht – systemfremden Begründung begrenzt. Diese Begrenzung ist aber notwendig, wenn das Recht sein Versprechen, als gleicher Akteur am Markt handeln zu können, auch Frauen gegenüber einhalten will.

3. Konsequenz: Mehr Gleichheitsdenken im Privatrecht

Der traditionelle Privatrechtsdiskurs weist dem Freiheits- und dem Gleichheitsargument ungleiche Ausgangspositionen zu. Das belegt die unglückliche Debatte zum Kontrahierungszwang.⁶¹ Das Argument *pro libertate* hat es schon strategisch einfacher. Es kann an die lange Tradition der freiheitsrechtlichen Konzeption des Privatrechts anknüpfen. Freiheit wird hier ganz konkret als negative Freiheit konzipiert.⁶² Darin wird eine für die Privatrechtsordnung fundamentale Rechtsposition des Benachteiligten gesehen.⁶³ Dieses Prinzip ist – als Grundsatz (!) – seinen Vertretern so wichtig, dass sie bereit sind, einen immateriellen Schadensersatz zu akzeptieren, der den Anspruchsschuldner idR wirtschaftlich weit härter trifft.⁶⁴ Das kann man nur auf Grundlage einer – meistens unausgesprochenen – Prämisse rechtfertigen: Zwischen den Beteiligten herrscht auch tatsächlich gleiche rechtliche Freiheit. Diese These setzt aber voraus, dass jeder von seiner negativen Vertragsfreiheit in den jeweiligen sozialen Kontexten⁶⁵ in gleichem Maße Gebrauch machen kann und jeder davon potentiell auch gleich betroffen ist. Das aber ist gerade nicht der Fall. Das zweite Gleichheitsproblem ist in den einzelnen Teilsystemen der Gesellschaft nicht gelöst.⁶⁶ Man kann es auch nicht mehr ausblenden. Die schiere Existenz des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts zwingt uns, es wahrzunehmen. Damit versucht das Recht, eine privatrechtliche Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem zu geben. Das spezielle

60 Siehe § 6 V 1 c), VI 1 c) (2) und VI 3 b).

61 Dazu oben § 6 VII 2 a).

62 Exemplarisch zuletzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 2 c).

63 Armbrüster, NJW 2007, 1494, 1496.

64 Armbrüster, NJW 2007, 1494, 1496.

65 Dazu oben § 6 VIII 1.

66 Siehe dazu oben § 2 III 3.

Nichtdiskriminierungsrecht ist auch kein spezielles Persönlichkeitsrecht;⁶⁷ es ist spezielles Gleichbehandlungsrecht. Das gilt auch für die dogmatische Einordnung des Entschädigungsanspruchs für immaterielle Schäden bei Verletzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung.⁶⁸ Wenn der Benachteiligende gegenüber anderen, die das diskriminierende Merkmal nicht aufweisen, in einer bestimmten Weise rechtsgeschäftlich agiert, dem Benachteiligten aber „nur“ eine Entschädigung in Geld und gerade nicht die angestrebte Leistung schuldet, perpetuierte das Nichtdiskriminierungsrecht die ungleiche Behandlung auf Rechtsfolgenebene. Diesen Zusammenhang gilt es zu erkennen und zu durchbrechen. Die Debatte um den Kontrahierungszwang oder die Begründung des Entschädigungsanspruchs steht stellvertretend dafür, wie schwer es dem Privatrechtsdiskurs nach wie vor fällt, das zweite Gleichheitsproblem als genuin privatrechtliche Herausforderung zu begreifen und daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Die „Angst“ vor dem freiheitszerstörenden Potential des Nichtdiskriminierungsprinzips⁶⁹ sitzt im deutschen Denken anscheinend so tief, dass man im Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit, zwischen Privatautonomie und Diskriminierungsverbot auf Rechtsfolgenebene erneut abwägen will. Es gibt aber nichts mehr abzuwägen. Wenn die Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen ist, tritt nach der Entscheidung des Gesetzes die Privatautonomie auch im Ergebnis hinter den Anspruch auf Gleichbehandlung zurück. Dieses primäre subjektive Recht wird über den Beseitigungsanspruch als sekundäres subjektives Recht verwirklicht.⁷⁰

Diese Debatte und die unglückliche Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Diskriminierungsverboten sind nach meiner Einschätzung Hinweise darauf, dass eine grundlegende Verankerung von Gleichheit und Gleichbehandlung im Privatrecht dringend notwendig ist. Im Unterschied zu *Friedemann Kainer* hängt die Komplexität des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit nicht davon ab, ob man einen weiten oder engen Anwendungsbereich des spezifischen Nichtdiskriminierungsrechts befürwortet.⁷¹ Der fehlgeschlagene Versuch im geltenden Recht, den Anwendungsbereich möglichst klein zu fassen, führt lediglich zu einer methodischen Verlagerung der Abwägungsprozesse. Ein weiterer Anwendungsbereich würde sie zumindest im Rechtfertigungsdiskurs belassen. Ich glaube daher, dass sein Vorschlag, den Anwendungsbereich „distributiver Gleichbehandlungspflichten“ zu beschränken, genau in die falsche Richtung weist.⁷² In der Sache ähnlich hat *Axel Metzger* die klassische Konzeption des Verhältnisses von

67 So aber *Busche*, Privatautonomie, 1999, 287 f; *Armbrüster*, KritV 2005, 41, 46; *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1496 f und jetzt dezidiert *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, 125 (und passim).

68 Siehe § 6 VII 2 b).

69 Dazu bereits oben § 4 I 2 c).

70 Dazu § 6 VI 2 a).

71 Anders *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 6 II 2, § 7 II 2, § 8.

72 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 8.

Gleichbehandlung und Vertragsfreiheit jüngst noch „als das Zusammenspiel zweier Prinzipien mit unterschiedlichen Gewichten“ beschrieben, „bei dem das Prinzip der Vertragsfreiheit den Vorrang genießt, während das Prinzip der Gleichbehandlung nur in Sonderfällen zum Tragen kommt“⁷³. Soweit damit eine Zustandsbeschreibung des geltenden Rechts gemeint ist, erschüttern die Ergebnisse der hier vorgelegten Untersuchung der allgemeinen Gleichbehandlungspflichten⁷⁴ und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts diese Auffassung. Anzahl und Reichweite lassen es kaum mehr zu, von „Sonderfällen“ zu sprechen. Das macht es unumgänglich, eine neue Konzeption zu entwickeln, die das Verhältnis beider Prinzipien besser spezifizieren kann.

73 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 879.

74 Siehe § 5 IX.

3. Teil:

Das Prinzip der personalen Gleichheit

§ 7 Versuch einer Neukonzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht

I. Überblick

1. Strukturprinzipien des geltenden Rechts

a) Ungleichbehandlung und Rechtfertigungsstrukturen im geltenden Recht

Die Untersuchung ging von der Hypothese aus, dass das deutsche und europäische Zivilrecht einen Gleichbehandlungsgrundsatz kennen, nach dem ein Privatrechtssubjekt die Ungleichbehandlung einer anderen Person grundsätzlich mit sachlichen Gründen zu rechtfertigen hat (allgemeines Gleichbehandlungsgebot) und bestimmte Gründe eine Ungleichbehandlung grundsätzlich nicht rechtfertigen können (Diskriminierungsverbot).¹ Daraus lässt sich eine einheitliche Grundstruktur des Gleichbehandlungsanspruchs und der Diskriminierungsverbote im Privatrecht konzipieren. Die Analyse allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze² und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts³ kann diese These im Grundsatz bestätigen. Die Untersuchung in den §§ 5 und 6 ergibt im Wesentlichen folgende gemeinsame analytische Struktur von Gleichbehandlungsansprüchen: Mit der Vielzahl allgemeiner Gleichbehandlungsgebote bildet das Recht die in der Umwelt des Rechts bestehende Erwartung der Akteure, gleich behandelt zu werden, systemintern ab.⁴ Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht zwingt das Recht ebenfalls dazu, spezifische Ungleichbehandlungen aufgrund bestimmter Merkmale in der Umwelt des Rechts als Problem innerhalb des Rechts wahrzunehmen. Damit versucht das Recht, eine privatrechtliche Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem zu geben.⁵ Der herkömmlichen Vorrangregel („Präponderanz der Freiheit“⁶) ist es nicht gelungen, die schiere Bandbreite allgemeiner Gleichbehandlungspflichten und die Existenz und Reichweite des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts überzeugend zu erklären. Deshalb ist eine neue Konzeption zu

1 Siehe oben § 1 III.

2 Siehe oben § 5 I-VIII.

3 Dazu oben § 6 II-VII.

4 Dazu oben § 5 IX 2 b).

5 Siehe oben § 6 VIII 3.

6 Zur Herkunft des Begriffs oben § 4 I 2 c).

entwickeln, die das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit besser spezifizieren kann.

Als Ausgangspunkt dafür eignet sich die Präsomtion der Gleichheit als prozedurales Verteilungsprinzip:⁷ Gleichbehandlung wird darin zum Grundsatz, Ungleichbehandlung zur rechtfertigungsbedürftigen Maßnahme. Entgegen der traditionellen Auffassung ist also nicht mehr begründungsbedürftig, „wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“⁸ Darauf basieren die beiden gemeinsamen Strukturelemente der allgemeinen Gleichbehandlungsgebote und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts: Ungleichbehandlung und Rechtfertigung.

Die Ungleichbehandlung wird auf Grundlage eines deskriptiven Ansatzes ermittelt:⁹ Werden Personen oder Personengruppen im Vergleich zu anderen Personen oder Personengruppen unterschiedlich behandelt, liegt eine Ungleichbehandlung vor. Ungleichbehandlung ist eine nicht-identische Behandlung mindestens zweier Personen in einer – auch nur hypothetischen¹⁰ – Vergleichssituation. Der deskriptive Ansatz ist notwendig, um jede Ungleichbehandlung tatbestandlich erfassen und deutlich von den Gründen unterscheiden zu können, die für oder gegen eine Gleichbehandlung sprechen.¹¹ Die Gründe für eine Ungleichbehandlung interessieren auf dieser Ebene nicht. Sie werden erst bei der Prüfung der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung relevant. Der Rechtfertigungsprüfung kommt für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die zentrale Rolle zu.¹² Ihre Aufgabe ist es, die Kollision zwischen der Ungleichbehandlung als Instrument von Freiheitsausübung einerseits und der gegenläufigen Erwartung zur Gleichbehandlung¹³ andererseits aufzulösen. Ausgangspunkt dafür ist das vom Recht jedem Akteur gegebene Versprechen *gleicher Freiheit*.¹⁴ Daraus folgt, dass Freiheits- und Gleichbehandlungsinteressen prinzipiell gleichrangig sind. Nach meiner Auffassung gibt es daher keine „Präponderanz der Freiheit“. Die Freiheit zur Ungleichbehandlung setzt sich erst durch, wenn die Ungleichbehandlung ge-

7 Eingehend unten § 8 II.

8 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 159, der allerdings auf halbem Weg stehen bleibt, dazu unten § 7 IV 2 b) (2).

9 Ausführlich zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter § 5 I 4 b), zum verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter § 5 II 4 b) (1) und zu den wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätzen unter § 5 IV 2 b) (2), 3 c) (3) und 4 c) sowie zum speziellen Nichtdiskriminierungsrecht unter § 6 IV 2 a).

10 Siehe dazu § 6 V 2 a) (1) (bb).

11 Vertiefend oben unter § 6 IV 2 a).

12 Ausführlich zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter § 5 I 4 c), zum verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter § 5 II 4 c), zu den kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten siehe § 5 III 2 b) (2) und III 4, zu den wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätzen unter § 5 IV 2 b) (3), 3 c) (4) und 4 d); zum Kontrahierungszwang siehe § 5 VI 2 c), zur Gleichbehandlung bei Gläubiger- und Schuldnermehrheiten § 5 VII 2 c sowie zum speziellen Nichtdiskriminierungsrecht unter § 6 VI.

13 Dazu oben § 5 IX 2 b).

14 Dazu oben § 2 I 4 und III.

rechtfertigt werden kann. Aus der grundsätzlichen Gleichstufigkeit beider Prinzipien folgt aber auch, dass der Gleichheit ebenso wenig ein inhaltlicher Vorrang zukommt. Daher muss die Rechtfertigungsprüfung so strukturiert werden, dass sich die Gleichrangigkeit im Rechtfertigungsdiskurs widerspiegelt. Diese Aufgabe übernimmt ein System abgestufter Kontrolldichte.

Die Analyse der anerkannten Rechtfertigungsgründe hat ergeben, dass das geltende Recht im Ausgangspunkt drei Rechtfertigungskonstellationen kennt: (1.) ein Sachlichkeitsgebot, (2.) besondere Differenzierungs-, Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverbote, bei denen entweder (a) die Anzahl möglicher Rechtfertigungsgründe beschränkt wird oder die Anknüpfung an bestimmte Merkmale (b) grundsätzlich oder (c) absolut verboten wird, und (3.) den „positiven Maßnahmen“¹⁵, bei denen die Ungleichbehandlung ein Mittel zur Herstellung materialer Gleichbehandlung ist.

Im Anwendungsbereich eines Sachlichkeitsgebots genügt für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung jeder sachliche Grund. Das ist die klassische Situation im Anwendungsbereich allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze.¹⁶ Die Differenzierung ist zulässig, wenn es mindestens einen zureichenden rationalen Grund für die Ungleichbehandlung gibt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz enthält selbst keinen inhaltlichen Maßstab zur Beantwortung der Frage, welche Gründe legitim sind.¹⁷ Die dafür einschlägigen Gesichtspunkte und Wertungen sind jeweils bereichsspezifisch in den Rechtfertigungsdiskurs einzubringen: Beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch ist sachlicher Grund der mit der Differenzierung verfolgte Regelungszweck;¹⁸ beim verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist es das Unternehmensinteresse;¹⁹ bei den Gleichbehandlungspflichten von Wertpapieremittenten sowie Insiderverboten, Ad-hoc-Publizität und der Prospektpflicht bezieht sich die Gleichbehandlung auf den Zugang zu marktrelevanten Informationen;²⁰ beim allgemeinen übernahmerechtlichen Gleichbehandlungsanspruch²¹ und dem Gleichbehandlungsgebot von Finanzintermediären²² kommt es auf die kapitalmarktrechtlichen Funktionen der Transparenz und des Anlegerschutzes an.²³ Besonders deutlich wird das Gebot sachlicher Rechtfertigung im Wettbewerbsrecht. Eine *prima facie* von Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV erfasste tatbestandliche Diskriminierung kann mit jeder legitimen geschäftlichen Erwägung gerechtfertigt werden, sofern sie mit den Zielen ei-

15 Zum Begriff oben § 6 VI 3 g).

16 Siehe dazu die Ergebnisse der Analyse oben § 5 IX 1.

17 Siehe oben § 6 I 1.

18 Dazu oben § 5 I 4 c).

19 Siehe oben § 5 II 4 c).

20 Oben § 5 III 2 b) (2) und 3.

21 Siehe § 5 III 4 a).

22 Siehe § 5 III 5.

23 Vgl. dazu auch § 5 III 1.

nes freien Wettbewerbs vereinbar ist.²⁴ Die vom Missbrauchsverbot (Art. 102 S. 1 AEUV) oder vom Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB) erfasste Weigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens, neue Geschäftsbeziehungen mit einem potentiellen Handelspartner aufzunehmen, kann im Regelfall mit der Vertragsfreiheit des Unternehmens gerechtfertigt werden, sofern nicht besondere „außergewöhnliche“ Umstände vorliegen. Erst wenn diese gegeben sind, steigen die Rechtfertigungsanforderungen erheblich an. Das ist etwa der Fall, wenn die Marktgegenseite vom Angebot des Normadressaten abhängig ist.²⁵

In der zweiten Fallgruppe kollidiert das freiheitsrechtlich fundierte Interesse an einer Ungleichbehandlung mit einem gesteigerten Interesse an Gleichbehandlung. Die Balance verschiebt sich zugunsten der Erwartung gleicher Behandlung. Daher intensiviert das Recht die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe. Die „Kontrolldichte“ steigt an. Für die Rechtfertigung genügt nicht mehr jeder sachliche Grund („Willkürkontrolle“). Bei instrumentalen Ungleichbehandlungen, mit denen ein externes Handlungsziel angestrebt wird,²⁶ wird die Auflösung dieser Kollision im Regelfall dem Rechtsanwender übertragen. Dafür steht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Metaregel zur Verfügung.²⁷ Dieser setzt sich mittlerweile auch in der Rechtfertigungsprüfung des allgemeinen arbeitsrechtlichen²⁸ und des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes²⁹ durch. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nimmt im Regelfall den vom ungleich Behandelnden gesetzten Zweck hin und akzeptiert damit die von ihm verfolgten Ziele. Damit respektiert der Gleichbehandlungsgrundsatz die Eigenrationalität des jeweils einschlägigen Handlungssystems.³⁰ In drei typischen Fallkonstellationen modifiziert er jedoch die Anforderungen an die legitimen Gründe:

- a) Kennzeichnend für die erste Fallgruppe ist die Reduktion der Anzahl möglicher Rechtfertigungsgründe. Ein Beispiel dafür ist die Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen. Das marktbeherrschende Unternehmen kann diese nur mit den in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB abschließend aufgezählten Kriterien sachlich rechtfertigen. Die Reduktion zulässiger Gründe kann auch bis zum Ausschluss aller Rechtfertigungsgründe führen. Dann lässt sich überhaupt kein sachlicher Grund für eine Differenzierung mehr finden. Das sind die Fälle sogenannter „absoluter Gleichbehandlung“. Beispiele dafür sind die besonderen Gleichbehandlungssätze im Verbandsrecht oder im Kapitalmarktrecht: So schließt beispielsweise 186 Abs. 1 S. 1 AktG die

24 Näher § 5 IV 2 b) (3).

25 Siehe § 5 IV 1 und 3 c) (4).

26 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 c).

27 Zu dieser Funktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Privatrecht jüngst *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 330 ff mwN.

28 Siehe § 5 I 4 c).

29 Oben § 5 II 5 c).

30 Zum Begriff und zum damit beschriebenen Problem näher oben § 6 VIII 2.

Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung einzelner Aktionäre bei der Zuteilung von Aktien nach einer Kapitalerhöhung aus. Er reduziert damit die Anzahl zulässiger Gründe auf „Null“. Genauso lässt sich auch der Grundsatz gleicher Partizipation aller Wertpapierinhaber bei Übernahme- und Pflichtangeboten (§§ 29 ff, 35 ff WpÜG) interpretieren. Beim Vor-, Parallel- und Nacherwerb schließt das Gesetz die Möglichkeit sachlicher Gründe für eine Ungleichbehandlung aus. Diese kann dort ebenfalls nicht gerechtfertigt werden.³¹

- b) Charakteristisch für die zweite Fallgruppe ist der Ausschluss bestimmter Differenzierungsgründe vom Katalog legitimer Rechtfertigungsgründe. Eine dennoch anhand des Merkmals erfolgte Unterscheidung kann lediglich im Einzelfall gerechtfertigt werden („grundsätzliches Anknüpfungsverbot“). Handelt es sich um eine intrinsische Ungleichbehandlung,³² überwiegt in dieser Fallgruppe in der Regel das Interesse an Gleichbehandlung. Das intrinsische Interesse an einer Ungleichbehandlung kann allerdings in besonderem Maße freiheitsrechtlich geschützt sein. Darauf reagiert das Gleichbehandlungsrecht mit zwei Strategien: (1.) Es beschränkt seinen sachlichen Anwendungsbereich. Ein Beispiel dafür ist die Bereichsausnahme für besondere Nähe- und Vertrauensverhältnisse in § 19 Abs. 5 S. 1 AGG.³³ In der Sache handelt es sich um einen vorgezogenen Rechtfertigungsgrund. (2.) Der Gleichbehandlungsgrundsatz sieht die Rechtfertigungsmöglichkeit ausdrücklich vor. Die Privilegierung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht ist ein Beispiel dafür.³⁴ Bei instrumentalen Diskriminierungen³⁵ kommt es dagegen regelmäßig zu einer vom Verhältnismäßigkeitsprinzip strukturierten Rechtfertigungsprüfung. Beispiele dafür sind die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung (§ 10 AGG und Art. 6 RL 2000/78/EG),³⁶ die zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen (§ 8 AGG)³⁷ und die Rechtfertigung einer zivilrechtlichen Ungleichbehandlung (§ 20 Abs. 1 AGG)³⁸.
- c) Das Gleichbehandlungsgebot kann schließlich auch eine Anknüpfung an ein bestimmtes Merkmal absolut verbieten (striktes Anknüpfungsverbot). Das beste Beispiel dafür ist die Differenzierung nach Rasse und ethnischer Herkunft im Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots.³⁹

31 Siehe § 5 III 4 b) (2).

32 Zu den Begriffen oben § 6 V 1 c).

33 Siehe § 6 IV 1 c) (3).

34 Siehe § 6 VI 2 b).

35 Zum Begriff oben § 6 V 1 c).

36 Oben § 6 VI 2 c).

37 Siehe § 6 VI 2 d).

38 Siehe § 6 VI 3 a).

39 Siehe oben § 6 VI 3 f).

Das gleichheitsrechtliche Interesse an der Verwirklichung materialer Gleichheit auch in den einzelnen Funktionssystemen der Gesellschaft kann mit dem Interesse an formaler Gleichheit kollidieren.⁴⁰ Die daraus resultierende Ungleichbehandlung stellt das Recht vor ein Rechtfertigungsproblem, das auf zwei Ebenen gelöst werden kann: (a) Man sieht darin einen Anwendungsfall des Sachlichkeitsgebots mit dementsprechend niedrigen Rechtfertigungsanforderungen. (b) Es liegt ein Anwendungsfall eines Anknüpfungsverbots vor. Dann muss die formale Ungleichbehandlung anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden. Das U.S.-amerikanische, das europäische und das deutsche Nichtdiskriminierungsrecht haben sich im Ausgangspunkt für die zweite Lösung entschieden.⁴¹ Daher sind positive Maßnahmen ein Teilaspekt der allgemeinen Rechtfertigungsproblematik. Auf ihre besonderen Schwierigkeiten bin ich bereits im Zusammenhang mit der Rechtfertigung einer formalen Diskriminierung eingegangen. Daher konzentriere ich mich im Folgenden auf die beiden Grundelemente des Prinzips der personalen Gleichheit: die Ungleichbehandlung und ihre Rechtfertigungsmöglichkeiten.

b) Rechtsfolgen

(1) Ausgangspunkt

Erhebliche Unterschiede lassen sich im geltenden Recht bezüglich der Rechtsfolgen von Verstößen gegen Gleichbehandlungspflichten feststellen. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht kennt ein umfassend ausgebautes Rechtsschutz- und Rechtsdurchsetzungsregime.⁴² Das ist Teil der „starken Konzeption“ des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts im europäischen Mehrebenensystem.⁴³ Seine Grundkoordinaten sind maßgeblich sekundärrechtlich geprägt.⁴⁴ Es präferiert präventive Maßnahmen, mit denen strukturelle Diskriminierung als ein Problem reflexiven Rechts angesehen wird, das am Besten durch regulierte Selbstregulierung der Beteiligten zu lösen ist.⁴⁵ Den zweiten Pfeiler bildet die unionsrechtlich vorgesehene Pflicht, für die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu sorgen: Das setzt zum einen voraus, dass gegen ihn verstoßende Rechtsgeschäfte und Maßnahmen nichtig bzw. unwirksam sind.⁴⁶ Zum anderen müssen im spezi-

40 Dazu oben § 6 VI 3 g).

41 Siehe oben § 6 VII 1.

42 Dazu oben § 6 VII.

43 Zum Begriff *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 344 ff; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 315 ff.

44 Einzelheiten unter § 6 VII 1.

45 Dazu eingehend *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, 2010, 166 ff; siehe oben § 6 VII 4 a.

46 Dazu § 6 VII 1 a.).

ellen Nichtdiskriminierungsrecht geeignete Sanktionen bereitstehen, um eine effektive Durchsetzung zu gewährleisten.⁴⁷ Darunter fallen im geltenden Recht vor allem der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch⁴⁸ sowie die Schadensersatzansprüche für materielle und immaterielle Verletzungen des Gleichbehandlungsanspruchs⁴⁹. Die dritte Säule ist das Viktimisierungsprinzip, das vor negativen Reaktionen im Zusammenhang mit der Aufdeckung und Rechtsdurchsetzung von Diskriminierungen schützt.⁵⁰ Den vierten Pfeiler bilden die besonderen Instrumente zur Rechtsdurchsetzung, vor allem die Beweiserleichterungen⁵¹ und die Möglichkeit zur kollektiven Rechtsverfolgung⁵². Die Rechtsfolgen allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze sind im Vergleich dazu deutlich weniger kohärent ausgestaltet. Sie werden maßgeblich von der jeweiligen Regelungsmaterie beeinflusst. Dabei zeigen sich zunächst deutliche Unterschiede. Diese werden besonders sichtbar, wenn man die verschiedenen Aspekte kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungspflichten⁵³ einerseits mit den Rechtsfolgen von Verstößen gegen die wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote⁵⁴ andererseits vergleicht. Während sich die Rechtsfolgen im Kapitalmarktrecht streng am jeweiligen Regelungskontext orientieren, lassen sich die Rechtsfolgen im Wettbewerbsrecht auf eine einheitliche Anspruchsgrundlage (§ 33 GWB) zurückführen. Zwei Bausteine sind allerdings regelmäßig vorhanden:⁵⁵ (1.) die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Maßnahme und (2.) ein sekundäres subjektives Recht auf Beseitigung des gleichheitswidrigen Zustandes.

(2) Rechtsfolgen der jeweiligen Gleichbehandlungspflichten im Überblick

Beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch hängen die Rechtsfolgen davon ab, welche einseitige Maßnahme des Arbeitgebers betroffen ist.⁵⁶ Benachteiligende einseitige Maßnahmen sind nichtig bzw. unwirksam. Handelt es sich um einen Begünstigungsausschluss, kann der Arbeitnehmer im Regelfall verlangen, nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer behandelt zu werden. Das dient der effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs. Dieser Anspruch ist in der Sache ein Anspruch auf Beseitigung der Ungleichbehandlung. Der Arbeitnehmer hat aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen

47 Siehe § 6 VII 1 b).

48 Siehe oben § 6 VII 2 a).

49 Dazu oben § 6 VII 2 b).

50 Siehe § 6 VII 1 c).

51 Siehe § 6 VII 1 d) (1).

52 Dazu § 6 VII 1 d) (2).

53 Dazu § 5 III 2 b) (3) und § 5 III 3.

54 Zum Folgenden siehe oben § 5 IV 2 c) und § 5 IV 3 c) (5).

55 Zum hier verfolgten Induktionsschluss bei der Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze näher Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 47 ff.

56 Zum Folgenden siehe näher oben § 5 I 2.

Schwierigkeiten des Arbeitgebers, die gleichheitswidrig geleistete Vergünstigung vom Drittbegünstigten zurückzuverlangen, grundsätzlich einen Anspruch auf „Anpassung nach oben“.

Ähnlich sind die Rechtsfolgen der Verletzung des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁵⁷ Die gleichbehandlungswidrige Maßnahme ist unwirksam, die konkrete Ausgestaltung der Unwirksamkeit (Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit) hängt von der Organisationsverfassung der jeweiligen Gesellschaft ab. Bei der Bruchteilsgemeinschaft und der Wohnungseigentümergeinschaft ist ein Beschluss, der den Gleichbehandlungsanspruch verletzt, unwirksam.⁵⁸ Die jeweilige Haftungsverfassung der Gesellschaft wirft schwierige Fragen auf, wie ein gleichbehandlungswidriger Ausschluss des Gesellschafters von Sondervorteilen zu beseitigen ist. Dafür stehen im Wesentlichen zwei unterschiedliche Wege zur Verfügung: Die Ungleichbehandlung kann entweder beseitigt werden, indem der gleichheitswidrig Begünstigte die gewährten Sondervorteile der Gesellschaft erstattet, oder indem dem benachteiligten Gesellschafter der gleiche Vorteil ebenfalls gewährt wird. Gemeinsam ist beiden Fällen, dass jeweils ein gleichbehandlungskonformer Zustand herbeizuführen ist.⁵⁹

Der Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflichten von Wertpapieremittenten ist ebenfalls mit aktiver Gleichbehandlung zu beseitigen. Den benachteiligten Personen sind dieselben Informationen zugänglich zu machen.⁶⁰ Beim Verstoß gegen das Insiderhandelsverbot sorgt bereits die gesetzliche Regelung dafür, dass die darin liegende Ungleichbehandlung ohne Weiteres beseitigt wird.⁶¹ Gibt der Erwerber ein freiwilliges Angebot zum Erwerb von Wertpapieren iSv § 19 WpÜG ab, und sind mehr Anteilseigner der Zielgesellschaft bereit zu veräußern, als er Anteile erwerben möchte, ist ein Erwerbsangebot, dem ein sachlich nicht gerechtfertigter Aufteilungsmaßstab zugrunde liegt, nichtig. An deren Stelle tritt die vom Gesetz vorgesehene *pro-rata*-Regel und die Wertpapierinhaber haben danach Anspruch auf anteilmäßige Berücksichtigung. Damit wird die Ungleichbehandlung effektiv beseitigt.⁶² Die gleiche Partizipation ist auch Kerngedanke des übernahmerechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Übernahme- und Pflichtangeboten. Ob daraus ein Anspruch des einzelnen übergangenen Aktionärs auf Vertragsabschluss folgt, ist freilich umstritten.⁶³ Das hängt aber von der Prämisse ab, ob der übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 35 WpÜG lediglich ein Prinzip des objektiven Rechts ist oder dem einzelnen Aktio-

57 Siehe § 5 II 2.

58 Siehe oben § 5 II 2 b) (2) (zur Bruchteilsgemeinschaft) und § 5 II 5 d) (zur Wohnungseigentümergeinschaft).

59 Dazu oben § 5 II 2.

60 Oben § 5 III 2 b) (3).

61 Dazu § 5 III 3.

62 Dazu § 5 III 4 b) (1).

63 Dazu § 5 III 4 b) (2).

när auch subjektive Ansprüche verleiht. Teilt man die zweite Auffassung, ist der Anspruch zu bejahen.

Ganz deutlich ausgeprägt sind beide Sanktionselemente des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Wettbewerbsrecht.⁶⁴ Diskriminierende Wettbewerbsbeschränkungen sind nichtig bzw. unwirksam. Das diskriminierte Unternehmen hat einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der diskriminierenden Behandlung, § 33 Abs. 1 S. 1 GWB. Daraus folgt im Regelfall eine „Anpassung nach oben“. Das Ziel der wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlung ist es, die Störung komplett zu beseitigen. Das ist im Regelfall nur über einen Kontrahierungszwang möglich.

Liegen die Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwangs vor, besteht zwischen dem Anbieter und dem Vertragsinteressenten ein gesetzliches Schuldverhältnis, das auf Abschluss eines Vertrages gerichtet ist.⁶⁵ Bei der teilweisen unverschuldeten Unmöglichkeit einer Gattungsschuld konkretisiert der Gleichbehandlungsgrundsatz den jeweils geschuldeten Inhalt des Schuldverhältnisses, weil der Schuldner nur zur anteilmäßigen Lieferung berechtigt und verpflichtet ist.⁶⁶

Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht teilt diesen Ausgangspunkt. Die Mitgliedstaaten müssen unionsrechtlich sicherstellen, dass alle mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbaren Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen nichtig sind.⁶⁷ Dem ist das nationale Recht für beide Benachteiligungsverbote nachgekommen, wobei im Einzelnen umstritten ist, ob sich die Nichtigkeit aus § 134 BGB ergibt oder bereits aus den Vorschriften des AGG selbst. Unwirksam sind zwangsläufig nur Rechtsgeschäfte. Die Unwirksamkeit betrifft lediglich das jeweilige Rechtsgeschäft, das gegen das Benachteiligungsverbot verstößt. Die Folgen tatsächlicher Handlungen sind über den Beseitigungsanspruch zu sanktionieren.⁶⁸ Der Normadressat des AGG schuldet jeder Person innerhalb des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des AGG, sie nicht ungleich zu behandeln oder zu belästigen bzw. zu diesen Handlungen anzuweisen. Dieser derart umrissene Anspruch auf Gleichbehandlung ist der vom AGG vorgesehene „Primäranspruch“. Er beruht auf *gesetzlicher* Anordnung.⁶⁹ Daran knüpft das hier vorgeschlagene Verständnis von § 21 Abs. 1 S. 1 AGG als spezialgesetzliche Regelung des quasinegatorischen Beseitigungsanspruchs an. Ziel des Anspruchs ist es, die mit der Benachteiligung iSv § 3 AGG eingetretene Beeinträchtigung des Rechts auf Gleichbehandlung zu beseitigen. Weil die Beeinträchtigung in der un-

64 Dazu exemplarisch zu § 20 Abs. 1 GWB oben § 5 IV 3 c) (5).

65 Siehe § 5 VI 2 a).

66 Dazu § 5 VII 2 c).

67 Zum Folgenden oben § 6 VII 1 a).

68 Dazu oben § 6 VII 2 a).

69 Dazu oben § 6 VII 2 a) und VIII 1 d).

günstigen Behandlung bzw. Belästigung wegen eines verpönten Merkmals liegt, läuft ihre Beseitigung zwangsläufig auf die Beseitigung der Benachteiligungshandlung hinaus. Der Beseitigungsanspruch ist daher nichts anderes als die Fortsetzung des primären Gleichbehandlungsanspruchs aus § 19 AGG: die Ungleichbehandlung soll auch und gerade für die Vergangenheit „aufgehoben“ werden. Der Anspruch auf Beseitigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ist also die sekundäre Anordnung der vom AGG in § 19 verlangten (primären) Gleichbehandlung. Der Beseitigungsanspruch gilt auch für das beschäftigungsrechtliche Benachteiligungsverbot, obwohl eine ausdrückliche Regelung fehlt. Diese war nicht notwendig, weil § 21 Abs. 1 AGG seinerseits nur eine Konkretisierung allgemeiner quasinegatorischer Ansprüche ist. Ähnliches gilt für den Unterlassungsanspruch in § 21 Abs. 1 S. 2 AGG. Damit wird sichergestellt, dass der im AGG konkretisierte Anspruch jeder Person auf Gleichbehandlung nicht nur nach vollendeter Verletzung durch Schadensersatzansprüche geschützt wird, sondern schon präventiv die drohende Verletzung abwenden kann.

(3) Gemeinsamkeiten

Aus diesen Gemeinsamkeiten aller Gleichbehandlungsgrundsätze lassen sich für die weitere Untersuchung drei Ergebnisse festhalten: (1.) Der Verstoß gegen den als subjektives Recht konzipierten Gleichbehandlungsgrundsatz führt regelmäßig zur Nichtigkeit der einseitig belastenden Maßnahme. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist also eine externe Schranke der Rechtsmacht privater Rechtssubjekte. Die sich daraus ergebenden Probleme der Reichweite dieser Unwirksamkeit (Teil- oder Vollnichtigkeit) sind nach allgemeinen Regeln und kontextspezifisch zu lösen.⁷⁰ (2.) Der Verstoß gegen das Recht auf gleiche Behandlung löst, wenn eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht möglich ist, einen Anspruch auf Abwehr der drohenden und Beseitigung der eingetretenen Ungleichbehandlung aus. Die in § 21 Abs. 1 AGG dafür gefundene Regelung ist Ausdruck des allgemeinen, für alle Gleichbehandlungsansprüche geltenden Grundsatzes. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch sind konzeptionell gesehen die Fortsetzung des primären Gleichbehandlungsanspruchs. (3.) Alle übrigen Instrumente der Rechtsdurchsetzung (Schadensersatzansprüche, Beweiserleichterungen, kollektive Rechtsverfolgung) sind dagegen Ausdruck eines „starken Nichtdiskriminierungsrechts“ und als solche darauf angewiesen, dass sie ausdrücklich vom Gesetzgeber als subjektives Recht angeordnet werden. Sie sind daher nicht Bestandteil des hier vorgestellten Prinzips der personalen Gleichheit.

⁷⁰ Statt aller Bork, BGB AT, 2011, Rn. 1209 ff.

2. Normentheoretische Einordnung und Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit

a) Funktionen des Prinzips der personalen Gleichheit

Das „Prinzip personaler Gleichheit“ besteht aus zwei Faktoren: der Ungleichbehandlung und ihrer Rechtfertigung. Beide Begriffe sind verschiedenen Konzeptionen zugänglich. Hier wird dafür geworben, die Präsumption der Gleichbehandlung als beste Rekonstruktion der Ungleichbehandlung und die freiheitsrechtliche Konzeption des Rechtfertigungsmodells als überzeugendste Variante der Rechtfertigungsprüfung zu verstehen.

(1) Funktionsvielfalt

Die Bezeichnung des Prinzips personaler Gleichheit als „Prinzip“ ist unscharf, weil sie zahlreiche Interpretationsmöglichkeiten offen lässt.⁷¹ Spricht man von „Prinzipien“, ist zu klären, ob der Begriff iSd „Prinzipientheorien“ verstanden wird.⁷² Das betrifft die normentheoretische Konkretisierung des Modells. Daneben stellt sich die Frage nach seiner Funktion.⁷³ Prinzipien können sich als „Strukturentscheidungen“⁷⁴ auf eine heuristische Funktion beschränken. Sie strukturieren und systematisieren das Rechtsmaterial und reduzieren damit Komplexität. Nach klassischem Verständnis erleichtern sie damit die Orientierung der Rechtsanwender im System und dienen zugleich der Rechtssicherheit.⁷⁵ Im Ausgangspunkt handelt es sich dabei um eine rein erkenntnisorientierte Funktion. Rechtsprinzipien sind danach Leitgedanken und Rechtfertigungsgründe einer gesetzlichen Regelung, aber nicht die positive Regelung selbst.⁷⁶ In diesem Sinne interpretiert Jürgen Basedow das allgemeine Diskriminierungsverbot im Unionsrecht.⁷⁷ Gerade das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot hat jedoch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rs. *Defrenne II*⁷⁸, *Mangold*⁷⁹ und *Kü-*

71 Grundlegend zur Fragestellung bereits Esser, Grundsatz und Norm (1956), 1990, 2 f; aus jüngerer Zeit Jakab, Rechtstheorie 2006, 49 ff.

72 Zur „klassischen Variante“ der modernen Prinzipientheorie Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 22 ff und zur Ausprägung als Optimierungsverbot Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 75 ff; Alexy, 13 Ratio Juris 294 (2000); zu den Vorbildern siehe auch Alexy, 13 Ratio Juris 294 (2000) mwN.

73 Zum Überblick über die einzelnen Möglichkeiten siehe Jakab, Rechtstheorie 2006, 49, 60 ff.

74 Zum Begriff Jakab, Rechtstheorie 2006, 49, 56.

75 Jakab, Rechtstheorie 2006, 49, 60 f.

76 Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 1991, 132 ff unter Bezugnahme auf Larenz, Richtiges Recht, 1979.

77 Basedow, ZEuP 2008, 230, 244.

78 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455.

79 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981.

*cükdevci*⁸⁰ das Potential, selbst Geltungsgrund des Diskriminierungsverbots zu sein. Das Prinzip hat dann als allgemeiner Rechtsgrundsatz⁸¹ normative Wirkung. Damit sind die beiden Eckpunkte möglicher Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit abgesteckt: die deskriptive Erklärung des Rechts einerseits und die (positive) Setzung von Recht andererseits. Dazwischen besteht ein breiter Raum für praktische juristische Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit:⁸² Man kann es interpretierend oder korrigierend innerhalb der klassischen Ansätze in der Methodenlehre verwenden.⁸³ Prinzipien können Bauelemente eines inneren Systems im klassisch-rechtsdogmatischen Systembegriff des Rechts⁸⁴ sein und dadurch zur inneren Einheit und wertungsmäßigen Kohärenz des Rechts beitragen.⁸⁵ Inhaltlich bescheidener, aber in der praktischen Auswirkung von erheblicher Bedeutung, ist die Funktion von Prinzipien als Argumentationslastregel in juristischen Diskursen.⁸⁶ Schließlich – und hier trifft sich normentheoretische und funktionale Betrachtung – können Prinzipien die außerrechtlichen Vorstellungen, seien sie ökonomischer, politischer oder moralischer Herkunft, in das Recht transportieren. Das gilt im Ergebnis unabhängig davon, ob man von einem positivistischen oder nicht-positivistischen Rechtsbegriff ausgeht.⁸⁷

(2) Deskriptives Modell und Legitimationsgrundlage

Das hier entwickelte Prinzip der personalen Gleichheit ist mehrstufig angelegt. Auf erster Stufe ermöglicht es eine primär erkenntnisorientierte, deskriptive Strukturierung des geltenden Rechts anhand eines methodisch neuen Blickwinkels: Gleichbehandlungsfragen werden darin nicht mehr von Vorrang- oder Tatbestandsmodellen präkludiert, sondern in Rechtfertigungszusammenhänge gestellt.⁸⁸ Dadurch erlaubt das Prinzip personaler Gleichheit einen einheitlichen und differenzierenden Zugang zu Gleichbehandlungsfragen, der Gemeinsamkeiten betont und zur Differenzierung zwingt. Darin ist bereits die zweite Stufe angelegt: Nach meiner Auffassung erlaubt es das Prinzip der personalen Gleichheit,

80 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdevci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

81 Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsätze jüngst Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 36 ff.

82 Jakab, Rechtstheorie 2006, 49, 61 ff.

83 Zu dieser Funktion von Rechtsprinzipien grundlegend Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 1991, 335 ff.

84 Dazu grundlegend Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983; Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996; siehe auch Riesenhuber, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, 2003, 5 ff; Grundmann, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2010, 217, § 10 (zum „Systemdenken“ im Unionsprivatrecht).

85 Zu dieser Funktion allgemeiner Rechtsgrundsätze jüngst Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 191 ff, 409 ff.

86 Zu Argumentationslastregeln näher Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 242 ff; zum Gleichbehandlungsgrundsatz siehe S. 343 f.

87 Näher dazu unten § 7 I 2 b) und § 8 III 2.

88 Dazu unten § 7 IV.

den deskriptiven Rahmen zu überschreiten. Indem es die weitere Rechtsentwicklung leiten kann, hat es auch ein normatives Potential.⁸⁹ Das liegt an der Funktionsweise von Recht. Mit der deskriptiven Selbstbeschreibung von abgeschlossenen Operationen schafft es zugleich neue Anknüpfungsmöglichkeiten für zukünftige Operationen. Selbstbeschreibung hat eine expansive Tendenz. „Dadurch nämlich, daß wir das Recht beschreiben und dies verbreitet geglaubt wird, verändern wir das Recht.“⁹⁰ Damit es geglaubt wird, muss es die psychologische Hemmung des Rechtsanwenders, privatautonom getroffene Entscheidungen in Zweifel zu ziehen,⁹¹ überwinden. Das gelingt ihm, wenn es zeigen kann, dass Gleichbehandlungspflichten im geltenden Recht privatautonome Entscheidungen ermöglichen und die Selbstbestimmung nicht unzumutbar eingeschränkt wird. In den Abschnitten II bis IV werde ich begründen, warum ich glaube, dass es sich beim Prinzip der personalen Gleichheit um einen überzeugenden heuristischen Ansatz handelt. In dieser Funktion bietet es auch eine Grundlage für das mehrfach angesprochene allgemeine Nichtdiskriminierungsrecht, das zwischen allgemeinen Gleichbehandlungsansprüchen und speziellem Nichtdiskriminierungsrecht steht. Der *Hohenzollernfall*,⁹² das „Recht auf Girokonto“⁹³ oder der Fall „*Udo Voigt*“⁹⁴ sind die drei in dieser Arbeit angesprochenen Beispiele dafür.

Daneben bietet das Prinzip personaler Gleichheit eine rechtsphilosophische Legitimationsbasis des geltenden Rechts. Dafür ist es erforderlich, eine juristische Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit zu konzipieren, die es ermöglicht, egalitaristische Konzepte moderner Gerechtigkeitstheorien im Recht zu rezipieren, ohne gleichzeitig die prinzipielle Geschlossenheit des Rechts aufzugeben. Diesen Versuch unternehme ich in § 8 I-II. Das Prinzip personaler Gleichheit, das sich auf eine juristische Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit stützt, setzt sich den Einwänden der modernen Egalitarismuskritik einerseits und vier zentralen freiheitsrechtlichen Einwänden andererseits aus: dem Privatautonomieargument, den Trennungsargumenten von Recht/Moral und Staat/Gesellschaft und dem Effizienzargument. Diese Argumente versuche ich in § 8 III zu entkräften.

89 Vgl. Basedow, FS Hopt, (Bd. I), 2010, 44.

90 Jakab, Rechtstheorie 2006, 49, 61.

91 Vgl. dazu Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 472: „Der Unterschied [zwischen unmittelbarer Drittwirkung und Schutzpflichtendogmatik] ist zunächst psychologischer Natur. Die Hemmung des Rechtsanwenders (Richters), privatautonom getroffene Entscheidungen in Zweifel zu ziehen, ist höher, wenn er sich innerhalb eines Regelsystems bewegt, das der Privatautonomie herausragende Bedeutung und ihren Schranken sprachlich und systematisch Ausnahmecharakter zuerkennt.“

92 Dazu oben § 5 VIII 2.

93 Siehe § 5 VI 2 b) (2) und (3).

94 Siehe § 5 VI 2 b) (3).

(3) Normative Funktion

Nach meiner Auffassung kann das Prinzip der personalen Gleichheit aber noch mehr leisten: Es hat das rechtstheoretische Potential, die unions- und grundrechtlich geltenden Gleichbehandlungspflichten privater Akteure mit den ebenfalls abgesicherten Freiheitsrechten des Handelnden zu kompatibilisieren. Es ist damit ein subsidiärer Geltungsgrund von Gleichbehandlungsansprüchen und Rechtfertigungspflichten Privater. Damit stellt sich das Geltungsproblem.⁹⁵ Um die Geltungsbehauptung aufstellen zu können, muss ich nachweisen, dass das Prinzip personaler Gleichheit im Rechtssystem anschlussfähig ist⁹⁶ und sich „in Rückgriffen und Vorgriffen auf Vergangenes und Künftiges manifestiert“⁹⁷. Den „Rückgriff auf das Vergangene“ erlauben die Strukturprinzipien der im Recht anerkannten – und damit geltenden – Gleichbehandlungsgrundsätze.⁹⁸ Die Schwierigkeit liegt im „Vorgriff auf das Künftige“, den das Prinzip zwangsläufig unternimmt. Es ändert nämlich eine Rechtslage, weil es – anknüpfend an bestehende Operationen im Recht – zugleich die Grundlage für neue Operationen schafft.⁹⁹ Damit das gelingt, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: (1.) Das Prinzip personaler Gleichheit ist als Kollisionsregel zur Abgrenzung gesellschaftlicher Autonomiebereiche im Einzelkonflikt und als diskursive Auflösung und Bewältigung der daraus folgenden Rechtfertigungsdiskurse zu entwickeln. Der traditionelle Versuch, das Privatrecht in pluralistischen Gesellschaften „über eine vorgeblich außer Streit stehende Idee der Privatautonomie zu administrieren und aus konkreten Streitigkeiten herauszuhalten“¹⁰⁰, kann nicht mehr überzeugen. Privatautonomie ist – wieder – im Streit.¹⁰¹ Das Privatrecht kann seine breite Aufgabenpalette nur erfüllen, wenn es nicht von *der* Privatautonomie ausgeht, sondern in „Facetten von Privatautonomie“¹⁰² denkt. Privatautonomie kann die *Autonomie* Privater oder *Autonomien Privater* schützen bzw. ermöglichen. Dabei handelt es sich um verschiedene Kontexte, die vom Recht auch verschieden wahrgenommen werden sollten. Das ist bei der Konzeption des Prinzips zu berücksichtigen. (2.) Als normatives Prinzip ist es noch dringender auf eine Legitimationsgrundlage angewiesen als in seiner heuristischen Funktion. Das liegt daran, dass „im Lichte des die gesamte Privatrechtsordnung durchdringenden

95 Dazu *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 98 ff; zur rechtstheoretischen Einbettung siehe auch *Schulte*, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 50 ff.

96 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 106.

97 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 107.

98 Dazu oben § 7 I 1.

99 Näher zu diesem Prozess unten § 8 II 1 a).

100 *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, 254.

101 Vgl. dazu differenzierend *Dauner-Lieb*, Vertragsgestaltung zwischen zwingendem Recht und richterlicher Inhaltskontrolle, in: *Schmoeckel/Kanzleiter*, Vertragsschluss – Vertragstreue – Vertragskontrolle. Fünfte Verleihung des Helmut-Schippel-Preises, 2010, 49 ff.

102 *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 43.

Grundsatzes der Privatautonomie und Vertragsfreiheit der Eingriff durch zwingendes Recht der besonderen Rechtfertigung bedarf“.¹⁰³ Nach ordnungspolitischen Vorstellungen sind staatliche Eingriffe in Vertragsfreiheit und Privatautonomie nur legitimiert, soweit sie zur Kompensation von Marktunvollkommenheiten oder Marktversagen erforderlich sind.¹⁰⁴ Das Prinzip personaler Gleichheit baut dagegen auf eine breiter angelegte Legitimationsgrundlage, die ich als juristische Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit bezeichne (§ 8 II). Gerade weil sie den allgemein akzeptierten ordnungspolitischen Rahmen sprengt, muss sie gegen verfassungsrechtliche Einwände abgesichert werden, sie beschränke die Vertragsfreiheit. (3.) Schließlich ist zu begründen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Diskriminierungsverbote im Unionsrecht und im deutschen Verfassungsrecht die Grundlage für das Prinzip der personalen Gleichheit bilden. Die These lautet, dass das Prinzip der personalen Gleichheit die privatrechtsdogmatische Konkretisierung der unmittelbaren Grundrechtsbindung zweier Grundrechtsadressaten ist.¹⁰⁵ Diese These wird kontrovers aufgefasst werden. Angesichts der fortgeschrittenen Konstitutionalisierung von Gleichbehandlungsgrundsätzen,¹⁰⁶ insbesondere im Unionsrecht und den weitreichenden Gleichbehandlungspflichten im allgemeinen Gleichbehandlungsrecht und im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht, werde ich mich hier kurz fassen. Es genügt mir festzuhalten, dass dieser Prozess Operationen im Recht hervorgebracht hat, an die das Prinzip der personalen Gleichheit anknüpfen kann und insoweit seine „Geltung von morgen“¹⁰⁷ behaupten kann.

b) (K)ein Fall der Prinzipientheorie

Das Wort „Prinzip“ verführt dazu, im Prinzip der personalen Gleichheit ein Optimierungsgebot iSd Prinzipientheorie zu verstehen. Die Prinzipientheorie lässt sich auf *Walter Wilburg* (1906-1991) und *Josef Esser* (1910-1999) zurückverfolgen.¹⁰⁸ Auf internationaler Ebene hat sie erst aufgrund der scharfen Gegenüberstellung von Regeln und Prinzipien bei *Ronald Dworkin* (1931-2013)¹⁰⁹ in seiner Auseinandersetzung mit dem positivistischen Regelbegriff von *H.L.A. Hart*

103 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, 2009, 22, der diese ganz in traditionellen Bahnen verlaufende These (siehe nur *Canaris*, FS Lerche, 1993, 873, 879 f) anhand des Kapitalgesellschaftsrechts exemplifiziert, siehe dazu *Dauner-Lieb*, Rechtswissenschaft 2010, 317 ff; ganz ähnlich jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, (passim).

104 Statt vieler *Basedow*, FS Immenga, 2004, 3 ff; grundlegend *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 ff (dazu oben § 4 I 4).

105 Dazu unten § 8 IV.

106 Vgl. dazu *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 468 f; siehe auch unten § 8 IV 3.

107 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 107.

108 Siehe *Alexy*, 13 Ratio Juris 294 (2000); *Reßing*, ARSP 95 (2009), 28, 30.

109 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 22 ff; siehe dazu *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 118 ff.

(1907-1992)¹¹⁰ Bedeutung erlangt. Sie wurde von *Alexy* re-importiert und zur Definition von Prinzipien als Optimierungsgebote verfeinert. Nach *Dworkin* gibt es einen klassifikatorischen Unterschied¹¹¹ von Regeln zu Prinzipien: (1.) Regeln seien entweder anwendbar oder sie seien nicht anwendbar („all-or-nothing fashion“). (2.) Prinzipien haben dagegen eine Dimension des Gewichts:

„When principles intersect [...] one who must resolve the conflict, has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement,^[112] and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one.“¹¹³

Dieser Aspekt der Theorie ist vielfach angegriffen worden.¹¹⁴ Die Kritik trennt allerdings nicht immer ausreichend zwischen der normtheoretischen Bedeutung der Unterscheidung und ihrer ganz spezifischen Funktion bei *Dworkin*, der darin ein Mittel für seinen Angriff auf den Positivismusbegriff sieht.¹¹⁵ Hier interessiert nur der erste Punkt. *Dworkins* Regelbegriff muss sich den Einwand gefallen lassen, den positivistischen Regelbegriff zu „verzerren“:¹¹⁶ Der Unterschied zwischen „generally non-conclusive principles“ und „near-conclusive rules“ ist nach *Hart* „a matter of degree“.¹¹⁷ Den Regeln kann jederzeit ein Ausnahmetatbestand in Form eines Prinzips angefügt werden, dessen jeweiliger Inhalt die Normstruktur unberührt lässt.¹¹⁸ *Alexy* hat daher mit guten Gründen auf den Aspekt der Alles-oder-Nichts-Geltung verzichtet. Er hat stattdessen den Abwägungsansatz aufgegriffen und zur These ausgebaut, dass Prinzipien „Optimierungsgebote“ sind.¹¹⁹ Danach sind Prinzipien Normen, die gebieten, etwas relativ zu den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maß zu erfüllen. Sie können in unterschiedlichen Graden erfüllt werden.¹²⁰ Der Prinzipiencharakter impliziere daher den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dieser impliziere jenen.¹²¹ Besteht dieser Zusammenhang tatsächlich, dann ist das Prinzip der personalen

110 *Hart*, The Concept of Law, 1994.

111 *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 123.

112 Anders jetzt aber *Alexy*, 16 Ratio Juris 433, 443-448 (2003), der eine Gewichtsformel vorschlägt.

113 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 26.

114 Vgl. dazu die Darstellung von *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998, 65 ff.

115 Darauf beschränkt sich nämlich die Funktion der Unterscheidung bei *Dworkin*, näher dazu *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, 125 f.; *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 60 ff.

116 *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 70 f.

117 *Hart*, The Concept of Law, 1994, 259 ff. (Zitate auf S. 262 f.).

118 Einzelheiten bei *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Krawietz, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979, 59, 68 ff.; *Jakab*, Rechtstheorie 2006, 50 f.; *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 65 ff.; *Reßing*, ARSP 95 (2009), 28, 32.

119 Vgl. *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Krawietz, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979, 59, 79 ff.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 75 ff.

120 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 75 f.

121 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 100 f.

Gleichheit ein Optimierungsgebot, weil es den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz impliziert.¹²²

Die moderne Regel-Prinzipienunterscheidung steht aber vor einem Dilemma: Sie muss Prinzipien als Normen beschreiben, die zwar abstrakt gelten, aber im konkreten Fall zurücktreten können, ohne deswegen unverbindlich zu werden und damit den abstrakten Geltungsanspruch zu verlieren.¹²³ Das zeigt sich am Verständnis von Prinzipien als Optimierungsgebote. Einerseits sind Optimierungsgebote nicht abwägungsfähig, weil sie unbedingt zur Optimierung verpflichtet.¹²⁴ Andererseits werden sie aufgrund der gegebenen Inhaltsbeschreibung so weit relativiert, dass eine Kollision mit anderen Optimierungsgeboten gar nicht mehr entstehen kann.¹²⁵ Prinzipien können daher keine Optimierungsgebote sein. Das räumt Alexy mittlerweile ein und modifiziert seine Erklärung: Es seien keine Optimierungsgebote, sondern zu optimierende Normen.¹²⁶ Damit lassen sie sich aber nicht mehr von den Regeln unterscheiden, weil es sich bei diesen ebenfalls um zu optimierende Gebote handeln kann.¹²⁷ Gerade dieser Unterschied ist aber konstituierend für die klassische Form der modernen Prinzipientheorie. Das zeigt sich im Kollisionsfall.¹²⁸ Ein Regelkonflikt wird gelöst, indem eine der konkurrierenden Regeln für ungültig erklärt oder eine Ausnahmeregelung in eine der beiden Regeln eingeführt wird. Ein Prinzipienkonflikt wird flexibler gelöst. Die Geltung beider konkurrierenden Prinzipien bleibt unberührt, allerdings geht im konkreten Fall das eine Prinzip dem anderen vor. Überspitzt ausgedrückt, sieht die Prinzipientheorie nur zwei Möglichkeiten juristischer Argumentation vor: das einfache Subsumtionsmodell bei Regeln und das komplexe Abwägungsmodell bei Prinzipien. Der vielschichtigen Wirklichkeit juristischer Kommunikationszusammenhänge wird diese Dichotomie nicht gerecht.¹²⁹ Das gilt insbesondere für Gleichheitsfragestellungen.¹³⁰ Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Rasse und ethnischen Herkunft wäre danach im Anwendungsbe- reich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots eine subsumtionsfähige Regel, im beschäftigungsrechtlichen Anwendungsbereich dagegen ein abwägungsfähiges

122 Siehe unten § 7 IV 3 e).

123 Dazu jetzt Reßing, ARSP 95 (2009), 28 ff.

124 Dazu Sieckmann, Regelmodell und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, 65.

125 Sieckmann, Grundrechte als Prinzipien, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 17, 19.

126 Alexy, 13 Ratio Juris 294, 300 (2000).

127 Sieckmann, Grundrechte als Prinzipien, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 17, 19; Klement, JZ 2008, 762 f.

128 Zum Folgenden grundlegend Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 26 f und Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 77 ff; vgl. auch Alexy, 13 Ratio Juris 294, 295-297 (2000).

129 Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 78.

130 Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 74; Michael, Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 123 ff, geht dagegen von einer Prinzipienstruktur des Gleichheitssatzes aus.

Prinzip. Man kann diesen Schwierigkeiten ausweichen, indem man in Prinzipien nicht nur Gegenstände von Abwägungsprozessen, sondern zugleich auch die Gründe für die Abwägungsentscheidung sieht: „Prinzipien sind demnach Normen, die als Argumente für Abwägungsurteile verwendet werden.“¹³¹ Der Begründungsaufwand dafür ist allerdings hoch.¹³² Vor allem setzt er einen Begründungskreislauf in Gang, weil jeder argumentativ vorgetragene normative Geltungsgrund seinerseits wieder begründet werden muss („Prinzipien als reiteirierte Geltungsgebote“).¹³³ Damit dieser Kreislauf nicht ins Unendliche führt, muss er künstlich unterbrochen werden: Entweder man verlagert die Begründungslast auf den Skeptiker¹³⁴ oder man setzt zu einer inhaltlichen Begründung an, die man dann auf den moralphilosophischen Grundsatz gleicher Behandlung („*treatment as an equal*“) zurückführen muss.¹³⁵

Diese Probleme kann ich hier offen lassen. Selbst wenn man die Möglichkeit einer von Regeln strikt zu trennenden Prinzipienkategorie unterstellt, fällt das vorgestellte „Prinzip“ personaler Gleichheit nicht darunter. Es ist selbst kein Prinzip, sondern eine Methodennorm für die Konfliktlösung von Prinzipien.¹³⁶ Die hier vorgeschlagene Trennung von Methodennorm und Rechtsprinzip ist nicht selbstverständlich. Vielfach wird nämlich eine allgemeine Methode juristischer Argumentation gleichzeitig auch als Rechtsprinzip behandelt.¹³⁷ So wird beispielsweise das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Meta-Grundsatz bezeichnet, „der eine *Regel* darüber enthält wie konfligierende Grundsätze zu behandeln sind“¹³⁸ und dessen „Einordnung als *Prinzip*“ zum Ausdruck bringe, „dass die Verhältnismäßigkeit ‘gilt’.“¹³⁹ Die sprachliche Verschiebung von der *Regel* zum *Prinzip* zeigt bereits, dass man die Dichotomie beider Kategorien hinter sich gelassen hat.¹⁴⁰ Zu Recht: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfüllt keine der Voraussetzungen eines Rechtsprinzips iSd Prinzipientheorie: Er ist kein zu optimie-

131 Sieckmann, Principles as Normative Arguments, in: Dahmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 197 ff; Sieckmann, Grundrechte als Prinzipien, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 22 ff.

132 Kritisch zum davon erzielten Ertrag Alexy, 13 Ratio Juris 294, 301-304 (2000), zu polemisch Klement, JZ 2008, 756, 757; sich dagegen verteidigend Sieckmann, JZ 2009, 557, 558.

133 Eingräumt von Sieckmann, Principles as Normative Arguments, in: Dahmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 197, 204 f.

134 So Sieckmann, Principles as Normative Arguments, in: Dahmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 197, 205; allgemein dazu Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 243 f.

135 So Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 180 ff.

136 Vgl. ähnlich zur Charakterisierung von Art. 3 Abs. 1 GG Michael, Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 123: „Deutung des allgemeinen Gleichheitssatzes als Methodennorm für die Abwägung von Prinzipien“. In einem Atemzug spricht Michael dann aber von den Gleichheitsrechten als „grundrechtliche Prinzipien“.

137 Esser, Grundsatz und Norm (1956), 1990, 107 ff.

138 Stürner, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 329.

139 Stürner, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 330.

140 So in der Tat Stürner, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 332, wonach die Grenzen fließend seien.

rendes Gebot, sondern gilt grundsätzlich und immer. Er ist auch kein Argument für ein Abwägungsurteil, sondern strukturiert die Argumente, damit es zu einer rationalen Abwägung kommt. Er ist also eine Methode zur Vorbereitung von Wertentscheidungen.¹⁴¹ Man mag den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Rechtsprinzip bezeichnen, wenn man sich bewusst ist, dass er kein Prinzip *ieS*, sondern eine Regel über die Anwendung von konfligierenden Prinzipien ist. Verhältnismäßigkeitsprinzip, -grundsatz oder -regel – das sind auch in normtheoretischer Hinsicht Synonyme. Dasselbe gilt für das hier entwickelte Prinzip personaler Gleichheit. Es ist keine zu optimierende Norm, sondern erhebt einen unbedingten Geltungsanspruch.¹⁴² Es enthält keine autonomen Argumente für die Abwägungsentscheidung, sondern strukturiert die Möglichkeiten einer Rechtfertigung. Es weist aber einen entscheidenden Unterschied zum Verhältnismäßigkeitsprinzip auf. Jenes wird vielfach beschrieben als ein formales Prinzip, das keinen eigenen materialen Inhalt aufweise, sondern diesen nur aufgrund der abzuwägenden Interessen oder Prinzipien gewinne.¹⁴³ Das Prinzip personaler Gleichheit inkorporiert dagegen beide relevanten Normen: Mit der Gleichheitspräsumtion ist der Anspruch auf Gleichbehandlung die Grundlage des ersten Faktors. Dagegen basiert der zweite Faktor, die Rechtfertigungsprüfung, auf einer freiheitsrechtlichen Konzeption.

c) *Prozeduraler oder substantieller Grundsatz?*

Diese Charakterisierung leitet unmittelbar über zum nächsten Kategorisierungsproblem: Handelt es sich bei dem Prinzip der personalen Gleichheit um einen prozeduralen¹⁴⁴ oder um einen substantiellen Grundsatz? Diese einfache Fragestellung hat einen komplexen Hintergrund. Es geht dabei um die Allgemeingültigkeit von Aussagen trotz unterschiedlicher moralischer und ethischer Auffassungen in einer pluralistischen Gesellschaft. Daraus resultiert ein Problem: Wie kann man in einer solchen Gesellschaft behaupten, dass eine (moralische oder rechtliche) Norm gilt? Dafür bieten sich zwei Möglichkeiten an:

Substantielle Theorien führen ihre Geltungsbehauptungen auf ein inhaltliches Gut zurück. Ein Beispiel dafür ist die Konzeption einer liberalen Rechts- und Gesellschaftstheorie bei *Dworkin*,¹⁴⁵ die sich im Ergebnis auf die Konzeption von Gleichheit als Pflicht zur gleichen Achtung und zum gleichen Respekt gegenüber jeder Person stützt:

141 Röhl/Röhl, Rechtslehre, 2008, 655.

142 Dazu unten § 8 IV.

143 Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, 77 und, daran anschließend, Stürner, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 329.

144 Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden prozeduraler Theorien näher Callies, Prozedurales Recht, 1999, 29 ff; Tschentscher, Prozedurale Theorien, 2000, 132 ff.

145 Dazu Bittner, Recht als interpretative Praxis, 1988, 62 ff.

„We may therefore say that justice as fairness rests on the assumption of a natural right of all men and women to equality of concern and respect, a right they possess not by virtue of birth or characteristic or merit or excellence but simply as human beings with the capacity to make plans and give justice.“¹⁴⁶

Das Zitat zeigt die Schwachstellen substantieller Letztbegründungstheorien: Sie sind gezwungen, moralische Inhalte zu postulieren und ihre Geltung axiomatisch zu behaupten. Gerade darüber bestehen in pluralistischen Gesellschaften durchaus unterschiedliche Auffassungen. Kann sich die Behauptung durchsetzen, führt das in letzter Konsequenz zur Marginalisierung derjenigen, die sich nicht damit identifizieren können.

Prozedurale Theorien der Rechtsbegründung¹⁴⁷ und der Rechtsfindung¹⁴⁸ verzichten daher auf eine inhaltliche Stellungnahme und konzentrieren sich auf die Ausgestaltung des Verfahrens, das seinerseits zum „richtigen“ Ergebnis führen wird. Was damit gemeint ist, kann man bei *John Hart Elys* Beschreibung einer prozeduralen Verfassungstheorie lesen:

„The general strategy [of the U.S. Constitution] has therefore not been to root in the document a set of substantive rights entitled to permanent protection. The Constitution has instead proceeded from the quite sensible assumption that an effective majority will not inordinately threaten its own rights, and has sought to assure that such a majority not systematically treat others less well than it treats itself – by structuring decision processes at all levels to try to ensure, first, that everyone’s interests will be actually or virtually represented (usually both) at the point of substantive decision, and, second, that the processes of individual application will not be manipulated so as to reintroduce in practice the sort of discrimination that is impermissible in theory.“¹⁴⁹

Damit lassen sich substantielle Diskriminierungsverbote und die *Footnote 4* in *Carolene Products*¹⁵⁰ als Elemente einer prozeduralen Theorie erklären.¹⁵¹ Eine prozedurale Begründungstheorie in Gestalt einer Argumentationstheorie ist dagegen die Diskurstheorie des Rechts¹⁵², wie sie insbesondere von *Karl-Otto Apel*,¹⁵³ *Jürgen Habermas*¹⁵⁴ und *Robert Alexy*¹⁵⁵ konzipiert wird.¹⁵⁶ Sie orientiert sich in-

146 Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, 182; vgl. auch Dworkin, *A Matter of Principle*, 1986, 181 ff zur egalitaristischen Begründung des Liberalismus.

147 Exemplarisch zur diskursethischen Begründung der Grundrechte Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 151 ff; eine Kritik daran aus klassisch-juristischer Sicht findet sich bei Hain, *Der Staat* 40 (2001), 193 ff; zu einer Kritik aus privatrechtlicher Perspektive vgl. Enderlein, *Diskursethik und Privatrecht*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts*, 1994, 53 ff.

148 Zur prozeduralen Verfassungstheorie exemplarisch Ely, *Democracy and Distrust*, 1980; eine Kritik daran bei Dworkin, *A Matter of Principle*, 1986, 57 ff.

149 Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, 100 f.

150 *U.S. vs. Caroline Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), dazu bereits oben § 3 IV 4 b).

151 Ely, *Democracy and Distrust*, 1980 (passim).

152 Zu dieser Beschreibung Dreier, *Recht – Staat – Vernunft*, 1991, 20, 28.

153 Apel, *Diskurs und Verantwortung*, 1992.

154 Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1994, 109 ff.

155 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1991, 219 ff, 259 ff.

156 Siehe zur differenzierten Darstellung der allgemeinen Diskurstheorie und der Diskurstheorie des Rechts Volkmann, *Jus* 1997, 976 ff; Engländer, *Diskurs als Rechtsquelle?*, 2002, 15 ff.

haltlich nicht an substantiellen Aussagen zum (moralisch) Gerechten oder (ethisch) Guten. Die Legitimität des Rechts¹⁵⁷ und die Richtigkeit von gerichtlichen Entscheidungen¹⁵⁸ wird in einem rationalen Verfahren hergestellt: dem herrschaftsfreien Diskurs. Dieser setzt die Existenz einer ganzen Reihe von Regeln voraus. Die Wichtigsten lauten: Jeder darf am Diskurs teilnehmen, jeder kann jede Behauptung in den Diskurs einführen und problematisieren, jeder kann seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern und darf von niemandem daran gehindert werden, diese Rechte wahrzunehmen.¹⁵⁹ Sie sind Funktionsvoraussetzungen für das Diskursprinzip (D):

„Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“¹⁶⁰

Das Recht erhält seinen normativen Charakter also weder allein durch die Form¹⁶¹ noch durch einen vorgegebenen moralischen Inhalt, sondern durch einen legitimationserzeugenden Prozess der Rechtsetzung und von einer Rechtsprechung, die dem Paradigma rationaler Diskurse¹⁶² verpflichtet ist.¹⁶³ Darin liegt die Stärke der Diskurstheorie als dialogisches Modell zur Herstellung von Konsens¹⁶⁴: „Sie geht von der unüberwindlichen Heterogenität der menschlichen Lebensentwürfe aus und akzeptiert sie.“¹⁶⁵ Der postulierte Verzicht auf substantielle Letztbegründungen respektiert die Autonomie der einzelnen Person. Die Diskurstheorie behauptet nicht, es besser zu wissen. Den Menschen „werden keine materialen Normen gepredigt, womöglich mit der bedrängenden Emphase des erhobenen Zeigefingers, sondern nur ein Weg gewiesen, wie man Normen entwickeln könne.“¹⁶⁶ Darin sieht *Habermas* den Vorzug der prozeduralen Diskurstheorie des Rechts:

„It is more modest because it focuses exclusively on the procedural aspects of the public use of reason and derives the system of rights from the idea of its legal institutionaliza-

157 Siehe *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 661.

158 Dabei handelt es sich um einen Aspekt der umstrittenen These vom „Sonderfall“ des juristischen Diskurses, *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 261 ff. Dagegen unterscheiden *Klaus Günther* und *Jürgen Habermas* zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen: *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, 23 ff, 51 ff; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 140, 266 ff. Zu einer Diskussion dieser unterschiedlichen Positionen siehe *Lieber*, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, 2007, 239 ff.

159 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 361 ff.

160 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 138.

161 Allerdings über das Demokratieprinzip in „Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform [...] als eine *logische Genese von Rechten*“, *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 154 f.

162 Dazu *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 238 ff.

163 *Volkman*, JuS 1997, 976, 980.

164 Zum Unterschied von dialogischen und monologischen Konsensmodellen *Callies*, Prozedurales Recht, 1999, 35 f.

165 *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 499.

166 *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 499 f.

tion. It can leave more questions open because it entrusts more to the process of rational opinion and will formation.“¹⁶⁷

Das Argument ist ganz spezifisch gegen die Theorie der Gerechtigkeit von Rawls gerichtet.¹⁶⁸ Diese beruht nämlich auf einer Kombination materialer und prozeduraler Aspekte: Prozedural daran ist die hypothetische Vertragskonstruktion des Urzustandes mit dem Schleier des Nichtwissens als verfahrenssteuerndes Element. Material daran sind die dafür notwendigen Annahmen, dass es sich bei den Agenten und den von ihnen vertretenen Akteuren um freie und gleiche Personen handelt, die mit beiden moralischen Fähigkeiten – einer Konzeption von Gerechtigkeit und einer Konzeption des Guten – ausgestattet sind.¹⁶⁹ Diese Annahmen muss aber auch die Diskurstheorie machen.¹⁷⁰ Der Diskurs setzt die Freiheit und Gleichheit seiner Teilnehmer voraus.¹⁷¹ Die universelle und unparteiische Haltung des Diskursprinzips ist selbst Ausdruck einer grundlegenden moralischen Haltung.¹⁷² Rawls geht darüber hinaus, weil er aus seiner Verfahrensanordnung zwei substantielle Prinzipien der Gerechtigkeit ableitet, zwischen denen er auch eine Vorrangrelation herstellt.¹⁷³ Darin ist der Kern moralischer Grundrechte bereits enthalten („*basic liberties*“).¹⁷⁴ Die auf diesem Weg von Rawls entwickelte Konzeption gleicher Freiheit ist daher eine substantielle und nicht lediglich formale.¹⁷⁵ Das ist, worauf Rawls aufmerksam macht, kein Defizit seiner Theorie, sondern ihr Vorzug: Die Gerechtigkeit eines Verfahrens hängt immer von dem Verfahrensergebnis ab.¹⁷⁶ Daher muss bereits das Verfahren gewählt werden, dessen Ergebnisse „are most likely to lead to a just an effective legal order.“¹⁷⁷ Das Problem ist uns bereits beim problematischen Inhalt des Begriffs der „Chancengleichheit“ begegnet.¹⁷⁸ Dieser Voraussetzung kann auch die Diskurstheorie nicht entkommen:¹⁷⁹ Das prozedurale Rechtsparadigma hat, so Habermas, „einen dogmatischen Kern: die Idee der Autonomie, wonach Menschen nur in dem Maße als freie Subjekte handeln, wie sie genau den Gesetzen gehorchen, die sie sich gemäß ihren intersubjektiv gewonnen Einsichten selber geben.“¹⁸⁰ Mit der Anerkennung der Autonomie sind aber die beiden entschei-

167 Habermas, 92 J. Phil. 109, 131 (1995).

168 Instruktiv zu diesem „familial dispute“ Habermas, 92 J. Phil. 109, 110 (1995) zwischen Habermas und Rawls: Forst, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 127 ff.

169 Rawls, Justice as Fairness, 2001, 14 ff; Rawls, Political Liberalism, 2005, 22 ff.

170 Vgl. Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 138.

171 Vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, 418.

172 Gosepath, Gleichheit in Habermas' und Dworkins Theorien der Gerechtigkeit, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 98 f.

173 Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 52 ff; Rawls, Justice as Fairness, 2001, 42 ff.

174 Näher Rawls, Political Liberalism, 2005, 310.

175 Zu diesem Aspekt näher Cohen, 69 Chi.-Kent L. Rev. 589 595-597 (1994).

176 Rawls, Political Liberalism, 2005, 421.

177 Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 173.

178 Dazu oben § 6 II 2 a) (2).

179 Rawls, Political Liberalism, 2005, 424 ff.

180 Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 537.

denden materialen Aussagen bereits getroffen: die Freiheit der Personen und ihre Gleichheit in dieser Freiheit.¹⁸¹ Es ist daher zwingend, dass das Recht „auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten“ das erste der im Diskurs zu generierenden Grundrechte ist.¹⁸² Die Gleichheit ist notwendiges Diskursergebnis.¹⁸³ Woher aber wissen die Bürger, dass sie sich gegenseitig Gleichheit einräumen müssen? *Habermas* hat auch darauf eine Antwort: „Der Theoretiker sagt [es] den Bürgern [...]“!¹⁸⁴ Der Diskurs mutiert dann zum gedachten Zustimmungsv erfahren, der sich weniger grundlegend von den klassischen Ansätzen unterscheidet, als es seine Rhetorik vermuten ließe.¹⁸⁵ Daraus hat *Rainer Forst* für seine Diskurstheorie der Gerechtigkeit die notwendigen Konsequenzen gezogen und sie auf ein substantielles (moralisches) Recht, das Recht auf Rechtfertigung, gestützt.¹⁸⁶ Substantielle und prozedurale Aspekte lassen sich daher in Begründungsdiskursen nicht strikt trennen. Die Unterscheidung zwischen „substantieller“ (oder materialer) und „prozeduraler“ (oder formaler) Theorie ist nicht belastbar.¹⁸⁷

Das gilt streng genommen auch für die Anwendungsdiskurse. In diesen geht es darum, die Angemessenheit einer Norm in bestimmten Situationen rational zu begründen.¹⁸⁸ Unabhängig von der hier nicht weiterverfolgten Frage, ob sich die Differenzierung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen überzeugend erklären lässt,¹⁸⁹ möchte ich mich auf das mit diesem Begriff beschriebene Phänomen konzentrieren: Gültige Normen können sich aufgrund unserer Unkenntnis über die Zukunft in jeder Anwendungssituation als unangemessen herausstellen.¹⁹⁰ Daraus folgt – und hier kommt es zu einer nicht zufälligen Überschneidung mit der Prinzipientheorie¹⁹¹ –, dass die gerechtfertigten Normen lediglich *prima facie* Charakter haben.¹⁹² Ob sie im konkreten Fall auch angewendet werden, ergibt sich erst aus einer vollständigen Situationsbeschreibung.¹⁹³ Damit liegt ein Instrument vor, um Normenkollisionen aufzulösen. Das Prinzip personaler Gleichheit lässt sich als ein solcher Anwendungsdiskurs beschreiben. Auf der höchsten Abstraktionsebene geht es um den Konflikt von Freiheitsrechten

181 Siehe *Hain*, *Der Staat* 40 (2001), 193, 201.

182 *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1994, 155.

183 *Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, 157.

184 *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1994, 160.

185 *Mahlmann*, *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie*, 2008, 506.

186 *Forst*, *Recht auf Rechtfertigung*, 2007, 14 ff.

187 *Forst*, *Recht auf Rechtfertigung*, 2007, 15.

188 *Günther*, *Der Sinn für Angemessenheit*, 1988, 60 ff, 255 ff; *Günther*, *Rechtstheorie* 1989, 163 ff; *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1994, 266 ff.

189 Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Position findet sich bei *Lieber*, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*, 2007, 260 ff.

190 *Lieber*, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*, 2007, 288.

191 Siehe die Auseinandersetzung mit *Alexy* bei *Günther*, *Der Sinn für Angemessenheit*, 1988, 268 ff.

192 *Günther*, *Der Sinn für Angemessenheit*, 1988, 261 ff.

193 *Günther*, *Rechtstheorie* 1989, 163, 175.

und Gleichbehandlungsansprüchen. Das setzt voraus, dass die vorgelagerte Frage nach der Geltung der Gleichbehandlungspräsumtion in einem Begründungsdiskurs geklärt oder gerechtigkeits-theoretisch begründet und als geltendes Recht aufgefasst werden kann.¹⁹⁴ Ich werde drei Modelle vorschlagen, mit denen sich die Kollision des *prima facie* Gleichbehandlungsanspruchs (G) mit den Freiheitsrechten (F) lösen lässt.¹⁹⁵ Diese Kollision muss allerdings dort adressiert werden, wo sie geschieht: beim Zusammenprall unterschiedlicher Autonomiebereiche privater Akteure. Die wichtigste Aufgabe des Prinzips personaler Gleichheit sehe ich deshalb darin, die Situationen dieser tatsächlichen Konflikte umfassend zu beschreiben und dadurch zum Gegenstand von Rechtfertigungsansprüchen zu machen.

Darin liegt aber kein inhaltlicher Anschluss an das normative Fundament dieser Theorie. Das liegt schon daran, dass die hier untersuchte Normkollision von anderer Art ist: Es kommt in jedem Anwendungsfall der Norm (G) zur Kollision mit der Gegennorm (F).¹⁹⁶ Die Aufgabe des Prinzips personaler Gleichheit besteht daher nicht darin, eine rationale Begründung für die Anwendung einer Norm auf einen Sachverhalt zu liefern. Es geht ihm vielmehr darum, die Kontexte des konkreten sozialen Konflikts so zu strukturieren, dass die jeweiligen Auswirkungen der Ungleichbehandlung auf die Gleichbehandlungs- und Freiheitsinteressen des ungleich Behandelten sichtbar werden und dadurch von ihm thematisiert werden können. Gleichbehandlung bedeutet Präsumtion der Gleichbehandlung und die daraus folgende Argumentationslast für Ungleichbehandlung. Das ist Ausdruck einer – zu rechtfertigenden¹⁹⁷ – Wertentscheidung zugunsten der kontinuierlichen Diskussion über Gleichheit und Ungleichheit in den Eigenrationalitäten der gesellschaftlichen Teilsysteme. Methodisch wird damit der Kampf um Gleichheit und Anerkennung zurück in die gesellschaftlichen Relationen getragen, wo Ungleichheit und Nichtanerkennung wurzeln. Insoweit ist das Prinzip personaler Gleichheit Ausdruck eines prozeduralen Gleichbehandlungsparadigmas im Recht.¹⁹⁸

Das zwingt dazu, sich von einem rein prozeduralen Konzept der Angemessenheit einer Situationsbeschreibung¹⁹⁹ zu verabschieden. Um diesen Konflikt prozedural lösen zu können, ist ein substantielles Verständnis von Rechten Argumentationsvoraussetzung.²⁰⁰ Die im Prinzip eingebaute Präsumtion der Gleichheit ist

194 Zu diesem Vorgang unten § 8.

195 Dazu unten § 7 IV 2 b.

196 Siehe unten § 7 IV 2 a.

197 Dazu unten § 8 II.

198 Vgl. dazu Renner, KritV 2010, 161, 165 ff.

199 Darin liegt eine zentrale Forderung von Günther, Der Sinn für Angemessenheit, 1988, 301 f.

200 Dworkin, A Matter of Principle, 1986, 68 gegen Ely, Democracy and Distrust, 1980; zum deutschen Privatrecht siehe Singer, FS 200 Jahre Humboldt-Universität, 2010, 981, 1003 ff: „Da auch prozedurale Konzeptionen nicht uneingeschränkt 'richtige' Ergebnisse produzieren, bedarf es zwangsläufig einer Kombination von prozeduralen und materialen Elementen bei der Rechtsschöpfung.“ (S. 1004).

die methodologische Konsequenz einer Wertentscheidung, die in der Anerkennung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (G) als Rechtsnorm liegt.²⁰¹ Dasselbe gilt für die freiheitsrechtliche Konzeption des Rechtfertigungsmodells: In der Reduktion der Kontrolldichte auf „Null“ oder auf „nahe Null“ drückt sich die materiale Bedeutung von Freiheit (F) aus.²⁰² Eine eigenständige Letztbegründung der beiden Prinzipien (F) und (G) kann hier dahinstehen.²⁰³ Sie sind wegen ihrer grundrechtlichen Anerkennung im Mehrebenensystem für die Rechtsordnung als substantiell zu beachtende Prinzipien gesetzt. Problematisch ist allerdings der jeweilige persönliche Anwendungsbereich: Dass das Prinzip der rechtlichen Freiheit und die daraus abzuleitende Privatautonomie gerade auch unter privaten Akteuren gilt, ist unumstritten.²⁰⁴ Dagegen wird die Geltung der allgemeinen unions- oder verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze unter Privaten bereits im Ausgangspunkt kontrovers beurteilt. Eine Begründung für deren horizontale Geltung werde ich später liefern.²⁰⁵ Für die Funktionsweise des Prinzips der personalen Gleichheit genügt es zunächst, die Geltung dieser Grundsätze auch gegenüber Privaten zu unterstellen.

Das Prinzip personaler Freiheit hat neben dieser materialen auch eine prozedurale Komponente. Das zeigt der Rückgriff auf den „Schleier des Nichtwissens“ als Rationalisierungsinstrument im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.²⁰⁶ Der dort skizzierte Vorschlag, die rechtfertigungsfähigen Gründe anhand der Kriterien von Reziprozität und Allgemeinheit zu entwickeln, ist ebenfalls ein Versuch, den Diskurs zwischen den Beteiligten und die von ihnen vorzubringenden Gründe als verfahrensrechtliches Instrument auszugestalten. Das hier vorgeschlagene flexible Stufenmodell einer Rechtfertigungsprüfung von Ungleichbehandlungen ist daher ein Verfahren, den Konflikt zwischen den Gleichbehandlungsansprüchen von Personen mit den Freiheitsrechten anderer privater Akteure zu strukturieren. Sein Ziel ist es, die tatsächliche Kollision gesellschaftlicher Autonomieräume sichtbar zu machen. Die gewählte Struktur zwingt die Beteiligten, ihre Ansprüche auf Gleichbehandlung bzw. Rechtfertigungsrechte für Ungleichbehandlungen deutlich zu artikulieren und mit guten Gründen zu behaupten. Insofern ist das Prinzip eine Theorie prozeduraler Rationalität.²⁰⁷ Es ist zugleich ein substantieller Grundsatz, weil es den Rechtfertigungsdiskurs erst aufgrund ei-

201 Dazu unten § 8 II und IV.

202 Siehe unten § 7 IV 3 f).

203 Zum Problem der Letztbegründung von Gerechtigkeitstheorien und dem daraus entstehenden „Münchhausen-Trilemma“ (infiniter Regreß, logischer Zirkel, Verweis auf Dogma) siehe *Albert*, Traktat über die kritische Vernunft, 1991, 13 ff.

204 Siehe unten § 8 III 1.

205 Dazu unten § 8 IV.

206 Siehe unten § 7 IV 3 e).

207 Zum Begriff und zu den Anforderungen *Callies*, Prozedurales Recht, 1999, 83 ff, 91 ff (insbesondere S. 92). Der dort verfolgte ambitionierte Ansatz einer prozeduralen Rationalisierung des *gesamten* Rechts kann hier auf sich beruhen.

nes materialen Grundsatzes (G) eröffnet und ihm zugleich aufgrund eines anderen Grundsatzes (F) Grenzen setzt. Dadurch eröffnet es Denkmöglichkeiten für eine andere als die von Handelnden getroffene Entscheidung: Die Rechtfertigung wird im prozeduralen Modell zur „Recht-Fertigung“²⁰⁸. Dem hier entwickelten Rechtfertigungsdiskurs geht es also nicht um ein *anderes* Recht, auch nicht um *etwas anderes* als das Recht, sondern es geht ihm um *die andere Möglichkeit im Recht*.²⁰⁹ Die andere Möglichkeit zur Ungleichbehandlung ist die Gleichbehandlung. Das Modell dient also dazu, Gleichbehandlung auch im Privatrecht als valide Option aufzuzeigen und sie durchzusetzen, sofern es keine ausreichenden Gründe für die Ungleichbehandlung gibt.

II. Einheitsmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Das Prinzip der personalen Gleichheit basiert auf der Präsumption der Gleichbehandlung. Meine These lautet, dass alle in §§ 5 und 6 untersuchten Fälle allgemeiner Gleichbehandlungssätze und besonderer Diskriminierungsverbote dasselbe Fundament haben: Sie sind jeweils rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen. Die jeweilige Ungleichbehandlung von Personen ist der kleinste gemeinsame Nenner. Die Unterschiede wirken sich lediglich, dann aber durchaus gravierend, auf der Rechtfertigungsebene aus. Damit gehe ich von einem systematischen Zusammenhang von allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten und speziellen Nichtdiskriminierungsverboten im einfachen Recht aus (Einheitsmodell). Grundlage dafür ist der begründungslogische Zusammenhang von allgemeinem Gleichheitssatz und besonderen Gleichheitsrechten:¹ Diskriminierungsverbote sind regelmäßig Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes und des in ihm verankerten allgemeinen Gleichbehandlungsgebots. Die ausdrückliche Anerkennung eines Diskriminierungsverbots ist das Ergebnis politischer und moralischer Lernprozesse in einer Gesellschaft, die sich eingesteht, dass in der Umwelt des Rechts bestimmte Menschen und Gruppen von Menschen bisher regelmäßig ohne ausreichende sachliche Gründe benachteiligt werden. Besondere Diskriminierungsverbote kommen aber regelmäßig zu spät: Sie kommen, erstens, zeitlich zu spät: „Sie werden nicht dann statuiert, wenn die jeweilige Diskriminierung an ihrem Höhepunkt ist, sondern erst, wenn sie in einer Rechtsordnung weitgehend überwunden ist und mehrheitlich als unzulässig betrachtet wird.“² Sie kommen, zweitens, „im Verhältnis zum systemischen Cha-

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

209 Meine „Übersetzung“ von *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13, 18.

1 Dazu *Huster*, EuR 2010, 325, 326 f.

2 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 462.

rakter sozialer Diskriminierungen zu spät“³: Gegenüber der sozialen Praxis des Diskriminierens hinkt der gezielte rechtliche Schutz vor Diskriminierung strukturell hinterher.⁴ Dem systemischen Problem ist auch ein Nichtdiskriminierungsrecht außerhalb des Spezialgesetzes ausgesetzt, jedenfalls solange es mit besonderen Diskriminierungsmerkmalen operiert, mögen sie hier auch verfassungsrechtlicher Provenienz sein. Für das zeitliche Problem bietet sich dagegen ein allgemeines Nichtdiskriminierungsrecht auf der Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsanspruchs als Lösung an.

1. Verfassungs- und unionsrechtliche Vorbilder

Die Vorbilder für das Einheitsmodell sind die verfassungsrechtlichen⁵ und unionsrechtlichen Ausprägungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Diskriminierungsverbote. Dass es einen rechtstheoretischen Zusammenhang beider Faktoren gibt, der zu einem einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatz führt, belegt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG.⁶ Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG stehen danach nicht beziehungslos nebeneinander. Die Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG konkretisieren vielmehr den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.⁷ Art. 3 Abs. 1 GG ermöglicht dem Gesetzgeber im Ausgangspunkt erhebliche Differenzierungsmöglichkeiten, weil Ungleichbehandlungen bereits mit einem sachlichen Grund gerechtfertigt werden können („Willkürverbot“). Die speziellen Diskriminierungsverbote ziehen dieser Gestaltungsmöglichkeit Grenzen und erhöhen die Kontrolldichte. Die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale dürfen grundsätzlich nicht Anknüpfungspunkt einer rechtlichen Ungleichbehandlung sein.⁸ Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz wird daher verletzt, wenn Rechtspositionen Dritter von einer nach Art. 3 Abs. 3 GG unzulässigen Differenzierung abhängen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Aufenthaltserlaubnis des Kindes lediglich an den aufenthaltsrechtlichen Status der Mutter angeknüpft wird, während die Aufenthaltsberechtigung des Vaters für irrelevant erklärt wird.⁹ Diskriminierungsverbote stellen also positiv fest, an welche Gründe eine Differenzierung nicht anknüpfen darf.¹⁰ Sie sind daher der intensivste Rechtfertigungsmaßstab, der an eine Ungleichbehandlung anzulegen ist. Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG markieren die beiden

3 Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 5.

4 Dazu näher Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 27 ff.

5 Dazu bereits oben § 1 I.

6 Zur Entwicklung statt aller Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1529 ff.

7 Dürig in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 1; Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 366.

8 BVerfGE 114, 357, 364.

9 BVerfGE 114, 357, 366.

10 Dazu oben § 6 I 1.

Pole eines einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verfassungsrecht: Einerseits genügt jeder sachliche Grund und andererseits bestehen grundsätzliche Anknüpfungsverbote.¹¹ Dazwischen liegt ein Rechtfertigungskontinuum: „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regulationsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Normgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.“¹² Seine klassische Beschreibung findet sich in der Entscheidung *Transsexualität III*:

„Da der Grundsatz, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. Diese Bindung ist um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, daß eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt. Sie gilt vielmehr auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird. Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.“¹³

Nicht alle darin enthaltenen Aussagen sind vollständig geglückt.¹⁴ Beispielsweise ist die Differenzierung von personen- und sachverhaltsbezogenen Ungleichbehandlungen schon deshalb problematisch, weil sich keine klare Grenze ziehen lässt.¹⁵ Jede Unterscheidung nach Sachverhalten ist immer auch eine Unterscheidung zwischen den Personen, die diese Sachverhalte verwirklichen.¹⁶ Schwierig ist auch die These, dass die Kontrolldichte davon abhängt, ob und inwieweit der

11 Besonders deutlich *Kischel* in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 42, 193. Vgl. zum Prüfungsaufbau statt vieler *Jarass*, NJW 1997, 2546 ff; *Kokott*, FS BVerfG, 2001, 127 ff.

12 Grundlegend BVerfGE 88, 87, 96; zuletzt etwa BVerfGE 124, 199, 219 und BVerfGE 126, 400, 416 (jeweils zur Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnerschaften im Vergleich zur Ehe).

13 BVerfGE 88, 87, 96 (Nachweise weggelassen).

14 Das Bundesverfassungsgericht hat diese „Neue Formel“ in jüngerer Zeit daher leicht modifiziert, siehe dazu zuletzt BVerfGE 130, 240, 254: „Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regulationsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. [...] Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich allerdings aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern.“ (Belegstellen weggelassen).

15 Siehe *Sachs*, JuS 1997, 124, 127 f; *Bryde/Kleindiek*, Jura 1999, 36, 39 f; *Osterloh* in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 27; *Huster* in: *Friauf/Höfling*, GG, Art. 3 Rn. 96.

16 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 498.

Betroffene sich anpassen kann. Daraus resultiert letztlich ein „assimilationist bias“ des Gleichbehandlungsrechts mit einem zutiefst freiheitswidrigen Zwang zur Anpassung an von der Mehrheit geteilten Überzeugungen.¹⁷ „Den Menschen wird aufgebürdet ein gewisses Sosein anzunehmen, damit sie einen Nachteil vermeiden können“.¹⁸ Damit es nicht zu dieser „Überdeterminierung“¹⁹ kommt, darf allenfalls nach Eigenschaften unterschieden werden, denen man mit *zumutbaren* Mitteln ausweichen kann.²⁰ Dieser Aspekt schlägt sich in der vom Bundesverfassungsgericht überzeugend hervorgehobenen Verbindung von Gleichheits- und Freiheitsrechten nieder.²¹ Daraus erklärt sich der besondere diskriminierungsrechtliche Schutz von Religion und Weltanschauung²² sowie der sexuellen Orientierung²³. Eine Anpassung an die mehrheitlich geteilten Überzeugungen ist den Betroffenen in diesen Fällen freiheitsrechtlich unzumutbar, weil es sich dabei um zentrale Eigenschaften einer selbstbestimmten personalen Identität handelt.²⁴ Indem das Recht dem Adressaten verbietet, „einen Menschen allein aufgrund dieser, sein „So-Sein“ bestimmenden Eigenschaften anders zu *behandeln*, verschafft [es] ihm letztlich ein Recht darauf, anders zu *sein*“ und sichert ihm damit „ein Stück *Freiheit* zu“.²⁵ Daher rekonstruiert *Somek* den Gleichbehandlungsgrundsatz insoweit überzeugend als Freiheitsrecht zweiter Ordnung: Es sichert die Freiheit vor Anpassungszwängen.²⁶ Deshalb „verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind“.²⁷ Zu berücksichtigen ist auch, dass jede Unterscheidung, unabhängig davon, nach welchem Kriterium sie getroffen werden mag, zwangsläufig einen personalen Bezug hat.²⁸ Er ist nur unterschiedlich stark ausgeprägt. Auch darauf nimmt die Rechtferti-

17 Dazu vertiefend *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 500 (1998) und *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 379 ff; zustimmend *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 96.

18 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 383.

19 Der Begriff stammt von *Somek*, Equality as Reasonableness, in: Sajó, Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights, 2006, 382 ff.

20 Vgl. dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 528 ff; deutlich strenger dagegen *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 448 ff, der jeden gleichheitswidrigen Ausschluss vom Genuss einer sehr breiten Palette an „konditionalen Gütern“ als Diskriminierung auffassen will; dagegen *Huster*, Der Staat 42 (2003), 145, 147 f.

21 Zuletzt etwa BVerfGE 126, 400, 417 f.

22 Zum gleichheits- und (!) freiheitsrechtlichen Gebot weltanschaulicher Neutralität siehe BVerfGE 93, 1, 16 – *Kruzifix*; BVerfGE 105, 279, 294 – *Osho*; weiterführend dazu *Huster*, Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen, 2004.

23 Zum gleichheitsrechtlichen Schutz der sexuellen Orientierung aufgrund von Art. 3 Abs. 1 siehe BVerfGE 124, 199 – *Hinterbliebenenversorgung Lebenspartnerschaft* und BVerfGE 126, 400 – *Erb-schaftsteuer bei Lebenspartnerschaft* und BVerfG DStR 2013, 1228 – *Ehegattensplitting bei Lebenspartnerschaft*.

24 Siehe oben § 6 I 2 und III 4 b).

25 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 461 (Nachweise weggelassen).

26 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 384 ff.

27 Zuletzt BVerfGE 130, 240, 254.

28 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 498.

gungsprüfung mittlerweile Rücksicht. Danach ist der „Gleichheitssatz [...] umso strikter, je mehr eine Regelung den Einzelnen als Person betrifft“.²⁹ Das gilt insbesondere dann, wenn sich die Differenzierungsmerkmale auf Minderheiten beziehen: „Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt.“³⁰ Es kommt dabei jedoch nicht ausschließlich auf die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale an. Daher ist die Fragestellung, ob die Aufzählung in Art. 3 Abs. 3 GG erschöpfend ist, schief.³¹ Beispielsweise ist die Staatsangehörigkeit kein generell unzulässiges Differenzierungsmerkmal iSv Art. 3 Abs. 3 GG. Das „bedeutet nicht umgekehrt, dass eine grundlose Ungleichbehandlung von Ausländern und Deutschen vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben könnte“.³² Mit der Staatsangehörigkeit knüpft die Regelung nämlich an ein Merkmal an, „das den antragstellenden Personen kaum verfügbar ist“.³³ Ähnliches gilt für die sexuelle Orientierung.³⁴ Dennoch gewährleistet Art. 3 Abs. 1 (!) GG nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen äquivalenten Schutz vor Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung.³⁵ Die in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Diskriminierungsverbote sind in letzter Konsequenz also nicht abschließend,³⁶ sondern nur ausdrückliche Beispiele einer besonders intensiven personalen Schutzwürdigkeit bei Differenzierungen. Im Ergebnis gibt es also einen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz mit einer gleitenden Kontrolldicke der Rechtfertigungsprüfung, die vom Gebot der Sachgerechtigkeit bis hin zum strengen Verhältnismäßigkeitsprinzip verläuft.

Diese These findet eine entscheidende dogmatische Parallele im Unionsrecht.³⁷ Das spezielle unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht versteht den Grundsatz der Gleichbehandlung als das Verbot jeder unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie anderer unerwünschter Verhaltensweisen, deren Diskriminierungscharakter fingiert wird³⁸. Damit scheint es, als ob das Sekundärrecht den Grundsatz der Gleichbehandlung in der Sache auf ein –Diskrimi-

29 BVerfGE 96, 1, 6.

30 BVerfGE 124, 199, 220.

31 Zutreffend *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 368.

32 BVerfGE 130, 240, 254.

33 BVerfGE 130, 240, 255.

34 Vgl. dazu aus rechtspolitischer Sicht *Hohmann-Dennhardt*, KJ, Beiheft 1, 2009, 125, 130 ff.

35 Grundlegend BVerfGE 124, 199, 220 – *Hinterbliebenenversorgung Lebenspartnerschaft*; BVerfGE 126, 400, 417 ff – *Erbschaftsteuer bei Lebenspartnerschaft*; BVerfG DStR 2013, 1228 Rn 73 ff – *Ehegattensplitting bei Lebenspartnerschaft*.

36 *Bryde/Kleindiek*, Jura 1999, 36, 43.

37 Grundlegend zum Einheitsmodell im Unionsrecht *Kischel*, EuGRZ 1997, 1 ff; zur Notwendigkeit einer einheitlichen Entwicklung der Gleichbehandlungsdogmatik im Unionsrecht vertiefend *Damm*, Menschenwürde, 2006, 320 ff; *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, 15 ff.

38 Vgl. jeweils Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG und RL 2006/54/EG; siehe auch Art. 4 RL 2004/113/EG.

nierungsverbot beschränkt.³⁹ Das täuscht. Wird vom „allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz“, vom „Grundsatz der Nichtdiskriminierung“ oder vom „Diskriminierungsverbot“ gesprochen⁴⁰, ist damit regelmäßig dasselbe gemeint.⁴¹ Diskriminierungsverbote werden als „specific prohibition of a particular type of discrimination“⁴² vom „the general principle of equal treatment, or of non-discrimination“⁴³ unterschieden. Das entspricht der Konzeption des Europäischen Gerichtshofs.⁴⁴ Danach sind die Diskriminierungsverbote des Primärrechts und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts (Art. 157 AEUV und die einschlägigen Richtlinien) „nur der spezifische Ausdruck des zu den tragenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählenden allgemeinen Gleichheitssatzes, wonach gleiche Sachverhalte nicht ungleich behandelt werden dürfen, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist sachlich gerechtfertigt.“⁴⁵ Konsequenz zu Ende gedacht enthält der allgemeine unionsrechtliche Gleichheitsgrundsatz *potenziell* ein Verbot von Diskriminierungen aus jeder Art von Gründen, die als inakzeptabel gelten könnten.⁴⁶ Das ist der gleichheitsrechtliche Kern der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. *Mangold*.⁴⁷ Das Verbot der Altersdiskriminierung ist nichts anderes als eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes.⁴⁸ GA Sharpston hat den Zusammenhang plastisch zusammengefasst:

„Kurz gesagt sind die Antworten auf die Fragen „Wen schützt der Gleichbehandlungsgrundsatz?“ und „Welche Aspekte des wirtschaftlichen, sozialen, politischen, bürgerlichen und privaten Lebens werden von diesem Grundsatz erfasst?“ nicht unveränderlich. Sie

39 Vgl. dazu statt vieler *Riesenhuber*, Verbot der Diskriminierung, in: Leible/Schlachter, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 186-187.

40 Exemplarisch etwa bei GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 90-91.

41 GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 29; *Odendahl* in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 43 Rn. 1.

42 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 92. Vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 („principle of non-discrimination on grounds of age“).

43 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 90.

44 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.10.1977, Rs. 117/76 – *Ruckdeschel v. Hauptzollamt St. Annen* = Slg. 1977, 1753 Rn. 7 (zu Art. 40 Abs. 3 EWGV [jetzt Art. 40 Abs. 2 S. 3 AEUV]); in der Sache auch EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 12 (zu Art. 119 EWGV [jetzt Art. 157 AEUV]); siehe dazu auch von Roetteken, AGG, § 1 AGG Rn. 38 f.

45 EuGH, Urt. v. 19.10.1977, Rs. 117/76 – *Ruckdeschel v. Hauptzollamt St. Annen* = Slg. 1977, 1753 Rn. 7; EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhöfer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961 Rn. 28; EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-320/00 – *Lawrence ua v. Regent Office Care Ltd ua* = Slg. 2002, I-7325 Rn. 12; EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56; EuGH, Urt. v. 3.10.2006, Rs. C-17/05 – *Cadman v. Health & Safety Executive* = Slg. 2006, I-9583 Rn. 28; zuletzt EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28.

46 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 93.

47 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 f.

48 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 Rn. 42 ff; *Huster*, EuR 2010, 325, 334 ff.

entwickeln sich mit der Gesellschaft. Infolgedessen spiegelt auch das Recht diesen Wandel wider, beginnend mit der ausdrücklichen Feststellung, dass bestimmte Formen diskriminierender Behandlung, die bislang nicht wahrgenommen oder (falls doch) toleriert wurden, nicht länger toleriert werden. Derartige Änderungen im Recht sind eine Ausdehnung – ein neuer und weiter gehender Ausdruck – des allgemeinen Gleichheitssatzes.“⁴⁹

2. Übertragbarkeit auf das Privatrecht

a) Eine Parallele zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Nach meiner Auffassung lässt sich diese *Struktur* auf das *Privatrecht* übertragen. Nach meiner Auffassung kann man die verschiedenen Ausprägungen allgemeiner Gleichbehandlungspflichten und das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht als einheitliches Prinzip mit unterschiedlich intensiven Rechtfertigungsanforderungen konzipieren. In jüngerer Zeit wurde dieselbe Problematik im Zivilrecht für das Verhältnismäßigkeitsprinzip intensiv diskutiert.⁵⁰ Im Wesentlichen gibt es dafür drei Konstruktionsmöglichkeiten: (1.) „Das“ Verhältnismäßigkeitsprinzip sei eine „Transformation“⁵¹ öffentlich-rechtlicher Dogmatik in das Zivilrecht und führe zu einer systemwidrigen Beschränkung der Privatautonomie.⁵² Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müsse um Wertungen ergänzt werden, die gerade der privatautonomen Entscheidungshoheit der Parteien unterlägen.⁵³ Daraus resultierten erhebliche Konflikte, vor allem bei der Kontrolle von Auswahlentscheidung des Normadressaten.⁵⁴ (2.) Es sei zwischen einem „verfassungsrechtlichen“ und einem „privatrechtlichen“ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu trennen.⁵⁵ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehöre zu den traditionellen Instrumentarien des Privatrechts.⁵⁶ „Das Privatrecht ist damit nicht auf den „Import“ des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus dem öffentlichen Recht angewiesen, sondern besitzt spezifische Konfliktlösungsmechanismen, die ihrerseits Ausprägungen der Verhältnismäßigkeitsidee sind.“⁵⁷ (3.) Es gibt nur einen verfassungsrechtlichen

49 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 Rn. 46.

50 H. Hanau, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 2 ff; *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 15 ff; *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 287 ff; zuvor bereits *Medicus*, AcP 192 (1992), 35 ff; *Preis*, FS Dieterich, 1999, 429 ff.

51 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 12 (und öfter).

52 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 27 ff.

53 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 56.

54 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 64 ff; in der Sache ähnlich *Maultzsch*, JZ 2012, 1040, 1045 f: „Denn in diesen Fällen von Grundrechtskollisionen steht weniger die Verwirklichung staatlicher Zwecke im Zentrum, als vielmehr die Frage, welcher rechtlich garantierte Raum dem einen Bürger gegenüber dem anderen Bürger zukommt.“

55 *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 316.

56 *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 289.

57 *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 290.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch die Ausübung „privatheteronomer Gestaltungsmacht“⁵⁸ erfasst.

Die Frage nach der Struktur „des“ Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht lässt sich mit diesem Muster verfeinern: (a) Steht die Gleichbehandlung im Privatrecht auf einem verfassungsrechtlichen Fundament? Ist der Gleichbehandlungsgrundsatz daher letztlich „Verfassungsprivatrecht“? (b) Oder gibt es einen eigenständigen privatrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung, der von dem verfassungsrechtlichen Grundsatz zu trennen ist? (c) Ist der Gleichbehandlungsgrundsatz und das in ihm enthaltene Diskriminierungsverbot eine privatrechtliche Transformation öffentlich-rechtlicher Denkmuster und damit „Zivilrecht gewordener Art. 3 GG“⁵⁹? Diese Fragestellung berührt zwei unterschiedliche Aspekte, die ich deutlich trennen möchte:⁶⁰ Es geht einerseits um ein theoretisches Modell des Gleichbehandlungsgrundsatzes und andererseits um die Frage seiner normativen Wirkung und dogmatischen Verortung. Ich möchte also zwischen der Struktur und dem Geltungsgrund differenzieren. Hier konzentriere ich mich auf die Struktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Auf die Frage des Geltungsgrundes werde ich erst § 8 IV eingehen. Wenn man das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht dogmatisch als Ausprägung des (einheitlichen) allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes rekonstruieren möchte – was im Unionsrecht unumgänglich ist⁶¹ – muss eine entsprechende Struktur „des“ Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht möglich sein. Diese ist hier als theoretische Option vorzustellen. Nur wenn die Interpretation des geltenden Rechts, insbesondere des Unionsrechts und des nationalen Verfassungsrechts, die tatsächliche Existenz eines einheitlichen Rechtsprinzips zur Gleichbehandlung Privater belegen kann, wird aus dem theoretisch möglichen auch ein dogmatisch überzeugendes Modell.

b) Kein kategorischer Unterschied zwischen Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten

(1) Zwei unterschiedliche Phänomene?

Ein Vorläufer der hier skizzierten Konzeption des Einheitsmodells des Gleichbehandlungsgrundsatzes wurde von *Lorenz Fastrich* als „verführerisch“ aber „nicht sachgerecht“ bezeichnet.⁶² Er schlug stattdessen vor, zwischen dem allge-

⁵⁸ Zum Begriff *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 9, 21 f.

⁵⁹ *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 21.

⁶⁰ Ähnlich auch *Stürmer*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 357 zur Debatte beim Verhältnismäßigkeitsprinzip.

⁶¹ Grundlegend dazu *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 15 ff, näher unten § 8 IV 3.

⁶² *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.

meinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einerseits und den Diskriminierungsverboten andererseits zu unterscheiden:

„Inhalt der hier vertretenen These ist daher, dass es im Arbeitsrecht kein generelles Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverbot gibt, sondern dass einerseits der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz mit seinen spezifischen Grenzen existiert und andererseits verschiedene Gleichstellungspflichten, die sich vom arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unterscheiden. Was heute vielfach undifferenziert unter dem Schlagwort des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder des Diskriminierungsverbots behandelt wird, betrifft in Wahrheit unterschiedliche Phänomene, die dogmatisch in zwei verschiedene Kategorien gehören: Es handelt sich teils um Fälle des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, teils um Fälle einer diesen übersteigenden Gleichstellungspflicht.“⁶³

Zur Terminologie: Bei *Fastrich* ist das „Benachteiligungsverbot“ der Oberbegriff, der in die Gruppe der Gleichbehandlungsgebote und die Gruppe der Gleichstellungsgebote aufzuteilen sei.⁶⁴ Die begriffliche Zusammenfassung von Diskriminierungsverboten und positiven Maßnahmen als „Gleichstellungsgebote“ war damals unglücklich gewählt und hat sich auch nicht durchgesetzt.⁶⁵ Auch der Vorschlag, „Gleichstellung“ für „ein über die Gleichbehandlung hinausgehendes Ziel der Frauenförderung oder der Förderung anderer Personengruppen“ aufzufassen,⁶⁶ ist nicht überzeugend. Die damit angesprochene materiale Dimension ist bereits Bestandteil des Gleichbehandlungsgrundsatzes selbst⁶⁷ und daher auch terminologisch davon umfasst⁶⁸. Die Verwendung des Benachteiligungsverbots als Oberbegriff für die Ungleichbehandlung ist mittlerweile ausgeschlossen. Der Begriff ist von § 7 AGG besetzt und wird dort auf das Diskriminierungsverbot beschränkt. Man muss also in der Diskussion von *Fastrichs* Thesen seine Begrifflichkeit permanent übersetzen: Benachteiligungsverbote werden zur (rechtfertigungsfähigen) Ungleichbehandlung und Gleichstellungsgebote im Wesentlichen zu Diskriminierungsverboten. Entscheidend ist *Fastrichs* Differenzierung zwischen Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten.⁶⁹ Erstere verlangten, dass Gleiches gleich und Ungleiches seiner Ungleichheit entsprechend zu behandeln sei. Der sachliche Grund orientiere sich dabei an der Zwecksetzung der Leistung. Diskriminierungsverbote gingen darüber hinaus, weil sie dem Arbeitgeber verbieten, an ein bestimmtes Merkmal anzuknüpfen, das an sich, von der Zwecksetzung der Leistung her gesehen, sachlicher Differenzierungsgrund wäre, wenn es das spezielle Benachteiligungsverbot nicht gäbe. „In diesem Fall

63 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 66.

64 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67.

65 Dazu mit Recht kritisch *Kocher*, RdA 2002, 168 f.; zur heute üblichen Terminologie siehe *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 434 ff.

66 *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 6.

67 Siehe oben § 6 IV 3.

68 Näher *Sacksofsky*, ZESAR 2004, 208.

69 Ansatzweise übernommen von *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 12 f.

liegt kein Anwendungsfall des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, sondern geradezu seine Durchbrechung.⁷⁰ Der Arbeitgeber, so ergänzt *Preis*, habe „Ungleiches auf Grund einer gesetzlichen Zielsetzung (fiktiv) gleich zu behandeln“.⁷¹ Die arbeitsrechtliche Gleichbehandlung orientiere sich an der vom Arbeitgeber gesetzten Norm. Diskriminierungsverbote korrigierten diese autonom gesetzte Norm im Interesse eines für den Arbeitgeber externen Ziels.⁷² Gleichbehandlung nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sei ein allgemeines Prinzip oder jedenfalls ein allgemeiner Grundsatz, der keiner besonderen gesetzlichen Anordnung bedürfe. Diskriminierungsverbote seien dagegen kein allgemeines Prinzip und bedürften als Ausnahme von der Regel einer gesetzlichen Anordnung.⁷³ Zusammengefasst verpflichte der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz den Arbeitgeber zur Gleichbehandlung des Gleichen, während die Diskriminierungsverbote eine Inpflichtnahme des Arbeitgebers zur Herstellung sozial gerechter Verhältnisse seien.⁷⁴ Dem schließt sich jetzt *Friedemann Kainer* an, indem er den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Ausdruck ausgleichender Gerechtigkeit konzipiert, während die Diskriminierungsverbote des AGG distributiven Zielen dienten.⁷⁵ Diskriminierungsverbote sind danach *per definitionem* Ausnahmen⁷⁶ und auch deshalb ein Fremdkörper im System des Privatrechts.⁷⁷

Fastrichs Kritik an dem Einheitsmodell stützt sich also im Wesentlichen auf rechtsdogmatische und privatrechtstheoretische Erwägungen. Die rechtsdogmatische Kritik greift die unterschiedlichen Anwendungsbereiche beider Erscheinungsformen auf. Eine wichtige Rolle spielt dabei die Beschränkung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bezüglich der Kontrolle der Vertragsinhaltsfreiheit.⁷⁸ Diese inhaltliche Beschränkung ist allerdings methodisch nicht zwingend als Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs auszugestalten. Es ist auch möglich, die Vergütungsfreiheit zu sichern, indem sie in den Gleichbehandlungsgrundsatz integriert und bei der Ungleichbehandlung bzw. im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung geprüft wird.⁷⁹ Das Ziel kann damit auch innerhalb eines einheitlichen Grundsatzes erreicht werden. Insoweit lässt sich der dogmatische Einwand also entkräften. Sowohl rechtsdogmatischer als auch privatrechtstheoretischer Natur ist dagegen der Hinweis auf den unter-

70 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67.

71 *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 435.

72 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 67 f.

73 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68 f., 74. Zustimmend *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 13; *Preis*, Arbeitsrecht, 2012, 437.

74 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 69, 70 73 f.

75 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b), § 4 III 4 und § 6 I 3.

76 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 74.

77 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b) und § 6 I 3.

78 Siehe *Fastrich*, RdA 2000, 65, 68.

79 Dazu eingehend oben § 5 I 4 a) (3).

schiedlichen Gebotsinhalt beider Gleichbehandlungskategorien. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz binde den Arbeitgeber an die von ihm selbst gesetzte Norm, indem seine Differenzierung vom Zweck der Maßnahme aus gesehen sachlich gerechtfertigt sein müsse.⁸⁰ Damit setzt sich *Fastrich* freilich den bekannten Einwänden gegen die Theorie der Verteilungsmacht und der Normaufstellung aus.⁸¹ Wie bereits oben dargelegt, kann auch der von *Kainer* vorgestellte Erklärungsansatz in dogmatischer Hinsicht nicht überzeugen.⁸²

(2) Ein Fall ausgleichender Gerechtigkeit?

Der eigentliche Beweggrund für ihre methodische Festlegung ist die von *Fastrich* und *Kainer* für zentral erachtete selbstbestimmte Zwecksetzungsfreiheit und der Schutz des Arbeitgebers vor der parlamentarisch nicht verantworteten Inpflichtnahme für soziale Zwecksetzungen.⁸³ Das ist ein Grundproblem bei der Anwendung verfassungsrechtlicher Strukturmodelle im Privatrecht. Das belegt die Debatte über Umfang und Reichweite des „privatrechtlichen“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Zum Schutz der Zwecksetzungsbefugnis privater Akteure geht man letztlich übereinstimmend davon aus, dass im Zivilrecht auf eine Erforderlichkeitsprüfung verzichtet werden muss.⁸⁴ Weil die Erforderlichkeit „die Handlungsalternativen regelmäßig auf eine einzige reduziert, würde privatrechtliches Handeln, das gerade auf der freien Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Handlung basiert, über die Maßen reguliert – ein mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unvereinbarer Ansatz.“⁸⁵ Es geht also um den Schutz der Privatautonomie. Deren Einschränkungen seien hier wie dort unproblematisch nur mit dem Gedanken vertraglicher Austauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) zu rechtfertigen.⁸⁶ Damit wird das Problem nur auf eine andere Ebene verschoben. Die Abgrenzung zwischen der austeilenden und der ausgleichenden Gerechtigkeit⁸⁷ fällt nämlich nicht mit der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht zusammen.⁸⁸ Sie ist „schwierig“, weil „beide Gerechtigkeitsformen nicht selten miteinander verbunden“ sind.⁸⁹ Diese Debatte könnte

⁸⁰ *Fastrich*, RdA 2000, 65, 71.

⁸¹ Dazu oben § 5 I 3 b).

⁸² Dazu oben § 5 I 3 c), § IX 2 a) und § 6 II 2 b) (2).

⁸³ *Fastrich*, RdA 2000, 65, 81.

⁸⁴ *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, 289 f.; *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 119 ff.; *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 40 ff.; *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 320 ff.

⁸⁵ *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 320.

⁸⁶ Vgl. *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 362 ff. (zum Verhältnismäßigkeitsprinzip) und *Fastrich*, RdA 2000, 65, 70 sowie *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 VI 3 b), § 4 III 4 und § 6 I 3 (zum Gleichbehandlungsgrundsatz).

⁸⁷ Zu den Begriffen und ihrer Herkunft statt vieler *Röhl/Röhl*, Rechtslehre, 2008, 339 ff.

⁸⁸ So aber griffig *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 2003, 36.

⁸⁹ *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 14. Vertiefend dazu unten § 8 II 2.

ein Glasperlenspiel sein, wenn mit der jeweiligen Einordnung nicht weitreichende privatrechts-theoretische Vorstellungen verbunden wären. Die ausgleichende Gerechtigkeit wird nämlich als die „spezifische Gerechtigkeitsform des Vertragsrechts“ postuliert.⁹⁰ Ein mit diesem Label gekennzeichneteter Gleichbehandlungsgrundsatz wird als privatrechtskonform akzeptiert,⁹¹ während die Instrumentalisierung des Privatrechts zu distributiven Zwecken kritisch beargwöhnt wird.⁹² Aus der ausgleichenden Gerechtigkeit folge nämlich, wie *Christoph Schmid* formulierte, „eine eminent wichtige methodologische Grundregel des Privatrechts: Die Vorteile und Lasten der Parteien brauchen zwar nicht immer wertmäßig äquivalent verteilt werden, aber der Interessenausgleich muss doch immer im Parteienverhältnis selbst zustande kommen und darf deshalb prinzipiell auch nur Erwägungen berücksichtigen, die unmittelbar diesem entstammen.“⁹³ Diskriminierungsverbote – wie beispielsweise wegen der Schwangerschaft einer Frau – verlangen „vom Arbeitgeber ein Verhalten [...], das in der Regel seinen normalen wirtschaftlichen Interessen nicht entspricht.“⁹⁴ Die Schwangerschaft bei Vertragsabschluss – gleiches gelte für die Mutterschaft und die damit einhergehenden Schutzvorschriften⁹⁵ – sei ein Handicap, das ein rational agierendes Unternehmen bei der Einstellungsentscheidung berücksichtigen wird. Verbietet man ihm das aus sozialpolitischen Gründen, verlangt man vom ihm, Schwangere und nicht Schwangere im Widerspruch zu wirtschaftlichen Erwägungen gleichzustellen, obwohl sie unterschiedliche Kosten verursachen.⁹⁶ Das könne, so die Argumentation von *Fastrich* und *Kainer*, nicht mehr mit Erwägungen der Vertragsgerechtigkeit gerechtfertigt werden und sei daher keine Gleichbehandlung, sondern eine Gleichstellung mit dem Ziel der Ergebnisgleichheit.

(3) Die Gleichheitsblindheit ausgleichender Gerechtigkeit

Der von *Fastrich* skizzierte und von *Kainer* ausgebaute Ansatz, den Gleichbehandlungsgrundsatz anhand der Gerechtigkeitsdichotomie von ausgleichender

90 Grundlegend in jüngerer Zeit *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 44 ff.

91 Ein schönes Beispiel dafür ist die Aussage von *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 78: „Dies [die Einordnung als *iustitia commutativa*] erklärt auch, warum im Gesellschaftsrecht im Unterschied zu anderen Bereichen des Privatrechts, in denen sich Gleichbehandlungsgebote nur mit distributiven Gerechtigkeitserwägungen begründen lassen, seit jeher als mehr oder weniger selbstverständlich erscheint.“

92 Vgl. erneut *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 78 ff und zuletzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 7 II.

93 *Schmid*, Instrumentalisierung des Privatrechts, 2010, 11.

94 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 74.

95 Siehe *Canaris*, *iustitia distributiva*, 1997, 79 ff. Für eine differenzierte Position zur Problematik vgl. *Krause*, FS Heide Pfarr, 2010, 392 ff.

96 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 80.

und austeilender Gerechtigkeit zu strukturieren, wirft erhebliche Probleme auf.⁹⁷ Ich möchte an dieser Stelle lediglich auf die erstaunliche Gleichheitsblindheit dieser Auffassung hinweisen. Das liegt an der Konzeption der ausgleichenden Gerechtigkeit, die herkömmlich als Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person verstanden wird.⁹⁸ So konstruiert zwingt sie dazu, von der Person der Arbeitnehmerin gänzlich abzusehen und allein ihre Leistung zu berücksichtigen.⁹⁹ Damit geht diese Konzeption unreflektiert von Arbeitsverhältnissen aus, „die auf Männer in Subtraktion familiärer Pflichten und in Addition hausfraulicher Unterstützung zugeschnitten sind.“¹⁰⁰ Ihr impliziter Gleichbehandlungsmaßstab ist nicht die von den tatsächlichen Ungleichheiten der einzelnen Individuen abstrahierte „Person“.¹⁰¹ Hinter der vermeintlich neutralen Person verbirgt sich der jederzeit leistungsfähige Mann.¹⁰² Die Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person mutiert aufgrund bestehender sozialer Strukturen in der Umwelt des Rechts zur *Ungerechtigkeit in* Ansehung der Person. Frauen haben ein Handicap, *weil* sie Frauen sind. Das gilt für (fast) alle Frauen, entweder weil sie schwanger sind, oder weil sie schwanger werden könnten. Dann ist es für den Arbeitgeber rational, aufgrund des Geschlechts zu diskriminieren. Stellt er Frauen ein, muss er aufgrund statistischer Zusammenhänge damit rechnen, dass sie als Arbeitnehmer ausfallen und mutterschutzrechtliche „Privilegien“¹⁰³ in Anspruch nehmen, die zu höheren Kosten führen. Indem *Fastrich* die Differenzierungsgründe des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Marktpreise, Effektivitäts- und Kostengesichtspunkte reduziert,¹⁰⁴ privilegiert er die ökonomische Rationalität des Wirtschaftssystems. Das bewirkt eine Naturalisierung und Neutralisierung tatsächlicher Ungleichbehandlungen.¹⁰⁵ Die strukturelle Ungleichbehandlung von Frauen wird naturalisiert, weil die Dinge so behandelt werden, als könnten sie im Wirtschaftssystem nicht anders sein. Damit einher geht eine Neutralisierung dieses Prozesses, weil sich alle privaten Akteure an dem diskriminierenden, aber rationalen Verhalten orientieren und offensichtlich auch orientieren sollen. Damit wird die faktische Ungleichbehandlung der Personen, die nicht dem Maßstab „Mann“ entsprechen, unsichtbar gemacht. Diese Konzeption ist mit dem geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrecht unvereinbar. Die hier vorgenommene Analyse hat gezeigt, dass seine zentrale Aufgabe darin besteht, das Recht für die

97 Eingehend dazu § 8 II.

98 So die herkömmliche Definition, vgl. nur *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 11.

99 So ausdrücklich *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 79.

100 *Hohmann-Dennhardt*, FS Pfarr, 2010, 243.

101 Zu dieser Figur oben § 2 III 2.

102 Das sichtbar gemacht zu haben ist ein Verdienst feministischer Rechtstheorien, vgl. *Schmidt*, Grundannahmen des Rechts in feministischer Kritik, in: *Foljanty/Lembke*, Feministische Rechtswissenschaft, 2006, 66, 69 ff.

103 So *Canaris*, iustitia distributiva, 1997, 79.

104 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 71.

105 Zum Begriff siehe *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 23 f.

bestehenden Unterschiede in den sozialen Kontexten bei der Ausübung (formal) gleicher Freiheiten zu sensibilisieren.¹⁰⁶ Die Kategorisierung von Diskriminierungsmerkmalen macht im ersten Schritt die „Individualität in den Personen“ wieder sichtbar,¹⁰⁷ damit im zweiten Schritt die sie treffende faktische Ungleichbehandlung in ökonomisch rationalen Marktprozessen vom Recht registriert werden kann. Diese dem Gesetzgeber nach Art. 3 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich¹⁰⁸ und unionsrechtlich (Art. 14 RL 2006/54/EG) zwingend vorgeschriebene „Intervention“ wird in *Fastrichs* System zwangsläufig zur „Gleichstellung trotz unterschiedlicher Voraussetzungen“¹⁰⁹. Ihr Anliegen ist nicht „die Gewährleistung der Voraussetzungsgleichheit, sondern [...] die Korrektur der Anknüpfungstatbestände mit dem Ziel der Ergebnisgleichheit“¹¹⁰. Noch deutlicher plädiert *Kainer* lediglich für „begrenzte Elemente distributiver Gerechtigkeit“, weil „eine Ausweitung des zivilrechtlichen Anwendungsbereichs des AGG oder der in ihm enthaltenen [...] zu einer ‘Veröffentlichrechtlichung’ des Privatrechts und perspektivisch zu seinem Ende“ führe.¹¹¹ So konzipiert ist das Nichtdiskriminierungsprinzip ist kein Prinzip des Privatrechts selbst, sondern ein ihm oktroyierter sozialer Zweck.¹¹²

(4) Sozialschutznorm oder Gleichbehandlungsrecht?

Fastrichs Plädoyer für die strikte Trennung von Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ist also letztlich die dogmatische Umsetzung eines gesellschaftspolitischen Programms: sicherzustellen, dass dem Arbeitgeber nicht am Parlament vorbei Soziallasten auferlegt werden.¹¹³ Dagegen ist demokratietheoretisch nichts einzuwenden. In meinem Modell des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht es aber nicht um „soziale Lasten“ und „Sozialschutzvorschriften“. Es geht, um die ursprüngliche Fragestellung aufzugreifen, nicht um das zweite Freiheitsproblem,¹¹⁴ sondern um das zweite Gleichheitsproblem.¹¹⁵ Die Antinomie von Freiheit und Gleichheit muss auch im Privatrecht und dort im jeweiligen Rechtsverhältnis ausgetragen werden, in dem das Gleichheitsproblem entsteht.¹¹⁶

106 Dazu oben § 6 VIII 1.

107 Siehe dazu bereits oben § 2 III 2.

108 Dazu BVerfGE 89, 276, 285 ff.; BVerfGE 109, 64, 89 ff.

109 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 73.

110 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 80.

111 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 8 aE.

112 Siehe dazu bereits oben § 2 III 2 und § 6 II 2 b (2).

113 *Fastrich*, RdA 2000, 65, 81.

114 In diese Richtung kann man *Fastrich*, RdA 2000, 65, 74 („Sozialschutz ist, was sich gegen Marktergebnisse wendet.“) interpretieren.

115 Siehe oben § 2 III 3.

116 Prononciert dazu *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 8; *Singer*, FS 200 Jahre Humboldt-Universität, 2010, 981, 1010 f.

Man irrt, wenn man das Gleichbehandlungsrecht als *Sozialschutzrecht* ansieht. Das ist es nicht. Es ist *Gleichbehandlungsrecht*. Die Person wird davor geschützt, ungleich behandelt zu werden. Tritt bei einer Person dagegen eine besondere Schutzbedürftigkeit auf, reagiert das Recht darauf sozialrechtlich. Der entscheidende Unterschied ist die Ungleichbehandlung, die in einem Fall Tatbestandsvoraussetzung ist, während im anderen Fall nur die schutzbedürftige Lage ausschlaggebend ist. Dazu ein Beispiel: Ein ab seinem 60. Lebensjahr rentenbezugsberechtigter Arbeitnehmer wird im Vergleich zu Arbeitnehmern unter 60 Jahren ungleich behandelt, wenn ihm eine Entlassungsabfindung deshalb verweigert wird, weil er rentenbezugsberechtigter ist.¹¹⁷ Die Abfindung dient nämlich dem Ziel, die Arbeitnehmer zu schützen, deren Übergang in eine andere Beschäftigung aufgrund der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit schwierig ist. Der Abfindungsausschluss von entlassenen Arbeitnehmern, *die auf dem Arbeitsmarkt bleiben wollen*, kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie aufgrund ihres Alters eine Rente als Einkommensersatz in Anspruch nehmen können:¹¹⁸ „Diese Maßnahme erschwert Arbeitnehmern, die bereits eine Altersrente beziehen können, die weitere Ausübung ihres Rechts, zu arbeiten, weil sie beim Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis – im Gegensatz zu anderen Arbeitnehmern mit gleich langer Betriebszugehörigkeit – keine Entlassungsabfindung erhalten.“ Darin liegt der Nachteil, vor dem das Gleichbehandlungsrecht schützt. Es sichert nicht das Einkommen, das mit der Arbeit erwirtschaftet wird, sondern die Möglichkeit, seine Arbeitskraft unter *tatsächlich* gleichen Bedingungen am Arbeitsmarkt anzubieten.¹¹⁹ Dasselbe gilt für einen freiwillig vom Arbeitgeber angebotenen Abfindungsplan, mit dem dieser trotz vereinbarten Kündigungsverzichts Arbeitsplätze abbauen möchte.¹²⁰ Nimmt er ältere Arbeitnehmer davon aus, ist das vom Standpunkt des Sozialschutzes aus betrachtet, nachvollziehbar. Das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer genießt weiterhin Bestandsschutz.¹²¹ Gleichbehandlungsrechtlich ist es ein Skandal: Ihnen wird eine Möglichkeit genommen, die jüngere Ar-

117 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343.

118 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 44.

119 Mit diesem Ansatz lässt sich die Entscheidung EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 mit der am selben Tag ergangenen Entscheidung EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 vereinbaren, in der der Gerichtshof die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen beim Erreichen des 65. Lebensjahres für richtlinienkonform hielt und zugleich darauf hinwies, dass die betroffene Arbeitnehmerin ihre Arbeitskraft am Markt wieder anbieten kann, EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-45/09 – *Rosenblatt* = Slg. 2010, I-9391 Rn. 74; siehe dazu auch *Preis*, NZA 2010, 1323 ff. Vgl. jetzt auch EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v.; dazu *Grünberger/Sagan*, EuZA 2013, 324.

120 Dazu BAG NZA 2010, 561.

121 BAG NZA 2010, 561, Rn. 33.

beitnehmer haben – selbstbestimmt und *unter gleichen Bedingungen* zu entscheiden, ob sie ihre Arbeitskraft erneut am Markt anbieten.¹²²

Zugleich – und das ist mit besonderem Nachdruck zu betonen – ersetzt das Gleichbehandlungsrecht den Sozialschutz nicht. Wird eine Geschäftsführerin einer GmbH von ihrer organschaftlichen Stellung abberufen, weil sie schwanger ist, liegt darin eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen ihres Geschlechts.¹²³ Die einseitige Beendigung des Rechtsverhältnisses vor Ablauf der vereinbarten Zeit wegen Schwangerschaft oder aus einem Grund, der wesentlich auf einer Schwangerschaft beruht, kann nur Frauen treffen.¹²⁴ Damit das Benachteiligungsverbot greift, muss es der Frau gelingen, darzulegen, dass die Schwangerschaft als Kündigungsgrund überwiegend wahrscheinlich ist und die GmbH muss daran scheitern, das Geschlecht als Kündigungsgrund auszuräumen.¹²⁵ Der Gerichtshof irrt daher, wenn er behauptet, mit den unionsrechtlichen Vorschriften über die Gleichheit von Männern und Frauen im Bereich der Rechte von schwangeren Frauen oder Wöchnerinnen werde das Ziel verfolgt, diese vor und nach der Niederkunft zu schützen.¹²⁶ Das Gleichbehandlungsregime schützt nur vor der Ungleichbehandlung. Liegt diese nicht vor oder kann sie gerechtfertigt werden, verflüchtigt sich der Schutz „vor und nach der Niederkunft“. Den eigentlichen Sozialschutz übernimmt in Deutschland das Kündigungsverbot aus § 9 Abs. 1 MuSchG in Umsetzung von Art. 10 Richtlinie 1992/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.¹²⁷ Danach ist eine Kündigung während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs wegen der Schwangerschaft ausgeschlossen. Will die GmbH trotzdem kündigen, bedarf sie der behördlichen Erlaubnis (§ 9 Abs. 3 MuSchG).¹²⁸ Diese Vorschrift schützt gegen die Gefahr, die aus einer möglichen Entlassung für die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen resultieren

122 Zur Kritik eingehend Grünberger, EuZA 2011, 171 ff.

123 Siehe EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 74; dazu, dass sich das Verbot auch auf die organschaftliche Stellung bezieht siehe oben § 6 IV 2 a).

124 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 67; zur Vergleichbarkeit siehe oben § 6 V 2 a) (2) und zur Anknüpfung an das Geschlecht § 6 V 2 a) (3).

125 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 73; siehe zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast auch oben § 6 VII 1 d) (1).

126 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 68.

127 ABl. L 348 v. 28.11.1992, S. 1.

128 Das ist unionsrechtskonform, siehe zuletzt die Anforderungen an den Kündigungsschutz EuGH, Urt. v. 11.10.2007, Rs. C-460/06 – *Paquay v. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL* = Slg. 2007, I-8511 Rn. 31; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 61. Unklar bleibt, ob sich das Beendigungsverbot nur auf das Anstellungsverhältnis bezieht oder auch die Bestellung erfasst. Der EuGH differenziert begrifflich nicht vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 57, 63, 70.

kann.¹²⁹ Das zeigt auch die verfassungsrechtliche Verankerung solcher Schutzvorschriften in Art. 23 Grundrechte-Charta¹³⁰ bzw. in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG¹³¹. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Schutz nicht gleichheitsrechtlich, sondern sozialrechtlich gewährleistet wird: Er ist unabhängig von einer tatbestandlichen Ungleichbehandlung, besteht aber nur für Arbeitnehmerinnen.¹³²

c) Zusammenfassung

Das Einheitsmodell ermöglicht es, gemeinsame Grundprobleme aller Gleichbehandlungskonstellationen konsistent zu behandeln. Dazu zählt insbesondere die methodische Verankerung des Konflikts von Gleichbehandlung und Privatautonomie und – damit eng verbunden – der Rechtfertigungsdogmatik von Ungleichbehandlungen¹³³. Das nach verfassungs- und unionsrechtlichem Vorbild strukturierte Einheitsmodell erlaubt es zudem, die verschiedenen, immer wieder mit Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung gebrachten Gleichbehandlungsgrundsätze im Arbeitsrecht,¹³⁴ Verbandsrecht¹³⁵ und im Insolvenzrecht¹³⁶ und die sich auf die objektive Dimension des Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG zurückführbaren Diskriminierungsverbote¹³⁷ gemeinsam zu behandeln. Darin sehe ich auch ein potentielles Fundament eines „allgemeinen Teils“ nicht nur der besonderen Gleichheitssätze¹³⁸, sondern des privatrechtlichen Gleichbehandlungsrechts insgesamt. Im Folgenden gehe ich deshalb von einer einheitlichen Struktur des Grundsatzes der Gleichbehandlung aus. Trotz ihrer Einheitlichkeit erlaubt es die hier vorgestellte Struktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes, auf die jeweiligen sozialen Konflikte angemessen zu reagieren und unterschiedliche Ergebnisse zu erzielen.¹³⁹ In den beiden folgenden Abschnitten geht es darum, die beiden Strukturelemente

129 EuGH, Urt. v. 11.10.2007, Rs. C-460/06 – *Paquay v. Société d'architectes Hoet + Minne SPRL* = Slg. 2007, I-8511 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 60.

130 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 71.

131 BVerfGE 109, 64, 89 ff – *Mutterschaftsgeld II*.

132 Zu den Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs bei Organmitgliedern EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 38 ff; vertiefend zum Problem Preis/Sagan, ZGR 2013, 26 ff.

133 Zu diesem Aspekt bereits *Mahlmann* in: *Mahlmann/Rudolf*, Gleichbehandlungsrecht, § 3 Rn. 17.

134 Oben § 5 I 3 d).

135 Siehe § 5 II 3 b).

136 Oben § 5 V 2 c).

137 Dazu *Uerpman-Witzack*, ZaöRV 68 (2008), 359 ff.

138 Darin sah *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 59 noch ein Forschungsprogramm der Zukunft. Mit dem AGG ist diese Aufgabe dringender geworden; § 6 in dieser Arbeit ist insoweit als ein Versuch, diese Anregung umzusetzen.

139 Im Wortlaut angelehnt an die Beschreibung *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 317 (dort zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); ähnlich auch *H. Hanau*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 141 („Teil eines zusammenhängenden Kontrollspektrums mit abgestufter Kontrollintensität“).

des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Prinzip personaler Gleichheit näher zu entfalten.

III. Ungleichbehandlung

1. Elemente der Ungleichbehandlung *iwS*

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verlangt der allgemeine unionsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist.¹ Ähnlich formuliert das Bundesverfassungsgericht zum allgemeinen Gleichheitssatz:² Dieser verpflichtet zur Gleichbehandlung des wesentlichen Gleichen und enthält das Gebot, wesentlich Ungleiches auch ungleich zu behandeln.³ Darin liegt eine Umschreibung beider Faktoren des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Das wird in der Formel des Gerichtshofs besser sichtbar, weil er zwischen der (1a) Ungleichbehandlung *ieS*, der (1b) Vergleichbarkeit und (2) der Rechtfertigung deutlich trennt.⁴ Das gilt im Ergebnis auch für die Formel des Bundesverfassungsgerichts. Missverständlich ist der Begriff der „wesentlichen Vergleichbarkeit“. Damit werden die zu betrachtenden Vergleichspaare nicht beschränkt. Ihm kommt nur die Funktion zu, die Rechtfertigungsprüfung zu umschreiben.⁵ Die Feststellung, es werde wesentlich Gleiches ungleich behandelt, betrifft nicht die Gleichbehandlungspräsumtion, sondern reflektiert bereits das Ergebnis der Rechtfertigungsprüfung.⁶ In der jüngsten Entscheidungspraxis kommt dies deutlich zum Ausdruck. Das Gericht verdeutlicht, dass die von ihm verwendete Formel Differenzierungsgründe einschließt, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.⁷ An dieser Stelle geht es mir zunächst nur um die unterschiedliche Behandlung (Ungleichbehandlung *ieS*) und die Vergleichbarkeit, die beide zusammen den Tatbestand der rechtfertigungs-

1 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.10.1977, Rs. 117/76 – *Ruckdeschel v. Hauptzollamt St. Annen* = Slg. 1977, 1753 Rn. 7; in jüngerer Zeit EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-127/07 – *Arcelor Atlantique et Lorraine ua* = Slg. 2008, I-9895 Rn. 23 mwN; EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats AS-BL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28.

2 Auf die Parallelen macht *Damm*, Menschenwürde, 2006, 324 ff aufmerksam.

3 BVerfGE 98, 365, 385; BVerfGE 112, 268, 278; BVerfGE 116, 164, 180.

4 Vgl. zu dieser dreiteiligen Prüfungsstruktur *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 180 mwN; *Kischel* in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 14.

5 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 364 ff; *Kischel*, AöR 124 (1999), 175, 185 ff; *Heun* in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 24; *Jarass* in: Jarass/Piero, GG, Art. 3 Rn. 7; *Osterloh* in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 82; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 56 f.

6 *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 57.

7 Vgl. BVerfGE 124, 199, 220; BVerfGE 130, 240, 254.

pflichtigen Ungleichbehandlung iW S konstituieren.⁸ Ich trenne also begrifflich auf der Tatbestandsebene zwischen der unterschiedlichen Behandlung, die erst dann gleichheitsrechtlich „suspekt“ wird, wenn sie sich auf vergleichbare Personen erstreckt. Differenzierungen widersprechen dem *prima facie* Recht auf Gleichbehandlung, wenn sie sich nicht mit der Verschiedenheit der unterschiedlich behandelten Fälle erklären lassen.⁹ Das Paradebeispiel für diesen Zusammenhang ist die Definition der unmittelbaren Benachteiligung im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht:¹⁰ § 3 Abs. 1 S. 1 AGG und die entsprechenden Richtlinienbestimmungen verlangen (1a) eine weniger günstige Behandlung als (1b) eine Person in einer vergleichbaren Situation.¹¹ Dieses Diskriminierungsverbot ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur der spezifische Ausdruck des, zu den tragenden Grundsätzen des Unionsrechts zählenden, allgemeinen Gleichheitssatzes.¹² Dieser Grundsatz kann daher nur auf Personen Anwendung finden, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden.¹³

Erst wenn eine Ungleichbehandlung iW S vorliegt, ist den davon Betroffenen der Zugang zum Rechtfertigungsdiskurs möglich. Daher ist es zweckmäßig, von einem weiten Verständnis der Ungleichbehandlung auszugehen, damit die in ihr liegende Sachgerechtigkeit oder das von ihr ausgehende Diskriminierungspotential kritisch gewürdigt werden kann. Die Feststellung einer Ungleichbehandlung iW S darf nicht im normativen, sondern muss im deskriptiven Sinn verstanden werden.¹⁴ Das hat bereits die Analyse der allgemeinen Gleichbehandlungsgebote und des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts ergeben.¹⁵ Weil das Gleichbehandlungsproblem über beide Faktoren – Ungleichbehandlung iW S und Rechtfertigung – gelöst werden soll, „darf das normative Element nicht bereits in den Begriff der Gleichbehandlung hineingezogen werden. Daß eine Gleichbehandlung im normativen Sinne vorliegt, kann erst das Ergebnis der Gleichheitsprüfung

8 Vgl. Heun in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 23; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 7. Zur Frage, ob man insoweit von einem Schutzbereich sprechen kann, differenzierend Jarass, AöR (120) 1995, 345, 361 f und bejahend Huster, Rechte und Ziele, 1993, 225 ff; Huster, JZ 1994, 541, 547 f; Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 79; Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1485 f mwN.

9 Insoweit folge ich dem terminologischen Vorschlag von Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1487 f. Ich teile aber nicht Sachs daraus abgeleitete Folgerung, dass eine gleichheitsgerechte Begründung bereits den Eingriff in den Grundrechtstatbestand ausschließt.

10 Dazu oben § 6 IV 2 a) und b).

11 Darauf hat GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 41 Fn. 30 aufmerksam gemacht.

12 EuGH, Urt. v. 26.6.2001, Rs. C-381/99 – *Brunnhof v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG* = Slg. 2001, I-4961 Rn. 28; EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C-320/00 – *Lawrence ua v. Regent Office Care Ltd ua* = Slg. 2002, I-7325 Rn. 12; EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56; zuletzt EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 28.

13 EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-313/02 – *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* = Slg. 2004, I-9483 Rn. 56.

14 Dazu ausführlich Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 52 (ausgehend vom Standpunkt der von ihm kritisierten hM) und Simons, 65 B.U. L. Rev. 387, 416-419 (1985).

15 Siehe oben § 5 IX 1 und § 6 VIII 1.

sein, nicht aber ein Element des Begriffs der Gleichbehandlung.¹⁶ Das gilt sowohl für die Feststellung der Vergleichbarkeit als auch für den Begriff der Ungleichbehandlung i.e.S.

2. Vergleichbarkeit der Situation

Der entscheidende Schritt bei der Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes besteht darin, festzustellen, ob die fraglichen Sachverhalte vergleichbar oder – mit anderen Worten – erheblich gleichartig sind.¹⁷ Vergleichbarkeit kann nicht die Übereinstimmung in allen Eigenschaften bedeuten; das wäre Identität. Es kann daher immer nur darum gehen, ob es mehr oder weniger weit gehende Übereinstimmungen bei gleichzeitiger Verschiedenheit in anderen Punkten gibt.¹⁸ Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist im Licht des Zwecks und des Ziels der Maßnahme zu untersuchen, die die fragliche Unterscheidung einführt.¹⁹ Dazu drei Beispiele:

Ein österreichischer Kollektivvertrag (Tarifvertrag) sah vor, dass unkündbare Ärzte gekündigt werden können, wenn sie die Anspruchsvoraussetzungen für eine Alterspension erfüllten.²⁰ Nach österreichischem Sozialversicherungsrecht beträgt das Pensionsalter bei Frauen 60 Jahre und bei Männern 65 Jahre. Diese unmittelbare Diskriminierung in der Rentenversicherung ist nach Art. 7 Abs. 1 lit. a) RL 79/7/EWG²¹ erlaubt, weil Österreich damit gesellschaftliche, familiäre und ökonomische Benachteiligung der Frauen auszugleichen versucht.²² Das wirft die Frage auf, ob eine Frau, der mit 60 gekündigt wird, mit einem Mann desselben Alters vergleichbar ist. Immerhin verfügen die Arbeitnehmer weiblichen Geschlechts im Alter von 60 bis 65 Jahren über eine soziale Absicherung in Form der gesetzlichen Alterspension, die den Arbeitnehmern männlichen Geschlechts derselben Altersgruppe vorenthalten ist. Der Gerichtshof stellte dagegen nur auf die Bedingungen für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab. Die soziale Absicherung, die damit einhergeht, blieb ausgeblendet.²³ Mit Recht:

16 Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 28, der damit aber die von ihm abgelehnte hM beschreibt.

17 GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 91; ausführlich zum Unionsrecht Damm, Menschenwürde, 2006, 326 ff.

18 Allg. Auffassung, statt aller *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1472 mwN.

19 Vgl. dazu jüngst EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 29; ausführlicher GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 41 ff.

20 EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939.

21 Richtlinie 79/7/EWG v. 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. L 6 v. 10.1.1979, S. 24.

22 EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939 Rn. 38.

23 EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-356/09 – *Pensionsversicherungsanstalt v. Kleist* = Slg. 2010, I-11939 Rn. 36 ff.

Gleichbehandlungsrecht ist kein Sozialrecht.²⁴ Die Kündigung soll das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer gegen seinen Willen beenden, während die Pensionsberechtigung Rentenansprüche des Arbeitnehmers regelt. Zu vergleichen ist nur die Situation von angestellten Frauen und Männern, die ihren Arbeitsplatz verlieren. Ob sie dafür Lohnersatzleistungen bekommen, ist für das Gleichbehandlungsrecht irrelevant. Indem Frauen gezwungen werden, mit der Arbeit aufzuhören, sobald sie rentenbezugsberechtigt sind, nehmen ihnen die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, selbstbestimmt über ihren Verbleib im Arbeitsverhältnis zu entscheiden. Männer haben diese Möglichkeit, weil ihnen erst mit 65 gekündigt werden darf. Insoweit ist die gekündigte Ärztin in einer mit einem nicht gekündigten Mann vergleichbaren Situation: Beide wollen weiterarbeiten, aber nur der Mann darf, weil er Mann ist. Auf derselben Linie liegt die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Odar*: Sieht ein Sozialplan zwei unterschiedliche Methoden für die Berechnung der Abfindung bei jüngeren Arbeitnehmern einerseits und für Arbeitnehmer kurz vor dem Renteneintrittsalter andererseits vor, befinden sich die „Arbeitnehmer, die kurz vor dem Renteneintritt stehenden Altersgruppen angehören, in einer Situation [...], die mit der der anderen vom Sozialplan betroffenen Arbeitnehmer vergleichbar ist, da ihr Arbeitsverhältnis mit ihrem Arbeitgeber aus demselben Grund und unter denselben Voraussetzungen endet.“²⁵ Das gilt auch, wenn es sich um einen schwerbehinderten Arbeitnehmer handelt. Der diesen sozialrechtlich „gewährte Vorteil, der darin besteht, dass sie ab Erreichen eines Alters, das drei Jahre niedriger ist als bei nichtbehinderten Arbeitnehmern, eine Altersrente in Anspruch nehmen können, kann sie nämlich gegenüber diesen Arbeitnehmern nicht in eine besondere Situation bringen.“²⁶ Der Pensions- bzw. Rentenanspruch ist ein sozialrechtlicher Anspruch, der den Arbeitnehmer nach der Entlassung davor schützt, mittellos zu sein. Er ist eine Lösung des zweiten Freiheitsproblems. Der Gleichbehandlungsanspruch stellt sicher, dass Männer und Frauen bzw. behinderte oder nicht behinderte Personen die gleichen Möglichkeiten haben, ihre Freiheit zu realisieren. Er antwortet auf das zweite Gleichheitsproblem.²⁷

Das zweite Beispiel ist die Entscheidung des Gerichtshofs zu Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG, der Versicherungsunternehmen eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts in bestimmtem Umfang erlaubt.²⁸ In der Rs. *Test-Achats ASBL* waren Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 Grundrechte-Charta Prüfungsmaßstab in einem Fall unmittelbarer Grundrechtsbindung des Richtliniengebers,

24 Siehe oben § 7 II 2 b) (4).

25 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 61; siehe dazu näher *Grünberger/Sagen*, EuZA 2013, 324, 329 f.

26 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 62.

27 Dazu oben § 2 III 3.

28 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773; zu Sachverhalt und Kontext der Entscheidung bereits oben § 6 VI 3 b).

Art. 51 Abs. 1 Grundrechte-Charta. In der Sache handelt es sich aber um die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im „mehrpolygonen Verfassungsrechtsverhältnis.“²⁹ Der Union stehen zwei Grundrechtsträger mit gegensätzlichen Interessen gegenüber: Auf der einen Seite die Interessen der betroffenen Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer, die von der Differenzierung aufgrund des Geschlechts in ihrem Gleichheitsrecht (Art. 21, 23 Grundrechte-Charta) beeinträchtigt werden, und auf der anderen Seite die unternehmerischen Interessen der Versicherungsunternehmen (Art. 16 Grundrechte-Charta), die anhand des Geschlechts differenzieren, um eine risikoadäquate Prämienstruktur sicherstellen zu können. Strukturell handelt es sich bei Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG um einen ausdrücklich vorgesehenen Rechtfertigungsgrund für die Differenzierung aufgrund des Geschlechts. Hätte es ihn nicht gegeben, würde sich *diesselbe* Problematik auf der Ebene des einfachen Rechts stellen, wenn ein Versicherungsunternehmen unter Berufung auf einen sachlichen Grund (§ 20 Abs. 1 AGG) diskriminiert. Sowohl bei der Prüfung des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgebots aus Art. 21, 23 Grundrechte-Charta, als auch bei der Prüfung des einfachrechtlichen Diskriminierungsverbots aus § 19 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 3 Abs. 1 S. 1 AGG kommt es auf die Vergleichbarkeit der Situation an. Sind Männer und Frauen in der Privatversicherung vergleichbar? Der Rat verneinte das im Verfahren vor dem Gerichtshof, weil „aus versicherungstechnischer Sicht bei der auf statistischer Grundlage stattfindenden Einordnung in Risikokategorien die Niveaus des versicherten Risikos bei Frauen und bei Männern unterschiedlich sein könnten.“³⁰ Weil Frauen in der Kranken- und Lebensversicherung ein statistisch betrachtet höheres Versicherungsrisiko bilden als Männer, differenziere eine darauf Rücksicht nehmende Prämien- und Leistungsgestaltung aufgrund unterschiedlicher Sachverhalte.³¹ Die Differenzierung sei danach keine verbotene Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, sondern eine vielleicht schon gebotene, jedenfalls aber erlaubte³² Ungleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte. Der Gerichtshof sah das anders. Die Richtlinie beruhe auf der Prämisse, dass die Lage von Frauen in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen mit der Situation von Männern vergleichbar sei.³³

29 Zum Begriff *Callies*, JZ 2006, 321, 325 ff; *Callies* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 44 Rn. 18.

30 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 27.

31 Siehe EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 27; GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21-23.

32 Eine rechtlich gebotene Ungleichbehandlung konnte es schon deshalb nicht sein, weil die Richtlinie den Versicherungsunternehmen die Berücksichtigung des Geschlechts nicht zwingend vorschreibt, siehe GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 23.

33 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 30.

Das trifft nur im Ergebnis zu. Der Gerichtshof verzichtet nämlich auf eine notwendige Rechtfertigungsprüfung dieser Ungleichbehandlung.³⁴ Diese erlaubt es, die immerhin ebenfalls grundrechtlich geschützten Rationalitätsinteressen der Versicherungsunternehmen zu berücksichtigen und zu fragen, ob die mit der instrumental und statistischen³⁵ Diskriminierung verfolgten ökonomischen Zwecke die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.³⁶ Abgesehen davon, kann auch die methodische Begründung zur Vergleichbarkeit nicht überzeugen. Dazu muss man sich Art. 5 der Richtlinie wegdenken und den Sachverhalt ausschließlich einfach-rechtlich konstruieren: Eine Versicherungsnehmerin einer Lebensversicherung behauptet einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG und das Versicherungsunternehmen erwidert, dass sie aufgrund ihrer statistisch gesehen höheren Lebenserwartung nicht mit Männern vergleichbar sei, die eine niedrigere Prämie zahlten. Dann kann man sich nicht mehr auf die Prämisse des Gerichtshofs stützen, dass „die Lage von Frauen und die Lage von Männern in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen vergleichbar sind“³⁷. Das wäre bei der Anwendung des Diskriminierungsverbots eine zirkuläre Behauptung. Die damit unterstellte Vergleichbarkeit ist nämlich eine festzustellende Tatbestandsvoraussetzung. Viel einfacher ist es, auf die Maßnahme selbst abzustellen, mit der die Differenzierung eingeführt wird. Dabei handelt es sich um den Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags. Betrachtet man diesen Vorgang strikt deskriptiv, kommt man nicht umhin festzustellen, dass sich Männer und Frauen in ihrem Interesse als Versicherungsnehmer diesbezüglich in allen relevanten Punkten in einer vergleichbaren Lage befinden – bis auf die Ermittlung des zu versichernden Risikos. Nur bezüglich des statistischen Zusammenhangs von Geschlecht und Versicherungsrisiko unterscheiden sie sich. Ob dieser Unterschied relevant ist, ist die zentrale normative Frage des Streits. In ihm konzentriert sich das Differenzierungsinteresse des Versicherers. Die dafür maßgeblichen Gesichtspunkte sind daher sinnvollerweise in der Rechtfertigungsprüfung zu verorten. Der Versuch, diese Frage bereits auf der Ebene der Vergleichbarkeit unter Berücksichtigung normativer Wertungen zu lösen, führt zu methodisch fragwürdigen Vergleichsgruppenbildungen, sowohl im Anwendungsbereich allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze,³⁸ als auch im Anwendungsbereich des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts.³⁹

34 Siehe dazu oben § 6 VI 3 b). Eine umfangreiche Prüfung findet sich bei *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 205 ff.

35 Zu den Begriffen oben § 6 IV 1.

36 So im Ansatz zutreffend GA Kokott, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 60 ff.

37 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 30.

38 Näher § 5 I 4 b).

39 Siehe dazu eingehend oben § 6 V 2 a).

Das zeigt – dritter Beispielsfall – die Debatte zur Vergleichbarkeit von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft.⁴⁰ Der Europäische Gerichtshof entschied in der Rs. *Maruko*, dass der Ausschluss überlebender Lebenspartner aus der Hinterbliebenenversorgung eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung ist, wenn sich überlebende Ehegatten und überlebende Lebenspartner in einer vergleichbaren Situation in Bezug auf die genannte Hinterbliebenenversorgung befinden.⁴¹ Die Erste Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts und das Bundesverwaltungsgericht gingen von einer normativen Vergleichbarkeit aus und sahen in Ehe und Lebenspartnerschaft ungleiche Sachverhalte: Sie seien rechtlich nicht vergleichbar, weil das einfache Recht nur eine punktuelle Annäherung und gerade keine umfassende Gleichstellung vorsehe.⁴² Das Bundesarbeitsgericht teilte diesen Ausgangspunkt, kam aber zum gegenteiligen Ergebnis.⁴³ Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat diesen Ansatz dagegen in der Entscheidung zur *VBL-Hinterbliebenenversorgung*⁴⁴ implizit zurückgewiesen.⁴⁵ Danach kommt es ausschließlich darauf an, ob der jeweilige Sachverhalt bei Ehen und bei Lebenspartnerschaften in gleicher Weise auftreten kann.⁴⁶ Maßgeblich ist die Zielrichtung der Maßnahme, die die Differenzierung enthält.⁴⁷ Damit gilt im Unions- und im Verfassungsrecht derselbe Maßstab zur Ermittlung der Vergleichbarkeit: Notwendig ist eine deskriptive und von normativen Wertungen freizuhaltende Ermittlung der jeweiligen Gemeinsamkeiten bei der Verwirklichung des Lebenssachverhalts, der zum Ausgangspunkt einer Differenzierung genommen wird.

Die Untersuchung in §§ 5 und 6 belegt diese These. Die Feststellung der Vergleichbarkeit beim allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz⁴⁸ und beim speziellen Diskriminierungsverbot⁴⁹ lässt sich mit dem hier vorgeschlagenen Modell unproblematisch erklären. Der anzuwendende Vergleichsmaßstab ergibt sich jeweils aus dem Sinn und Zweck der die Differenzierung enthaltenden Regelung des Arbeitgebers. Der deskriptive Vergleichsmaßstab kann, wie die unterschiedlichen Gleichheitsmaßstäbe des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zeigen, durchaus normativ vorgegeben sein:⁵⁰ Geht es beispielsweise um die Ausübung von Vermögensrechten, ist im Kapitalgesellschaftsrecht nicht

40 Dazu eingehend *Grünberger*, FPR 2010, 203 ff.

41 EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757 Rn. 72. Zum Kontext bereits oben § 6 III 4 b) und V 1 c).

42 BVerfG NJW 2008, 2325 Rn. 13 ff.; BVerwG Buchholz 430.4 Versorgungsrecht Nr. 51; BVerwG NJW 2008, 868 Rn. 24 ff.

43 BAG AP Nr. 315 zu Art. 3 GG = NZA 2009, 489 Rn. 28.

44 BVerfGE 124, 199.

45 Zum Folgenden *Grünberger*, FPR 2010, 203, 206.

46 BVerfGE 124, 199, 226.

47 BVerfGE 124, 199, 226 ff.

48 Siehe oben § 5 I 4 b).

49 Siehe § 6 V 2 a) (2).

50 Dazu oben § 5 II 4 b) (1).

die Person des Gesellschafters, sondern ihr Anteil am Grundkapital der relevante Gleichbehandlungsmaßstab. Ein Inhaber von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ist bezüglich der Mitwirkungsrechte nur mit Aktionärinnen innerhalb derselben Aktiengattung vergleichbar. Im Gesetz angelegte Differenzierungen innerhalb gleicher Aktiengattungen – wie etwa die satzungsmäßige Festlegung eines Höchststimmrechts (§ 134 Abs. 1 S. 2 AktG) – betreffen dagegen nicht die Vergleichbarkeit, sondern sind gesetzlich vorgesehene sachliche Gründe einer Ungleichbehandlung. Ein anderes Beispiel einer gesetzlichen Begrenzung des zu vergleichenden Personenkreises ist das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot bei einseitigen Maßnahmen (Art. 102 S. 2 lit. c) AEUV): Dieses ist auf Handelspartner beschränkt.⁵¹ Das Vergleichsmarktkonzept lässt sich bei Zugrundelegung eines deskriptiven Ansatzes zwanglos erklären. Dasselbe gilt für das Merkmal der „Gleichartigkeit“ in §§ 19 Abs. 4 Nr. 3, 20 Abs. 1 GWB. Auch hier ist lediglich erforderlich, dass die zu vergleichenden Marktakteure nach ihrer Tätigkeit und wirtschaftlichen Funktion im Verhältnis zur Marktgegenseite dieselben Anforderungen erfüllen.⁵² Das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot beschränkt sich auf gleichartige Unternehmen, denen der Geschäftsverkehr üblicherweise zugänglich ist.⁵³ Dafür kommt es nur auf die objektive Marktsituation an. Es genügt, dass ein marktmächtiges Unternehmen grundsätzlich bereit ist, mit anderen Unternehmen zu kontrahieren. Auf die einzelnen Bedingungen kommt es auf dieser Stufe nicht an. Ganz ähnlich verhält es sich im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht. Bei einer Einstellungsdiskriminierung kommt es für die Vergleichbarkeit lediglich auf die objektive Eignung des Bewerbers an.⁵⁴ Maßgeblich ist also, ob der Bewerber die Anforderungen erfüllt, die an die jeweilige Tätigkeit aufgrund der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsauffassung gestellt wird. Die individuell fachliche und persönliche Qualifikation spielt dagegen erst auf der Ebene des Rechtfertigungsgrundes eine Rolle.

3. Ungleichbehandlungsgebot?

Jede Gleichheitspräsumtion muss sich der Frage stellen, wie sie sich mit dem Gebot der Ungleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte vereinbaren lässt.⁵⁵ Darauf sind zwei Antworten möglich: eine methodische und eine inhaltliche. Zur methodischen Seite. Im hier vertretenen Modell fungiert die Ungleichbehandlung

⁵¹ Siehe oben § 5 IV 2 b) (2).

⁵² Oben § 5 IV 3 c) (3).

⁵³ Zum Folgenden oben § 5 IV 3 c) (2).

⁵⁴ Siehe oben § 6 V 2 a) (2).

⁵⁵ Darin liegt, wie Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 68 mit Recht schreibt, das zentrale Problem der Gleichheitspräsumtion.

vergleichbarer Sachverhalte als Argumentationslastregel:⁵⁶ Ungleichbehandlungen sind rechtfertigungspflichtig, weil eine gleiche Behandlung geboten ist. Daher sind der Präsomtion *prima facie* entsprechende Gleichbehandlungen erst dann zu verwerfen, wenn feststeht, dass es einen zureichenden Grund für Ungleichbehandlung gibt. Dieser „schwache Status“⁵⁷ der Gleichheitspräsomtion erfüllt seinen Zweck, den Zugang zum Rechtfertigungsdiskurs offen zu halten. Das genügt für das Prinzip personaler Gleichheit. Dazu kommt das inhaltliche Argument. Im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht kann auf das Gebot der Ungleichbehandlung verzichtet werden. Das Diskriminierungsverbot enthält nämlich selbst den entscheidenden Gleichbehandlungsmaßstab, so dass man auf den Gedanken proportionaler Gleichheit, aus dem zwangsläufig auch der Ungleichbehandlungsgrundsatz folgt, nicht mehr angewiesen ist.⁵⁸ Das Nichtdiskriminierungsrecht beantwortet auch die Frage, ob sich die Präsomtion auf die *formale* oder die *materiale* Gleichbehandlung bezieht.⁵⁹ Eine formale Konzeption der deskriptiven Gleichheit, die „deskriptiv“ mit „formal“ gleichsetzt,⁶⁰ ist zu unreflektiert. Sie führt zwangsläufig zum Ergebnis, dass dieselbe Behandlung „je nach dem welches Begriffsverständnis man zugrunde legt, einmal als Gleich- und das andere Mal als Ungleichbehandlung angesehen“ wird.⁶¹ Pöschl nennt als Beispiel eine Maßnahme, die nicht zwischen behinderten und nicht-behinderten Kindern unterscheidet und erstere im Ergebnis benachteiligt, *weil* sie beide Gruppen gleich behandelt.⁶² Konstruiert man den Fall als gleichheitswidrige formale Gleichbehandlung, verfehlt man sein eigentliches Problem.⁶³ Die formale Gleichbehandlung ist nicht deshalb problematisch, weil sie vermeintlich Ungleiches gleich behandelt. Sie wird erst dann gleichheitsrechtlich relevant, wenn daraus eine besondere Benachteiligung für die behinderten Kinder entsteht. Diese Prozesse offenzulegen und damit zum Gegenstand juristischer Diskurse zu machen, ist die Aufgabe von Gleichbehandlungsrecht.

Das zeigt die mittelbare Diskriminierung. Sie wird gerne als Verbot der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte dargestellt. Überzeugender ist es, in der formal zwar gleichen, aber eine Person bzw. Personengruppe aufgrund ihrer Differenz besonders benachteiligenden Behandlung, eine materiale Ungleichbe-

56 Dazu bereits Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 370 ff; Gosepath, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 202.

57 Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 71.

58 Damit entgeht das Modell der an Sachs, Grundrechte, 2003, B 3 Rn. 41 ff adressierten Kritik von Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 70. Nach Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1479 ff ermöglicht es die egalitäre Grundausrichtung des allgemeinen Gleichheitssatzes auch verfassungsdogmatisch vom Ungleichbehandlungsgebot abzusehen.

59 Gestellt von Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 71 Fn. 132.

60 Exemplarisch Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 143 f, 161 ff.

61 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 144.

62 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 161 f.

63 Simons, 65 B.U. L. Rev. 387, 444-445 (1985) machte darauf aufmerksam, dass beide im Text angesprochenen Interpretationsalternativen logisch möglich sind.

handlung vergleichbarer Sachverhalte zu sehen.⁶⁴ Ein schönes Beispiel dafür ist die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Odar*. Dort ging es um einen Sozialplan, der bei der Berechnung der Abfindungshöhe zwischen Arbeitnehmern, die einer kurz vor dem Renteneintritt stehenden Altersgruppe angehören und rentenfernen Jahrgängen differenzierte. Der Gerichtshof entschied, dass die Betriebsparteien die darin liegende ungleiche Behandlung wegen des Alters rechtfertigen konnten.⁶⁵ Erschwerend kam aber hinzu, dass sich in der ersten Gruppe mit Herrn Odar ein behinderter Arbeitnehmer befand.⁶⁶ Die formal gleiche Berechnung der Abfindung kann die behinderte Person aber material ungleich behandeln. Sie diskriminiert mittelbar, weil die Altersgrenze für den Bezug einer Rente – und damit ein relevanter Umweltfaktor für das Nichtdiskriminierungsrecht – für Schwerbehinderte niedriger angesetzt ist.⁶⁷ Der behinderte Arbeitnehmer befindet sich auch in einer Situation, die mit der Situation nichtbehinderter Arbeitnehmer derselben Altersgruppe vergleichbar ist, weil das „Arbeitsverhältnis mit ihrem Arbeitgeber aus demselben Grund und unter denselben Voraussetzungen endet“.⁶⁸ Auf eine sozialrechtliche Kompensation kommt es bei einem strikt deskriptiven Verständnis der Vergleichbarkeit nicht an.⁶⁹ Das Beispiel beleuchtet die Wirkung des materialen Gleichbehandlungsbegriffs der mittelbaren Diskriminierung.⁷⁰ Man schuldet Individuen Gleichbehandlung unter Berücksichtigung ihrer Differenz.

Außerhalb des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts stellt sich ganz generell die Frage, ob ein Gleichbehandlungsgrundsatz überhaupt private Akteure zur Ungleichbehandlung *verpflichten* kann. Dass sie ein Recht zur Ungleichbehandlung haben können, ist selbstverständlich: das folgt schon aus der Privatautonomie.⁷¹ Ein Beispiel dafür ist die Freiheit des Schuldners, eine selbstbestimmte Auswahl des Gläubigers bei einer mehrfach geschuldeten Stückschuld zu treffen.⁷² Ob daneben Raum für eine darüber hinausgehende Pflicht zur Ungleichbehandlung vergleichbarer Personen besteht, halte ich für sehr zweifelhaft. Das Beispiel der beschränkten Vorratsschuld bestärkt mich darin.⁷³ Indem die G₁ Lieferung der vertraglich vereinbarten Menge Zuckerrübensamen vom Schuldner verlangte, obwohl dessen Vorrat aus unvorhersehbaren Gründen nicht zur Belieferung aller Gläubiger ausreichte, begehrte sie im Vergleich zu den übrigen Gläubigern eine

64 Dazu oben § 6 V 2 b (3)(bb).

65 So EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 37 ff; dazu *Grünberger/Sagan*, EuZA 2013, 324, 329 f, 332 ff.

66 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 16.

67 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 56 f.

68 EuGH, Urt. v. 6.12.2012, C-152/11 – *Odar v. Baxter Deutschland GmbH* = Slg. 2012, I-n.v. Rn. 61.

69 Dazu bereits oben § 7 III 2.

70 Dazu oben § 6 II 2 b).

71 Zur Rechtfertigung der darin liegenden Ungleichbehandlung unten § 7 IV 2.

72 Siehe oben § 5 VII 2.

73 Zum Beispiel oben § 5 VII 2 a).

Sonderbehandlung. Das Reichsgericht hat den vertraglich bestehenden Anspruch *pro rata* gekürzt, damit alle Gläubiger des Schuldners anteilmäßig befriedigt werden können.⁷⁴ Es hat im Ergebnis sowohl das *Recht* des Schuldners verneint, liefern zu dürfen, als auch eine *Pflicht* zur Lieferung abgelehnt. Damit ist der Schuldner nicht zur Ungleichbehandlung verpflichtet. Eine solche Pflicht ist privatrechtstheoretisch auch überflüssig: Die Privatautonomie stellt sicher, dass private Akteure ungleiche Sachverhalte auch ungleich behandeln werden. Ihre Regelung darf das Recht insoweit den subjektiven Präferenzen der Beteiligten überlassen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht beschränkt sich daher auf die Gleichheitspräsumtion.

4. Benachteiligung

Eine tatbestandliche Ungleichbehandlung liegt nur vor, wenn eine Person aufgrund eines Verhaltens einer anderen Person tatsächlich einen Nachteil erlitten hat.⁷⁵ Das ist die Ungleichbehandlung i.e.S. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nennt es die „weniger günstige Behandlung“ (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG). Behandlung ist jede Einwirkung auf die im weitesten Sinne verstandenen objektivierbaren Interessen der ungleich behandelten Person.⁷⁶ Dafür genügt es, wenn eine Person objektiv anders als die Vergleichsperson oder Vergleichsgruppe behandelt wird.⁷⁷ Ausschlaggebend ist das Ergebnis der Maßnahme⁷⁸, das unter rein deskriptiven Gesichtspunkten festzustellen ist. Normative Erwägungen sind auf Tatbestandsseite fehl am Platz. Man kann daher einen Nachteil nicht deshalb verneinen, weil eine Gesamtwürdigung aller Vor- und Nachteile eine für den Betroffenen positive Bilanz ergibt.⁷⁹ Regelmäßig wird ein wirtschaftlicher Nachteil als Konsequenz der gleichheitswidrigen Freiheitsbeschränkung der Person vorliegen. Notwendig ist dieser nicht. Das zeigen die Diskriminierungsverbote. Dort genügt jede Beeinträchtigung des Gleichbehandlungsinteresses, um eine Benachteiligung zu begründen.⁸⁰ Der Nachweis, dass zwei Sachverhalte oder Personen (-gruppen) unterschiedlich behandelt werden, fällt daher in der Regel leicht.⁸¹ Wenn eine Behandlung erfolgt, muss sie für vergleichbare Personen auch gleich

74 Einzelheiten unter § 5 VII 2 c).

75 Siehe oben § 6 V 2 a) (1).

76 Vgl. *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1469 (zu Art. 3 Abs. 1 GG).

77 Näher oben § 6 V 2 a) (1).

78 *Damm*, Menschenwürde, 2006, 341 f.

79 Anders aber das BAG NZA 2010, 561 Rn. 33; dazu bereits oben § 6 V 2 a) (2) und ausführlich *Grünberger*, EuZA 2011, 171, 148 ff.

80 Dazu näher oben § 6 V 2 a) (1); iE anders *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1469 Fn. 181, der das Interesse an der Gleichbehandlung zwingend von der Feststellung einer nachteiligen Behandlung trennen will.

81 Siehe GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 91 (zum Unionsrecht) und *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, § 3 Rn. 7 (zum deutschen Verfassungsrecht).

erfolgen.⁸² Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist daher ein implizites komparatives Recht.⁸³

IV. Rechtfertigung

1. Im Zentrum des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Aufgrund der Präsomption der Gleichbehandlung ist jede Ungleichbehandlung eines privaten Akteurs durch einen anderen Privaten begründungsbedürftig. Der Gleichbehandlungsanspruch darf nicht mit dem Anspruch auf „gleiche Behandlung“ gleichgesetzt werden. Er beinhaltet zunächst nur einen Anspruch auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Erst wenn diese misslingt, folgt daraus ein Anspruch auf gleiche Behandlung. Damit steht die Rechtfertigungsprüfung im Mittelpunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Sie ist die „Cella der Gerechtigkeit“¹. Sie ermöglicht es dem von einer ungleichen Behandlung Betroffenen, den ihn ungleich Behandelnden nach den Gründen für sein Verhalten zu fragen. Der ungleich Behandelnde muss die Gründe dafür benennen. Damit zwingt das Prinzip die Parteien in einen Rechtfertigungsdiskurs. Dieses „Recht auf Rechtfertigung“² hat eine Schlüsselstellung in einer liberalen Privatrechtstheorie, die einerseits den Markt als primäres Verteilungsinstrument gesellschaftlicher Ressourcen institutionalisiert und mit den Instrumenten des Privatrechts erst operabel macht, andererseits aber dessen mehrfache Gleichheitsblindheit³ erkennen und eingrenzen muss.⁴ Die Rechtfertigungsprüfung ist der methodische Ort, an dem die privaten Autonomiebereiche *beider* Privatrechtssubjekte kompatibelisiert und die kollidierenden Rechtspositionen aufgelöst werden: Das sind auf der Seite des ungleich Behandelnden subjektive Präferenzen, die vom Prinzip personaler Freiheit geschützt werden. Auf der Seite des ungleich Behandelten ist es zunächst der aus dem Prinzip personaler Gleichheit folgende *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung. Dieser schützt als Freiheitsrecht zweiter Ordnung mittelbar auch seine Handlungsmöglichkeiten in der Gesellschaft. In diesen Zusammenhang erinnere ich an die Konzeption des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots (§ 20 Abs.1 Alt.2 GWB) als das Freiheitsrecht der von marktmächtigen Unternehmen abhängigen Unternehmen⁵ oder an die die vom

82 *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1471.

83 Vertiefend dazu *Simons*, 65 B.U. L. Rev. 387, 416-427 (1985).

1 *Wiedemann*, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 44 f.

2 Dazu vertiefend unten § 8 II 4 c).

3 Exemplarisch *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 25: „Ein marktwirtschaftliches System [...] ist gegenüber distributiver Gleichheit blind. Gleichheit ist für das ökonomische System exogen und wird durch dieses gerade nicht erzeugt.“ Siehe dazu bereits oben § 2 III.

4 Ein klassisches Beispiel dieser Auffassung findet sich bei *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 181 ff, 192 ff.

5 Dazu oben § 5 IV 3 b).

speziellen Nichtdiskriminierungsrecht bewirkte Verlagerung gesellschaftlicher Freiheit „vom“ Vertragsschluss zur Freiheit „zum“ Vertragsschluss⁶. Die wechselseitige Vereinbarkeit dieser Freiheits- und Gleichheitspositionen steht nicht ein für allemal fest, sondern muss von der Rechtsordnung in einem auf Dauer gestellten rechtsbegründenden Verfahren immer wieder aufs Neue hergestellt werden.⁷ Diese „Begründungsprozeduren“⁸ ermöglichen es den Privatrechtsakteuren, den jeweils herrschenden *status quo* der Verteilungsmechanismen des Markts aus gleichheitsrechtlicher Sicht in Frage zu stellen. Damit erfüllt die Rechtsordnung das von ihr gegebene Versprechen gleicher Freiheit.

Die Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten durch den Markt wird einem permanenten Rechtfertigungszwang ausgesetzt. Das kann dazu führen, dass eine bisher erfolgreiche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sich als jetzt nicht mehr tragbar herausstellt und der ungleich Behandelnde gezwungen wird, ein besseres Argument zu finden. Besser ist insoweit jedes Argument, dass dem moralischen Gleichheitsanspruch jeder Person⁹ gerecht wird. Ein Beispiel dafür ist die Begründung zur Altersgrenze von Vertragszahnärzten:¹⁰ Behauptet man, die Zahnärztin sei „zu alt“ und daher „ein Gesundheitsrisiko“ für ihre Patienten, schreibt man ihr eine negative Eigenschaft zu, die sie tatsächlich gar nicht hat. Zugleich nimmt man ihr die geschützte Freiheit, sich ihren Patienten gegenüber mit ihren wirklichen Fähigkeiten und dem daraus folgenden Selbstbild darzustellen.¹¹ Sagt man ihr dagegen, dass sie „Platz machen muss“ für eine junge Generation, die auch eine Chance auf Erwerbstätigkeit in einem sozial- und verteilungspolitisch geprägten Gesundheitsmarkt hat, bleibt die Person von solchen Fremdzuschreibungen frei. Hier geht es dann um die ganz andere Fragen aufwerfende Verteilung von Erwerbschancen und um Generationengerechtigkeit in ressourcenbeschränkten Systemen.

Der Rechtfertigungszwang kann im Ergebnis auch dazu führen, dass die Ungleichbehandlung nicht mehr zu begründen ist. Daraus folgt, dass die bisher ungleich behandelte Person rechtlich und tatsächlich die gleiche Freiheit beanspruchen darf, wie die bisher bevorzugte Personengruppe. Das klassische Beispiel dafür ist der aus Art. 3 GG folgende Rechtfertigungszwang, der die rechtliche Ungleichbehandlung von Frauen in der Ehe beendete.¹² In seiner modernen Variante sind es die zweifelhaften Differenzierungen zwischen eingetragenen Lebenspartnerschaften und zur Ehe, die dem Prüfungsmaßstab des Gleichbehandlungs-

6 Dazu Coester, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 115, 124.

7 Gerstenberg, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 152, 160.

8 Gerstenberg, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 152, 162.

9 Dazu näher unten § 8 II 4 b).

10 Dazu oben § 6 III 6.

11 Zur verfassungsrechtlichen Absicherung jetzt grundlegend Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007.

12 Siehe § 2 II 2 c).

grundsatzes nicht mehr standhalten und daher zu beseitigen sind.¹³ Rechtfertigungszwänge unter Privaten legen die Strukturen von Ungleichbehandlungen offen.

Konstruiert man die Rechtfertigungsprüfung als Begründungsprozedur, kommt dem Staat – verkörpert durch das Gericht – eine wichtige Aufgabe zu. Die Rolle der Gerichte besteht darin, das diskursive Begründungsverfahren von Ungleichbehandlungen in der Gesellschaft und die Suche nach dem besseren Argument offenzuhalten gegenüber den privatrechtsimmanenten Tendenzen zur Selbstabschottung gegenüber den Interessen von Minderheiten.¹⁴ Zugleich ist die Rolle des Staats beschränkt: Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsprinzip¹⁵ ist darauf angewiesen, dass ihn die von der Ungleichbehandlung betroffenen Akteure mobilisieren. Sobald sie unter Berufung auf die Gleichheitspräsumtion eine Rechtfertigung verlangen, prüft der Richter, ob die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe und Gegen-Gründe „zureichend“ sind, um die jeweilige Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Die zentrale Aufgabe des Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht dann darin, sicherzustellen, dass die Konfliktentscheidung strukturell anhand eines flexiblen Kontrollmaßstabs ermöglicht wird. Die jeweilige Kontrolldichte einer Ungleichbehandlung bestimmt die Intensität der Rechtfertigungsanforderungen. Die Bandbreite „zureichender Gründe“ reicht dabei von der einfachen Berufung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten über Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebote hin zu grundsätzlichen oder strikten Differenzierungsverboten.¹⁶

2. Rechtfertigungsgrund Freiheitsrechte

a) Freiheit und Gleichheit im Konflikt

Den theoretisch und praktisch wichtigsten Rechtfertigungsgrund des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bilden die subjektiven Freiheitsrechte des ungleich Behandelnden. Diese Begründungsmöglichkeit hat kein Pendant im verfassungsrechtlichen Vorbild: Der Staat ist nur Grundrechtsadressat, nicht Grundrechtsträger.¹⁷ Der Normadressat des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist dagegen Träger von Freiheitsrechten. Bindet man ihn an präsumtive Gleichbehandlungspflichten, kommt es unweigerlich zur Spannung zwischen

¹³ Dazu Grünberger, FPR 2010, 203 ff.

¹⁴ Vgl. Gerstenberg, Privatrecht, Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialregelung, in: Neumann/Schulz, Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft 74, 2000, 141, 153.

¹⁵ Anders die dem *policy*-Ansatz zuzuordnenden „positiven Maßnahmen“, siehe dazu oben § 6 VII 3 g) (2).

¹⁶ Vgl. oben § 7 II 1.

¹⁷ Dazu BVerfGE 61, 82, 100 – *Sasbach*.

Freiheit und Gleichheit.¹⁸ Beides, und das macht jede Diskussion dieser Dichotomie so schwierig, sind emotional besetzte Begriffe,¹⁹ die unterschiedlichsten Konzeptionen zugänglich sind. Das haben wir für die Gleichheit bereits gesehen,²⁰ daher konzentriere ich mich hier auf den Freiheitsbegriff. Ich gehe dabei von einem personalen Freiheitsverständnis aus, das sich durch eine dreifache Relation von Freiheitsträger, Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis kennzeichnet.²¹ Einflussreich wurde die Formulierung von *Gerald C. MacCallum*:

*„Whenever the freedom of some agent or agents is in question, it is always freedom from some constraint or restriction on, interference with, or barrier to doing, not doing, becoming, or not becoming something. Such freedom is thus always of something (an agent or agents), from something, to do, not do, become, or not become something; it is a triadic relation.“*²²

Alle drei Positionen sind unterschiedlichen Interpretationen zugänglich.²³ Auf dem Boden einer liberalen Grundrechtstheorie²⁴ kommt der negativen Konzeption von Freiheit²⁵ eine zentrale Bedeutung zu. Danach besteht der Freiheitsgegenstand in einer Handlungsalternative:²⁶ „Freedom is the opportunity to act, not the action itself; the possibility of action, not necessarily [the] realisation of it“. ²⁷ Das Freiheitshindernis wird von anderen Personen oder Entitäten gesetzt.²⁸ Die knappste Beschreibung dieser Freiheitskonzeption findet sich bei *Rawls*:

*„Set in this background, persons are at liberty to do something when they are free from certain constraints either to do it or not to do it and when their doing it or not doing it is protected from interference by other persons.“*²⁹

Ich habe mich bewusst für diesen Freiheitsbegriff entschieden. Damit postuliere ich keinen unauflösbaren Gegensatz zwischen den beiden Prinzipien Freiheit und

18 Siehe dazu die instruktiven Überblicke bei *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 (passim); *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 547 ff. Aus der überbordenden Literatur der politischen Philosophie beschränke ich mich auf zwei Klassiker: die Freiheit hervorhebend *Berlin*, Two Concepts, in: Hardy, Liberty, 2002, 166 ff und die Gleichheit betonend *Dworkin*, 73 Iowa L. Rev. 1 (1987) (wieder abgedruckt in *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 121 ff).

19 Vgl. zur Freiheit *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 194 f.

20 Dazu oben § 6 II 2 a).

21 Im Anschluss beispielsweise an *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 196 f; *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 177; *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 12.

22 *MacCallum*, 76 The Philosophical Review 312, 314 (1967).

23 Darauf weist *MacCallum*, 76 The Philosophical Review 312 (1967), hin.

24 Zu den Grundrechtstheorien *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 ff.

25 Dazu grundlegend *Berlin*, Two Concepts, in: Hardy, Liberty, 2002, 166, 168 ff. Die Schärfe der Gegenüberstellung zur positiven Freiheit muss vor dem zeitlichen Hintergrund gewürdigt werden und ist so nicht mehr überzeugend; näher dazu *Heun* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 11 mwN. Zweifelhafte ist auch, ob sich der Unterscheid tatsächlich auf das Konzept und nicht lediglich auf die Konzeption bezieht, dazu *Forst*, Kontexte, 1994, 192 ff.

26 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 199.

27 *Berlin*, Introduction, in: Hardy, Liberty, 2002, 3, 34.

28 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 200; *Rössler*, Wert des Privaten, 2001, 91 f; *Berlin*, Two Concepts, in: Hardy, Liberty, 2002, 166, 168.

29 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 177.

Gleichheit auf abstrakter Ebene. Wie noch zu zeigen sein wird, müssen auf dieser Ebene beide Grundsätze ohnehin zusammen gedacht werden, damit das Recht sein Versprechen gleicher Freiheit jeder Person auch einlösen kann.³⁰ In der konkreten Bürger-Bürger-Relation muss sich das Recht dagegen entscheiden, wie es diesen Konflikt löst; wo es der negativen Freiheit Vorrang gewährt und wo es die Gleichbehandlung präferiert. Die differenzierte Würdigung des Verhältnisses auf unterschiedlichen Abstraktionsebenen erlaubt es, den konkreten gesellschaftlichen Konflikt herauszuarbeiten und die dort bestehenden Entscheidungsoptionen klar zu formulieren. Damit erfüllt man *Isaiah Berlins* Gebot intellektueller Redlichkeit.³¹ Der Rekurs auf letzte Prinzipien verschleiert dagegen vielfach die vom Recht zu adressierenden Kollisionslagen.³² Wer beispielsweise behauptet, dass derjenige, der diskriminieren will, „keinen funktionsgerechten Gebrauch von der Vertragsfreiheit“ mache, sondern seine Macht missbrauche,³³ verlagert die Diskussion auf eine andere Ebene. Er argumentiert nicht mehr auf dem Boden negativer Freiheit, sondern setzt implizit eine positive Konzeption von Freiheit voraus. Das ist durchaus möglich. Aber es trägt wenig zur Frage bei, wie sich dieses Verständnis zu der negativen Konzeption von Freiheit verhält. Um diese Verwechslung zu vermeiden, gehe ich hier konsequent von einer negativen Freiheit aus. An ihr muss sich die Präsuumtion der Gleichbehandlung bewähren, um überzeugen zu können.³⁴

Das erste Freiheits- und Gleichheitsproblem wurde von der Rechtsordnung elegant gelöst: Die formale Rechtsgleichheit jeder Person wird beiden Werten gleichzeitig gerecht.³⁵ „Negative (rechtliche) Freiheit und rechtliche Gleichheit sind elementare Bestandteile eines demokratischen Verfassungsstaats und bruchlos miteinander vereinbar.“³⁶ Die hier entwickelte Gleichheitspräsuumtion geht aber darüber hinaus. Sie schlägt eine Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem vor, das erst aufgrund der Gleichheitsblindheit des Marktes oder anderer sozialer Teilsysteme entsteht: Danach trifft jeden Privatrechtsakteur die Pflicht, seine Entscheidung zugunsten einer Handlungsoption zu rechtfertigen, wenn es eine Alternative gibt, bei der der andere Akteur gleich behandelt wird. Darin liegt jedenfalls eines, vielleicht sogar zwei Freiheitshindernisse: (1.) Misslingt die Rechtfertigung, muss gleich behandelt werden. Das ist eine externe Beschränkung subjektiver Handlungsoptionen. (2.) Zweifelhaft ist, ob bereits der Recht-

30 Dazu näher *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 293 f; *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 447-56 (2009) und unten § 8 II.

31 *Berlin*, *Two Concepts*, in: *Hardy, Liberty*, 2002, 166, 170 ff; *Berlin*, *Introduction*, in: *Hardy, Liberty*, 2002, 3, 41 ff.

32 Dazu *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166, 173 ff.

33 Beispielhaft zuletzt *Singer*, GS *Zachert*, 2010, 341, 347 f.

34 Dazu eingehend unten § 8 III 1.

35 Dazu oben § 2.

36 *Heun* in: *Merten/Papier*, *Handbuch Grundrechte*, § 34 Rn. 20.

fertigungszwang ein Freiheitshindernis ist: Nach klassischem Verständnis ungebundener Freiheit kann eine Entscheidung, die Dritten gegenüber gerechtfertigt werden muss, schon grundsätzlich keine Ausübung von Freiheit mehr sein.³⁷ Das ist nicht zwingend, weil die Begründungspflicht als solche noch kein Handlungshindernis auferlegt. Eine Rückbesinnung auf die von *Berlin* vorgeschlagene Metapher zur Erläuterung negativer Freiheit führt hier weiter:

*„The extent of a man's negative freedom is, as it were, a function of what doors, and how many, are open to him; upon what prospects they open; and how open they are.“*³⁸

Begründungszwänge als solche verschließen dem privaten Akteur noch keine Türen. Sie haben aber das Potential, ihre Anzahl einzuschränken. Damit verringert sich der Entscheidungsspielraum des privaten Akteurs. An die Stelle seiner „Willkür“ oder (ökonomischen) Rationalität tritt ein Begründungsdiskurs. Dieser setzt bei den Akteuren zwingend die Fähigkeit voraus, eine vernünftige Person (*reasonable person*)³⁹ zu sein. Damit geht eine Zuschreibung moralischer Verhaltenspflichten einher, von denen die wichtigste darin besteht,

*„that we enter as equals the public world of others and stand ready to propose, or to accept, as the case may be, fair terms of cooperation with them.“*⁴⁰

Das ist, vom Standpunkt negativer Freiheit aus gedacht, eine Zumutung. Die Freiheitsausübung einer Person wird von ihrer Bereitschaft abhängig gemacht, sich im öffentlichen Diskurs rechtfertigen zu müssen. Darin liegt die relevante Handlungseinschränkung. Deshalb sind auch Rechtfertigungspflichten Freiheits einschränkungen.⁴¹

b) Drei Lösungsmodelle

Es gibt insgesamt drei Möglichkeiten, den Konflikt zwischen der negativen Freiheit des Privatrechtssubjekts einerseits und dem Anspruch auf Gleichbehandlung jeder Person andererseits privatrechtstheoretisch zu lösen: (1.) Man geht von der Präponderanz der Freiheit aus. Danach gebieten die Freiheitsrechte im Grundsatz die Nichtgeltung der Gleichheitsrechte. (2.) Man versucht, den Konflikt auf der Tatbestandsebene des Gleichbehandlungsanspruchs zu lösen. In diesem Modell sichert der sachliche Anwendungsbereich oder einzelne Tatbestandsmerkmale den Vorrang der Freiheit vor der Gleichheit in bestimmten Bereichen. Der Gleichbehandlungsanspruch setzt sich dann nur innerhalb des ihm zugewiesenen Gebiets durch. (3.) Freiheitsrechte und Gleichbehandlungsanspruch werden auf

37 So Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 994.

38 *Berlin*, Introduction, in: Hardy, Liberty, 2002, 3, 40.

39 Grundlegend zu diesem Begriff Rawls, Political Liberalism, 2005, 48 ff.

40 Rawls, Political Liberalism, 2005, 53.

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

der Rechtfertigungsebene miteinander kompatibelisiert. Die Ausübung von Freiheitsrechten kann danach einen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung bilden.

Diese Ansätze sind modelltheoretische Lösungsversuche. Im geltenden Recht – das sei vorweggenommen – ist keines dieser Konzepte in Reinform verwirklicht. Man kann höchstens einzelne Beispiele finden, in denen sich ein Modell im Wesentlichen durchsetzte: Für die Vorrangthese kann man auf die umstrittene Gleichbehandlungspflicht von Finanzintermediären verweisen. Eine Pflicht auf gleiche Zuteilung von Wertpapieren an ihre Kunden wird von vielen unter Hinweis auf die Vertragsfreiheit prinzipiell abgelehnt.⁴² Der Tatbestandslösung am nächsten kommt der allgemeine Kontrahierungszwang: Dort ist es die mittlerweile mit der „Vertragsmächtigkeit“⁴³ umschriebene Stellung eines Anbieters, die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der dort verankerten Gleichbehandlungspflicht ist.⁴⁴ Die Rechtfertigungslösung ist beim beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG am weitesten gediehen.⁴⁵ Im Regelfall kombiniert das Recht mindestens zwei Ansätze miteinander: Als Beispiel möchte ich den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nennen: Dort wird der Vertragsabschluss- und -beendigungsfreiheit Vorrang eingeräumt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nach traditioneller Auffassung weder auf die Einstellung eines Bewerbers noch auf die Entlassung eines Arbeitnehmers anwendbar.⁴⁶ Die Vertragsinhaltsfreiheit hat Vortritt, indem man den Anwendungsbereich auf kollektive Maßnahmen beschränkt und damit die individuelle Entgeltvereinbarung vom Gleichbehandlungsgrundsatz ausnimmt.⁴⁷ Erst wenn der Arbeitnehmer diese Zugangsbarrieren überwindet, kann er eine gegebene Ungleichbehandlung als solche thematisieren. Dann ist der Arbeitgeber rechtfertigungspflichtig. Beim verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist es üblich, der Vertrags- und Satzungsautonomie Priorität einzuräumen und die Vereinbarung ungleicher Rechte und Pflichten zuzulassen.⁴⁸ Rechtfertigungsbedürftig sind dagegen alle Maßnahmen der Gesellschaftsorgane gegenüber den Gesellschaftern.⁴⁹ Das Muster wiederholt sich beim wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz: Dieser wird tatbestandlich auf marktbeherrschende⁵⁰ oder – weitergehend – auf marktmächtige Unternehmen (§ 20 Abs. 1 Var. 2 GWB)⁵¹ beschränkt. Behandelt ein solches Unternehmen ungleich, muss es im

42 Oben § 5 III 5.

43 Busche, Privatautonomie, 1999, 204 f.

44 § 5 VI 2 b) (2).

45 Vgl. dazu oben § 6 VI 2 a).

46 Siehe § 5 I 4 a) (1) und (2).

47 Oben § 5 I 4 a) (3).

48 § 5 II 4 a) (3).

49 § 5 II 4 a) (1).

50 Dazu § 5 IV 2 b) (1).

51 Oben § 5 IV 3 c) (1).

nächsten Schritt seine Ausübung unternehmerischer Freiheiten sachlich rechtfertigen.⁵² Eine ganz besonders komplizierte Lösung findet sich beim zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot nach § 19 AGG: Dessen Anwendungsbereich ist nur eröffnet, wenn es sich um Schuldverhältnisse über Güter handelt, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.⁵³ Daran schließen sich weitere Modifikationen an, die entweder als Bereichsausnahme fungieren, wie der Schutz von Nähe- und Vertrauensverhältnissen in § 19 Abs. 5 AGG,⁵⁴ oder zusätzliche Tatbestandsmerkmale bilden, wie der problematische Begriff des Massengeschäfts in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG⁵⁵. Erst wenn diese Hindernisse überwunden wurden, kann die benachteiligende Handlung auch rechtlich als Ungleichbehandlung erfasst werden. Das führt im nächsten Schritt zu Rechtfertigungspflichten des Benachteiligenden (§ 20 AGG).⁵⁶

Der nur sehr knapp gehaltene Überblick belegt die Vielfalt der Lösungsansätze im geltenden Recht. Die jeweilige dogmatische Verortung ist dabei nicht immer überzeugend und auch nicht zwingend geboten. Geht man, wie hier vorgeschlagen, von der Prämisse eines einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus, werden manche Differenzierungen sehr fragwürdig. Das gilt insbesondere bei einer Gesamtbetrachtung von allgemeinen Gleichbehandlungsansprüchen und speziellem Nichtdiskriminierungsrecht. Das kann man deutlich im Arbeitsrecht sehen: Die Einstellung eines Bewerbers liegt zwar außerhalb des Anwendungsbereichs des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, wird aber vom Diskriminierungsverbot nach § 7 AGG tatbestandlich erfasst. Das ist mit der Prämisse unvereinbar, dass es sich bei beiden Kategorien lediglich um unterschiedliche Ausprägungen eines einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes handelt. Daraus könnte man natürlich auch den Schluss ziehen, dass diese Prämisse falsch gesetzt ist. Dazu ist man allerdings nur gezwungen, wenn es kein Modell gibt, das es ermöglicht, innerhalb eines einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes den Konflikt von Freiheit und Gleichheit *insgesamt jenseits* der Tatbestandsebene zu lösen. Dass der Konflikt bereits im geltenden Recht zum größten Teil nicht auf der Tatbestands-, sondern der Rechtfertigungsebene gelöst wird, belegt das beschäftigungsrechtliche Diskriminierungsverbot besonders nachdrücklich.⁵⁷ Daneben gibt es im allgemeinen Gleichbehandlungsrecht zwei zentrale Fallgruppen, in denen der Vorrang der Vertragsfreiheit weder den Anwendungsbereich begrenzt, noch sich im Tatbestand niederschlägt: der übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und seine verschiedenen speziellen

52 Siehe § 5 IV 2 b) (3) und 3 c) (4).

53 § 6 IV 1 b).

54 § 6 IV 1 c) (3).

55 Dazu § 6 IV 1 c) (1).

56 Dazu § 6 VI 3.

57 Einzelheiten oben § 6 VI 2.

Ausprägungen⁵⁸ und die Gleichbehandlung in der Erfüllung einer beschränkten Gattungsschuld⁵⁹. Ich schlage daher vor, sämtliche Gründe für eine Ungleichbehandlung auf der Rechtfertigungsebene anzusiedeln. Vergleicht man das Rechtfertigungsmodell mit dem Vorrang- oder dem Tatbestandsmodell, erweist es sich als die überlegene rechtstheoretische Konzeption des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit.

(1) Vorrangmodell

Das Vorrangmodell basiert auf der unterstellten *Präponderanz der Freiheit vor der Gleichheit*.⁶⁰ Danach gebieten im Verhältnis der Privatrechtssubjekte untereinander die Freiheitsrechte ganz grundsätzlich die Nichtgeltung der Gleichheitsrechte.⁶¹ Es gilt der „Primat der Vertragsfreiheit“.⁶² Freiheit ist danach der Grundsatz, Ungleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Die Untersuchung in §§ 5 und 6 hat allerdings gezeigt, dass das Privatrecht von Gleichbehandlungsansprüchen durchzogen ist. Es fällt mir danach schwer, sie als „Ausnahmeerscheinung“ aufzufassen. Dafür sind es in Anzahl und Umfang zu viele.⁶³ Ein Modell, das den roten Faden der Gleichbehandlung im *gesamten* Privatrecht als Randerscheinung auffasst, kann sich kaum darauf berufen, eine zutreffende Beschreibung der Wirklichkeit zu enthalten.⁶⁴

Unbestritten ist dabei, dass es Gründe dafür gibt, im Privatrechtsverhältnis nicht gleich zu behandeln. Diese sprechen aber nicht zwingend gegen einen Gleichbehandlungsgrundsatz. Das möchte ich anhand des von J.R. Lucas formulierten, zentralen moralphilosophischen Einwands gegen Gleichbehandlung zeigen:

„Liberty limits Equality at the doing end – the person who is doing the dealing wants to be free to make his own choices, and not required always to treat similar cases similarly. Equality lays down how we are to treat people: but Liberty entitles us to act as we choose, not as some rule lays down. If I have any Liberty then there are some decisions I am allowed to make on my own; I am free in some cases to act arbitrarily. And if that is

58 § 5 III 4.

59 § 5 VII 2 c).

60 Dazu bereits oben § 4 I 2 c).

61 Siehe aus verfassungsrechtlicher Sicht: Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175 f; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 337 ff; Heun in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 54; Ruffner in: Bonner Kommentar, Art. 3 Rn. 193; Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR, § 150 Rn. 136 ff; Dürig in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 3 Rn. 507; aus privatrechtlicher Sicht statt vieler Bruns, JZ 2007, 385, 393 f; Lobinger, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 102 ff; Pfeiffer, FS Canaris, (Bd. I), 2007, 981, 992 ff; Picker, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 255 ff; Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 69 ff.

62 Canaris, FS Lerche, 1993, 873, 886 ff.

63 Siehe oben § 5 IX 1 und § 6 VIII 3.

64 Kritisch insoweit auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 1 I.

so, I may in such cases arbitrarily choose one person rather than another, without there being any ground to justify discrimination. I may choose Jane, and take her to wife, while passing over Bess, her equally well-favoured sister. This is what it is to be free. Freedom is inherently unfair. If we place any value on Freedom at all, we must to that extent compromise the principle of Equality. And we must place some value on Freedom, for to be free in some respects is a necessary condition of discovering oneself as a moral and rational agent. And only for such can the question of Equality arise.“⁶⁵

Das Beispiel ist geeignet, weil *Lucas* von einer negativen Freiheitskonzeption ausging, die den Konflikt zuspitzt. Danach ist Freiheit auch die Freiheit zur unfairen Behandlung. *Lucas* ist auch beizupflichten, dass wir den Gleichheitsgrundsatz beschränken müssen, wenn uns irgendetwas an dieser Freiheit liegt. Schließlich stimme ich ihm auch zu, dass gerade einem Egalitaristen alles daran gelegen sein sollte, diese Freiheit zu wahren. Das gilt insbesondere für den hier verfolgten Ansatz, wonach die privaten Akteure in einen Begründungsdiskurs eintreten sollen. Dieser Diskurs setzt voraus, dass wir uns selbst und den „Anderen“ als „moralische Person“ ansehen.⁶⁶ Eine Person erfüllt diese Voraussetzung nach *Rawls*, wenn sie zwei moralische Fähigkeiten aufweist: (1.) einen Gerechtigkeitsinn („a sense of right and justice“) und (2.) eine Vorstellung des *für sie* Guten. Der erste Teilaspekt der moralischen Person betrifft ihre moralische Identität als Akteur in einer auf Zusammenarbeit angelegten Gesellschaftsordnung.⁶⁷ Zentrales Charakteristikum dieser „moralischen Person“⁶⁸ ist es, dass sie die Fähigkeit hat, „vernünftig“ (reasonable) zu sein. Der zweite Gesichtspunkt betrifft die ethische Identität einer Person. *Rawls* spricht an einer Stelle davon, dass damit „a person's conception of what is of value in human life“ gemeint sei.⁶⁹ Terminologisch folge ich also einer Unterscheidung von Ethik und Moral, wie sie von *Rawls* und *Habermas*⁷⁰ geprägt wurde: Ethik betrifft die Fragen des „guten Lebens“ und ist in pluralistischen Gesellschaften nur für das jeweilige Individuum gültig, das sich damit identifiziert; zur Moral zählen dagegen die Normen, die universale Gültigkeit in der Gesellschaft beanspruchen.⁷¹ Beide Aspekte, die moralische Person und die ethische Person, zeichnen uns als Personen aus⁷² und für die Herausbildung beider ist die Ausübung von Freiheit elementar.

Das bedeutet aber nicht, dass der Freiheit *grundsätzlich* Vorrang vor Gleichbehandlung zukommt. Bleiben wir bei *Lucas'* Beispiel der Wahl des Ehepartners.

65 *Lucas*, 40 Phil. 296, 307 (1965).

66 Grundlegend dazu und zum Folgenden *Rawls*, *Justice as Fairness*, 2001, 18 ff; *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 299 ff. Eine instruktive Darstellung darüber bietet *Forst*, *Kontexte*, 1994, 42 ff.

67 *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 30 f.

68 *Forst*, *Kontexte*, 1994, 50 ff schlug stattdessen den Begriff „Rechtsperson“ vor. Das ist im juristischen Kontext problematisch, weil er mit dem juristischen Personenbegriff verwechselt werden kann.

69 *Rawls*, *Justice as Fairness*, 2001, 19.

70 *Habermas*, 92 J. Phil. 109, 125-126 (1995).

71 Dazu vertiefend *Forst*, *Recht auf Rechtfertigung*, 2007, 100 ff.

72 *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 31.

Angenommen, der Gleichbehandlungsanspruch erfasst auch höchstpersönliche Entscheidungen, wie die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Wahl des Ehegatten⁷³ oder die von Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG erfasste Wahl des Lebenspartners in einer eingetragenen Lebensgemeinschaft⁷⁴. Eine Pflicht zur gleichen Behandlung potentieller Kandidaten – ob auch Bess interessiert war, wissen wir nicht mit letzter Sicherheit – wäre freiheitsfeindlich. Sie würde das Recht auf Selbstbestimmung unserer Identität zerstören. Der Gleichbehandlungsanspruch kann diesen Freiheitsanspruch aber zweifach berücksichtigen: Die Gleichbehandlung in höchstpersönlichen Angelegenheiten kann entweder tatbestandlich oder auf Rechtfertigungsebene ausgeschlossen werden.

Dieses Beispiel macht auf die Schwachstelle der Vorrangthese aufmerksam. Sie basiert auf der Prämisse, dass Freiheit „als solche“ den primären Wert in einer liberalen Rechtsordnung einnimmt.⁷⁵ Das ist so formuliert unhaltbar. Es gibt kein abstraktes Recht auf Freiheit.⁷⁶ Die Vorstellung von Freiheit im Singular verkennt, dass es sich dabei nur um eine Sammelbezeichnung von einzelnen Freiheiten handeln kann.⁷⁷ Das folgt aus der triadischen Relation negativer Freiheit:⁷⁸ Es kann immer nur um einen konkreten Freiheitsgegenstand, einen bestimmten Freiheitsträger und ein spezifisches Freiheitshindernis gehen. Ich möchte das am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 GG erklären. Seit der *Elfes*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁹ gewährleistet das Grundrecht „die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne“.⁸⁰ Das ist nicht als abstrakte Freiheit zu verstehen. Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit ist zwangsläufig konkret: Es geht um die Freiheit des Wilhelm Elfes (Freiheitsträger) aus Deutschland auszureisen (Freiheitsgegenstand) und daran nicht vom Staat gehindert zu werden, indem dieser seinen Reisepass nicht verlängert (Freiheitshindernis).⁸¹ Oder um die Freiheit einer Taubenliebhaberin (Freiheitsträger) Tauben zu füttern (Freiheitsgegenstand), ohne von einem Taubenfütterungsverbot (Freiheitshindernis) daran eingeschränkt werden.⁸² Oder um die Freiheit eines Freizeitreiters (Freiheitsträger) auch im Walde zu reiten (Freiheitsgegenstand), ohne auf von Dritten festgelegte Reitwege beschränkt zu sein (Freiheitshindernis).⁸³ Das letzte Beispiel ist auch deshalb so wichtig, weil es die damit verbundenen Freiheitskon-

73 Näher von Coelln in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 25 mwN.

74 Dazu Grünberger, JZ 2006, 516, 518.

75 Klassisch: Dürig in: Maunz/Dürig, GG [Stand: 1973], Art. 2 Rn. 2.

76 Dazu vertiefend Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 266 ff.

77 Zum Folgenden näher Macleod, When Freedoms Conflict, in: Dahmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 35 ff.

78 Siehe dazu oben § 7 IV 2 a).

79 BVerfGE 6, 32, 36 ff – *Elfes*.

80 BVerfGE 80, 137, 152 – *Reiten im Walde*.

81 BVerfGE 6, 32 – *Elfes*.

82 BVerfGE 54, 143 – *Taubenfütterung*.

83 BVerfGE 80, 137 – *Reiten im Walde*.

flikte unter Privaten beleuchtet: Das Recht erlaubte es dem Freizeitreiter, auch auf privaten Wegen zu reiten. Das ist vom Standpunkt des Grundstückseigentümers (Freiheitsträger) ein Freiheitshindernis, weil er nicht mehr selbstbestimmt entscheiden kann, wer sein Grundstück zu welchem Zweck betreten darf (Freiheitsgegenstand). An dieser Stelle führt die These vom Vorrang der Freiheit in eine Sackgasse. Sie kann nicht beantworten, welchem Freiheitsgegenstand und welchem Freiheitsträger der Vorrang vor welchen Freiheitshindernissen gebührt: der des Reiters, dort zu reiten wo er möchte oder des Eigentümers, selbst zu bestimmen, ob und wer auf seinen Wegen reitet? Beide Positionen sind vom Standpunkt des abstrakten Freiheitsrechts *prima facie* geschützt, aber welche soll vorgehen? Daher führt die Frage, ob Freiheit als solche wertvoll ist, nicht weiter. Sind negative Freiheitsrechte im Konflikt, zwingt uns die triadische Struktur dazu, spezifische und daher leichter handhabbare Fragen zu stellen: Welchem Freiheitsträger oder welchem Freiheitsgegenstand gebührt Vorrang und auf welches Freiheitshindernis ist zu verzichten?⁸⁴ Es geht also immer darum, ob der konkreten Freiheit des A oder des B oder des C Vorrang gebührt, x, y oder z zu tun oder nicht zu tun.⁸⁵ Solche Freiheitskonflikte sind also keine abstrakten Prinzipienkonflikte, sondern Kollisionen unterschiedlicher Autonomiebereiche.⁸⁶ Der Konflikt zwischen den unterschiedlichen Rationalitäten wird von der Rechtspraxis nicht auf der höchsten Ebene universaler Gerechtigkeit – konkret: der Prinzipienebene von Freiheit und Gleichheit – gelöst, sondern auf der niedrigsten Ebene lokaler Gerechtigkeit – konkret: der Abgrenzung individueller Autonomiesphären. Die unterschiedlichen Diskurse werden nicht als unversöhnliche Kollision von Universalprinzipien rekonstruiert, sondern durch die Brille des konkreten Falls wahrgenommen und auch nur dort gelöst.⁸⁷ Aufgabe des Privatrechts ist es, Kollisionsregeln zu entwickeln, die diese gesellschaftlichen Konflikte zu lösen versuchen. Das klassische Instrument dafür sind Abwägungsmodelle.⁸⁸ Dafür bieten sich zwei Ansätze an: Der Gesetzgeber nimmt die Abwägung unterschiedlicher Freiheits- und Gleichbehandlungsinteressen auf tatbestandlicher Seite vor. Dann handelt es sich um ein Tatbestandsmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Ist die Abwägung dagegen Teil des Rechtfertigungsdiskurses, spreche ich vom

84 Vgl. Macleod, When Freedoms Conflict, in: Dahlmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 35, 43.

85 Macleod, When Freedoms Conflict, in: Dahlmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 35, 40.

86 Ausführlich dazu Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 287 ff; Fischer-Lescano, KJ 2008, 166, 473 ff.

87 Teubner, Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: Pawlowski/Roellecke, Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats (ARSP Beiheft 65), 1996, 199, 209.

88 Macleod, When Freedoms Conflict, in: Dahlmann/Krawietz, Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, 2005, 35, 43 ff; Maultzsch, JZ 2012, 1040, 1046 (kritisch); zu Alternativendazu siehe Fischer-Lescano, KJ 2008, 166, 475; zur Abwägungsproblematik näher unten § 7 IV 3 e).

Rechtfertigungsmodell. In beiden Konstellationen liegt zwangsläufig auch eine Entscheidung über den Vorrang abstrakter Werte in einem typisierten oder konkreten Konflikt. Unabhängig davon, wer diese Entscheidung trifft – der Gesetzgeber oder das (Verfassungs-) Gericht –, sie ist immer eine genuin politische.

Gegen diese Schlussfolgerungen ließe sich einwenden, dass das Vorrangmodell zwar bei Freiheitskonflikten scheitern mag, nicht aber beim Konflikt von Freiheitsrecht und Gleichbehandlungsanspruch: (1.) Diese Kollision kann ganz grundlegend das Verhältnis der beiden Fundamentalprinzipien von Freiheit und Gleichheit in der Gesellschaft betreffen. (2.) Sie kann sich aber auch nur auf den konkreten Konflikt von negativem Freiheitsrecht und positivem Anspruch auf Gleichbehandlung beziehen. Richtet sich der Einwand gegen das grundsätzliche Verhältnis, muss er scheitern. Es gibt keine akzeptable Konzeption von Freiheitsausübung ohne die grundsätzliche Gleichheit aller Personen. *Dworkin* hat das sehr deutlich formuliert:

„Any genuine contest between liberty and equality – any conflict between liberty and the requirement of the best conception of the abstract egalitarian principle⁸⁹ – is a contest liberty must lose.“⁹⁰

Die Privatautonomie als Zuweisung freiheitsrechtlicher Kompetenzen zur Distribution von Gütern im Markt an den einzelnen Akteur lässt sich nur und ausschließlich damit rechtfertigen, dass allen Akteuren die gleiche Freiheit eingeräumt wird. Das ist die wichtigste Erkenntnis der Privatrechtstheorie seit der Aufklärung.⁹¹ Ohne Rechtsgleichheit aller ist die Freiheit mancher nichts wert.

Daher kann sich der Einwand sinnvollerweise nur gegen die konkrete Forderung einer Gleichbehandlungspräsumtion wenden. Dann bricht die Kritik aber in sich zusammen. Wenn die Vorrangthese bei Freiheitskonflikten scheitert, kann sie bei Gleichbehandlungsforderungen zwangsläufig nicht funktionieren. An Private adressierte Gleichbehandlungsansprüche sichern nämlich deren Freiheitsphäre. Diskriminierungsverbote sind „Freiheitsrechte zweiter Ordnung“⁹², weil sie dem Einzelnen ermöglichen, Träger des Diskriminierungsmerkmals zu sein, ohne dafür in sozialen Kontexten Einschränkungen seiner positiven Freiheit – etwa der Freiheit zum Vertragsschluss – hinnehmen zu müssen. Diese freiheitswahrende Funktion ist nicht auf das Nichtdiskriminierungsrecht beschränkt. Wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsansprüche haben ebenfalls ein freiheitsrechtliches Fundament: Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 Var.

89 Damit meint *Dworkin* seine These, dass Gleichheit das Recht beinhaltet, als Gleicher behandelt zu werden („treatment as an equal“ bzw. „right to equal concern and respect“, was sich von einer Gleichbehandlung („equal treatment“) unterscheidet, *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978, 180, 227, 273; *Dworkin*, *A Matter of Principle*, 1986, 190 ff. Zu dieser – wichtigen – Konkretisierung näher unten § 8 II 4 b (1).

90 *Dworkin*, *Sovereign Virtue*, 2000, 130.

91 Dazu oben § 2 I und III.

92 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 385 f.

2 GWB ist das Freiheitsrecht der vom marktmächtigen Unternehmen abhängigen Unternehmen.⁹³ Man kann daher den von Gleichbehandlungspflichten geregelten gesellschaftlichen Konflikt auch als Freiheitskonflikt reformulieren. Die traditionelle Einordnung einer Diskriminierung als Persönlichkeitsverletzung im deutschen Recht steht dafür geradezu paradigmatisch.⁹⁴ Diese Reformulierung empfiehlt sich aus methodischer Sicht zwar nicht, weil sie mit einem erheblichen Funktionsverlust einhergeht: Das strukturelle Element der von Ungleichbehandlungen bewirkten Freiheitseinschränkung wird nur sichtbar, wenn man diese Konflikte als Gleichheitsproblem konzipiert. Das ändert aber nichts an der Grundthese von den Gleichbehandlungsansprüchen als sekundären Freiheitsrechten. Das Freiheitsrecht bestimmt das Freiheitsinteresse, den Freiheitsträger und das Freiheitshindernis. Gleichbehandlungsansprüche ergänzen diese Festlegung, weil sie besagen, wer auch Freiheitsträger ist:

„Equality is about who enjoys a liberty, while liberty is about what you enjoy – inherently a limited endeavour, since you have to accomodate the liberty of others.“⁹⁵

Jede Behauptung von Freiheit wirft daher sofort die Fragen auf: Wer hat welche Freiheit? Wieviel Freiheit hat er? Wie wurde diese Freiheit verteilt? Diese Fragen sind auch in strikt freiheitsrechtlichen Konzeptionen zu stellen:

„Liberty is among the possible fields of application of equality, and equality is among the possible patterns of distribution of liberty.“⁹⁶

Zum Konflikt kommt es erst, wenn das Gleichbehandlungsrecht des A (Nichtdiskriminierung bei Vertragsabschluss) zum Freiheitshindernis des B (Pflicht zum Vertragsabschluss) wird. Rekonstruiert man diesen Satz mit dem triadischen Freiheitsbegriff, wird der verdeckte Freiheitskonflikt sichtbar: Der Freiheitsgegenstand des B ist die Freiheit vom Vertragsschluss, jedenfalls aber die Möglichkeit zur Kontrahierung nur mit einer von ihm ausgewählten, zum Vertragsabschluss grundsätzlich bereiten Person.⁹⁷ Das Gleichbehandlungsrecht ist aus seiner Sicht das Freiheitshindernis. Dieses Freiheitshindernis sichert aber den Freiheitsgegenstand des A: die Freiheit zum Vertragsschluss. Dieser Konflikt lässt sich also nicht mit einem angeblichen Vorrang „der“ Freiheit vor „der“ Gleichbehandlung auflösen. Er verlangt eine Wertentscheidung darüber, ob uns im konkreten Konflikt die negative Freiheit wichtiger ist als die aus der Gleichbehandlung folgende gleiche Freiheitsmöglichkeit (positive Freiheit). Diese Frage ist Gegenstand des Tatbestands- oder des Rechtfertigungsmodells. Das „Gerede“ vom grundsätzlichen Vorrang der Freiheit ist daher irreführend. Ob es einen

93 Oben § 5 IV 3 b) und c) (4).

94 Dazu oben § 4 I 5 und II 3 b).

95 Baer, 59 U. Toronto L.J. 417, 449 (2009).

96 Näher Sen, Inequality Reexamined, 1995, 20 ff [Zitat auf S. 20 ff].

97 Vgl. zu dieser Einschränkung Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 III 3 a) cc.).

Vorrang gibt oder nicht, stellt sich erst als Ergebnis dieser Wertentscheidung heraus.

(2) Tatbestandsmodell

Das Tatbestandsmodell erlaubt es, den Gleichbehandlungsgrundsatz als prinzipiell gleichwertiges Rechtsprinzip in einer auf Freiheit und Gleichheit ausgerichteten Privatrechtsordnung zu berücksichtigen. Der mit seiner Geltung entstehende Konflikt mit (negativen) Freiheitsrechten wird auf Tatbestandsebene gelöst. Es nimmt also die schiere Existenz zahlreicher Gleichbehandlungspflichten zum Ausgangspunkt einer Feinabstimmung beider konkurrierenden Prinzipien. Das Tatbestandsmodell klassifiziert danach abschließend die Fälle, in denen es zu Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht kommt. Gegenüber dem Rechtfertigungsmodell mit dessen gradueller Konzeption der Konfliktlösung partizipiert es im Ausgangspunkt an den Vorteilen jedes Regelmodells: Allgemeinheit und Verlässlichkeit (Rechtssicherheit), Anwendungseffizienz und Stabilität.⁹⁸

Ein herausragendes Beispiel für diese Konzeption hat *Gregor Bachmann* vorgestellt.⁹⁹ Ausgangspunkt ist die Präsomtion der Gleichbehandlung:

*„Begründungsbedürftig ist nicht mehr, wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“*¹⁰⁰

Das entspricht zwar nicht den traditionellen Auffassungen, die jeweils „um eine positive Begründung der Pflicht zur gleichmäßigen Behandlung ringen“¹⁰¹. Gerade deshalb, weil *Bachmann* die Prämisse, für die ich werbe, teilt, drängt sich sein Modell als Alternative zum hier verfolgten Rechtfertigungsmodell besonders auf. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass trotz Gleichheitspräsumtion

*„zunächst die Gründe [herauszuarbeiten sind], welche dafür streiten, den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht anzuwenden. Ist das gelungen, kann – gleichsam im Subtraktionsverfahren – der Bereich umrissen werden, in dem auch unter Privaten die Pflicht zur gleichen Behandlung prinzipiell anzuerkennen ist.“*¹⁰²

Das *Lucas'sche* Beispiel fiele bei *Bachmann* während des Subtraktionsverfahrens aus dem Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes heraus: „Die ethische Anerkennung des Individuums als Person, der es freisteht auch irrationale oder willkürliche Entscheidungen zu treffen ('Persönlichkeitsargument')“¹⁰³, würde dieses Ergebnis tragen. Das „Persönlichkeitsargument“ und das „Frei-

98 Zu den Vorzügen von Regelmodellen grundlegend *Schauer*, *Playing by the Rules*, 1991, 135 ff; speziell im Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht *Maultzsch*, JZ 2012, 1040, 1049 f.

99 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159 ff.

100 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159.

101 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159.

102 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159.

103 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 159.

heitsargument“ – nämlich „die Freiheit des Individuums, das sich für seine Präferenzentscheidungen nicht vor einem Kollektiv soll rechtfertigen müssen“¹⁰⁴ führen dazu, dass „das private Verhalten natürlicher Personen“, also die „Entscheidung diese oder jene Ware hier oder dort zu erwerben oder diesen oder jenen Umgang zu pflegen [...] generell keiner Gleichbehandlungspflicht“ unterlägen.¹⁰⁵ Das ist flott geschrieben, im Ergebnis aber nicht sehr differenziert. Es gibt gute Gründe für die Auffassung, der private Nachfrager sei nicht Adressat des Gleichbehandlungsrechts.¹⁰⁶ Man muss aber zwischen den verschiedenen Handlungskontexten unterscheiden, in denen sich private Akteure bewegen: Sie sind Nachfrager am Markt und zugleich agieren sie in anderen sozialen Teilsystemen. Meine Entscheidung, ein Gut bei einem und gerade nicht beim anderen Anbieter nachzufragen, kann auf vielen Präferenzen beruhen. Die Entscheidung darüber, mit wem ich meine Zeit verbringe, zählt dagegen zum Kernbestandteil der Faktoren, die meine Identität als ethische Person konstituieren. Beide Fälle sind daher unterschiedlichen sozialen Kontexten zuzuordnen. Der „Subtraktionsansatz“ ist zu grobmaschig. Das geltende Nichtdiskriminierungsrecht ist hier differenzierter, weil es den privaten, also nicht unternehmerisch Handelnden an das Benachteiligungsverbot bindet, aber zwischen öffentlichkeitsbezogener und strikt privater Sphäre unterscheidet.¹⁰⁷ Daher ist *Bachmann* zu einem zweiten Schritt gezwungen und muss „die Freiheit anderer, sich ihrer Menschenwürde gemäß zu entfalten“ als Schranke der Vertragsfreiheit akzeptieren.¹⁰⁸ Auf die Subtraktion folgt also wieder eine Addition. Auch das Tatbestandsmodell kann einer „Abstufung“¹⁰⁹ unterschiedlicher Kontrolldichte nicht entgehen. Das macht es als Strukturmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes weniger attraktiv.

Bachmann unterscheidet im Ausgangspunkt zwischen der vertrags- und marktbezogenen Gleichbehandlung.¹¹⁰ In der bereits bestehenden Rechtsbeziehung soll es leichter sein, Gleichbehandlungspflichten zu begründen als in der Marktsituation, wo sich beide als freie Marktpartner gegenüber stünden. Im ersten Fall sei der Adressat grundsätzlich zur Gleichbehandlung verpflichtet. *Bachmann* folgt in diesen Fällen dann dem Rechtfertigungsmodell.¹¹¹ „Außerhalb bestehender Rechtsbeziehungen gibt es grundsätzlich keine Pflicht zur Gleichbehandlung.“¹¹² Das kann man nur behaupten, wenn man das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht als Ausnahme ansieht. Mir fällt das schwer. Im übri-

104 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 160.

105 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 160.

106 Dazu näher oben § 6 IV 2 b) (2) bb) zum speziellen Nichtdiskriminierungsrecht.

107 Oben § 6 IV 1 b).

108 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 162.

109 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 174.

110 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 160 ff.; ähnlich jetzt im Zusammenhang mit der Horizontalwirkung von Grundfreiheiten *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 473 ff.

111 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 161.

112 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 162.

gen ist *Bachmann* nur bereit, Gleichbehandlung dort zuzulassen, wo es zum Marktversagen kommt. Im Ergebnis ist das *Bachmann'sche* Modell ausgesprochen komplex:

„(1) Im Marktverhältnis gilt grundsätzlich keine Gleichbehandlungspflicht, weil der allgemeine Gleichheitssatz aus ethischen wie ökonomischen Gründen dort nicht zum Tragen kommt;

(2) Eine allgemeine Gleichbehandlungspflicht im Sinne des Verbots willkürlicher oder unverhältnismäßiger Diskriminierung trifft Marktteilnehmer dort, wo die für die Zulässigkeit von Diskriminierungen streitenden Gründe ihrerseits aus ethischen und ökonomischen Gründen nicht durchgreifen; das ist namentlich der Fall beim Vorliegen sog. Marktversagens (Marktbeherrschung, Informationsasymmetrien, externe Effekte, Kollektivhandlungsprobleme etc.), welches im Einzelfall festzustellen ist;

(3) ohne eine solche Feststellung ist die Gleichbehandlung im Zweifel geboten, wo der Gesetzgeber ein sektorspezifisches Diskriminierungsverbot aufgestellt hat, wie es im Infrastrukturrecht, aber auch im Übernahmerecht (§ 3 WpÜG) der Fall ist;

(4) Strikte (absolute) Gleichbehandlung ist gefordert, wenn

(a) Ungleichbehandlungen die Menschenwürde verletzen oder

(b) wenn der Gesetzgeber sie durch Ausprägung eines unbedingten Gleichbehandlungstatbestandes positiv festgeschrieben hat (z.B. § 31 Abs. 4 WpÜG).“¹¹³

Inhaltlich kann ich in vielen Punkten zustimmen. Die methodische Konzeption verwundert mich aber: (1.) Im Grundsatz gilt eine Gleichbehandlungspräsumtion. (2.) Im Marktverhältnis gilt aber eine Ungleichbehandlungspräsumtion. (3.) Abweichend davon gilt im Marktverhältnis doch eine Gleichbehandlungspräsumtion, wenn (a) im Einzelfall ein Marktversagen vorliegt oder es (b) gesetzlich angeordnet ist. (4.) Im Marktverhältnis kommt es sogar zur gleichen Behandlung, wenn (a) die Menschenwürde tangiert ist oder (b) es gesetzlich angeordnet ist. Diese Reformulierung verdeutlicht, dass das Tatbestandsmodell im Kern als ein Regelmodell verstanden wird. Darin liegt eine wichtige Gemeinsamkeit mit dem Vorrangmodell. Kennzeichnend für ein striktes Regelmodell ist die Konfliktlösung im Kollisionsfall.¹¹⁴ Ein Regelkonflikt wird gelöst, indem eine der konkurrierenden Regeln für ungültig erklärt oder eine Ausnahmeregelung in eine der beiden Regeln eingeführt wird.¹¹⁵ Regelmodelle klassifizieren. Das Tatbestandsmodell bestimmt daher abschließend die Fälle, in denen es zu Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht kommt. Im Ausgangspunkt partizipiert es an den Vorteilen jedes Regelmodells: Allgemeinheit und Verlässlichkeit (Rechtssicherheit), Anwendungseffizienz und Stabilität.¹¹⁶ Es läuft allerdings permanent Ge-

¹¹³ *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 174 f [Gliederungspunkte teilweise hinzugefügt].

¹¹⁴ Zum Folgenden grundlegend *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 26 f und *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 77 ff; vgl. auch *Alexy*, 13 Ratio Juris 294/295-97 (2000); zur Abgrenzung von Regeln und Prinzipien nach der Prinzipientheorie näher oben § 7 I 2 b).

¹¹⁵ Vgl. *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 59, 65 ff.

¹¹⁶ Vgl. zur den Gründen von Regelmodellen grundlegend *Schauer*, Playing by the Rules, 1991, 135 ff.

fahr, in einen „Alles-oder-nichts-Ansatz“ abzugleiten. Zwar können Regeln jederzeit mit einem Ausnahmetatbestand ergänzt werden.¹¹⁷ Diese Ergänzung erzeugt im Rechtssystem aber Irritationen und Abwehrreaktionen, unabhängig davon, ob der Gesetzgeber neue Gleichbehandlungspflichten einführt oder die Rechtsprechung neue „Ausnahmen“ zur Ungleichbehandlungspräsomption im Marktrecht entwickelt. Beide Fälle zwingen das Tatbestandsmodell zur Neujustierung seiner Klassifikationen. Dazu ein Beispiel aus dem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot ist nur auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen anwendbar, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG.¹¹⁸ § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG grenzt den Anwendungsbereich für alle Merkmale außer der Rasse und ethnischen Herkunft weiter ein, weil im Wesentlichen nur „Massengeschäfte“ erfasst sind.¹¹⁹ Erfüllt eine Ungleichbehandlung den Tatbestand, kann sie grundsätzlich gerechtfertigt werden (§ 20 Abs. 1 AGG), es sei denn, es handelt sich um eine Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft.¹²⁰ Im *Bachmann'schen* Modell ist dieses Benachteiligungsverbot nur unzureichend berücksichtigt. Lediglich Kategorie (4)(a) ist einschlägig, allerdings beschränkt auf die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft. Kategorie (2) ist nicht einschlägig, weil ein Marktversagen keine Voraussetzung für das Eingreifen des Benachteiligungsverbots ist¹²¹ und die Einordnung als „sektorspezifisches Diskriminierungsverbot“ geht an dem umfassenden Ansatz des AGG vorbei. *Bachmann* müsste sein Modell also um eine neue Kategorie ergänzen.

Das Rechtfertigungsmodell ist dagegen in der Lage, jede Ergänzung um „neue“ Gleichbehandlungspflichten ohne weiteres aufzunehmen. Sein großer Vorteil liegt darin, dass man alle Gegengründe zu einer Gleichbehandlung kontextbezogen diskutieren kann. Das Tatbestandsmodell ist demgegenüber entweder gezwungen, ein Rechtfertigungsmodell nachzuschalten oder eine strukturelle Rechtfertigungsprüfung vorzuziehen. Beispiele für die erste Alternative sind die Kategorien (3) und (4) in *Bachmanns* Modell. Ein Beispiel für die zweite Lösungsstrategie sind die Auslegungsbemühungen zum Begriff des „Massengeschäfts“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG.¹²² Der erste Ansatz reduziert den Rationalitätsgewinn des Tatbestandsmodells, weil es keine abschließenden Aussagen über die Zulässigkeit einer konkreten Ungleichbehandlung treffen kann, wenn diese auf die Rechtfertigungsebene verlagert werden. Damit wird es als theoretisches Modell weniger attraktiv. Deutlich problematischer ist der zweite Ansatz. Das

117 Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Sieckmann, Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, 65 ff.

118 Dazu § 6 IV 1 b).

119 § 6 IV 1 c) (1).

120 Dazu § 6 VI 3 f).

121 Dazu oben § 6 IV 1 b).

122 Siehe oben § 6 IV 1 c) (1) cc).

Modell ermöglicht eine implizite Vorwegnahme von Rechtfertigungsgründen auf der Tatbestandsebene – sei es im sachlichen Anwendungsbereich oder bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen. Das führt zu verschleierte Rechtfertigungserwägungen. Auch dafür ist die Diskussion über die Bedeutung des „Massengeschäfts“ ein abschreckendes Beispiel.¹²³ Danach soll bereits kein Massengeschäft vorliegen, je individueller die Ungleichbehandlung erfolgt. Das klingt einleuchtend, führt aber zum paradoxen Ergebnis, dass eine individuelle Ungleichbehandlung keine tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung mehr sein kann. Es mag in solchen Fällen gute Gründe für eine Ungleichbehandlung geben. Es kann aber auch sein, dass sie eine verbotene Diskriminierung ist. Die Lösung über den sachlichen Anwendungsbereich differenziert nicht: Kein Massengeschäft – keine Diskriminierung. Das ist der angesprochene „Alles-oder-Nichts-Ansatz“, der dem Tatbestandsmodell anhaftet. Der sachliche Anwendungsbereich wird instrumentalisiert, um den Vorrang der Vertragsfreiheit auch in den Fällen durchzusetzen, in denen das Interesse an Gleichbehandlung eine kritische Prüfung der Ungleichbehandlung verlangen würde. Das Tatbestandsmodell entpuppt sich als verkappetes Vorrangmodell: „Der Markt [...] verträgt keine Gleichbehandlungspflichten.“¹²⁴

Das Tatbestandsmodell ist also ersichtlich darauf angelegt, den *status quo* beizubehalten. Es ist als solches Ausdruck einer bestimmten politischen Konzeption des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit in den Teilsystemen der Gesellschaft.¹²⁵ Danach ist mit der Sicherung gleicher rechtlicher Freiheit im Begriff der rechtsfähigen Person und mit dem jeder Person zugewiesenen Handlungsinstrument „Privatautonomie“ alles Notwendige geregelt. Ergänzungen sind nur dort angebracht, wo der Markt als Verteilungsinstrument versagt. Die Diskriminierungsverbote des Wettbewerbsrechts stehen beispielhaft dafür. Diese Konzeption wird von Kritikern wie Befürwortern mit dem Label der „Privatrechtsgesellschaft“ versehen.¹²⁶ Das ist nicht ganz unproblematisch, weil sein Urheber, *Franz Böhm*, zu den heute interessierenden Fragestellungen letztlich keine abschließenden Aussagen trifft.¹²⁷ Trotzdem ist es ein wiederkehrendes Phänomen in der deutschen Privatrechtsdebatte, die „Privatrechtsgesellschaft“ gegen Reformten-

123 Siehe oben § 6 IV 1 c) (1) cc).

124 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 162.

125 Zum politischen Charakter gleich unter IV 2 b) (3).

126 So aus kritischer Perspektive *Gerstenberg*, Gesellschaftliche und private Autonomiesphären, in: Seehafer/Köck/Grundmann/Krebs, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1993, 1994, 25, 26; *Gerstenberg*, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 152, 155; affirmativ dagegen *Ladeur*, Staat gegen Gesellschaft, 2006, 76 ff; *Herresthal*, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 1107 ff; *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 207, 255 ff.

127 Dazu eingehend oben § 4 I 4.

denzen im Zivilrecht in Stellung zu bringen.¹²⁸ Jede Regulierung privatrechtlicher Rechtsbeziehungen ist darin bereits für sich genommen suspekt, wird als Freiheitseinschränkung wahrgenommen und bekämpft. Der Begriff wird für eine politische Konzeption instrumentalisiert, die sich unpolitisch gibt: Danach wird in der Privatrechtsgesellschaft die Freiheit und Selbstbestimmung dem Privatrecht zugewiesen und das öffentliche Recht ist „Fremdbestimmung und Umverteilung aus Gemeinwohlgründen“.¹²⁹ Die Provinzen von Freiheit und Gleichheit sind sauber aufgeteilt: „Im Subsystem des Privatrechts herrscht das Rechtsprinzip der Freiheit. Im Subsystem des öffentlichen Rechts herrscht dagegen das Rechtsprinzip der Gleichheit.“¹³⁰ Die Ungleichbehandlungspräsomption mutiert zum Grundsatz mit „vorpositiver Richtigkeit“.¹³¹ Damit schottet man das scheinbar gesellschaftspolitisch neutrale Privatrecht ganz bewusst von der Möglichkeit politischer Intervention ab.¹³² Diese Konzeption muss sich dem gewichtigen Einwand stellen, dass die gesellschaftspolitische Neutralität des Privatrechts ein Mythos¹³³ ist. Die Privatrechtsordnung ist keine den realen Interessenlagen gegenüber neutrale, sondern eine werthafte Ordnung.¹³⁴ Wer auf die Neutralität und eine vermeintlich „naturrechtliche“ Interventionsresistenz des Privatrechts pocht, vertritt deshalb eine verschleierte gesellschaftspolitische Theorie.¹³⁵ Der Rekurs auf die – vor allem historisch zu erklärende¹³⁶ – Dichotomie zwischen den Rechtsgebieten birgt die Gefahr, die Offenheit des Privatrechts für den demokra-

128 Zu dieser Instrumentalisierung bereits *Damm*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 85, 138.

129 *Herresthal*, FS Canaris, (Bd. II), 2007, 1107, 1112; vgl. auch *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 340 ff.

130 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 99, 152.

131 *Lobinger*, Vertragsfreiheit, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 153.

132 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 34 behauptet dagegen, dass eine „aktive Rolle des Staates und insbesondere der Richter“ durchaus möglich bleibt, diese müsse sich aber der offensichtlich unüberwindbaren Grenzen der Steuerung der Gesellschaft bewusst sein. Darin liegt, wie *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Paternalismuskritik, 1999, 36 ff gezeigt hat, eine immanente Negation rechtlicher Steuerungsfähigkeit. Dass man systemtheoretisch auch anders argumentieren und bestehende Gesellschaftsstrukturen einer Kritik unterziehen kann, zeigt dagegen die „Kritische Systemtheorie“, dazu *Fischer-Lescano*, FS G. Teubner, 2009, 49 ff.

133 So *Caruso*, 3 ELJ 3 (1997); vgl. auch *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 54-59; *Schick* in: Schick, AGG, Vorbem zu §§ 19 ff AGG Rn. 13; vgl. auch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2005, 9-12 zur Debatte um unpolitisches oder politisches Privatrecht.

134 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 17.

135 *Damm*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 139; vgl. auch *Kramer*, „Krise“ liberalen Vertragsdenkens, 1974, 35-37.

136 Dazu bereits oben § 2 I 2. Aus der Literatur siehe *Bullinger*, Öffentliches Recht, 1968, 13 ff; *Grimm*, Politische Funktion der Trennung, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 84 ff; *Caroni*, Privatrecht, 1988, 101-125; *Schröder*, FS Gernhuber, 1993, 962 ff; *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 41 ff.

tischen Prozess¹³⁷ und die Bedeutung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte gerade auch für das Privatrecht¹³⁸ zu vernachlässigen. Weil dem Privatrecht eine politische Rolle zukommen kann,¹³⁹ muss man sich der Tatsache bewusst sein, dass beide Positionen – Intervention oder Nicht-Intervention bei Ungleichbehandlungen in privatrechtlich organisierten Beziehungen – politischer Natur sind. In beiden Fällen geht es um eine Entscheidung, wieviel Markt und wieviel Vertragsfreiheit man haben will.¹⁴⁰ Auf dieser Erkenntnis beruht ironischerweise der größte Erfolg der „Privatrechtsgesellschaft“. *Böhm* und *Mestmäcker* mussten die heute über jeden Zweifel erhabenen wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten damals noch gegen den Vorwurf der Freiheitsfeindlichkeit verteidigen.¹⁴¹ Die Pointe der ordoliberalen Rechtstheorie liegt darin, dass rechtsstaatliche Prinzipien nicht nur im Verhältnis zum Staat, sondern auch im Verhältnis der privaten Akteure zueinander zur Geltung kommen!¹⁴² Wettbewerbsbeschränkungen von Marktakteuren waren – und sind – eine der wichtigsten Ursachen von Marktversagen. Sie sind aber nicht zwangsläufig die einzigen. Die Entwicklung kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsätze belegt, dass das Recht auch auf andere Gründe von Marktversagen (Informationsasymmetrien, ungleiche *bargaining power* und Vertrauensschutzerwartungen von Anlegern) mit präsumtiven oder absoluten Gleichbehandlungspflichten reagiert.¹⁴³ Es wäre dann die Aufgabe einer modernen Konzeption der „Privatrechtsgesellschaft“, die Gleichbehandlungsgebote in das Konzept zu integrieren, sie als „Freiheitserhaltungsrecht“ ernst zu nehmen und nicht *a limine* abzulehnen.¹⁴⁴ Dafür bietet sich das Rechtfertigungsmodell als beste Konstruktionsmöglichkeit des Konflikts von Gleichheit und Freiheit an. Offen bleibt damit die Frage, ob eine Privatrechtsgesellschaft, die den Markt als einzig relevanten Steuerungsmechanismus der Gesellschaft begreift, überhaupt in der Lage ist, Freiheit *gesellschaftsweit* und nicht nur im Wirtschaftssystem *effektiv* herbeizuführen.¹⁴⁵

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

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

139 Vgl. nur den Titel des Beitrags von *Zöllner*, JuS 1988, 329. Zur politischen Funktion des Privatrechts siehe auch *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: *Raiser*, Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, 164, nachdrücklich auch *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 1968, 179-181 und passim; zur kritischen Einordnung dieses Ansatzes *Laudenklos/Rohls/Wolf*, Resümee, in: *Rückert*, Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, 1997, 315, 315 ff.

140 Zutreffend *Köndgen*, Selbstbindung, 1981, 134.

141 *Grundmann*, Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 120 f.

142 Zutreffend erkannt von *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 188 f.

143 Dazu oben § 5 III 1.

144 Deutlich gesehen von *Grundmann*, Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, 120 f.

145 Eingehende Kritik dazu bei *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, 201 ff.

(3) Rechtfertigungsmodell

Im Rechtfertigungsmodell wird der Konflikt zwischen Gleichbehandlung und negativen Freiheiten als Rechtfertigungsproblem rekonstruiert: Die Ausübung von Freiheitsrechten *kann* eine damit verbundene Ungleichbehandlung rechtfertigen. Grundlage dafür ist ein Rechtfertigungscontinuum, das von dem Verweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten einerseits bis hin zum strikten Ausschluss jeder Differenzierungsmöglichkeit reicht.¹⁴⁶ Ausschlaggebend für die Kontrolldichte ist der jeweilige Kontext der eigentlichen Konfliktsituation. Das ermöglicht es, den entscheidenden Gegenstand der aufzulösenden Kollision präzise zu beschreiben: Gestritten wird um ganz konkrete Begrenzungen gesellschaftlicher Autonomiebereiche. Diese Übersetzung abstrakter Prinzipienkollisionen in sich widersprechende Herrschaftsbereiche ist notwendig, um den gesellschaftlichen Konflikt juristisch zutreffend beschreiben zu können.¹⁴⁷

Das Rechtfertigungsmodell ist Ausdruck einer öffentlichkeitsbezogenen Konzeption von Privatrecht. Es beruht auf der Vorstellung, dass Privatrecht, verfassungsrechtlich verankerte Gleichbehandlungsgrundsätze und der Grundsatz, ein gleich freier Akteur in allen Teilsystemen der Gesellschaft zu sein, im Zusammenhang stehen. Das ist ein explizit politisches Verständnis von Privatrecht. Dieses wird als ein System aufgefasst, dessen wesentliche Aufgabe darin liegt, formale und materiale Freiheit und Gleichheit aller Personen in einem ständig reformfähigen und reformnotwendigen Prozess zu sichern. Der Markt als zentraler Begriff des Wettbewerbssystems und das Privatrecht sind als soziale Institutionen Teile der *basic structure* einer Gesellschaft und als solche primärer Regelungsgegenstand von Gerechtigkeits- und Gleichheitsanforderungen.¹⁴⁸ „Die Souveränität des Zivilrechts“¹⁴⁹ – das ist eine demokratietheoretisch unhaltbare These. Beide Institutionen basieren auf der freiwilligen Interaktion der Beteiligten. Diese Ausübung von Freiheit kann man daher in einer „Privatrechtsgesellschaft“ als „das normative Referenzkriterium für Regelordnungen betrachten [...], die das Zusammenleben von ‘gleich freien und gleich berechtigten’ Personen ordnen sollen.“¹⁵⁰ Das setzt zugleich einen Maßstab voraus, der es uns erlaubt, festzustellen, „when agreements are free and the social circumstances under which they are reached are fair.“¹⁵¹ Zugleich müssen wir davon ausgehen, dass die Summe der erfolgten unabhängigen Transaktionen mit der Zeit Gerechtigkeitsprobleme

146 Dazu gleich unter § 7 IV 3.

147 Siehe dazu *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166, 173.

148 Dazu grundlegend *Rawls*, *A Theory of Justice* (Rev. Ed. 1975), 1999, 6 ff; *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 265 ff.

149 *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 209.

150 *Vanberg*, *Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie*, in: *Riesenhuber*, *Privatrechtsgesellschaft*, 2007, 131, 138.

151 *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 266.

aufwirft, auch wenn der Ausgangszustand optimal gewesen wäre.¹⁵² Es bedarf daher einer institutionellen Arbeitsteilung zwischen der Grundstruktur einer Gesellschaftsordnung und den Normen, die das Verhältnis der Privaten untereinander regeln. Nur wenn sichergestellt ist, dass in der Grundstruktur ein Hintergrundsystem der Gerechtigkeit verankert ist, können die einzelnen Personen ihre subjektiven Präferenzen als gleich freie verfolgen.¹⁵³ Diese Arbeitsteilung ist im Regelfall notwendig, weil eine Ausgleichsteuerung im individuellen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ökonomisch und rechtlich nicht sinnvoll möglich ist.¹⁵⁴ Das gilt nicht für die Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs. Da die individuelle Ungleichbehandlung dort ihre Ursache hat, ist es konsequent, dort die Mechanismen zu ihrer Rechtfertigung und – falls nicht rechtfertigungsfähig – zu ihrer Beseitigung zu verankern. Es ist daher im Grundsatz möglich, Gerechtigkeitsprinzipien der Grundstruktur auf die sozialen Beziehungen privater Akteure anzuwenden.¹⁵⁵ Der Kern dieser Gerechtigkeitskonzeption ist eine öffentliche Rechtfertigung mit Gründen, die von allen Akteuren als freien und gleichen autonomen Personen geteilt werden kann.¹⁵⁶ Dieses Verständnis ist eine Herausforderung für das prinzipiell geschlossene Recht. Es bedarf daher einer eingehenden Begründung dafür, warum und wie diese außerrechtlichen Erwägungen zum Inhalt des Rechts werden können. Ich komme dieser Aufgabe unter § 8 II nach, wo ich ein Modell juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit entwickle, das es erlaubt, diese Anforderungen von Gerechtigkeit in das Recht einzuführen.

3. Rechtfertigungskontinuum

a) Eine freiheitsrechtliche Konzeption der Rechtfertigung

Nach der mittlerweile klassischen Formel des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.¹⁵⁷ Damit gilt für die Kontrolldichte eine *einheitliche* Rechtfertigungsskala, in deren Mittelpunkt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht.¹⁵⁸ Selbst wenn man vom Willkürverbot als Grundtatbestand ausgeht,¹⁵⁹ kann man

152 Rawls, Political Liberalism, 2005, 266 f.

153 Rawls, Political Liberalism, 2005, 268 f.

154 Rawls, Political Liberalism, 2005, 267.

155 Zurückhaltend noch Rawls, Justice as Fairness, 2001, 11 f.; deutlicher aber – mit speziellem Focus auf die Familie Rawls, 64 U. Chi. L. Rev. 765, 787-794 (1997).

156 Siehe Forst, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 128 ff.

157 Grundlegend BVerfGE 88, 87, 96.

158 Kritisch zum Einsatz der Verhältnismäßigkeit aber Heun in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 26 ff.

159 Bryde/Kleindiek, Jura 1999, 36, 37 f.

die Verhältnismäßigkeitsprüfung als eine im Willkürverbot angelegte Steigerung der Prüfungsintensität konstruieren.¹⁶⁰ Andererseits erlaubt es die Elastizität der gleichheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die dem Willkürmaßstab vorbehaltenen Fallgruppen zu integrieren.¹⁶¹ Verhältnismäßig können nämlich nur Differenzierungen sein, die geeignet sind, dem Differenzierungsziel zu dienen. Das setzt voraus, dass es sich um sachliche, also rational nachvollziehbare Gründe handelt. Willkürliche Differenzierungen können daher niemals geeignet sein.¹⁶² Die Willkürprüfung markiert das untere Ende der Prüfungsskala,¹⁶³ die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG markieren das obere Ende.¹⁶⁴ Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt sich im Wesentlichen ebenfalls nach diesem Modell rekonstruieren.¹⁶⁵ Zu erinnern ist, dass dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerade im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht eine herausragende Rolle zukommt.¹⁶⁶

Das verfassungsrechtliche Modell darf nicht unmodifiziert auf einen zwischen *Privaten* anwendbaren Gleichbehandlungsgrundsatz übertragen werden. Vom Staat als Grundrechtsadressaten kann man verlangen, dass er *jede* Differenzierung mit sachlichen Gründen rechtfertigt. Adressiert man Gleichbehandlungspflichten an Privatrechtssubjekte, muss man berücksichtigen, dass sie auch Grundrechtsträger sind. Misst man den Privaten an *denselben* Rechtfertigungsmaßstäben, wie sie für den Staat gelten, zerstörte das die freiheitsrechtlich abzusichernde und abgesicherte Privatautonomie. Insoweit hatte *Dürig* Recht.¹⁶⁷ Der durchgängige Fehler der Debatte zur „Drittwirkung“ des Art. 3 Abs. 1 GG besteht aber darin, dass sie von *gleichen* Begründungsanforderungen Privater ausgeht.¹⁶⁸ Wer dennoch für Gleichbehandlungspflichten eintritt, ist dann gezwungen, mit dem Tatbestandsmodell zu arbeiten.¹⁶⁹ Das gilt beispielsweise für *Bachmann*: Obwohl er von einer Gleichbehandlungspräsumtion ausgeht, sieht er sich gezwungen, ihren Anwendungsbereich aufgrund konkurrierender freiheitsrechtlicher Wertungen einzuengen.¹⁷⁰ Der Grund dafür ist offensichtlich: Die Geltung und Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Private wird schon

160 Kischel in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 29.

161 Brüning, JZ 2001, 669, 673; in der Sache auch Osterloh in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 33.

162 Michael, JuS 2001, 148, 153.

163 Brüning, JZ 2001, 669, 673.

164 Vgl. Bryde/Kleindiek, Jura 1999, 36, 42 f.

165 Vgl. dazu näher Damm, Menschenwürde, 2006, 351 ff; Graser in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GRC Rn. 4 ff; Jarass, Charta der Grundrechte, 2010, Art. 20 Rn. 13 ff; Hölscheidt in: Meyer, Grundrechte-Charta, Art. 20 Rn. 16a; zurückhaltender dagegen Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, § 17 Rn. 16.

166 Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, § 17 Rn. 50. Siehe dazu eingehend oben § 6 VI 2 c) (2) und 3 a) (1).

167 Dazu oben § 4 I 2 c).

168 Aus der aktuellen Grundrechtsliteratur vgl. nur Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 175 f; Heun in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 34 Rn. 54; zum Problem siehe auch unten § 8 IV 2.

169 Exemplarisch Bachmann, ZHR (170) 2006, 159 ff.

170 Siehe oben § 7 IV 2 b) (2).

im Ausgangspunkt als sehr problematisch angesehen. Darin liegt der größte Irrtum der privat- und öffentlich-rechtlichen Gleichbehandlungsdebatte. Nicht die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wirft freiheitsrechtliche Bedenken auf, sondern die unkritische Übertragung der für den Staat geltenden Rechtfertigungsmaßstäbe auf Private. Die Gefahr für das Freiheitsrecht resultiert nicht aus der Gleichbehandlungspräsumption, sondern aus der Kontrolldichte von Rechtfertigungen. Rechtstheoretisch und verfassungsdogmatisch gibt es keinen zwingenden Grund für die These einheitlicher Prüfungsmaßstäbe im Verhältnis Bürger-Staat und Bürger-Bürger. Im Gegenteil: Die Existenz der Freiheitsrechte spricht dafür, von *unterschiedlichen* Rechtfertigungsanforderungen auszugehen. Weil der Private Träger subjektiver Freiheitsrechte ist, sind der Staat und private Akteure insoweit nicht vergleichbar. Daraus ziehe ich die notwendigen Konsequenzen und modifiziere die für den Staat geltende Rechtfertigungsskala so, dass sie auf private Normadressaten angewendet werden kann:

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben sich je nach Regelungsbereich und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den ungleich Behandelnden, die von dem bloßen Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten über die Darlegung sachlicher Gründe und einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse bis hin zum strikten Differenzierungsverbot reichen.

Am unteren Ende der Skala ist der Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten angesiedelt. Das Rechtfertigungsmodell geht von einer zweifachen Aufgabe des Rechts aus:¹⁷¹ Einerseits haben wir als „Rechtspersonen“¹⁷² einen Anspruch darauf, als freie und gleiche Personen behandelt zu werden. Dieser Anspruch besteht gerade auch gegenüber gesellschaftlichen Organisationseinheiten, wie Vertragsbeziehungen und Vereinigungen. Das ist die Grundlage der Präsumption der Gleichbehandlung und dem daraus folgenden Recht auf Rechtfertigung.¹⁷³ Andererseits sind wir auch „ethische Personen“¹⁷⁴ und benötigen für die Herausbildung unserer Identität einen notwendigen Freiraum innerhalb dieser Institutionen, um unseren eigenen und unterschiedlichen ethischen Auffassungen nachgehen zu können. Da sich demokratische Gesellschaften durch eine große Anzahl unterschiedlicher philosophischer, ethischer, religiöser und politischer Anschauungen auszeichnen (Pluralismus)¹⁷⁵, und es daher unterschiedliche ethi-

171 Ich folge hier Rawls, *Justice as Fairness*, 2001, 166-168; Rawls, *Political Liberalism*, 2005, 466-474 (im Anschluss an feministische Kritik, vgl. Okin, *Justice*, 1989; McClain, 65 S. Cal. L. Rev. 1171 (1992); Lloyd, 28 Loy. L. A. L. Rev. 1319 (1995) und Forst, *Kontexte*, 1994, 349-362.

172 Dazu Forst, *Kontexte*, 1994, 35-54; Rawls, *Political Liberalism*, 2005, 29-35 spricht von der „politischen Konzeption“ der Person.

173 Dazu im Einzelnen unten § 8 III 3.

174 Forst, *Kontexte*, 1994, 35-54; Rawls spricht plastisch von den „nonpolitical attachments and commitments“, Rawls, *Political Liberalism*, 2005, 31; dazu bereits oben IV 2 b (1).

175 Grundlegend Rawls, *Political Liberalism*, 2005, 3-4, 36, zum Begriff des „ethischen Pluralismus“ vgl. Huster, *Ethische Neutralität*, 2002, 5-10.

sche Konzeptionen des Guten¹⁷⁶ gibt, braucht es einen Bereich, dessen Zugang nur die jeweilige Person nach ihren selbstbestimmten und *nicht rechtfertigungsbedürftigen* Maßstäben kontrolliert.¹⁷⁷ Das Recht muss hier eine Schutzhülle um die ethische Person errichten, die sie vor umzumutbaren Begründungsanforderungen des Rechtfertigungsdiskurses schützt. Der Gesetzgeber kann die Anforderungen an die Rechtfertigungsvoraussetzungen in diesen Fällen sogar auf „Null“ herunterschrauben.¹⁷⁸ Dem geltenden Recht ist diese Differenzierung vertraut. Es formuliert diese dogmatisch zwar nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern als Bereichsausnahme. Ich verweise nur auf das Merkmal der „Öffentlichkeit“ in § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG, das den sachlichen Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots eröffnet und die „besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnisse“ in § 19 Abs. 5 AGG, die klarstellen, dass die eigentliche Privatsphäre den aus dem Benachteiligungsverbot folgenden Rechtfertigungsanforderungen wieder entzieht. Das Rechtfertigungsmodell ist als Strukturmodell des Rechts nicht an die dogmatische Selbstbeschreibung dieser Gründe als Bereichsausnahme gebunden. Entscheidend ist nur, dass es den damit verfolgten Zweck in der Abgrenzung unterschiedlicher Autonomiebereiche zutreffend abbildet. Die Einordnung als Rechtfertigungsgrund mit der geringsten Kontrolldichte genügt dieser Anforderung. Daher kann es solche Bereichsausnahmen zum Schutz der ethischen Person als Rechtfertigungsgrund rekonstruieren.

Auf der anderen Seite der Skala stehen Ungleichbehandlungen in der öffentlichen Sphäre, die an verpönte Merkmale anknüpfen. Diese Differenzierungen beeinträchtigen massiv den Anspruch jeder Person, als Gleicher in der Gesellschaft anerkannt zu werden. Der gleiche Status des Einzelnen als Rechtsperson wird damit *prima facie* negiert. Daher kann er von dem Diskriminierenden gute Gründe für die Ungleichbehandlung verlangen. Wer aufgrund verpönter Merkmale differenziert, muss seine Entscheidung daher zunächst gegenüber dem Betroffenen und – falls dieser davon nicht überzeugt werden kann – in einem öffentlichen Verfahren im Einzelnen rechtfertigen. Der Gesetzgeber kann die Rechtfertigungsmöglichkeiten in solchen Fällen auf „Null“ reduzieren.¹⁷⁹ Ein Beispiel dafür ist die Ungleichbehandlung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht.¹⁸⁰ Damit sind die beiden Endpunkte der Rechtfertigungsskala markiert: (a) Das (einfache) Gesetz reduziert die Rechtfertigungsanforderungen zum Schutz der ungleich behandelnden ethischen Person auf

176 Vgl. zur Erläuterung dieser Begriffe Forst, Kontexte, 1994, 52–54.

177 Vgl. zum Begriff der Zugangskontrolle Rössler, Wert des Privaten, 2001, 21 f; näher zum Ganzen unten § 8 III 3 b).

178 Siehe dazu unten § 7 IV 3 b).

179 Dazu unten § 7 IV 3 c) (3).

180 Siehe oben § 6 VI 3 f).

„Null“. (b) Das (einfache) Gesetz reduziert die Anzahl möglicher Rechtfertigungsgründe zum Schutz der ungleich behandelten Rechtsperson auf „Null“.

Dazwischen liegt ein Rechtfertigungsspektrum, in dem die Begründungsanforderungen kontinuierlich ansteigen. Das Rechtfertigungsmodell reagiert damit auf die unterschiedlichen „Kontexte der Gleichheit“ im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und privatem Handeln einerseits und innerhalb des öffentlichkeitsbezogenen Handelns andererseits. Die Spannung zwischen den negativen Freiheiten und den Gleichheitsansprüchen resultiert aus dem konkreten gesellschaftlichen Konflikt. Daher muss ihre Auflösung auch an die dort maßgeblichen Umstände anknüpfen. Die Untersuchung des geltenden Rechts hat ergeben, dass sich mehrere Kategorien bilden lassen:¹⁸¹ jeder sachliche Grund („Willkürverbot“), Fallgruppen, in denen das Spektrum möglicher Gründe abschließend benannt wird und das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht, bei dem die Zulässigkeit der Anknüpfung an bestimmte Merkmale ausgeschlossen wird und sie daher als Rechtfertigungsgründe ausscheiden. Das Rechtfertigungsmodell versteht diese Kategorien als Beschreibungen typischer Fallgruppen. Sie sind nicht abschließend und schotten sich nicht voneinander ab. Charakteristisch für das Rechtfertigungsmodell ist die Vorstellung, dass der einschlägige Rechtfertigungsmaßstab kontextabhängig zu ermitteln ist. Je gleichheitssensitiver und freiheitsintensiver die konkrete Ungleichbehandlung ist, desto erheblicher werden Prüfungsanforderungen.

Das Wettbewerbsrecht liefert dafür ein überzeugendes Beispiel.¹⁸² Im Anwendungsbereich des § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB gilt eine Präsomption der Gleichbehandlung. Innerhalb dieser Struktur ist die Ausübung der Privatautonomie des marktmächtigen Unternehmens auf der Rechtfertigungsebene angesiedelt. Dabei differenzieren die Kontrollmaßstäbe erheblich. Am unteren Ende stehen die Fälle, in denen es ausreicht, dass sich der Normadressat auf seine Vertragsfreiheit beruft, ohne dafür weitere Gründe nennen zu müssen. Das Unternehmen muss die in der Geschäftsverweigerung liegende Ungleichbehandlung nicht mit betrieblichen und unternehmerischen Gesichtspunkten rechtfertigen. Der Hinweis auf die Vertragsbegründungs- oder -beendigungsfreiheit genügt. Die Rechtfertigungsanforderungen steigen, wenn zu der schlichten Vertragsverweigerung besondere Umstände hinzutreten, angesichts derer die Ungleichbehandlung die zu sichernde Freiheit des Wettbewerbs gefährdet. Diese „besonderen Umstände“ führen also dazu, dass die schlichte Berufung auf die Ausübung von Privatautonomie die Ungleichbehandlung nicht mehr rechtfertigen kann. Ein solcher Umstand liegt vor, wenn die Marktgegenseite von dem Angebot des Normadressaten abhängig ist: Mit zunehmender Abhängigkeit steigen die Anforderungen an die Rechtfertigung und daher an die Schutzwürdigkeit der vom Normadressaten verfolgten Belange.

181 Dazu oben § 7 I 1 und unten § 7 IV 3 b)-e).

182 Dazu oben § 5 IV 1, 3 b) und c) (4).

Der Normadressat ist dann gezwungen, seine Entscheidung mit konkreten Gründen zu rechtfertigen, die vom Gericht vollumfänglich auf ihre inhaltliche Überzeugungskraft und auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft werden.

Willkürprüfung und Verhältnismäßigkeitsprüfung können also ineinander übergehen. Dabei ist es letztlich eine rein terminologische Frage, ob man zwischen den Kategorien des sachlichen Grundes – der Willkürprüfung – einerseits und der Verhältnismäßigkeitsprüfung andererseits weiterhin unterscheiden will oder von einer einheitlichen Konstruktion ausgeht. Man kann dann entweder formulieren, die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist im Willkürverbot angelegt, weil jenes stets einen einleuchtenden oder zureichenden Grund voraussetzt. Oder man glaubt, die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist elastisch genug, um die Kontrolldichte für die Fallgruppen des Willkürverbots zu modifizieren. Ich schlage eine davon begrifflich, nicht aber inhaltlich, abweichende Struktur vor. Ausgangspunkt der Rechtfertigungsskala ist der „elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard“.¹⁸³ Danach ist eine Ungleichbehandlung erlaubt, wenn sie in einer rationalen Beziehung zum Differenzierungszweck steht. Dafür müssen zwei Fragen positiv beantwortet werden: (1.) Ist der mit der Differenzierung verfolgte Zweck gleichheitsrechtlich legitim? (2.) Ist die Differenzierung geeignet, den Zweck der vorgenommenen Ungleichbehandlung zu verwirklichen? Das ist der Fall, wenn das Differenzierungskriterium an die Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen anknüpft, die den Grund der Ungleichbehandlung bilden. Dieser Rationalitätsstandard wird kontextabhängig und bereichsspezifisch von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt, die den ungleich Behandelnden im Interesse des ungleich Behandelten mit zwei zusätzlichen Rechtfertigungskriterien belastet: (3.) Ist die vorgenommene Differenzierung auch erforderlich? Das ist der Fall, wenn keine weniger belastende Differenzierung zur Verfügung steht¹⁸⁴ und sie nicht weiter reicht als es der Differenzierungsgrund rechtfertigt. (4.) Ist die Ungleichbehandlung angemessen? Maßgeblich ist, ob der Differenzierungsgrund gewichtig genug ist, die konkrete Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Bei einer primär personenbezogenen Ungleichbehandlung müssen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht zwischen der ungleich behandelten Person oder Personengruppe und der anders behandelten Person bzw. Personengruppe vorhanden sein, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

Die Rechtfertigungsstruktur des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat die Ausübung von Freiheitsrechten zu berücksichtigen. Das Prinzip personaler Gleichheit muss also auf abstrakter Ebene ein Modell anbieten, das es erlaubt, Freiheit *und* Gleichheit zusammenzudenken. Das Vorrangmodell geht auf dieser Ebene

183 Zu Begriff und Inhalt *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 309 ff und unten § 7 IV 3 b).

184 Kritisch dazu *Michael*, JuS 2001, 148, 154, dessen Einwände sich aber mit der Frage der Einschätzungsprärogative vermengen.

von einer unversöhnlichen Dichotomie von Freiheit und Gleichheit aus und löst damit gesellschaftliche Konflikte *in dubio pro libertate*. Das überzeugt nicht, weil Freiheitsrechte in einer liberalen Rechtsordnung nicht die einzigen Rechte sind, die zählen.¹⁸⁵ Denselben Ansatz verfolgt im Kern auch das Tatbestandsmodell, weil es Zugangsbarrieren zur Gleichheitspräsumtion errichtet und dem ungleich Behandelten damit das Recht auf Rechtfertigung verweigert. Das Rechtfertigungsmodell geht dagegen auf prinzipieller Ebene von einer Gleichursprünglichkeit beider Grundsätze aus: „Freiheit braucht Gleichheit zu ihrer inhaltlichen Bestimmung und prozeduralen Rechtfertigung. Gleichheit braucht Freiheit um der gleichen Achtung der Autonomie der Individuen willen.“¹⁸⁶ Diese Auflösung der abstrakten Prinzipienkollision spiegelt sich auf der Ebene des konkreten gesellschaftlichen Konflikts wieder: Die negativen Freiheitsrechte des ungleich Behandelnden zwingen zur kontextsensitiven Kontrolldichte. Das wirkt sich bei der Inhaltsbestimmung des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards aus. Dieser orientiert sich maßgeblich an den vom ungleich Behandelnden selbst bestimmt gesetzten Zwecken. In den Fällen, in denen die tatsächliche Verwirklichung *gleicher* Freiheit der beteiligten Privatrechtssubjekte aufgrund der freiheitsbeschränkenden Wirkung der Ungleichbehandlung oder ihrer Anknüpfung an verpönte Merkmale erheblich gefährdet ist, intensiviert sich die Kontrolldichte. Sie sinkt dagegen, wenn der Schutz der Freiheit ohne eine Rücknahme von Rechtfertigungspflichten zur leeren Hülle würde.

b) Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard

Das Sachlichkeitsgebot ist der klassische Rechtfertigungsmaßstab für Ungleichbehandlungen Privater, die keine Diskriminierungen oder erhebliche Einschränkung (wettbewerblicher) Freiheiten sind.¹⁸⁷ Ich werde diese Fallgruppe als „sonstige Ungleichbehandlung“ bezeichnen. Danach muss eine rationale Beziehung bestehen zwischen der sonstigen Ungleichbehandlung als Mittel zur Erreichung eines Regelungszwecks. Eine nicht rationale Beziehung zwischen Regelungsmittel und -zweck ist nicht geeignet, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.¹⁸⁸ *Somek* bezeichnet diesen Zusammenhang zutreffend als den „elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard“.¹⁸⁹ Seine Pointe „besteht darin, die Ungleichbehandlung immer dann zu verbieten, wenn sie die Position des einzigen Zwecks einnimmt“¹⁹⁰. Es muss daher mindestens *einen* Zweck geben, der die Un-

185 *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 448-449 (2009).

186 *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 294; dem folgt beispielsweise *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 449-450 (2009); ausführlich zum Problem unten § 8 II 4.

187 Siehe dazu die Zusammenfassung oben § 7 I 1 a).

188 Vgl. *Somek*, *Rationalität und Diskriminierung*, 2001, 152 f.

189 *Somek*, *Rationalität und Diskriminierung*, 2001, 310 ff.

190 *Somek*, *Rationalität und Diskriminierung*, 2001, 311.

gleichbehandlung tragen kann.¹⁹¹ Dabei ist zwischen instrumentalen und intrinsischen Ungleichbehandlungen zu unterscheiden:¹⁹² Bei der instrumentalen Ungleichbehandlung muss man fragen, ob der gesetzte externe Zweck die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann. Das ermöglicht es, die weitere Prüfung anhand einer Zweck-Mittel-Relation vorzunehmen.¹⁹³ Intrinsische Ungleichbehandlungen zwingen zur Differenzierung: Handelt es sich um eine sonstige Ungleichbehandlung kommt es nur darauf an, ob die Handlungsgründe für die Klassifikation als solche schutzwürdig sind. Möglich ist nur eine „Entsprechungsprüfung“.¹⁹⁴ Der ungleich Behandelnde muss in diesen Fällen nur seinen Gerechtigkeitsmaßstab darlegen und begründen, dass die konkrete Ungleichbehandlung diesem Maßstab entspricht.¹⁹⁵ Handelt es sich dagegen um eine intrinsische Diskriminierung, bietet das verpönte Diskriminierungsmerkmal den Referenzpunkt für eine Zweck-Mittel-Relation. Im Unterschied zur instrumentalen Diskriminierung geht es aber nicht um die Beziehung zwischen der Ungleichbehandlung und einem davon zu unterscheidenden externen Zweck. Ausschlaggebend ist das Verhältnis zwischen der Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal und dem mit ihr verfolgten internen (intrinsischen) Zweck.

In allen drei Fällen beruht der Test auf der normativen Prämisse, dass der Handelnde eine rationale Person ist.¹⁹⁶ Das Modell geht davon aus, dass die Person sich externe oder interne Zwecke setzen kann, die mit der Ungleichbehandlung zu erreichen sind. Die Selektion der Regelungsziele ist Freiheitsausübung und fällt daher in die Kompetenz des handelnden Privatrechtssubjekts. Darin liegt ein gravierender Unterschied zur Bindung des Staates an den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Der Staat kann mit einer Differenzierung zumindest im theoretischen Ausgangspunkt systemkonforme (interne) Gerechtigkeitserwä-

191 Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 312 f.

192 Näher oben § 6 IV 1 c).

193 Vgl. Kischel, AöR 124 (1999), 175, 191 f.

194 Grundlegend Huster, Rechte und Ziele, 1993, 165 ff, 225 ff; siehe auch Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 75 ff, 87 ff; ihm folgt Sachs in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1512 f. Die Prüfung erfolgt dort aber auf der Ebene der Ungleichbehandlung, während sie hier auf der Rechtfertigungsebene angesiedelt ist, vgl. Kischel, AöR 124 (1999), 175, 191 f; Kischel in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 3 Rn. 37 ff.

195 Huster, Rechte und Ziele, 1993, 174.

196 Zum Begriff Rawls, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 123 ff; Rawls, Justice as Fairness, 2001, 6 f; Rawls, Political Liberalism, 2005, 48 ff. Daraus wird klar, dass damit nicht nur der *homo oeconomicus* des methodologischen Individualismus (REM-Hypothese) neoklassischen Denkens (dazu Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, 95 ff; Leistner, Richtiger Vertrag, 2007, 26 ff) gemeint ist.

gungen oder externe Nützlichkeitsabwägungen verfolgen.¹⁹⁷ Diese Unterscheidung fällt im privatrechtlichen Kontext weg. Mit der Differenzierung verfolgt der private Akteur selbstbestimmte Präferenzen nicht-wirtschaftlicher oder wirtschaftlicher Art oder er berücksichtigt fremde Präferenzen, weil er damit den Status seiner Gruppe sichert¹⁹⁸ oder darin substantielle Vorteile sieht. Seine Entscheidung ist primär die Ausübung selbstbestimmter Freiheit. Daraus folgt, dass das Recht dem privaten Akteur die Kompetenz zuweist, den Differenzierungszweck festzulegen: Er bestimmt bei instrumental Ungleichbehandlungen den externen Zweck und bei intrinsischen Ungleichbehandlungen den internen Zweck. Daraus folgt für die sonstige Ungleichbehandlung, dass aus der Zweckfestlegungskompetenz auch die Kompetenz zur Determinierung des anzuwendenden Gerechtigkeitsmaßstabs folgt. Anhand des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes lässt sich dieser Zusammenhang demonstrieren:¹⁹⁹ Grundsätzlich hat es der Arbeitgeber in der Hand, den Zweck und Umfang einer freiwilligen Leistung selbst zu bestimmen. Dem Arbeitgeber steht es nämlich frei, ob er diese Leistungen gewähren will. Innerhalb des elementaren Rationalitätsstandards kann im Ausgangspunkt jeder selbstgesetzte Grund die Ungleichbehandlung legitimieren. Darin liegt die wichtigste Konsequenz der freiheitsrechtlichen Konzeption des Rechtfertigungsmodells.

c) Gesteigerte Kontrolldichte zum Schutz gleicher Freiheit

Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätstest wird um das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweitert, wenn die Ungleichbehandlung erhebliche Auswirkungen auf die tatsächliche Ausübung gleicher Freiheit des davon Betroffenen hat. Die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe steigen, je stärker die Ungleichbehandlung auf den Freiheitsgebrauch des ungleich Behandelten einwirkt.²⁰⁰ Das Wettbewerbsrecht ist sehr sensibel für diese Zusammenhänge. Ich erinnere an das bereits oben vorgestellte Beispiel der Geschäftsverweigerung und den dabei anzuwendenden strengen Prüfungsmaßstab, wenn das abhängige Unternehmen auf die Leistung des marktmächtigen Unternehmens angewiesen ist.²⁰¹

197 Grundlegend auch hier *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 165 ff.; *Huster*, JZ 1994, 541, 543 f.; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 85 im Anschluss an die Unterscheidung von *principle* und *policy* bei *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 22 ff. *Huster* zieht daraus auch dogmatische Konsequenzen für den Tatbestand der Ungleichbehandlung, deren Überzeugungskraft im *verfassungsrechtlichen Kontext* umstritten ist, siehe ablehnend *Heun* in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 29; differenzierend dagegen *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 195 ff.; zustimmend *Englisch* in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, Art. 3 Rn. 26 ff.

198 Zum Zusammenhang von Diskriminierung und Statussicherung bereits oben § 6 I 2.

199 Näher dazu oben § 5 I 4 c).

200 Zur verfassungsrechtlichen Parallele *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 97 ff.

201 Siehe oben § 7 IV 3 a).

Ein anderes Beispiel für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB. Für marktmächtige Unternehmen ist Gleichbehandlung der Grundsatz und Ungleichbehandlung die Ausnahme.²⁰² Der Rechtfertigungsvorgang besteht aus drei Stufen,²⁰³ die sich als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips rekonstruieren lassen: (1.) Auf erster Stufe werden die legitimen Gründe des Normadressaten ermittelt. Dazu zählen alle unternehmerischen Erwägungen. Allerdings akzeptiert das Recht nicht jede selbstbestimmte Zwecksetzung. Die Interessen des Handelnden, die schon im Ausgangspunkt gegen die Wertungen des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts oder gegen gesetzliche Verbote verstoßen, können keine legitimen Gründe einer Ungleichbehandlung sein.²⁰⁴ Darin liegt also eine der Gleichbehandlungsprüfung vorgegebene Beschränkung der Zweckfestlegungskompetenz des privaten Akteurs. Die freiheitsrechtliche Konzeption des Rechtfertigungsmodells erlaubt es damit, *freiheitsrechtliche* Schranken der Selbstbestimmung unproblematisch in die Prüfung der Zwecklegitimität zu integrieren. (2.) Die vorgenommene Differenzierung des Unternehmens muss geeignet sein, diese Interessen zu fördern. (3.) Die Ungleichbehandlung und die damit verbundene Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit der betroffenen Unternehmen muss erforderlich sein, um das wettbewerbskonforme Ziel zu erreichen. Die Ungleichbehandlung ist insbesondere dann unangemessen, wenn keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten der diskriminierten Unternehmen bestehen. Der jeweilige Wettbewerbskontext verlangt also eine Intensivierung der Kontrolldichte: Treten zu der schlichten Vertragsverweigerung zusätzliche oder besondere wettbewerbsrelevante Umstände hinzu, genügt der Hinweis auf die Vertragsabschlussfreiheit nicht mehr. Stattdessen muss das marktmächtige Unternehmen seine Entscheidung im Einzelnen rational begründen und darlegen, warum es die schutzwürdigen Differenzierungsinteressen nur mit der Ungleichbehandlung erreichen kann. Gemeinsam ist den „besonderen“ Umständen, die zur strengeren Rechtfertigungsprüfung führen, dass es sich um Situationen handelt, in denen die „Entmachtungsfunktion“ des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist. Im Interesse der Chancengleichheit aller Unternehmen unterwirft das Gesetz Diskriminierungen des Normadressaten einer strengeren Prüfung, um damit die gleiche wettbewerbliche Freiheit aller Akteure herzustellen.

Ein anderes Beispiel findet sich beim allgemeinen Kontrahierungszwang und der dort diskutierten Frage, ob und inwieweit der Anspruchsteller auf die ihm ungleich verweigerte Leistung angewiesen sein muss.²⁰⁵ Darin verwirklicht sich die Dialektik der hier vorgestellten freiheitsrechtlichen Rechtfertigungskonzeption

202 Einzelheiten oben § 5 IV 3 b).

203 Siehe § 5 IV 3 c) (4).

204 § 5 IV 3 c) (4) aa).

205 Siehe § 5 VI 2 b) (5).

on: Sie respektiert einerseits die selbstbestimmte Zwecksetzung des Differenzierungsgrundes und wahrt damit die Eigenrationalität innerhalb der jeweiligen sozialen Kommunikation. Andererseits werden die expansiven Tendenzen dieser Eigenrationalitäten vom Grundversprechen des Rechts auf gleiche Freiheit begrenzt. Dieses Grundversprechen ist dann gefährdet, wenn die Privatautonomie als Steuerungsinstrument zur Abgrenzung gesellschaftlicher Autonomieräume versagt. Ökonomisch gesprochen tritt dieser Fall immer bei einem Marktversagen auf.²⁰⁶

Mit dieser Erwägung lassen sich auch die Fallgruppen erklären, in denen der Katalog einschließender Gründe vom Gesetzgeber reduziert wird. Ein Beispiel dafür ist die Zugangsverweigerung zu wesentlichen Einrichtungen. Das marktbeherrschende Unternehmen kann diese nur mit den in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB abschließend aufgezählten Kriterien sachlich rechtfertigen. Je gravierender das Marktversagen ist, desto strenger werden also die Anforderungen an Rechtfertigungsgründe. Daher kann die Anzahl zulässiger Differenzierungsgründe auch „auf Null“ gesenkt werden. Dann lässt sich überhaupt kein sachlicher Grund für eine Differenzierung mehr finden. Man spricht dann vom Gebot absoluter Gleichbehandlung. Beispiele dafür sind die besonderen Gleichbehandlungsgrundsätze im Verbandsrecht oder im Kapitalmarktrecht: Eine mögliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung einzelner Aktionäre bei der Zuteilung von Aktien nach einer Kapitalerhöhung schließt § 186 Abs. 1 S. 1 AktG aus. Er reduziert die Anzahl zulässiger Gründe auf „Null“. Genauso lässt sich auch der Grundsatz gleicher Partizipation aller Wertpapierinhaber bei Übernahme- und Pflichtangeboten (§§ 29 ff, 35 ff WpÜG) interpretieren. Beim Vor-, Parallel- und Nacherwerb schließt das Gesetz die Möglichkeit sachlicher Gründe für eine Ungleichbehandlung aus.²⁰⁷

Diese Beispiele zeigen, dass die Einschätzung, ob überhaupt ein relevantes Marktversagen vorliegt und wie gravierend dieses ist, durchaus unterschiedlich ausfallen kann. Gerade im Übernahmerecht wird die Entscheidung des Richtliniengebers und des Gesetzgebers aus ökonomischer Perspektive kontrovers diskutiert.²⁰⁸ Die Entscheidung des Gesetzgebers zur absoluten Gleichbehandlung ist daher Ausdruck einer *policy* und nicht eines *principle*.²⁰⁹ Das Rechtfertigungsmodell respektiert diesen Unterschied. Daher ist beim Vorliegen eines Marktversagens die Anzahl zulässiger Rechtfertigungsgründe nur dann auf Null reduziert, wenn sich diese Aussage dem (einfachen) Recht entnehmen lässt.

206 Zutreffend dazu *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 168 ff.

207 Einzelheiten unter § 5 III 4 b) (2).

208 Dazu oben § 5 III 4 a).

209 Ich verwende die Begriffe hier iSv *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 22 ff, 82 ff.

d) Diskriminierungsmerkmale als Anknüpfungsverbote

Besonders sensibel muss das Rechtfertigungsmodell auf die spezifisch gleichheitsrechtliche Gefährdung reagieren, die von der Anknüpfung an verpönte Merkmale ausgeht. Dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz kommt eine korrigierende Funktion im Verhältnis zum elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard zu.²¹⁰ Die vom Nichtdiskriminierungsprinzip erfassten Gründe sind „ausschließende Gründe“.²¹¹ Eine darauf gestützte (unmittelbare Diskriminierung) oder bestimmte Individuen in besonderer Weise treffende (mittelbare Diskriminierung) Begründung einer Ungleichbehandlung kann sich nicht mehr ausschließlich auf die selbstbestimmte Zwecksetzung berufen.²¹² Die besonderen Diskriminierungsverbote bewirken eine strengere Kontrolldichte. Ich erinnere in diesem Zusammenhang an den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.²¹³ Knüpft der Arbeitgeber an ein verpöntes Merkmal an, führt das nicht dazu, dass ein sachlicher Grund ganz entfällt. Das wäre nur der Fall, wenn es sich um ein absolutes Unterscheidungsverbot handeln würde, das jede Anknüpfung daran auch im Ergebnis verbietet. Die Anknüpfung zwingt aber dazu, den elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ergänzen. Daneben besteht die Möglichkeit, dass das (einfache) Recht den Katalog legitimer sachlicher Gründe, mit denen die Differenzierung im Ausgangspunkt gerechtfertigt werden könnte, beschneidet. Ein Beispiel dafür sind die im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht bestehenden Rechtfertigungseinschränkungen einer Altersdiskriminierung. Diese kann nur mit sozialpolitischen Zwecken oder mit konkreten beruflichen Anforderungen gerechtfertigt werden.²¹⁴ In den übrigen Fällen, in denen das einfache Recht keine qualitativen Anforderungen an den legitimen Grund stellt, ist der vom Arbeitgeber bestimmte Differenzierungszweck maßgeblich. Dieser muss dann seinerseits erforderlich und angemessen sein.

e) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt also in zwei Fallgruppen eine wichtige Aufgabe im Rechtfertigungsmodell zu. Auf die Einzelheiten der Prüfung bin ich im Zusammenhang mit dem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht bereits aus-

210 Ausführlich dazu *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 314 ff. (auf Grundlage eines deutlich weiter konzipierten Nichtdiskriminierungsprinzips).

211 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 212 (dessen Interpretation allerdings vor seinem weiten Antidiskriminierungsprinzip zu lesen ist).

212 Zur verfassungsrechtlichen Parallele *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 91 ff.

213 Details oben § 5 I 4 c).

214 Dazu oben § 6 VI 2 c) und d).

föhrlich eingegangen.²¹⁵ Die dort vorgestellte Struktur ist in der Sache auf alle einschlägigen Sachverhalte zu übertragen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist eine Regel zur Auflösung von Normkollisionen.²¹⁶ Seine Geltung auch in privatrechtlichen Beziehungen ist allerdings keine Selbstverständlichkeit. Nach klassischer Auffassung hat er nur eine geringe Bedeutung im Zivilrecht.²¹⁷ Diese These ist in jüngerer Zeit aus privatrechtlicher Perspektive überzeugend widerlegt worden.²¹⁸ Als Meta-Regel kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz normtheoretisch insbesondere zur Auflösung der Interessenkollision eingesetzt werden, die bei der Ausübung negativer Freiheiten und dem Gleichbehandlungsinteresse im Privatrecht entstehen. „Fordern beide Positionen im zu entscheidenden Fall gleichermaßen Geltung, und liegt keine gesetzliche Konfliktlösung vor, so fordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Gewichtung und Abwägung der jeweiligen Interessen im Einzelfall und ordnet dementsprechend für diesen Fall den Vorrang der einen oder der anderen Position an.“²¹⁹ Um diese Kollisionsregel kommt man auch dann nicht herum, wenn man die Kollisionslage zutreffend im konkreten gesellschaftlichen Konflikt sieht.²²⁰ Wer sich auf Gleichbehandlungsansprüche stützt und eine Diskriminierung behauptet, beansprucht vom anderen die positive Anerkennung seines Autonomieraums. Das geht über die Forderung nach Toleranz hinaus.²²¹ Mit der geforderten Anerkennung begehrt er gleichzeitig vom anderen, dass dieser seine Freiheiten in einer bestimmten Art – nämlich gleichheitskompatibel – ausübt. Damit kommt es unweigerlich zur Kollision gesellschaftlicher Autonomieräume. Das Prinzip personaler Gleichheit fungiert hier als Kompatibilitätsinstrument. Sein Ziel ist es, die Koordination dieser Autonomiebereiche unter Berücksichtigung der gleichen Freiheit der Akteure und vor dem Hintergrund der Auswirkungen realer Marktprozesse zu ermöglichen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist die Methode, den Konflikt zu strukturieren und die Rechtfertigungsanforderungen anhand des Gewichts der jeweils betroffenen Autonomiebereiche auszugestalten. Es beschränkt die Kompetenz eines privaten Akteurs zur selbstbestimmten Zwecksetzung einer Ungleichbehandlung, weil das Gewicht des davon betroffenen Gleichbehandlungsanspruchs das verlangt.

215 Siehe § 6 VI 2 c) (2), 2 d) (2) und 3 a) (1).

216 Nach Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 100 ff implizieren sich Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Prinzipiencharakter der Norm gegenseitig, was nicht unbestritten ist, vgl. Klement, JZ 2008, 756, 761 f und dazu die Antikritik bei Sieckmann, JZ 2009, 557, 558 f.

217 Merten in: Merten/Papier, *Handbuch Grundrechte*, § 68 Rn. 22 f.

218 Bieder, *Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip*, 2007, 183 ff; Stürner, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 2010, 326 ff.

219 Stürner, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 2010, 334 f.

220 So Fischer-Lescano, KJ 2008, 166, 173 ff, der allerdings den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz offenbar bewusst nicht nennt; siehe auch Christensen/Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts*, 2007, 148 ff zu einer Abwägungskritik.

221 Zutreffend Huster, ARSP 2005, 20, 33 ff, der das Nichtdiskriminierungsrecht gleichwohl damit begründen möchte.

Das betrifft zunächst die freiheitsbeschränkende Wirkung der Erforderlichkeitsprüfung. Danach muss der ungleich Behandelnde aus dem Kreis geeigneter Differenzierungsmittel die den Diskriminierten am Wenigsten belastende Maßnahme auswählen. Kritiker monieren, die Erforderlichkeitsprüfung habe die Tendenz, die Privatautonomie in möglichst großem Umfang außer Kraft zu setzen.²²² Das Argument ist letztlich eine Variation des Vorrangmodells:²²³ Die Erforderlichkeitsprüfung optimiere *einseitig* die Interessen des Eingriffsopfers zu Lasten des Eingreifenden.²²⁴ Dessen Belange könnten nur insoweit berücksichtigt werden, als er den Zweck des Handelns bestimmen und damit den Prüfungsmaßstab vorgeben könne.²²⁵ Genau darin liegt aber der Zweck der Erforderlichkeitsprüfung innerhalb des Rechtfertigungsmodells. Sie dient der Machtbegrenzung des subjektiven Freiheitsrechts.²²⁶ Die Erforderlichkeit wird daher nur in den Fällen relevant, in denen das Interesse an Gleichbehandlung besonderen Schutz verlangt: bei der freiheitsrechtlich relevanten Einschränkung gleicher Freiheiten aufgrund eines Marktversagens und bei Diskriminierungen. Man kann darin den Ausdruck einer bedingten substantiellen Vorrangrelation zugunsten der Gleichbehandlung sehen.²²⁷ Gegen eine Ungleichbehandlung kann das Recht diese Positionen nur effektiv schützen, wenn der Eingriff auf die für die selbstbestimmte Zwecksetzung gebotene Intensität beschränkt wird. In der Erforderlichkeitsprüfung schlägt sich die für *diese* Fallgruppen auf abstrakter Ebene angeordnete substantielle Präponderanz der Gleichheit nieder. Sie ist wichtiger Bestandteil des kontextabhängigen Rechtfertigungsmodells.

Jede Prüfung der Verhältnismäßigkeit führt – sofern die Maßnahme nicht schon am elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard oder an der Erforderlichkeit scheitert – zur Abwägung. Die Abwägung hat seit langem eine schlechte Presse.²²⁸ Beispielhaft²²⁹ kritisiert Rawls den moralischen Intuitionismus von Abwägungsentscheidungen.

„[F]irst, they consist of a plurality of first principles, which may conflict to give contrary directives in particular types of cases; and second, they include no explicit method, no priority rules, for weighing these principles against one another: we are simply to strike a balance by intuition by what seems to us most nearly right. Or if there are priority rules,

222 Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 50 ff; Stürner, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 320 f.

223 Zum Vorrangmodell oben § 7 IV 2 b) (1).

224 Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 52.

225 Stürner, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 320.

226 Vgl. H. Hanau, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2004, 119, der von „iustitia protectiva“ spricht.

227 Nach Arnauld, JZ 2000, 276, 278 f setzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine solche Relation sogar voraus.

228 Huster, Rechte und Ziele, 1993, 112.

229 Kritik auch bei Böckenförde, Kritik der Wertbegründung, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 67, 77 ff; Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, 310.

*these are thought to be more or less trivial and of no substantial assistance in reaching a judgement.*²³⁰

In juristischer Hinsicht hat sie – wie *Joachim Rückert* schreibt – „eine erstaunliche Karriere gemacht – von der philosophischen, moralischen, ethischen und politischen Entscheidungshilfe zur juristischen Aushilfe, von der Aushilfe zum Allheilmittel, von der Ausnahme zur methodischen Wunderwaffe unserer Rechtspraxis.“²³¹ In der Grundrechtsdogmatik wird die Abwägung als ein Kompetenzproblem im Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassungsgericht wahrgenommen.²³² Ein Kompetenzproblem stellt sich auch in privaten Rechtsbeziehungen: Die Kontrolle und Steuerung der Mittelauswahl durch den Richter greift danach in die Kompetenz zur selbstbestimmten Entscheidung des privaten Akteurs ein.²³³ Das spricht nicht gegen die Abwägungsentscheidung als solche. Auch im Zivilrecht wird permanent abgewogen.²³⁴ Das erlaubt eine Kompatibilisierung von Gleichbehandlungsanspruch und Privatautonomie, indem die Bedeutung der letzteren bei der Wahl des Abwägungsmaßstabes²³⁵ entscheidend berücksichtigt werden kann.²³⁶ Die Bedeutung der konkreten Freiheitsausübung bestimmt also das Gewicht, mit dem die Privatautonomie in die Wagschaale geworfen wird.²³⁷ Rechtstheoretisch wird der beim Staat angesiedelten Abwägung eine Anmaßung von Wissen attestiert: Sie beschwöre Ziele und Werte, könne aber nicht erklären, wie in komplexen Entscheidungssituationen das für die Abwägung erforderliche Wissen akkumuliert werde.²³⁸ Dagegen sei ein liberales Rechtsmodell vorzugswürdig, das die Möglichkeit produktiven Entscheidens unter Ungewissheitsbedingungen akzeptiert und deshalb eine Vermutung zugunsten der Beurteilungsfreiheit der Individuen postuliert.²³⁹ Das löst freilich das Problem kontroverser Beurteilungen der gesellschaftlichen Akteure nicht. Daher muss das liberale Modell seinerseits wieder zur Vorrangregel greifen und die Ergebnisse der Eigenrationalität des Zivilrechts gegenüber ihrer gleichheitsrechtlichen Infragestellung verteidigen. Systemtheoretisch beliebt sind „strikte“ bzw. „abstrakt-generelle Inkompatibilitätsnormen“²⁴⁰, die aber selbst nur das Resultat einer vorangegangenen

230 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 30.

231 *Rückert*, JZ 2011, 913 f.

232 Statt vieler *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 24 ff; dagegen mit Recht *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, 1993, 53 ff.

233 Nachdrücklich *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 39 ff.

234 Weiterführend *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, 347 ff; zur Entwicklung des Abwägens aus dem Zivilrecht und dem Re-Import ins Zivilrecht weiterführend *Rückert*, JZ 2011, 913, 913 ff.

235 Zum Begriff im privatrechtlichen Kontext *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, 221 ff; *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, 80 ff.

236 *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2007, 204 f.

237 Kritisch zum Bild aber *Rückert*, JZ 2011, 921.

238 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 27 ff.

239 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 32.

240 Beispielhaft *Teubner*, KritV 2000, 388, 396 f und *Fischer-Lescano/Christensen*, Der Staat 44 (2005), 213, 237.

nen Abwägung sein können. Abwägungen sind Regelsetzungen.²⁴¹ Entweder sie erfolgen abstrakt im Gesetz oder konkret im Fall. Das Problem ist also nicht die Abwägung als solche – diese ist in gleichheitsrechtlichen Kontexten unvermeidlich²⁴² – sondern wer sie letztlich trifft: der Gesetzgeber oder der Richter.²⁴³ Darin liegt das Kernproblem von ungeschriebenen Diskriminierungsverboten.²⁴⁴ Entscheidend ist, wie man die Abwägungsprozesse in Begründungs- und Anwendungsdiskursen strukturiert und, vor allem, welche Rolle den beteiligten privaten Akteuren darin zukommt.

Ausgangspunkt ist die Frage: Unter welchen Voraussetzungen darf der private Akteur zur Verfolgung seiner selbstbestimmten Freiheitsinteressen in das *prima facie* Gleichbehandlungsrecht eines anderen privaten Akteures eingreifen? Die sehr abstrakte Antwort darauf lautet: Er darf es, wenn für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.²⁴⁵ Damit ist in privatrechtlichen Anwendungsdiskursen wenig gewonnen. Bei instrumentalen Diskriminierungen stellt sich die Frage, ob der externe Zweck so bedeutsam ist, dass er die normative Ungleichbehandlung rechtfertigen kann.²⁴⁶ Bei intrinsischen Diskriminierungen muss man dagegen fragen, ob die damit einhergehende Freiheitsausübung die damit verbundene gleichheitswidrige Freiheitsbeschränkung aufzuwiegen vermag. Das wirft schwierige Grenzziehungen auf, wie man anhand der Reichweite zulässiger Diskriminierung von religiösen Organisationen sehen kann.²⁴⁷ Die Formulierung einer allgemeinen Leitlinie ist daher schwierig. Sinnvoll erscheint es mir, an die Funktion des Rechtfertigungsmodells anzuknüpfen: Es sichert den Anspruch des ungleich Behandelten auf Rechtfertigung unter den Bedingungen von Allgemeinheit und Reziprozität. Im Rechtfertigungsdiskurs muss man daher fragen, ob der ungleich Behandelte einer solchen Ungleichbehandlung zustimmen hätte können, bevor er wusste, dass sie ihn trifft.²⁴⁸ Man kann zu ihrer Beantwortung auf den Schleier des Nichtwissens („veil of ignorance“) zurückgreifen, auf den ich im Zusammenhang mit der Frage juristischer Gerechtigkeit noch eingehen werde.²⁴⁹

241 Callies, Prozedurales Recht, 1999, 103.

242 Eingehend dazu Huster, Rechte und Ziele, 1993, 430 ff, 450 ff.

243 Callies, Prozedurales Recht, 1999, 105.

244 Dazu näher unten § 7 IV 4 b).

245 Das ist Teil der ständigen Formel des BVerfG, siehe dazu BVerfGE 88, 87, 97 – *Transsexualität III*.

246 Huster, Rechte und Ziele, 1993, 458.

247 Dazu oben 6 VI 2 b).

248 Ähnlich auch Huster, Rechte und Ziele, 1993, 457.

249 Dazu unten § 8 III 4 c) (3).

f) *Verweis auf Freiheitsrechte*

Das obere Ende der Prüfungsskala markieren also die Diskriminierungsverbote. Die freiheitsbezogene Konzeption des Rechtfertigungsmodells zwingt dazu, die Skala nach unten auszuweiten: Der private Akteur muss nicht für *jede* Ungleichbehandlung mindestens einen konkreten sachlichen Grund benennen. Es bleibt ihm ein Reservat der „Willkür“. Auf dieser Stufe der Rechtfertigungsskala genügt er den Begründungszwängen, wenn er sich auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten beruft. Das Recht mutet ihm keine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Gleichbehandlungsbegehren des anderen zu. Auf die Frage: „Warum behandelst Du mich ungleich?“ genügt die Antwort: „Weil ich meine Freiheit ausübe.“

(1) Schutz der ethischen Person

Damit lässt sich beispielsweise erklären, warum die Privatsphäre aus dem Anwendungsbereich des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts ausgenommen ist.²⁵⁰ Eine Rechtfertigung selbstbestimmter Entscheidungen der eigenen Lebensverhältnisse in persönlicher Hinsicht tangiert die ethische Person in uns. Daher scheidet innerhalb der Privatsphäre eine gleiche Behandlung im Ergebnis aus.²⁵¹ Wie bereits gesehen, behandelt das Rechtfertigungsmodell Bereichsausnahmen oder tatbestandliche Zugangsbeschränkungen zum Schutz der ethischen Person als ausdrückliche, vom Gesetz vorgesehene Rechtfertigungsgründe der Ungleichbehandlung. Das hat Konsequenzen für den Rechtfertigungsdiskurs. Der in der Rechtfertigungspflicht liegende Eingriff²⁵² in die Privatsphäre ist schon gleichheitsrechtlich kein geeignetes Mittel. Das (einfache) Gesetz reduziert in diesen Fällen die Rechtfertigungsanforderungen zum Schutz der ungleich behandelnden ethischen Person auf „Null“. Im Rechtfertigungsmodell ist es ein unzumutbarer Eingriff in die Privatsphäre, wenn der ungleich Behandelte auf einer Rechtfertigung besteht und dadurch dem ungleich Behandelnden Begründungspflichten auferlegt, die er letztlich in der Öffentlichkeit zu erfüllen hat. Das hat unmittelbare Auswirkungen auf den Rechtfertigungsdiskurs. Man kann von der Person erst dann verlangen, daran mitzuwirken, wenn ihre primäre Verteidigung mit dem Argument der Privatsphäre widerlegt wurde. Daher kommt dem Begriff und der Bestimmung der Privatsphäre eine erhebliche Bedeutung zu. Diese kann ihrerseits nicht außerhalb des Rechtfertigungszusammenhangs erfolgen. Das Vor-

250 Dazu § 6 IV 1 b) und 1 c) (3). Eine verfassungsrechtliche Begründung dafür liefern *Kumm*, 7 German L.J. 341, 362-63 (2006) und *Barak*, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 38 f.

251 Dazu unten § 8 III 3 b).

252 Zum Eingriffscharakter von Rechtfertigungsanforderungen oben § 7 IV 2 a).

rang- und das Tatbestandsmodell haben die Tendenz, die Privatsphäre als einen prinzipiell von Gerechtigkeits- und Gleichbehandlungspflichten freien Raum zu konzipieren, der dem Recht vorgegeben ist. Dem ist mit *Rawls* zu widersprechen:

„A domain so-called, or a sphere of life, is not, then, something already given apart from political conceptions of justice. A domain is not a kind of space, or place, but rather is simply the result, or upshot, of how the principles of political justice are applied, directly to the basic structure and indirectly to the associations within it. The principles defining the equal basic liberties and opportunities of citizens always hold in and through all so-called domains. The equal rights of women and the basic rights of their children as future citizens are inalienable and protect them wherever they are. Gender distinctions limiting those rights and liberties are excluded. So the spheres of the political and the public, of the nonpublic and the private, fall out from the content and application of the conception of justice and its principles. If the so-called private sphere is alleged to be a space exempt from justice, then there is no such thing.“²⁵³

Was öffentlich und was privat ist, ist damit seinerseits Bestandteil des Rechtfertigungsdiskurses, der freiheitsrechtlich begrenzt wird. Diese Grenze wiederum muss aus gleichheitsrechtlichem Blickwinkel interpretiert werden.²⁵⁴ Kann das Argument „Privatsphäre“ unter Berücksichtigung der Kriterien der Reziprozität und Allgemeinheit widerlegt werden, kommt es zur Anwendung des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards. Im Ergebnis besteht der Anwendungsdiskurs in diesen Fällen aus zwei Stufen: (1.) Fällt die verlangte Gleichbehandlung in die Privatsphäre des ungleich Behandelnden? (a) Wenn diese Frage bejaht wird, sinken die Rechtfertigungsanforderungen auf Null. Der Handelnde kann sich unter Hinweis auf die Privatsphäre rechtfertigen. (b) Wird die Frage verneint, kommt es zur zweiten Stufe. (2.) Der ungleich Behandelnde muss seine Maßnahme im Rechtfertigungsdiskurs unter Anwendung des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards begründen.

(2) Schutz des Marktverhältnisses?

Im Rechtfertigungsmodell bildet der gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard die Regelanforderung zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung. Davon wird zum Schutz der ethischen Person bei Ungleichbehandlungen in ihrer Privatsphäre nach unten abgewichen. Die Privatsphäre ist nicht identisch mit der „Privatrechtsgesellschaft“. Das belegen die Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerbsrecht und im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht, die sich gerade auf private Markttransaktionen beziehen. Allerdings schränken beide Rechtsgebiete den Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein: Im Kartellrecht sind

253 *Rawls*, 64 U. Chi. L. Rev. 765, 791 (1997).

254 Dazu näher unten § 8 III 3 b).

nur marktmächtige (§ 20 Abs. 1 GWB)²⁵⁵ oder marktbeherrschende Unternehmen (Art. 102 AEUV, § 19 GWB)²⁵⁶ bzw. Wirtschafts- und Berufsvereinigungen (§ 20 Abs. 6 GWB)²⁵⁷ Normadressaten. Unternehmen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, sind daher nicht an die jeweiligen Diskriminierungsverbote gebunden. Sie müssen ihre Handlungen nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen. Anders löst das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht das Problem: Grundsätzlich ist jeder private, mit Öffentlichkeitsbezug handelnde Akteur Normadressat.²⁵⁸ Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz hindert ihn aber nur daran, den Abschluss eines Vertrages unmittelbar oder mittelbar an die verpönten Merkmale anzuknüpfen. Damit verlangt er keine positive Rechtfertigung mit zulässigen Handlungsgründen („einschließende Gründe“), sondern behandelt bestimmte Merkmale als ausschließende Gründe.²⁵⁹ Das geltende Recht, so könnte ein Schluss aus dieser Feststellung lauten, geht offensichtlich davon aus, dass private Akteure im Grundsatz willkürlich handeln dürfen, ohne an allgemeine Gleichbehandlungsgebote gebunden zu sein. Das bringt das Rechtfertigungsmodell in erhebliche Schwierigkeiten: Die gesetzlich gefundene Problemlösung – keine grundsätzliche Gleichbehandlung – scheint mit dem Prinzip personaler Gleichheit unvereinbar zu sein. Die Theorie wäre damit – unterstellt man die Möglichkeit der Falsifikation juristischer Aussagen²⁶⁰ – widerlegt. Dann würde sich das Tatbestandsmodell als die adäquate Beschreibung von Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht herausstellen: Gleichbehandlung nur dort, wo sie speziell angeordnet ist, im übrigen Marktverkehr dagegen nicht. Diese Wertung beruht auf einem klassischen Umkehrschluss: Weil die Gleichbehandlung Marktmacht voraussetzt oder nur bei Diskriminierungen greift, sei daraus zu schließen, dass im Übrigen Vertragsfreiheit herrsche.²⁶¹ Dieses Argument beruht auf einer Privatrechtskonzeption, die den Vorrang der Vertragsfreiheit vor der Gleichheit als Prämisse setzt. Genau dieser Vorrang wird hier bestritten. Er lässt sich meines Erachtens *als unbedingter* Vorrang weder als Prinzip politischer Philosophie überzeugend begründen,²⁶² noch bietet er die beste Erklärung des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit in den verfassungsrechtlichen Kontexten des Europäischen Mehrebenensystems²⁶³ und er kann schließlich mit den zahlreichen Gleichbehandlungspflichten im *geltenden* Privatrecht nicht vereinbart werden.

255 Siehe oben § 5 IV 3 c) (1).

256 Siehe oben § 5 IV 2 b) (1) und 3 c) (1).

257 Siehe oben § 5 IV 4 b).

258 Eingehend oben § 6 IV 1 b) und 2 b) (2) aa).

259 Dazu oben § 6 I 1. Zur Differenzierung zwischen einschließenden und ausschließenden Gründen *Somerk*, *Rechtliches Wissen*, 2006, 212 f.

260 So beispielsweise *Canaris*, JZ 1993, 377, 386.

261 Exemplarisch *Dammann*, *Grenzen zulässiger Diskriminierung*, 2005, 114 ff, 134 ff.

262 Dazu näher unten § 8.

263 Zum Begriff unten § 8 IV 3.

Das gilt auch für *Bachmanns* Vorschlag, zwischen der Gleichbehandlung innerhalb bestehender Rechtsbeziehungen einerseits und im Marktverkehr andererseits zu unterscheiden.²⁶⁴ Er versucht damit, die Gleichbehandlungspflichten innerhalb bestehender Rechtsbeziehungen mit dem „im Rechtsgefühl wurzelnde[n] Gerechtigkeitsempfinden“ und dem ökonomischen Gedanken unvollständiger Verträge zu begründen.²⁶⁵ Daran überrascht, dass *Bachmann* trotz der von ihm geteilten Gleichheitspräsumtion eine Notwendigkeit dafür sieht, Gleichbehandlung unabhängig davon zu begründen. Kombiniert man den sehr allgemeinen Hinweis auf die Gerechtigkeit mit der Konkretisierung der „Reichweite“ unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsgedankens, ist man dort angelangt, wo *Götz Hueck* schon 1958 war.²⁶⁶ Als tragfähig hat sich dieser Ansatz nicht erwiesen.²⁶⁷ Die Spaltung zwischen Marktbeziehung und Rechtsbeziehung errichtet zudem eine künstliche Trennung, bei der es schwer fällt zu erklären, warum der Arbeitgeber weder bei der Vertragsbegründung noch bei kollektiven Maßnahmen während des Arbeitsverhältnisses oder bei der Vertragsbeendigung aufgrund verpönter Merkmale wie der sexuellen Orientierung des Arbeitnehmers differenzieren darf. Mittlerweile folgt diese Pflicht aus der Richtlinie 2000/78/EG und der deutschen Umsetzung dazu, mag diese im Kündigungsschutzrecht auch problematisch sein.²⁶⁸ Für die Kündigung galt diese Beschränkung der Marktfreiheit bereits vor dem AGG²⁶⁹ und als personenbedingte Differenzierung gelten für sie ohnehin die strengsten Rechtfertigungsmaßstäbe innerhalb des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.²⁷⁰ Das Bundesarbeitsgericht hat seine Entscheidung zur Unwirksamkeit der Kündigung wegen der Homosexualität mit der Freiheit begründet, die Privatsphäre im Bereich des Geschlechtslebens nach eigener Entscheidung zu gestalten:

*„Die Kündigung entzieht [dem Arbeitnehmer] jedoch bei ungleichen Bedingungen im Verhältnis zu einem heterosexuell orientierten Arbeitnehmer, dem die Beklagte bei erfolgreicher Zusammenarbeit in der Probezeit nicht gekündigt hätte, nur um deswillen die ökonomische Basis und beeinträchtigt damit auch die Möglichkeit der selbst gewählten Lebensführung, weil er homosexuell veranlagt ist.“*²⁷¹

Damit umschreibt das Gericht exemplarisch den freiheitsrechtlichen Gehalt von Gleichbehandlung als „inherently liberal right to be different without suffering as a consequence of that difference“²⁷². Es ist dann freiheitsrechtlich geboten,

264 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 160 ff.

265 *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 161.

266 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958.

267 Siehe oben § 4 I 3.

268 Dazu oben § 6 IV.

269 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080; siehe dazu oben § 4 II 4 a).

270 Oben § 5 I 4 c).

271 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080, 1082.

272 *Baer*, 59 U. Toronto L.J. 417, 453 (2009).

diesen gleichheitsrechtlich vermittelten Schutz nicht auf die Vertragsbeendigung zu beschränken, sondern auf die Vertragsanbahnung zu erstrecken. Damit wird der gesamte zeitliche Ablauf einer Privatrechtsbeziehung vom Diskriminierungsverbot erfasst. Das spezifische Nichtdiskriminierungsrecht zeichnet diesen Grundsatz nach. Wo es das nicht tut, gerät es sofort in Konflikt mit dem höherrangigen Recht. Jüngstes Beispiel dafür ist § 6 Abs. 3 AGG, der die Geltung des Beschäftigungsverbots auf den Zugang und den beruflichen Aufstieg zur Tätigkeit als Organmitglied einer Gesellschaft beschränkt. Die Abberufung ist nicht erfasst. Das ist unionsrechtswidrig.²⁷³

Damit ist der gewichtigste Einwand gegen das Rechtfertigungsmodell noch nicht ausgeräumt. Es muss erklären können, warum es Ungleichbehandlungen in Marktbeziehungen *außerhalb* des Nichtdiskriminierungsrechts und jenseits der dafür im Wettbewerbsrecht vorgesehenen Schranken für rechtfertigungsbedürftig ansieht. Anders formuliert: Warum ist der gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard auch auf sonstige Ungleichbehandlungen anwendbar? Liegt es nicht näher, die zum Schutz der ethischen Person geltenden Maßstäbe zu übertragen und eine Reduktion der Begründungsanforderungen auf „Null“ vorzunehmen? Zwingen das Persönlichkeits- und das Freiheitsargument nicht zu dieser Festlegung?

Um diese Fragen zu beantworten, möchte ich zunächst auf die Anforderungen des sachlichen Grundes beim elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard eingehen. Dazu zwei Beispiele zu § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB:²⁷⁴ In der Entscheidung *Kfz-Vertragshändler* ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Hersteller, der von der vertraglich vereinbarten Kündigungsmöglichkeit Gebrauch macht, *keine* näheren Gründe angeben muss, die das Gericht auf ihre Berechtigung und ihr Gewicht, zumal unter betrieblichen und unternehmerischen Gesichtspunkten, zu prüfen hat:²⁷⁵

*„Die Ausübung einer vertraglich vereinbarten ordentlichen Kündigung [...] ist aber, wenn keine besonderen Umstände hinzutreten, kein Mißbrauch von Marktmacht. Sie bedarf daher außer dem Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung grundsätzlich keiner weiteren sachlichen Rechtfertigung.“*²⁷⁶

In der Entscheidung *Standard-Spundfass* findet sich eine Akzentverlagerung. Sie führt eine vierstufige Prüfungsstruktur des sachlichen Grundes ein: (1.) Der vom Immaterialgüterrecht vermittelte freiheitsrechtliche Schutz genügt für sich genommen nicht, um auf die Prüfung des sachlichen Grundes zu verzichten:

273 Siehe EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa v. LKB Līzings SIA* = Slg. 2010, I-11405 Rn. 65; dazu oben § 6 IV 2 a).

274 Zu den Grundlagen oben § 5 IV 3.

275 BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler*; ähnlich schon BGHZ 107, 273, 279 – *Staatslotterie*.

276 BGH GRUR 1995, 765, 768 – *Kfz-Vertragshändler*.

„Der Umstand, dass es der Klägerin als Patentinhaberin grundsätzlich freisteht, ob sie überhaupt Lizenzen am Klagepatent vergibt und gegebenenfalls an wen, entbindet sie nicht von der Beachtung des Diskriminierungsverbots und enthebt demgemäß nicht von der Prüfung der Frage, ob die Lizenzverweigerung gegenüber der Beklagten eines sachlich gerechtfertigten Grundes entbehrt.“²⁷⁷

(2.) Das Freiheitsrecht bildet aber den Ausgangspunkt der Prüfung. Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung besteht *grundsätzlich* ein weiterer Spielraum.²⁷⁸ Die unterschiedliche Behandlung von Interessenten ist nämlich ein wesentliches Element des mit dem Immaterialgüterschutz verfolgten Zwecks.²⁷⁹ „Diese Rechtsposition beansprucht *auch* dann Schutz, wenn der Patentinhaber marktbeherrschend ist.“ (3.) Die unterschiedliche Behandlung ist nicht bereits *als solche* unsachlich.²⁸⁰

„Da das Streben eines Marktteilnehmers nach möglichst günstigen Bedingungen und Preisen ebenso wie das seiner Marktgegenseite grundsätzlich wettbewerbskonform ist, kann allein daraus, dass dieses Streben nicht in jedem Fall zu einem gleichen wirtschaftlichen Ergebnis in Form eines übereinstimmenden Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung führt, noch keine negative Bewertung im Rahmen der Interessenabwägung nach § 20 Abs. 1 GWB gefolgert werden.“²⁸¹

(4.) Die Ungleichbehandlung ist aber problematisch, wenn sie „auf Willkür oder wirtschaftlichem Handeln fremden unternehmerischen Entscheidungen“ beruht.²⁸² Damit stellt sich die Frage, was eine rationale Differenzierung zur willkürlichen Behandlung macht. Der Bundesgerichtshof entscheidet sich für eine kontextbezogene und bereichsspezifische Interpretation:

„Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sind deshalb Art und Ausmaß der unterschiedlichen Behandlung entscheidend. Deren Zulässigkeit richtet sich insbesondere danach, ob die relative Schlechterbehandlung der betroffenen Unternehmen als wettbewerbskonformer, durch das jeweilige Angebot im Einzelfall bestimmter Interessenausgleich erscheint oder auf Willkür oder Überlegungen und Absichten beruht, die wirtschaftlich oder unternehmerisch vernünftigem Handeln fremd sind.“²⁸³

Liest man die Entscheidungen *Kfz-Vertragshändler* und *Standard-Spundfass* zusammen, erschließt sich der flexible Rechtfertigungsmaßstab des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards im Privatrecht: (1.) Die Ungleichbehandlung als solche ist in einer auf Wettbewerb angelegten Rechtsordnung kein sachwidriger Grund. Das ist eigentlich selbstverständlich. Die Ungleichbehandlung verletzt lediglich die Gleichheitspräsumtion und begründet dadurch erst die Rechtfertigungsprüfung. Sie ist damit methodisch „verbraucht“. (2.) Der un-

277 BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

278 BGHZ 160, 67, 76 – *Standard-Spundfass*.

279 BGHZ 160, 67, 75 – *Standard-Spundfass*.

280 Vgl. BGHZ 160, 67, 78 – *Standard-Spundfass*.

281 BGHZ 160, 67, 78 – *Standard-Spundfass*.

282 BGHZ 160, 67, 78 – *Standard-Spundfass*.

283 BGHZ 160, 67, 79 – *Standard-Spundfass*.

gleich Behandelnde hat grundsätzlich einen weiten Spielraum. Die Möglichkeit einschließender Gründe ist daher prinzipiell groß. Darin realisiert sich die freiheitsbezogene Konzeption des Rechtfertigungsmodells. (3.) Die Bandbreite reicht vom zulässigen „Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung“ bis zur problematischen „Willkür oder wirtschaftlichem Handeln fremden Entscheidungen“. Die Willkür wird offensichtlich nicht mit der Ausübung privatautonomer Freiheit gleichgesetzt. Sie ist eine davon zu unterscheidende Kategorie. Ob willkürliches Handeln vorliegt, bestimmt sich nach bereichsspezifischen Zusammenhängen. Im Wettbewerbsrecht ist es der Missbrauch von Marktmacht. Fehlt es an suspekten Anhaltspunkten für eine strengere Prüfungsintensität, ermöglicht der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung mit dem Verweis auf die ausgeübte Privatautonomie. Damit senkt er in der Sache die Begründungsanforderungen auf „Null“. Auf die Frage: „Warum behandelst du mich ungleich?“ darf ich antworten: „Weil meine Unterscheidung privatautonom erlaubt ist.“ Die einzelnen Gründe für diese Unterscheidung muss ich nicht zum Gegenstand des Rechtfertigungsdiskurses machen. Das Rechtfertigungsmodell kommt hier zum gleichen Ergebnis wie das Vorrang- oder Tatbestandsmodell. Das wirft die Frage nach seiner Leistungsfähigkeit auf. Man hat nämlich schon zum AGG moniert, warum zunächst alle unbedenklichen Verhaltensweisen im Wirtschaftsverkehr als Ungleichbehandlung „verpönt“ werden, um sie dann im zweiten Schritt als gerechtfertigte Handlung zu exkulpieren.²⁸⁴

Ich sehe in der damit ermöglichten *Flexibilität* den entscheidenden methodischen Vorteil. Verändert sich auch nur ein Parameter des relevanten Kontexts im jeweiligen Funktionssystem der Gesellschaft, erlaubt es das Rechtfertigungsmodell, sofort zu einer intensiveren Prüfung überzugehen. Das Vorrangmodell schließt diese Möglichkeit kategorisch aus und das Tatbestandsmodell sieht sich aufgrund der zahlreichen Bereichsausnahmen daran gehindert, Ungleichbehandlungen als solche zu thematisieren. Hält es an dem Umkehrschluss fest, und besteht daher auf gesetzlich geregelten Gleichbehandlungstatbeständen, kommen diese im Verhältnis zum systemischen Charakter sozialer Ungleichbehandlungen regelmäßig zu spät. Wenn es dagegen über die gesetzlich geregelten Tatbestände hinausgeht, ist das Tatbestandsmodell gezwungen, die Anwendbarkeit von Gleichbehandlungspflichten auf der Grundlage allgemeiner, meist grundrechtlicher Erwägungen zu begründen. Beispielhaft dafür ist die Geltung von Diskriminierungsverboten bei letztwilligen Verfügungen.²⁸⁵ Das Tatbestandsmodell legt den Schwerpunkt immer auf die tatbestandliche Geltung des Gleichbehandlungs-

284 Franck, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 89; ähnlich auch Schwab, DNotZ 2006, 649, 671.

285 Oben § 5 VIII 2.

gebots. Das führt dazu, dass regelmäßig Rechtfertigungsfragen in den Tatbestand transportiert werden. Das bereits mehrfach genannte Tatbestandsmerkmal „Massengeschäft“ in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist ein abschreckendes Beispiel für die dogmatischen Irrwege, die aus dieser Methode entstehen.²⁸⁶ Im Ergebnis führen das Vorrang- und das Tatbestandsmodell zu einer rechtlichen Tabuisierung der Lebens- und Umweltbedingungen der von den Wirtschaftsprozessen Betroffenen.²⁸⁷ Das Rechtfertigungsmodell erlaubt es dagegen, die Kollision der gegenseitigen Autonomiebereiche der Beteiligten als Frage nach den zureichenden Gründen einer Ungleichbehandlung in den gesellschaftlichen Prozess zurückzuverlagern: Die privaten Akteure sind dazu aufgefordert, die für eine Ungleichbehandlung maßgeblichen Gründe und Gegen-Gründe zu formulieren und zur Diskussion zu stellen. Die Konzentration der Gründe auf der Rechtfertigungsebene dient damit nicht nur der juristischen Ästhetik. Sie sichert vor allem die zentrale Rolle der Akteure im Rechtfertigungsdiskurs. Sie bestimmen mit den von ihnen eingeführten Gründen und Gegen-Gründen die jeweilige Prüfungsintensität. Bei einer sonstigen Ungleichbehandlung genügt der Handelnde seiner Begründungslast, wenn er sich auf die Ausübung privatautonomer Freiheit beruft. Dann muss der ungleich Behandelte darlegen, dass im konkreten Fall die Funktionsvoraussetzungen gleicher Freiheit nicht funktionieren. Lassen die von ihm dafür vorgebrachten Gründe dieses Marktversagen als überwiegend wahrscheinlich erscheinen,²⁸⁸ muss der ungleich Behandelnde seine Maßnahme sachlich begründen.

Die Intensivierung der Rechtfertigungsanforderungen beruht im Rechtfertigungsmodell auf bestimmten, vom ungleich Behandelten aufzustellenden Gegen-Gründen. Wie sind diese „suspekten Gründe“ festzustellen? Zwei Ansatzpunkte dafür haben wir bereits näher betrachtet: die erhebliche Einschränkung gleicher Freiheit und die Anknüpfung an Diskriminierungsverbote. Gemeinsam ist beiden Fällen, dass sie die gleiche personale Freiheit sichern und den Diskriminierten vor unzumutbarer Anpassung schützen. Daher erscheint mir eine Rekonstruktion des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards vom Standpunkt des Nichtdiskriminierungsrechts als die beste Beschreibung seines Inhalts in *privatrechtlichen* Beziehungen. *Somek* hat vorgeschlagen, auch den unmittelbar gegen den Staat gerichteten Gleichheitssatz ausschließlich vom Standpunkt der Nichtdiskriminierung aus zu begreifen.²⁸⁹ Das ist im Verhältnis zum Staat problematisch. Die Reduktion des Gleichheitssatzes auf ein Diskriminierungsverbot verlangt, erstens, eine Entgrenzung möglicher Diskriminierungsgründe, sie bietet, zweitens, keine Antworten auf die Gleichheitsfragen des interventionistischen

286 Siehe oben § 6 IV 1 c) (1).

287 Vgl. zu dieser Forderung *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166, 176.

288 Ich lehne mich hier an die Reformulierung des § 22 AGG an, vgl. oben § 6 VII 2 b.

289 Grundlegend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001; in knapper Form auch in *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 199 ff (= *Somek*, Der Staat 43 (2004), 425 ff).

Rechtsstaats²⁹⁰ und sie ist, drittens, mit der Entscheidungspraxis der Verfassungsgerichte nicht vereinbar²⁹¹. Die These führt aber den Fokus zurück auf den personalen Schutzzweck des Gleichbehandlungsgebots. Diese klingt auch in der Formel des Bundesverfassungsgerichts an, wenn es bei personenbezogenen Differenzierungen von einer strengeren Prüfung ausgeht.²⁹² Damit wird eine alte Unterscheidung zwischen persönlicher und sachlicher Rechtsgleichheit aufgegriffen,²⁹³ die im staatsrechtlichen Kontext schwierig ist: Sobald das Recht sich nicht mehr darauf beschränkt, die Freiheitssphären voneinander abzugrenzen, sondern gestaltend in den gesellschaftlichen Prozess eingreift, lässt sich seine Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgebot nicht mehr primär anhand personenbezogener Merkmale beurteilen.²⁹⁴ In privatrechtlichen Gleichbehandlungskonflikten geht es dagegen gerade um diese Abgrenzung von Freiheitssphären. Gleichbehandlung ist hier immer personal zu sehen. Das gilt, um einen nahe liegenden Einwand auszuräumen, auch für die ungleiche Behandlung juristischer Personen des Privatrechts im Marktverkehr. Ihre Bildung und Betätigung ist nämlich Ausdruck der freien Entfaltung der sie tragenden und in ihnen agierenden privaten natürlichen Personen.²⁹⁵ Die Gleichbehandlung der juristischen Person ist „ein Schutzschild für diejenigen, die vermittels solcher Organisationen ihre Interessen wahrnehmen“²⁹⁶.

Kern dieser personalen Gleichheit ist es, dass keine Person weniger zählt als eine andere.²⁹⁷ Sie findet ihren allgemeinsten Ausdruck im Grundsatz der Unparteilichkeit.²⁹⁸ Die freiheitsrechtliche Konzeption des Rechtfertigungsmodells kann daran nicht ansetzen. Freiheit ist immer auch die Freiheit zur Wahl und damit zur Parteilichkeit. Diese Befugnis zur Parteilichkeit wird im Rechtfertigungsmodell nur in zwei Fällen eingeschränkt: der übermäßigen Freiheitsbeeinträchtigung und der Diskriminierung.²⁹⁹ Darin sehe ich die Grundlage, um den elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard mit Inhalt zu füllen. Die Ungleichbehandlung ist suspekt, wenn die Funktionsbedingungen gleicher Freiheit nicht gewährleistet sind. Das ist der Fall, wenn eine Ungleichbehandlung „den einzelnen in seinem nicht oder nicht zumutbar veränderlichen ‘So-Sein’ ignoriert oder ihn

290 Zur Kritik vertiefend *Huster*, Der Staat 42 (2003), 145 ff.

291 Dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 151; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 23. Darin liegt selbstverständlich keine Kritik einer Theorie, die sich explizit gegen die Rekonstruktion des Gleichheitsrechts als Sachlichkeitsgebot versteht, *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 107 ff, sondern lediglich eine Feststellung.

292 Vgl. BVerfGE 88, 87, 96 – *Transsexualität III*.

293 Vgl. *Sachs*, JuS 1997, 124, 128.

294 *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, 28 f; *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 96.

295 Vgl. BVerfGE 72, 192, 196 zur Erklärung der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG; dazu weiterführend *Sachs* in: *Sachs*, GG, Art. 19 Rn. 57 ff.

296 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 404.

297 Dazu unten § 8 II 4 b).

298 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 366 f.

299 Dazu § 7 IV 3 c und d.

deshalb benachteiligt, wenn sie ihn zu einer Anpassung an eine Gruppe zwingt, der er mehr oder weniger zufällig angehört, oder über ihn wegen dieser Gruppenzugehörigkeit rechtliche Nachteile verhängt, und auch dann, wenn sie auf Stereotypen, Vorurteilen und fehlerhaften Eigenschaftszuschreibungen beruht, die den Einzelnen an einer freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern.“³⁰⁰ Kann der ungleich Behandelte diese Voraussetzung überwiegend wahrscheinlich machen, steigen die Rechtfertigungsanforderungen an den Handelnden. Dieser muss seine Maßnahme mit konkreten sachlichen Gründen rechtfertigen. Der Verweis auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten genügt nicht mehr. Dagegen müssen seine Gründe für die Zweckerreichung weder erforderlich noch angemessen sein. Die darin liegende methodische Beschränkung der Freiheitsausübung ist nach der hier vorgelegten Konzeption erst bei der Anknüpfung an Diskriminierungsmerkmale oder gesetzlich umschriebenen Freiheitsbeeinträchtigungen, wie beispielsweise in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB legitimierbar.

g) Zusammenfassung

Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard geht vom Grundsatz aus, dass Ungleichbehandlungen in Marktbeziehungen primär mit dem Hinweis auf die Ausübung gleicher Freiheit gerechtfertigt werden können. Darin liegt eine Reduktion der Rechtfertigungsanforderungen auf „nahezu Null“. Realisiert sich in einer Ungleichbehandlung ein gleichheitsrechtlich festzustellendes Funktionsdefizit gleicher Freiheit, steigen die Rechtfertigungsanforderungen. Der ungleich Behandelnde muss kontextbezogene und bereichsspezifische sachliche Gründe dafür vorbringen. Führt die Ungleichbehandlung zu einer übermäßigen Freiheitsbeeinträchtigung oder knüpft sie an Diskriminierungsverbote an, wird der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt.

4. Bestimmung der Diskriminierungsmerkmale

Ein wesentlicher Faktor zur Bestimmung der Rechtfertigungsanforderungen im Rechtfertigungsmodell ist die Feststellung, ob die Ungleichbehandlung anhand eines bestimmten Grundes erfolgt, der eine (unmittelbare oder mittelbare) Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal ist. Das Spezifische an Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverboten liegt darin, dass der Handelnde eine Unterscheidung, die daran anknüpft, nur mehr eingeschränkt rechtfertigen kann. Das Rechtfertigungsmodell geht davon aus, dass die Anknüpfung an verpönte Merk-

300 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, 464; in der Sache grundlegend Somek, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 379 ff.

male in der Regel zu einer gesteigerten Begründungspflicht, in manchen Fällen sogar zum Ausschluss der Rechtfertigungsmöglichkeit führt. Mit der Einordnung eines Merkmals als „verpöntes“ Merkmal kann man im Rechtfertigungsmodell den Anwendungsdiskurs erheblich steuern. Jede dabei vorgenommene Unterscheidung wirft zwangsläufig weitere Probleme auf. Sie reflektiert eine „Hierarchie der Verurteilung“³⁰¹ oder eine „Hierarchie der Gleichheit“³⁰²: Bestimmte Merkmale von Personen verdienen danach einen höheren Schutz als andere. Das hat zum Schlagwort der „Diskriminierung durch Diskriminierungsschutz“³⁰³ geführt. Es gibt zwei Möglichkeiten, diesem Dilemma zu begegnen: Nach der ersten Variante ist die Liste der plausiblen Diskriminierungsverbote endlich.³⁰⁴ Folgt man dem, entstehen eine Reihe von Folgeproblemen: (a) Wie werden die einzelnen schutzwürdigen Merkmale bestimmt? (b) Wer bestimmt sie? Die verfassungstheoretische Brisanz dieser Frage stellt sich insbesondere, wenn Diskriminierungsverbote auf mehreren Ebenen einer Rechtsordnung verankert sind: Sind die Diskriminierungsverbote dann verfassungsrechtlich vorgegeben oder ist der Gesetzgeber bei der Auswahl und Ausgestaltung frei? Gestaltet der Gesetzgeber bestimmte Persönlichkeitsmerkmale nicht als Diskriminierungsmerkmale aus, ist zu untersuchen, ob er damit seinerseits gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz verstoßen hat. Dasselbe Problem stellt sich, wenn die Rechtfertigungsgründe unterschiedlich ausgestaltet werden. Sehen die jeweiligen Regulierungsebenen (Grundrechte-Charta, AEUV, Richtlinien, GG, Gesetz) Diskriminierungsverbote vor, steht damit noch nicht fest, ob es sich um abschließende Regelungen handelt oder ob die Rechtsprechung neue Diskriminierungsmerkmale entwickeln kann. Nach der zweiten Variante erschöpft sich der Schutz gegen Diskriminierung, der vom Gleichheitsrecht ausgeht, nicht in einer endlichen Anzahl von Diskriminierungsgründen. „Er ist vielmehr darauf bezogen, Menschen vor der Verlegenheit zu bewahren, zur Vermeidung von Nachteilen ihr Sosein verleugnen zu müssen. Der Antidiskriminierungsgrundsatz setzt Anpassungszwängen Grenzen.“³⁰⁵

Man sollte die Bedeutung dieser Alternativen für das Rechtfertigungsmodell des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht überschätzen. Das Rechtfertigungsmodell ist keine rigide „Stufentheorie“ nach dem Vorbild des

301 Bejahend *Schick*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 37; differenzierter dagegen *Schick*, 8 ELJ 290 (2002).

302 Kritisch *Fredman*, 30 Ind. L.J. 145157-160 (2001); *Waddington/Bell*, 38 CMLR 567610 (2001); instruktiv die Zusammenstellung bei *Schick* in: *Schick*, AGG, Einl. Rn. 34-37.

303 *Thüsing*, ZfA 2006, 241, 252-253; ähnlich *Schwab*, DNotZ 2006, 649, 671 („Diskriminierung durch Auswahl der Merkmale“); vertiefend dazu die klärende Darstellung bei *Damm*, Menschenwürde, 2006, 510 ff.

304 *Huster*, Der Staat 42 (2003), 145, 146; *Huster*, FS Horn, 2006, 1148, 1160.

305 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 203; grundlegend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001.

Apothekenurteils.³⁰⁶ Es ist von Anfang an auf eine umfassende und gleitende Rechtfertigungsprüfung angelegt. Selbst wenn ein Merkmal (noch) nicht als Diskriminierungsmerkmal angelegt ist, erlaubt es der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard, kontextsensitiv vorzugehen. Wer daher für die erste Variante plädiert, hat immer noch genug Spielraum, im Einzelfall eine intensive Diskussion der sachlichen Gründe zu führen. Wer dagegen für den zweiten Ansatz eintritt, kann aufgrund der freiheitsrechtlichen Konzeption des Rechtfertigungsmodells nicht bei jedem personenbezogenen Differenzierungsmerkmal die strengsten Begründungsanforderungen stellen. Darin liegt die adaptive Reduktion zulässiger Diskriminierungsgründe.³⁰⁷ Diese Reduktion halte ich in privatrechtlichen Beziehungen für unvermeidlich.³⁰⁸ Das Privatrecht kann die Eigenrationalitäten der gesellschaftlichen Teilsysteme nicht ignorieren. Um zu vermeiden, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz leer läuft, muss er sich mit einem gewissen „gleichheitsrechtlichen Stoizismus“³⁰⁹ ausrüsten: Jede personenbezogene Ungleichbehandlung ist zwar eine Verletzung des *prima facie* Anspruchs auf Gleichbehandlung und zwingt den ungleich Handelnden im Grundsatz zur Rechtfertigung. Nicht jede personenbezogene Ungleichbehandlung ist deshalb aber eine Diskriminierung, die den Handelnden zu gesteigerten Begründungsanforderungen verpflichtet. Geschützt wird nur vor Ungleichbehandlungen, die eine unzumutbare Anpassungsleistung verlangen. Unzumutbar sind sie jedenfalls, wenn das positive Recht sie ausdrücklich diskriminierungsrechtlich schützt. Dieser Schutz kommt aber regelmäßig zu spät. Das Rechtfertigungsmodell bietet hier einen flexiblen Maßstab um situationsbezogen die jeweils angemessenen Begründungsanforderungen im Rechtfertigungsdiskurs zu entwickeln.

a) *Verfassungsrechtliche Grenzen einfachrechtlicher Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten*

Höherrangiges Recht kann dem einfachen Recht verbieten, ein bestimmtes Merkmal als zulässiges Diskriminierungsmerkmal auszugestalten. Mit dieser Konstellation musste sich beispielsweise der U.S.-*Supreme Court* in *Romer v. Evans* auseinandersetzen.³¹⁰ In einem Referendum ergänzten die Wähler des Bundesstaats Colorado ihre Verfassung und verboten dem Staat und seinen Untergliederun-

306 BVerfGE 7, 377, 401 ff; dazu statt aller *Mann* in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 125 ff, 142 ff.

307 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 6 f.

308 Dazu sagt *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, nichts, weil er dort nur in verfassungsrechtlichen Kontexten argumentiert.

309 Zum Begriff *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 408 f, der darin eine Unzulänglichkeit des staatsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sieht.

310 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

gen, einen Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einzuführen („Amendment 2“).³¹¹ Die Auswirkungen davon waren weitreichend:³¹²

*„Homosexuals are forbidden the safeguards that others enjoy or may seek without constraint. They can obtain specific protection against discrimination only by enlisting the citizenry of Colorado to amend the State Constitution [...]“*³¹³

Amendment 2 verstieß gegen die bundesverfassungsrechtliche *Equal Protection Clause* im 14. Verfassungszusatz, weil es (a) eine bestimmte Personengruppe davon ausschließt, ihre Interessen im politischen Prozess durchzusetzen,³¹⁴ und (b) weil es der betroffenen Gruppe einen Nachteil auferlegt, „born of animosity toward the class of persons affected“³¹⁵. Amendment 2 behandelte homosexuelle Personen anders, ohne dass dafür ein vernünftiger Grund ersichtlich war. Der einzige Zweck lag darin, „to make them unequal to everyone else. This Colorado cannot do.“³¹⁶ Das ist der Kern des Nichtdiskriminierungsprinzips. Es verbietet dem jeweiligen Normadressaten, Personen aufgrund ihrer (vermeintlichen) Zugehörigkeit zu einer nach bestimmten Merkmalen definierten Gruppe schlechter zu behandeln. Es schützt deren Anspruch darauf, als Gleicher behandelt zu werden. Bemerkenswert an der Entscheidung ist, dass der *Supreme Court* sein Ergebnis auf der Grundlage des elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandards begründen kann und sich nicht gezwungen sieht, die verfassungsdogmatisch schwierige Frage nach einer *strict scrutiny* auch für Differenzierungen anhand der Homosexualität aufzuwerfen:

*„[I]f a law neither burdens a fundamental right nor targets a suspect class, we will uphold the legislative classification so long as it bears a rational relation to some legitimate end. Amendment 2 fails, indeed defies, even this conventional inquiry. First, the amendment has the peculiar property of imposing a broad and undifferentiated disability on a single named group, an exceptional and, as we shall explain, invalid form of legislation. Second, its sheer breadth is so discontinuous with the reasons offered for it that the amendment seems inexplicable by anything but animus toward the class it affects; it lacks a rational relationship to legitimate state interests.“*³¹⁷

311 Der Text des Amendment 2 lautet: „No Protected Status Based on Homosexual, Lesbian or Bisexual Orientation. Neither the State of Colorado, through any of its branches or departments, nor any of its agencies, political subdivisions, municipalities or school districts, shall enact, adopt or enforce any statute, regulation, ordinance or policy whereby homosexual, lesbian or bisexual orientation, conduct, practices or relationships shall constitute or otherwise be the basis of or entitle any person or class of persons to have or claim any minority status, quota preferences, protected status or claim of discrimination. This Section of the Constitution shall be in all respects self-executing.“ *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 624.

312 Siehe den Text bei *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 625.

313 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 631.

314 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 632 ff.

315 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 634.

316 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 635.

317 *Romer v. Evans*, 517 U.S. at 631.

Dieses Ergebnis lässt sich in Rechtsordnungen mit einer ausdrücklichen Verankerung des Diskriminierungsmerkmals im Verfassungstext einfacher begründen. Im Unionsrecht und im deutschen Verfassungsrecht gibt es jeweils Diskriminierungsmerkmalskataloge (Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta, Art. 157 AEUV, Art. 19 Abs. 1 AEUV iVm den jeweiligen Richtlinien und Art. 3 Abs. 3 GG). Das Verhältnis der jeweiligen Diskriminierungsverbote auf den unterschiedlichen Ebenen im Stufenbau der Rechtsordnung zueinander ist noch wenig geklärt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfüllt der Gesetzgeber mit dem einfachrechtlichen Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts eine ihn aus Art. 3 Abs. 2 GG treffende Schutzpflicht.³¹⁸ Nach einer sich im Vordringen befindlichen Meinung lässt sich diese These auf alle Diskriminierungsmerkmale ausdehnen.³¹⁹ Will man das auch auf die sexuelle Orientierung anwenden, muss Art. 3 GG auch einen nicht ausdrücklich gewährleisteten Schutz von Merkmalen wie der sexuellen Orientierung erfassen.³²⁰ Das kann man entweder, wie der *Supreme Court*, mit dem elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard begründen, oder man wählt die vom Bundesverfassungsgericht bevorzugte Methode des Rechtfertigungskontinuums mit deutlich strengerer Prüfungsintensität³²¹. Je intensiver die Verzahnung zwischen verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Diskriminierungsverboten konstruiert wird, desto enger wird der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum bei der Einrichtung und Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten im einfachen Recht. Unterlässt es der Gesetzgeber, ein verfassungsrechtlich geschütztes Merkmal dem Katalog existierender Diskriminierungsmerkmale hinzuzufügen, resultiert daraus nicht nur ein rechtspolitisches³²², sondern auch ein verfassungsrechtliches Problem.

Über einen solchen Fall hatte der kanadische *Supreme Court* in *Vriend v. Alberta* zu entscheiden.³²³ Die Provinz Alberta verabschiedete ein Nichtdiskriminierungsgesetz („IRPA“) mit einer ganzen Reihe von Diskriminierungsgründen.³²⁴ Die sexuelle Ausrichtung war trotz intensiver Bestrebungen nicht aufgenommen

318 BVerfGE 89, 276, 285; BVerfGE 109, 64, 89 f; dazu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 179 ff; siehe auch oben § 4 II 3 c).

319 Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 ff; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 179 ff; *Uerpmann-Witzack*, ZaöRV 68 (2008), 359, 364 ff und *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1697 f, 1765 f mwN; zurückhaltender dagegen *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 360 ff; *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 276; ablehnend *Heun* in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 138; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299, 340 f.

320 Zum Schutz dieses Merkmals über Art. 3 Abs. 1 GG siehe BVerfGE 124, 199; BVerfGE 126, 400; BVerfG DStR 2013, 1228.

321 Dazu oben § 7 II 1.

322 Darauf weist *Franck*, Materialisierung, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, 2007, 71, 87 hin.

323 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

324 Genannt sind: race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry and place of origin, marital status, source of income and family status, vgl. *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 3 (Cory, J.).

worden.³²⁵ *Dalwin Vriend* konnte daher nicht gegen seine Entlassung aufgrund seiner Homosexualität vorgehen.³²⁶ Der kanadische *Supreme Court* sah darin eine zweifache Ungleichbehandlung:³²⁷ (1.) Der Zweck des Gesetzes bestand darin, „to affirm and give effect to the principle that all persons are equal in dignity and rights.“³²⁸ Dennoch unterschied es zwischen Homosexuellen und anderen benachteiligten Gruppen. Anders als die Angehörigen jener Gruppen, waren Homosexuelle von den besonderen Schutzmechanismen des Nichtdiskriminierungsrechts ausgeschlossen.³²⁹ (2.) Das Gesetz differenzierte daneben unausgesprochen zwischen homosexuellen und heterosexuellen Personen. Auf der formalen Ebene wurden beide Gruppen gleich behandelt, weil auch heterosexuelle Menschen nicht besonders geschützt waren. Das Gericht war sich aber des zweiten Gleichheitsproblems³³⁰ bewusst:

„However, the exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals.“³³¹

Die formale Ungleichbehandlung einer Gruppe im Vergleich zu vielen anderen Gruppen, die in der sozialen Wirklichkeit auch von Diskriminierungen betroffen sind, und die materiale Ungleichbehandlung im Vergleich zu heterosexuellen Personen, transportierte eine wichtige kommunikative Botschaft: Damit, so die Interpretation des *Supreme Court*, sage der Staat, dass allen Menschen gleiche Würde und gleiche Rechte zukommen, ausgenommen Schwule und Lesben.³³² Der bewusste Ausschluss der sexuellen Orientierung von der langen Liste der Diskriminierungsmerkmale suggeriere der Öffentlichkeit, dass eine daran anknüpfende Diskriminierung „not as serious or as deserving of condemnation as other forms of discrimination“³³³ sei. Damit werde den Normadressaten des Diskriminierungsverbots ausdrücklich mitgeteilt, dass es erlaubt und sogar akzeptabel sei, anhand der sexuellen Orientierung zu diskriminieren.³³⁴ Darin enthalten ist nach Auffassung des Gerichts die implizite Stellungnahme des Gesetzgebers, „that gays and lesbians, unlike other individuals, are not worthy of protection“³³⁵. Das ist eine Einschränkung der in Sec. 15 (1) *Charter* enthaltenen Gleichheitsgaran-

325 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 4 (Cory, J.).

326 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 7-8 (Cory, J.).

327 Vgl. *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 81-82 (Cory, J.).

328 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 95 (Cory, J.).

329 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 97-98 (Cory, J.).

330 Dazu oben § 2 III.

331 *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 82 (Cory, J.).

332 *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 104 (Cory, J.): „In excluding sexual orientation from the IRPA's protection, the Government has, in effect, stated that „all persons are equal in dignity and rights“, except gay men and lesbians.“

333 *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 100 (Cory, J.).

334 *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 101 (Cory, J.).

335 *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 102 (Cory, J.).

tie.³³⁶ Sie ließ sich auch nicht nach Sec. 1 *Charter* unter Anwendung des *Oakes-Tests*³³⁷ rechtfertigen.³³⁸ Daraus folgt allerdings nicht zwingend, dass der Gesetzgeber alle verfassungsrechtlichen Diskriminierungsmerkmale im einfachen Recht widerspiegeln muss. Die Verfassungsmäßigkeit seiner Entscheidung, auf eines oder mehrere Merkmale zu verzichten, müsse jeweils im Einzelfall geprüft werden.³³⁹ Das Problem stellt sich auch ganz aktuell im geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrecht: In § 19 Abs. 1 AGG fehlt im Vergleich zu § 7 Abs. 1 iVm § 1 AGG die Weltanschauung als geschütztes Merkmal. Das verstößt gegen Art. 3 Abs. 3 GG iVm mit der Nichtdiskriminierungsfunktion von Art. 4 GG.³⁴⁰

Das Problem beschränkt sich nicht auf die Festlegung der verpönten Merkmale. Es erstreckt sich auch auf die Ausgestaltung der Rechtfertigungsgründe im einfachen Recht. Darüber hatte der Europäische Gerichtshof in der Rs. *Test-Achats ASBL* zu entscheiden.³⁴¹ Die belgische Cour constitutionnelle legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG vereinbar mit dem unionsrechtlich gewährleisteten Gleichheits- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz sei.³⁴² Der Gerichtshof verneinte. Eine Bestimmung, die es den Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen unbefristet aufrechtzuerhalten, laufe der Verwirklichung des mit der Richtlinie verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und ist mit den Art. 21 und 23 der Grundrechte-Charta unvereinbar.³⁴³ Die Argumentation des Gerichtshofs³⁴⁴ lässt sich in fünf Schritten rekonstruieren: (1.) Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta enthält ein Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts, Art. 23 Abs. 1 Grundrechte-Charta ein Gleichheitsgebot von Männern und Frauen und Art. 157 Abs. 1 AEUV den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in einem spezifischen Bereich. Diese Normen bilden zusammen die ausdrückliche positivrechtliche Verankerung des einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dazu kommt noch der Gleichbehandlungs-

336 Zur Einordnung der sexuellen Orientierung als von Sec. 15(1) *Charter* erfassten *analogous ground* grundlegend *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 5 (LaForest, J.) und *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 170-178 (Cory, J. diss.).

337 Grundlegend *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 para. 69-71 (Dickson, C.J.).

338 Siehe *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 para. 109-128 (Iacobucci, J.).

339 *Egan v. Canada*, [1995] 2. S.C.R. 513 para. 106 (Cory, J.): „Whether an omission is unconstitutional must be assessed in each case, taking into account the nature of the exclusion, the type of legislation, and the context in which it was enacted.“

340 Eingehend dazu oben § 6 III 3 c).

341 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773.

342 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 14; zur Entscheidung bereits oben § 6 VI 3 b).

343 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 32.

344 Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 19.

grundsatz als ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts.³⁴⁵ (2.) Art. 19 Abs. 1 AEUV ist eine Kompetenznorm, die der Union die Befugnis einräumt, sekundärrechtliches Nichtdiskriminierungsrecht zu erlassen.³⁴⁶ Die Frage, ob Art. 19 Abs. 1 AEUV ein materielles Diskriminierungsverbot voraussetzt,³⁴⁷ hat sich aufgrund der mehrfachen Absicherung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Primärrecht erledigt. (3.) Der Rat übt diese Kompetenz im Rahmen seines politischen Ermessens aus. „Bei der schrittweisen Verwirklichung dieser Gleichheit ist es der Unionsgesetzgeber, der [...] den Zeitpunkt seines Tätigwerdens bestimmt, wobei er der Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in der Union Rechnung trägt.“³⁴⁸ (4.) Dabei sind ihm Grenzen gesetzt. Er muss bei seiner Ausgestaltung immer auch die Ziele der Union fördern, wie sie insbesondere niedergelegt sind in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, nach dem die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen bekämpft, sowie Art. 8 AEUV, nach dem die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. (5.) Hat der Rat beschlossen, tätig zu werden, muss er „in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken.“³⁴⁹ Diese aus dem Gleichbehandlungsgebot fließende Pflicht zur Systemgerechtigkeit schließt nicht die Möglichkeit aus, Übergangszeiten oder Ausnahmen begrenzten Umfangs vorzusehen.³⁵⁰ Er ist aber daran gehindert, eine nur temporär zulässige Ausnahme unbefristet aufrechtzuerhalten.³⁵¹

b) Systematisierungsversuche

Geht man von der Endlichkeit des Katalogs möglicher Diskriminierungsgründe aus, muss man zwei Verständnismöglichkeiten unterscheiden: (1.) Es werden nur die Diskriminierungsmerkmale vor Ungleichbehandlungen geschützt, die ausdrücklich im positiven Recht verankert sind. Das dient der Rechtssicherheit, weil feststeht, welche Anknüpfung mit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung einhergeht. (2.) Der geschriebene Katalog der Diskriminierungsmerkmale ist nicht abschließend. Das ist das Modell, das sich auf konventions-, unions- und verfassungsrechtlicher Ebene durchgesetzt hat. Art. 14 EMRK und Art. 1 des 12. ZP zur EMRK sowie Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta beinhalten jeweils das

345 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21 f.

346 Statt vieler *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651 ff.

347 So *Bouchouaf/Richter*, Jura 2006, 651, 654; *Holoubeck* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 19 AEUV Rn. 4.

348 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 19.

349 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21.

350 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21.

351 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 31.

Wort „insbesondere“. Es handelt sich daher jeweils um eine nicht abschließende Aufzählung.³⁵² Andere Merkmale können über einen Analogieschluss berücksichtigt werden, wenn sie mit den genannten personenbezogenen Merkmalen vergleichbar sind. Stattdessen kann man auch vom allgemeinen Gleichheitssatz ausgehen und die Rechtfertigungsanforderungen bei personenbezogenen Differenzierungen anschrauben, die sich den im positiven Recht aufgezählten Merkmalen annähern.³⁵³ In diesen Fällen besteht nämlich die Gefahr, dass eine daran anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt.³⁵⁴ In beiden Fällen ist es möglich, nicht ausdrücklich vorgesehene Merkmale diskriminierungsrechtlich zu erfassen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte³⁵⁵ und des Bundesverfassungsgerichts³⁵⁶ zum Schutz vor Ungleichbehandlungen wegen der Homosexualität zeigt die Konvergenz beider Ansätze. Fraglich ist, ob diese Wege auch für den Gleichbehandlungsgrundsatz in privatrechtlichen Beziehungen gangbar sind. Dafür spricht die im Rechtfertigungsmodell angelegte Flexibilität. Dogmatisch ist es auch möglich, aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz neue Diskriminierungsverbote abzuleiten.³⁵⁷ Damit kann man behaupten, „dass der allgemeine Gleichheitsgrundsatz potenziell ein Verbot von Diskriminierungen aus jeder Art von Gründen, die als inakzeptabel gelten könnten“, enthält.³⁵⁸ Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist diesbezüglich nicht ganz eindeutig.³⁵⁹

Geht man davon aus, dass die geschriebenen Merkmale im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht nicht abschließend sind, steht die These eines endlichen Katalogs von Merkmalen vor einer weiteren Herausforderung: Sie muss Kriterien angeben können, um ein verpöntes Merkmal von einem nicht verpönten Merk-

352 Siehe *Sachs* in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art. 21 Rn. 23; *Hölscheidt* in: Meyer, Grundrechte-Charta, Art. 21 Rn. 32 zur Charta; *König/Peters* in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Art. 21 Rn. 21 mwN; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 2012, § 26 Rn. 7 zur EMRK; gegen das Verständnis von Art. 14 EMRK als allgemeiner Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des EGMR *Sachs* in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 1457 mwN.

353 Siehe BVerfGE 88, 87, 96; BVerfGE 124, 199, 219 f; dazu bereits oben § 7 II 1.

354 Grundlegend BVerfGE 88, 87, 96, zuletzt zum Merkmal der sexuellen Orientierung; BVerfGE 124, 199; BVerfGE 126, 400 und BVerfG DStR 2013, 1228.

355 Zuletzt EGMR, Urt. v. 24.6.2010, App. No. 30141/04 – *Schalk & Kopf vs. Österreich* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/Rn.87ff>.

356 Grundlegend BVerfGE 124, 199, 219 f.

357 Vgl. 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.

358 Vgl. GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Tz 93.

359 Vgl. einerseits EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Tz 74-76; GA Sharpston, Schlussanträge v. 30.11.2006, Rs. C-227/04 P – *Lindorfer v. Rat* = Slg. 2007, I-6767 Tz 54-59; 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 32-65 und andererseits EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Tz 53-57; GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Tz 50-56; siehe zum Ganzen *Colneric*, NZA Beilage 2008, Heft 2, 66, 68 ff.

mal nachvollziehbar unterscheiden zu können. Andernfalls verlieren Diskriminierungsmerkmale ihre Funktion, die Kontrolldichte innerhalb der Rechtfertigungsprüfung zu steuern. Es gibt vier klassische Ansätze zu Lösung dieses Problems.

(1) Askriptive vs. verhaltensbezogene Merkmale?

Man kann zwischen „askriptiven Persönlichkeitsmerkmalen“ einerseits und „verhaltensbezogenen Merkmalen“ andererseits unterscheiden und nur erstere mit Diskriminierungsverboten schützen.³⁶⁰ Schiek versteht unter askriptiven Merkmalen „solche, aufgrund deren ein bestimmter Status anhand äußerlich wahrnehmbarer, und unveränderbarer Kennzeichen zugeschrieben (askribiert) wird (also Geschlecht, Rasse, Behinderung)“³⁶¹. Die sonstigen Merkmale seien auch nicht immer frei gewählt und individuell kaum beeinflussbar, aber nicht äußerlich wahrnehmbar.³⁶² Der Unterschied soll danach im Anschein einer Person liegen, den sie bei einem Dritten weckt. Die Sichtbarkeit eines Unterscheidungsmerkmals steht *pars pro toto* für seine Auffälligkeit in den sozialen Kontexten.³⁶³ Der homosexuelle Mann wird nicht diskriminiert, weil er homosexuell ist, sondern weil er seine „selbst gewählte Lebensweise“³⁶⁴ dadurch sichtbar macht, dass er sich „nach den Normen der homosexuellen Subkultur“³⁶⁵ und nicht der „heterosexuellen Mehrheitskultur“³⁶⁶ kleidet. Weil homosexuelle Menschen theoretisch als heterosexuelle Menschen „erscheinen“ könnten, werden sie als Homosexuelle unsichtbar.³⁶⁷ Die Unterscheidung erinnert an das Phänomen des „*racial passing*“ in den U.S.A.:³⁶⁸ Schwarzen gelang es aufgrund ihrer Persönlichkeitsmerkmale, als Weiße aufzutreten und damit an den für Weiße geltenden Privilegien teilzuhaben.³⁶⁹ Von einer „selbst gewählten“ oder freiwilligen Entscheidung konnte gerade nicht gesprochen werden. Man konnte zwar an für Weiße reservierten Freiheitsräumen partizipieren. Dafür musste man darauf verzichten, sich selbst als Schwarzer zu definieren:

360 Statt vieler Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 24-37; speziell zum Merkmal „sexuelle Ausrichtung“ vgl. Stork, Anti-Diskriminierungsrecht, 2006, 96-97; Bauer/Göpfer/Krieger, AGG, 2008, § 1 Rn. 53.

361 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 37.

362 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 37.

363 Zutreffend hervorgehoben von Damm, Menschenwürde, 2006, 515.

364 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 26.

365 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 34; Schiek in: Schiek, AGG, Vorbem zu 19 ff Rn. 14.

366 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, 34.

367 Rush, 13 Harv. Blackletter L.J. 65, 96 (1997), Zur Bedeutung des „Sichtbarkeitskriteriums“ vgl. auch Yoshino, 108 Yale L.J. 485-571 (1998).

368 Vgl. dazu Rush, 13 Harv. Blackletter L.J. 65 (1997); kritisch zu den Analogien „Rasse“ – „sexuelle Orientierung“ aber Mayeri, 110 Yale L.J. 1042 (2001). Yoshino, 111 Yale L.J. 769, 875-924 (2002) differenziert hier mit Recht deutlicher zwischen „*passing*“ und „*covering*“.

369 Vgl. dazu Harris, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1710-1714 (1993).

*„The fact of race subordination was coercive and circumscribed the liberty to self-define. Self determination of identity was not a right for all people, but a privilege accorded on the basis of race.“*³⁷⁰

Das ist gleichbehandlungsrechtlich unhaltbar, nicht nur bei Schwarzen und Frauen, sondern auch bei homosexuellen Menschen. *Yoshino* hat das Problem dieser schiefen Dichotomie klar herausgearbeitet:

*„Such jurisprudence embodies an assimilationist bias. It maintains that groups that can assimilate are less worthy of protection than groups that cannot. It further suggests that the only acceptable defense to a demand for assimilation is the inability to accede to it.“*³⁷¹

Die Unmöglichkeit, sich anzupassen, ist lediglich ein scheinbarer Unterschied beider Gruppen. Fokussiert man nur darauf, übersieht man das zentrale freiheitsrechtliche Problem von Anpassungszwängen für „an sich“ unauffällige Gruppen: aus der Ausweichmöglichkeit wird eine Ausweichpflicht.³⁷² Sie zwingt den Betroffenen, seine Identität zu verbergen.³⁷³ Davor schützt das Nichtdiskriminierungsprinzip. Jeder darf den Kern seiner Identität als Person leben, ohne sozialen Sanktionen ausgesetzt zu werden, weil er anders ist und das auch lebt. Es schützt vor dem sozialen Zwang zur Anpassung.³⁷⁴ Die Dichotomie von askriptiven und verhaltensbezogenen Merkmalen wird dieser Bedeutung nicht gerecht.

(2) Unveränderbare vs. Veränderbare Merkmale?

Nach dem zweiten Ansatz kommt es auf die Dichotomie veränderbares/unveränderbares Merkmal an.³⁷⁵ Als unveränderlich werden regelmäßig (vermeintlich) biologische Merkmale wie die Hautfarbe oder das Geschlecht angesehen, aber auch die nationale Herkunft, während sozial definierte Merkmale wie Religion und Nationalität als veränderbar gelten.³⁷⁶ Darin wird die geringere Schutzbedürftigkeit solcher Merkmalsträger gesehen: Sie können ausweichen, während den Trägern unveränderlicher Merkmale diese Möglichkeit versperrt bleibt.³⁷⁷ Dagegen wendet *Christian Starck* zu Recht ein, dass es gerade der Sinn der Diskriminierungsverbote ist, „auch die veränderbare Merkmale durch rechtliche

370 *Harris*, 106 Harv. L. Rev. 1707, 1743-1744 (1993).

371 *Yoshino*, 111 Yale L.J. 769, 779 (2002).

372 Dazu näher *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 506 (1998).

373 Grundlegend zum „covering“ *Yoshino*, 111 Yale L.J. 769, 875-924 (2002).

374 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 385 f.

375 Vgl. grundlegend zur Bedeutung der Faktoren „unveränderbar“ und „sichtbar“ *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485-571 (1998).

376 Siehe die Einteilung bei *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 493-496 (1998) in seiner Analyse des U.S.-Rechts.

377 Näher *Yoshino*, 108 Yale L.J. 485, 509-519 (1998); ihm folgend *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 379 ff; *Damm*, Menschenwürde, 2006, 517 ff.

Neutralisierung zu schützen und keinen Veränderungsdruck zuzulassen“³⁷⁸. Der Preis für die damit mittelbar erzwungene Anpassung ist zu hoch,³⁷⁹ wie der *Supreme Court of Connecticut* am Beispiel der sexuellen Orientierung ausführt:

*„Because sexual orientation is such an essential component of personhood, even if there is some possibility that a person's sexual preference can be altered, it would be wholly unacceptable for the state to require anyone to do so.“*³⁸⁰

Das geltende Nichtdiskriminierungsrecht geht daher beim Schutz der Merkmale Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung mit Recht davon aus, dass es für den Einzelnen unzumutbar ist, darüber zu disponieren.³⁸¹ Dazu kommt, dass die Prämisse dieser Dichotomie fragwürdig ist. Selbst ein scheinbar so eindeutiges und unveränderbares Kriterium wie „Geschlecht“ ist weder eindeutig noch unveränderbar, wie die juristisch relevanten Phänomene von Inter- oder Transsexualität³⁸² zeigen.

(3) Allgemeines vs. besonderes Merkmal?

Ein dritter Ansatzpunkt besteht darin, diejenigen Merkmale, die von jeder repräsentierten Person im Laufe eines Lebens erfüllt werden, grundsätzlich nicht als Diskriminierungsverbot auszugestalten.³⁸³ Der U.S.-amerikanische *Supreme Court* sprach sich beispielsweise gegen höhere Rechtfertigungsanforderungen bei einer Ungleichbehandlung aufgrund des Alters aus:

*„But even old age does not define a “discrete and insular” group in need of “extraordinary protection from the majoritarian political process.” Instead, it marks a stage that each of us will reach if we live out our normal span.“*³⁸⁴

Im Unionsrecht ist dieser Weg versperrt, weil das Verbot der Altersdiskriminierung einen allgemeinen Rechtsgrundsatz bildet³⁸⁵ und in Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta sowie der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich geschützt wird. Da-

378 Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 383.

379 Yoshino, 108 Yale L.J. 485, 518 (1998) („the evasive power of mutable groups proves only to be the power of self-annihilation“).

380 *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407 (2008).

381 Siehe § 6 I 2 und III 4 b).

382 Zur Transsexualität siehe weiterführend Grünberger, JZ 2006, 516 ff; Grünberger, StAZ 2007, 357 ff; Grünberger, Reform des TSG, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer, Transsexualität und Intersexualität, 2008, 81 ff; Grünberger, JZ 2011, 368 ff.

383 Vgl. *Mass. Bd. of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307313-14 (1976) („But even old age does not define a “discrete and insular” group in need of “extraordinary protection from the majoritarian political process.” Instead, it marks a stage that each of us will reach if we live out our normal span.“) (interne Verweisungen sind weggelassen); *Reichold/Hahn*, NZA 2005, 1270, 1275.

384 *Mass. Bd. of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307313-14 (1976) (interne Verweisungen sind weggelassen); in der Sache ähnlich *Reichold/Hahn*, NZA 2005, 1270, 1275; *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 242 f.

385 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

für spricht, dass Ungleichbehandlungen wegen eines bestimmten Alters wegen der damit verbundenen Stereotypen im Ergebnis zu einer Verengung der grundrechtlichen Freiheiten für die Betroffenen führen und gerade deshalb einer sorgfältigen Abwägung bedürfen.³⁸⁶ Altersgrenzen spielen zwar in menschlichen Zivilisationen eine bedeutende Rolle für die soziale und rechtliche Gestaltung der Lebensabläufe.³⁸⁷ Diskriminierungsverbote zwingen jedoch dazu, dass man über die Berechtigung solcher freiheitseinschränkender Grenzziehungen verschärft nachdenken muss. Darin liegt das rationalisierende Potential von Benachteiligungsverboten: Es zwingt zum besseren Argument.³⁸⁸

(4) Kombinationslösung

Die vierte Möglichkeit ist eine Kombination mehrerer Faktoren, die in der Zusammenschau geeignet sein können, die Personen und Personengruppen zu ermitteln, die mit Hilfe von Diskriminierungsverbotten besonders zu schützen sind. Paradigmatisch dafür ist die Rechtsprechung zur *Equal Protection Clause* im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht. Der XIV. Verfassungszusatz der U.S. *Constitution* kennt – wie viele Verfassungen der einzelnen Bundesstaaten – kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot. Stattdessen unterscheidet man – vereinfacht ausgedrückt³⁸⁹ – zwischen Prüfungsstufen mit unterschiedlicher Prüfungsinintensität.³⁹⁰ Dem *case law* des *Supreme Court* lassen sich eine Reihe von Kriterien entnehmen, deren Vorliegen regelmäßig zu einem strengen Rechtfertigungsmaßstab (*strict scrutiny*) einer getroffenen Ungleichbehandlung führt.³⁹¹ Diese Kriterien spielen in der bis vor Kurzem noch³⁹² auf der Ebene der Einzelstaaten geführten Debatte über die Frage, ob die Ehe aus gleichheitsrechtlichen Gründen auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen ist, eine herausragende Rolle.³⁹³ Danach ist ein strenger Prüfungsmaßstab geboten, wenn die benachteiligten Personen einer Gruppe angehören, die in der Vergangenheit strukturell benachteiligt worden

386 Nussberger, JZ 2002, 524, 532 (aus verfassungsrechtlicher Perspektive).

387 So die Kritik von Basedow, ZEuP 2008, 230, 242.

388 Zu den Details oben § 6 III 6.

389 Zur Zurückhaltung bei der Anwendung dieser Kategorien mahnt allerdings *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr.* 473 U.S. 432/451-453 (1985)(Stevens, J., concurring).

390 Vgl. dazu Brugger, Grundrechte, 1987, 144-215; *Sullivan/Gunther*, Constitutional Law, 2004, 640-884; *Sacksofsky*, Gleichberechtigung, 1996, 208-222; *Heun*, EuGRZ 2002, 319 ff; *Damm*, Menschenwürde, 2006, 117-126, 166-208; *Chemerinsky*, Constitutional Law, 2007, 669 ff.

391 Dazu instruktiv die Interpretation des *case law* bei *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 425-28 (Conn. 2008); aus der deutschen Literatur siehe *Damm*, Menschenwürde, 2006, 172-179.

392 Die Frage ist mittlerweile in der *federal judiciary* angekommen, siehe *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (2010); *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012) und *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. (2013).

393 Abweichend dazu *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921, 995-1003 (N.D. Cal.)(2010), wonach der Ausschluss homosexueller Partnerschaften von der Ehe nicht einmal den Anforderungen des Rationalitätstests genügt.

ist („history of invidious discrimination“), wenn das betreffende Persönlichkeitsmerkmal keinen Bezug dazu aufweist, ob und welchen Beitrag die Person als Mitglied der Gesellschaft zu leisten vermag („the characteristics that distinguish the group's members bear no relation to their ability to perform or contribute to society“); wenn das Merkmal unveränderlich oder jedenfalls nicht in zumutbarer Weise veränderlich ist („the characteristic that defines the members of the class as a discrete group is immutable or otherwise not within their control“) und wenn die politische Gestaltungsmacht der betreffenden Gruppe als solcher gering ist („the political power of the subject class“).³⁹⁴ Dabei wird zu Recht hervorgehoben, dass die beiden erstgenannten Merkmale wesentlich bedeutender sind.³⁹⁵ Wie wir bereits gesehen haben, ist die Unveränderlichkeit des Merkmals als Kriterium problematisch. Deshalb weist der *Supreme Court of California* für seine Jurisdiktion zu Recht darauf hin, dass es sich dabei um keine zwingende Voraussetzung einer *suspect classification* handelt.³⁹⁶ *Strict scrutiny* scheint insgesamt immer dann angebracht zu sein, wenn „the class of persons who exhibit a certain characteristic historically has been subjected to invidious and prejudicial treatment, and whether society now recognizes that the characteristic in question generally bears no relationship to the individual's ability to perform or contribute to society.“³⁹⁷ Dieser Gedanke kommt in der berühmten Fußnote 4 der Entscheidung des *Supreme Court* in *Carolene Products* zum Ausdruck, wo das Gericht von „prejudice against discrete and insular minorities“ spricht.³⁹⁸

Dieses Modell ist ein brauchbarer Ansatzpunkt, um das geltende einfache Nichtdiskriminierungsrecht zu erklären und Kriterien für die Fortentwicklung von Diskriminierungsverboten zu liefern. Allerdings ist es nicht ohne weiteres übertragbar. Zwei Persönlichkeitsmerkmalen, die im geltenden Unionsrecht und im einfachen deutschen Recht verpönte Merkmale sind (Behinderung, Alter), wurde im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht der Status als *suspect classification* gerade verweigert.³⁹⁹ Der Kontrast scheint besonders auffällig, wenn man die Entscheidungen in den Rs. *Mangold* und *Küçükdeveci* des Gerichtshofs berücksichtigt. Danach ist das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ein all-

394 Vgl. *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 421-25 (Conn. 2008); *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862, 889-896 (Iowa 2009).

395 *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 427 (Conn. 2008); siehe auch *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432/472 n. 24 (1985)(Marshall, J., concurring & dissenting in part).

396 *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 442-43 (Cal. 2008).

397 *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 443 (Cal. 2008).

398 *U.S. vs. Caroline Products Co*, 304 U.S. 144, 153 n. 4 (1938); siehe dazu statt aller *Powell*, 82 Colum. L. Rev. 1087 (1982).

399 Siehe *Mass. Bd. of Retirement vs. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976) (Alter); *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432, 442-47 (1985) (Behinderung); vgl. auch *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 957 A.2d 407, 434-35 (Conn. 2008).

gemeiner Grundsatz des Unionsrechts.⁴⁰⁰ Eine genauere Analyse zeigt aber, dass der Unterschied nicht so gravierend ausfällt, wie man zunächst vermuten würde. Das Alter nimmt im geltenden speziellen Nichtdiskriminierungsrecht eine Sonderstellung ein, wie man den weitreichenden Rechtfertigungsmöglichkeiten einer darauf basierenden Ungleichbehandlung entnehmen kann.⁴⁰¹

Die Frage nach dem abschließenden Charakter von Diskriminierungsverboten hat schließlich auch einen demokratietheoretischen Aspekt: Gehört es zur Aufgabe von Richtern, die Kriterien zu entwickeln, die eine erhöhte Prüfungsintensität verlangen oder „neue“ Diskriminierungsmerkmale zu entwickeln? *Justice Marshall* bejahte:

„To this task judges are well suited, for the lessons of history and experience are surely the best guide as to when, and with respect to what interests, society is likely to stigmatize individuals as members of an inferior caste or view them as not belonging to the community.“⁴⁰²

Andere sind skeptischer und halten es nicht für ausgeschlossen, dass solchen Richterkollegien eine demokratietheoretisch fragwürdige aristokratische Rolle zukomme.⁴⁰³ Folgt man *Justice Marshall*, stellen sich die nächsten Fragen: Welches sind die konkreten „inakzeptablen Gründe“, wann handelt es sich um eine „discrete and insular minority“⁴⁰⁴ und welche Merkmale betreffen den Einzelnen „als Person“? Auch dazu hat *Justice Marshall* eine Antwort:

„The discreteness and insularity warranting a more searching judicial inquiry, must therefore be viewed from a social and cultural perspective as well as a political one.“⁴⁰⁵

„A political one“: Das ist mit Blick auf die langjährige Erfahrung *Justice Marshall*s als Chief Counsel des NAACP zu lesen, der als solcher auch maßgeblich an der Entscheidung *Brown v. Board of Education*⁴⁰⁶ beteiligt war. Er wusste um das politische Element im Nichtdiskriminierungsrecht. Diskriminierungsverbote reagieren auf gesellschaftliche Statushierarchien.⁴⁰⁷ Das Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts ist es, bestehende gesellschaftliche Strukturen in Frage zu stellen und zu verändern, wenn man sie nicht rechtfertigen kann. Damit es dieses Ziel erreichen kann, muss man die Merkmale herausfiltern, die in den historisch entstandenen gesellschaftlichen Hierarchien als soziale Abgrenzungsmechanismen

400 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 75; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

401 Dazu oben § 6 VI 2 c).

402 *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432, 472 n. 24 (1985) (Marshall, J., concurring & dissenting in part).

403 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 477 f; *Nettesheim*, JZ 2008, 1159, 1161.

404 *U.S. vs. Caroline Products Co*, 304 U.S. 144152 n.4 (1938).

405 *City of Cleburne vs. Cleburne Living Ctr*, 473 U.S. 432472 n. 24 (1985) (Marshall, J., concurring & dissenting in part).

406 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); dazu oben § 3 IV 1.

407 Siehe oben § 6 I.

verwendet werden.⁴⁰⁸ Diese Merkmalsselektion ist ihrerseits ein Begründungsdiskurs, an dem die gesellschaftlichen Akteure entscheidenden Anteil haben. Ob sich im Diskurs ein bestimmtes Merkmal als verpöntes Merkmal herausstellen wird, hängt auch von der Mobilisierung der betroffenen Gruppenmitglieder ab. Erst ihre fortbestehende und nachdrückliche Selbstbehauptung macht eine Ungleichbehandlung auch als Diskriminierung sichtbar.⁴⁰⁹ Gleichbehandlungsrecht ist Wandlungsprozessen ausgesetzt:

„Infolgedessen spiegelt auch das Recht diesen Wandel wider, beginnend mit der ausdrücklichen Feststellung, dass bestimmte Formen diskriminierender Behandlung, die bislang nicht wahrgenommen oder (falls doch) toleriert wurden, nicht länger toleriert werden. Derartige Änderungen im Recht sind eine Ausdehnung – ein neuer und weiter gehender Ausdruck – des allgemeinen Gleichheitssatzes.“⁴¹⁰

Diese Evolution des Gleichbehandlungsanspruchs ist paradoxerweise das Ergebnis gesellschaftlicher Mobilisierungsprozesse, die zugleich vom Motor der Gleichheit als politischem Leitbegriff⁴¹¹ abhängen. Entscheidend für den gleichheitsrechtlichen Fortschritt sind also die „grundlegenden moralischen Anschauungen einer [...] Gesellschaft“⁴¹². Damit ist man als Rechtsanwender gezwungen, politische Philosophie zu betreiben.

5. Zusammenfassung

Der Gleichbehandlungsanspruch darf nicht mit dem Anspruch auf „gleiche Behandlung“ gleichgesetzt werden. Die Präsomtion der Gleichbehandlung⁴¹³ bewirkt nicht mehr – aber auch nicht weniger –, als dass jede Ungleichbehandlung eines privaten Akteurs durch einen anderen Privaten begründungsbedürftig wird.⁴¹⁴ Gleichbehandlung ist daher zunächst nur ein Anspruch auf Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Erst wenn diese misslingt, folgt daraus ein Anspruch auf Beseitigung der ungleichen Behandlung.⁴¹⁵ Damit steht die Rechtfertigungsprüfung im Mittelpunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Sie ist die „Zelle der Gerechtigkeit“⁴¹⁶. Sie ermöglicht es dem von einer ungleichen Behandlung Betroffenen, den ihn ungleich Behandelnden nach den Gründen für sein Verhalten zu fragen. Der ungleich Behandelnde muss die Gründe dafür benen-

408 Zur Kriterienselektion als historischen Prozess siehe Damm, Menschenwürde, 2006, 531 ff.

409 Somek, Rechtliches Wissen, 2006, 207.

410 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 Rn. 46.

411 Zum historischen Kontext eingehend oben § 2 und § 3 I 1 und § 3 III 1.

412 Siehe 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 Rn. 44.

413 § 7 I 1 a).

414 § 7 III 1.

415 § 7 I 1 b) (2).

416 Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, 44 f.

nen. Damit zwingt das Prinzip die Parteien in einen Rechtfertigungsdiskurs. Dieses „Recht auf Rechtfertigung“⁴¹⁷ hat eine Schlüsselstellung in einer liberalen Privatrechtstheorie, die einerseits den Markt als primäres Verteilungsinstrument gesellschaftlicher Ressourcen institutionalisiert und mit den Instrumenten des Privatrechts erst operabel macht, andererseits aber dessen mehrfache Gleichheitsblindheit erkennen und eingrenzen muss. Die Rechtfertigungsprüfung ist der methodische Ort, an dem die privaten Autonomiebereiche *beider* Privatrechtssubjekte kompatibelisiert und die kollidierenden Rechtspositionen aufgelöst werden: Das sind auf der Seite des ungleich Behandelnden subjektive Präferenzen, die vom Prinzip personaler Freiheit geschützt werden. Auf der Seite des ungleich Behandelten ist es zunächst der aus dem Prinzip personaler Gleichheit folgende *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung. Dieser schützt als Freiheitsrecht zweiter Ordnung mittelbar auch seine Handlungsmöglichkeiten in der Gesellschaft. Die wechselseitige Vereinbarkeit dieser Freiheits- und Gleichheitspositionen steht nicht ein für alle Mal fest, sondern muss von der Gesellschaft in einem auf Dauer angelegten rechtsbegründenden Verfahren immer wieder aufs Neue hergestellt werden. Diese Begründungsprozeduren ermöglichen es den Privatrechtsakteuren, den jeweils herrschenden *status quo* der Verteilungsmechanismen des Markts aus gleichheitsrechtlicher Sicht in Frage zu stellen. Rechtfertigungszwänge unter Privaten legen die Strukturen von Ungleichbehandlungen offen.

Den theoretisch und praktisch wichtigsten Rechtfertigungsgrund des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bilden die subjektiven Freiheitsrechte des ungleich Behandelnden.⁴¹⁸ Diese Begründungsmöglichkeit hat kein Pendant im verfassungsrechtlichen Vorbild: Der Staat ist nur Grundrechtsadressat, nicht Grundrechtsträger. Der Normadressat des privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist dagegen Träger von Freiheitsrechten. Bindet man ihn an präsumtive Gleichbehandlungspflichten, kommt es unweigerlich zur Spannung zwischen Freiheit und Gleichheit. Das wird mit einem dreigliedrigen Freiheitsbegriff verdeutlicht, der zwischen Freiheitsträger, Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis unterscheidet. Daher ist nicht erst die gleiche Behandlung, sondern bereits der aus der Gleichheitspräsumtion folgende Rechtfertigungszwang ein Freiheitshindernis. Um die Auflösung dieses Konflikts konkurrieren drei Modelle:⁴¹⁹ (1.) Das Vorrangmodell basiert auf der Präponderanz der Freiheit. Das „Gerede“ vom grundsätzlichen Vorrang der Freiheit ist aber irreführend. Welches konkrete Freiheits- oder Gleichbehandlungsinteresse in einem sozialen Konflikt Vorrang hat, kann erst das Ergebnis einer vorzunehmenden Wertentscheidung sein. (2.) Das Tatbestandsmodell stellt „praktische Konkordanz“ über die Einführung des An-

417 Dazu vertiefend unten § 8 II 4 c).

418 § 7 IV 2 a).

419 § 7 IV 2 b).

wendungsbereichs von Gleichbehandlungsgeboten her. Der Gleichbehandlungsanspruch setzt sich dann nur innerhalb des ihm zugewiesenen Bereichs durch. Das führt regelmäßig zu „Alles-oder-nichts-Lösungen“ und verarbeitet die sozialen Veränderungen in der Umwelt des Rechts regelmäßig zu spät. Es ist im Kern darauf angelegt, den *status quo* beizubehalten. (3.) Im Rechtfertigungsmodell wird die abstrakte Prinzipienebene verlassen und die konkret betroffenen Freiheits- und Gleichheitsinteressen werden kontextbezogen miteinander kompatibelisiert. Das Rechtfertigungsmodell ist in der Lage, jede Ergänzung um „neue“ Gleichbehandlungspflichten ohne weiteres aufzunehmen. Sein großer Vorteil liegt darin, dass man alle Gegengründe zu einer Gleichbehandlung kontextbezogen diskutieren kann. Die Ausübung von Freiheitsrechten kann eine damit verbundene Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Grundlage dafür ist ein Rechtfertigungskontinuum, das von dem Verweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten einerseits bis hin zum strikten Ausschluss jeder Differenzierungsmöglichkeit andererseits reicht.⁴²⁰ Ausschlaggebend für die Kontrolldichte ist der jeweilige Kontext der eigentlichen Konfliktsituation. Das ermöglicht es, den entscheidenden Gegenstand der zu lösenden Kollision präzise zu beschreiben: Gestritten wird um ganz konkrete Begrenzungen gesellschaftlicher Autonomiebereiche. Diese Übersetzung abstrakter Prinzipienkollisionen in sich widersprechende Herrschaftsbereiche ist notwendig, um den gesellschaftlichen Konflikt juristisch zutreffend beschreiben zu können. Die Gefahr für das Freiheitsrecht resultiert nicht aus der Gleichbehandlungspräsumtion, sondern aus der Kontrolldichte von Rechtfertigungen. Die Existenz der Freiheitsrechte spricht dafür, von unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen auszugehen. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben sich daher je nach Regelungsbereich und Differenzierungsmerkmal unterschiedliche Grenzen für den ungleich Behandelnden, die von dem bloßen Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten über die Darlegung sachlicher Gründe und eine strenge Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse bis hin zum strikten Differenzierungsverbot reichen.

Am unteren Ende der Skala ist der Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten angesiedelt.⁴²¹ Eine Rechtfertigung selbstbestimmter Entscheidungen der eigenen Lebensverhältnisse in persönlicher Hinsicht tangiert die ethische Person in uns. Daher scheidet innerhalb der diskursiv zu begründenden Privatsphäre eine gleiche Behandlung im Ergebnis aus. Das Recht reduziert in diesen Fällen die Rechtfertigungsanforderungen zum Schutz der ungleich behandelnden ethischen Person auf „Null“. Daran schließt sich als Dreh- und Angelpunkt der Rechtfertigungsskala der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard an.⁴²² Da-

420 § 7 IV 3 a).

421 § 7 IV 3 f).

422 § 7 IV 3 b).

nach ist eine Ungleichbehandlung erlaubt, wenn sie in einer rationalen Beziehung zum Differenzierungszweck steht. Dafür müssen zwei Fragen positiv beantwortet werden: (1.) Ist der mit der Differenzierung verfolgte Zweck gleichheitsrechtlich legitim? (2.) Ist die Differenzierung geeignet, den Zweck der vorgenommenen Ungleichbehandlung zu verwirklichen? Das ist der Fall, wenn das Differenzierungskriterium an die Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen anknüpft, die den Grund der Ungleichbehandlung bilden. Dieser Rationalitätsstandard wird kontextabhängig und bereichsspezifisch von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzt, die den ungleich Behandelnden im Interesse des ungleich Behandelten mit zwei zusätzlichen Rechtfertigungskriterien belastet:⁴²³ (3.) Ist die vorgenommene Differenzierung auch erforderlich? Das ist der Fall, wenn keine weniger belastende Differenzierung zur Verfügung steht und sie nicht weiter reicht, als es der Differenzierungsgrund rechtfertigt. (4.) Ist die Ungleichbehandlung angemessen? Maßgeblich ist, ob der Differenzierungsgrund gewichtig genug ist, die konkrete Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Bei einer primär personenbezogenen Ungleichbehandlung müssen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht zwischen der ungleich behandelten Person oder Personengruppe und der anders behandelten Person bzw. Personengruppe vorhanden sein, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätstest wird in zwei Konstellationen um das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweitert: (1.) Die Ungleichbehandlung hat erhebliche Auswirkungen auf die tatsächliche Ausübung der gleichen Freiheit des davon Betroffenen.⁴²⁴ (2.) Die Ungleichbehandlung knüpft an „verpönte“ Merkmale an.⁴²⁵

Charakteristisch für den elementaren gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard im Privatrecht ist sein flexibler Rechtfertigungsmaßstab, der sich vor allem bei Ungleichbehandlungen im Marktverhältnis auswirkt:⁴²⁶ Die Ungleichbehandlung als solche ist in einer auf Wettbewerb angelegten Rechtsordnung kein sachwidriger Grund. Das ist selbstverständlich. Die Ungleichbehandlung verletzt lediglich die Gleichheitspräsumtion und begründet dadurch erst die Rechtfertigungsprüfung. Sie ist damit methodisch „verbraucht“. Der ungleich Behandelnde hat grundsätzlich einen weiten Spielraum. Die Möglichkeit einschließender Gründe ist daher prinzipiell groß. Darin realisiert sich die freiheitsbezogene Konzeption des Rechtfertigungsmodells. Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung besteht *grundsätzlich* ein weiter Spielraum. Die Bandbreite reicht vom zulässigen „Hinweis auf die wirksame vertragliche Vereinbarung“ bis zur problematischen „Willkür“ oder „wirtschaftlichem Handeln

423 § 7 IV 3 e).

424 § 7 IV 3 c).

425 § 7 IV 3 d).

426 § 7 IV 3 f) (2).

fremden Entscheidungen“. Die Willkür wird offensichtlich nicht mit der Ausübung privatautonomer Freiheit gleichgesetzt. Sie ist eine davon zu unterscheidende Kategorie. Ob willkürliches Handeln vorliegt, bestimmt sich nach bereichsspezifischen Zusammenhängen. Im Wettbewerbsrecht ist es der Missbrauch von Marktmacht. Fehlt es an suspekten Anhaltspunkten für eine strengere Prüfungsintensität, ermöglicht der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung mit dem Verweis auf die ausgeübte Privatautonomie. Damit senkt er in der Sache die Begründungsanforderungen auf „Null“. Auf die Frage: „Warum behandelst du mich ungleich?“ darf ich antworten: „Weil meine Unterscheidung privatautonom erlaubt ist.“ Die einzelnen Gründe für diese Unterscheidung muss ich nicht zum Gegenstand des Rechtfertigungsdiskurses machen. Das Rechtfertigungsmodell kommt hier zum gleichen Ergebnis wie das Vorrang- oder Tatbestandsmodell. Es ist aber umweltsensitiver. Verändert sich auch nur ein Parameter des relevanten gesellschaftlichen Kontexts, erlaubt es das Rechtfertigungsmodell, sofort zu einer intensiveren Prüfung überzugehen.

Mit der Einordnung eines Merkmals als „verpöntes“ Merkmal kann man im Rechtfertigungsmodell den Anwendungsdiskurs erheblich steuern.⁴²⁷ Jede dabei vorgenommene Unterscheidung wirft zwangsläufig weitere Probleme auf. Sie reflektiert eine „Hierarchie der Verurteilung“ oder eine „Hierarchie der Gleichheit“: Bestimmte Merkmale von Personen verdienen danach einen höheren Schutz als andere. Das hat zum Schlagwort der „Diskriminierung durch Diskriminierungsschutz“⁴²⁸ geführt. Das Rechtfertigungsmodell ist keine rigide „Stufentheorie“. Es ist von Anfang an auf eine umfassende und gleitende Rechtfertigungsprüfung angelegt. Selbst wenn ein Merkmal (noch) nicht als Diskriminierungsmerkmal anerkannt ist, erlaubt es der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard, kontextsensitiv vorzugehen. Aufgrund der freiheitsrechtlichen Konzeption des Rechtfertigungsmodells ist es ausgeschlossen, bei jedem personenbezogenen Differenzierungsmerkmal die strengsten Begründungsanforderungen zu stellen. Darin liegt die adaptive Reduktion zulässiger Diskriminierungsgründe. Diesbezüglich setzt allerdings die Verfassung Grenzen.⁴²⁹ Unterlässt es der Gesetzgeber, ein verfassungsrechtlich geschütztes Merkmal dem Katalog existierender Diskriminierungsmerkmale hinzuzufügen, resultiert daraus nicht nur ein rechtspolitisches, sondern auch ein verfassungsrechtliches Problem. Geht man davon aus, dass die Diskriminierungsmerkmale im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht nicht abschließend sind, muss man Kriterien angeben, um ein verpöntes Merkmal von einem nicht verpönten Merkmal nachvollziehbar unter-

427 § 7 IV 4.

428 Thüsing, ZfA 2006, 241, 252 f; ähnlich Schwab, DNotZ 2006, 649, 671 („Diskriminierung durch Auswahl der Merkmale“).

429 § 7 IV 4 a).

scheiden zu können. Von den vier klassischen Ansätzen⁴³⁰ kann nur eine Kombination mehrerer Faktoren überzeugen, die in der sozialen, politischen, historischen und ökonomischen Zusammenschau geeignet sein kann, die Personen und Personengruppen zu ermitteln, die mit Hilfe von Diskriminierungsverboten besonders zu schützen sind.⁴³¹

430 § 7 IV 4 b).

431 § 7 IV 4 b) (4).

§ 8 Gleichbehandlungspflichten Privater in der Gesellschaft

I. Gerechtigkeit und Gleichheit in Moral, Politik und Recht

Spricht man in moralphilosophischen Diskursen von „Gleichbehandlung“ oder „Gleichheit“, wird man unausweichlich auf die Verbindung zur „Gerechtigkeit“ stoßen.¹ *Stefan Gosepath* schrieb beispielsweise ein ganzes Buch über den begrifflichen und normativen Zusammenhang von Gerechtigkeit und Gleichheit²: „Gleichheit ist der Inbegriff von Gerechtigkeit.“ Auf die Frage: „Why equality?“³ lautet die Antwort: Weil „Gleichheit“ gerecht ist.⁴ „Gleichheit ist die vorrangige normative Idee der Moderne.“⁵ Damit ist – und das muss man gerade in juristischen Diskursen immer wieder betonen⁶ – weder „Gleichsein, erst recht nicht Gleichmachen, aber auch nicht Gleichverteilung“ gemeint, sondern „die gleichmäßige Berücksichtigung von allen“.⁷ Die Idee, dass jede Person gleich viel zählt und insoweit als Gleiche zu behandeln ist, ist der gemeinsame Referenzpunkt der egalitaristischen und einiger nicht-egalitarischer⁸ Theorien politischer Moral (erster Gleichheitsbegriff).⁹ *Rawls* verlangt beispielsweise den „Schleier des Nichtswissens“ als prozedurale Voraussetzung des Urzustands, um sicherzustellen, dass die Agenten als freie und gleiche Personen zu einem gerechten Ergebnis kommen können.¹⁰ Auch *Habermas*’ vermeintlich rein prozedurales Diskursprinzip setzt die personale Gleichheit der am Diskurs Teilnehmenden als substantielles Prinzip voraus.¹¹ *Rainer Forst* beleuchtet auf derselben Ebene den Bedeutungskern der Gerechtigkeit von seinem Gegenbegriff her: der Willkür, und sieht den Grundimpuls der Gerechtigkeit daher in dem „Grund-Recht auf Rechtfertigung“, das er als prozedurales Prinzip mit substantiellem Inhalt ausgestaltet.¹² *Dworkin* führt seine liberale Gesellschafts- und Rechtstheorie auf den Grundsatz gleicher Ach-

1 Siehe *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 2005, V 5 et seq. 1130a ff; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000, 34 f; *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), 2003, 34–37; zum Gleichheitsbezug prozeduraler Gerechtigkeitstheorien näher *Tschentscher*, Prozedurale Theorien, 2000, 56 ff. Ein knapper Überblick zum Thema bei *Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 440 ff.

2 *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 9 ff.

3 *Sen*, Inequality Reexamined, 1995, 11.

4 Grundlegende und frühe Kritik daran bei *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000, 35 und *Lucas*, 40 Phil. 296 (1965).

5 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 22, der diese Behauptung allerdings problematisiert (siehe S. 27 ff).

6 Vgl. dazu oben § 4 I 2 c).

7 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 22.

8 Zur modernen Egalitarismuskritik, die dieses Bild in Frage stellt, unten § 8 II 5.

9 *Gosepath*, Gleichheit in *Habermas*’ und *Dworkins* Theorien der Gerechtigkeit, in: Pauer-Studer/Nagel-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 94.

10 *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 22 ff.

11 Dazu oben § 7 I 2 c).

12 *Forst*, Recht auf Rechtfertigung, 2007, 9 f.

tung und gleichen Respekts zurück, die jeder Person geschuldet werden.¹³ Auch eine dezidiert nicht-egalitaristische Theorie wie der Liberalismus (*libertarianism*) von *Robert Nozick*¹⁴ basiert auf einem egalitaristischen Fundament. Die Theorie muss nämlich angeben, wie die Freiheiten unter den Personen verteilt werden. Die klassische Antwort darauf lautet: jeder hat gleiche Freiheiten. Gleichheit wird darin also zum Verteilungsmuster von Freiheiten.¹⁵ Das kann nur überzeugen, wenn Gleichheit als ein Referenzpunkt dieser Gerechtigkeitstheorie akzeptiert wird.

An die Gleichheit als Fundament normativer Gerechtigkeitstheorien schließt sich eine zweite Frage an: „Equality of what?“¹⁶ Hier entwickeln die Gerechtigkeitstheorien Konzeptionen von Gleichheit in Bezug auf einen Gegenstand, der von ihnen als elementar angesehen wird.¹⁷ Gestritten wird über diesen Gegenstand,¹⁸ also über die „Währung der Gleichheit“.¹⁹ Dieser zweite Gleichheitsbegriff ist offen für mehrere Konzeptionen, wobei sich *Freiheit* und *Gleichheit* iSv Gleichverteilung als die beiden traditionellen Alternativen herausgestellt haben.²⁰ Ist dem ersten Gleichheitsbegriff genügt, wenn man Gleichheit als gleiche Freiheiten interpretiert? Oder muss man sicherstellen, dass es auch tatsächlich gleiche Freiheiten sind? Oder lassen sich Freiheiten erst vor dem Hintergrund von gleich verteilten gesellschaftlichen Ressourcen legitimieren? *Nozick* ist ein dezidiert Vertreter der ersten Konzeption. Gegenstand der Gleichheit sind nur die Freiheiten im Ausgangspunkt. Sobald sichergestellt ist, dass jedem gleiche Freiheiten eingeräumt worden sind, hat sich die Bedeutung von Gleichheit als Gerechtigkeitsmaßstab erschöpft. Ordnet der Staat dennoch Gleichbehandlung an, ist das eine freiheitsfeindliche und daher abzulehnende Intervention.²¹ Die übrigen eingangs skizzierten Positionen ermöglichen dagegen staatliche Intervention, unterscheiden sich aber vor allem darin, wie sie diese Maßnahme legitimieren. *Habermas* beispielsweise verzichtet auf die diskursive Begründung von Verteilungskriterien und beschränkt den Diskurs letztlich darauf, dass sich die Beteiligten ein Recht auf „das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten“ einräumen, einen gleichen Status als *citoyen* sichern und dafür

13 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 182, 271 ff; *Dworkin*, Law's Empire, 1986, 295 ff; *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 181 ff.

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

15 Ausführlich dazu *Sen*, Inequality Reexamined, 1995, 19 ff.

16 *Sen*, Inequality Reexamined, 1995, 11.

17 Instruktiv der Überblick bei *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 34 ff.

18 *Sen*, Inequality Reexamined, 1995, 12.

19 Dazu *Cohen*, 99 Ethics 906 (1989).

20 *Gosepath*, Gleichheit in Habermas' und Dworkins Theorien der Gerechtigkeit, in: Pauer-Studer/Nagel-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 94, 95.

21 Eine ausgearbeitete Theorie mit Bezug auf das Nichtdiskriminierungsrecht hat *Epstein*, Forbidden Grounds, 1992, 15 ff vorgelegt.

sorgen, dass alle diese Rechte chancengleich nutzen können.²² *Rawls* räumt der Begründung gleicher Freiheiten in der Grundstruktur der Gesellschaft ebenfalls Vorrang²³ ein.²⁴ In seinem zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz²⁵ schlägt er mit dem Prinzip der Chancengleichheit und dem Differenzprinzip aber zwei explizit egalitaristische und für die Gestaltung der Grundstruktur der Gesellschaft moralisch verbindliche Verteilungskriterien vor. Dem Grundsatz der Chancengleichheit liegt ein materiales Verständnis zugrunde: Der formale Grundsatz gleicher Freiheiten wird um den Aspekt ergänzt, dass alle auch eine faire Chance haben, tatsächlich von ihnen Gebrauch zu machen. *Dworkin* geht dagegen von einem umfassenden und komplizierten egalitaristischen Verteilungsprinzip aus, das er „Ressourcengleichheit“ nennt²⁶ und in dem Freiheit kein eigenständiges politisches Ideal mehr ist, sondern zu einem Aspekt von distributiver Gleichheit wird.²⁷

Derartige moralphilosophische Gerechtigkeitsdiskurse stellen das positive Recht vor erhebliche Herausforderungen: Unter welchen Kriterien ist eine soziale Norm, die das Verhalten von Menschen gegenüber anderen Menschen regelt, nicht nur eine Moralnorm, sondern genügt zugleich auch den „Eigengesetzlichkeiten“²⁸ des Rechts?²⁹ Die Transformation einer moralischen Verhaltenspflicht zu einem rechtlichen Gebot verändert nicht nur den Geltungsgrund der Pflicht, sondern bewirkt damit auch, dass sie von einem Kommunikationszusammenhang ohne legitimierte Zwangsmittel (Moral) in ein System mit genuin rechtlich legitimierten Zwangsmitteln verpflanzt wird.³⁰ Das erklärt einige Stellungnahmen im Entstehungsprozess des AGG, die ein moralisches Gebot zur Nichtdiskriminierung bejahen, ein „strikt überwachtes Diskriminierungsverbot auch im Be-

22 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 155 ff; zur Analyse und Kritik vgl. *Gosepath*, Gleichheit in *Habermas'* und *Dworkins* Theorien der Gerechtigkeit, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 94, 97 ff.

23 Zum Vorrang des ersten vor dem zweiten Grundsatz siehe *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 38 ff, 53 ff.

24 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 171 ff, 474 ff. Das erste Gerechtigkeitsprinzip lautet jetzt: „Each person has the same indefeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all“, *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 42 (im Wortlaut abweichend *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 5).

25 Der Grundsatz lautet jetzt: „Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and, second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society (difference principle); siehe *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 42 f; *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 6.

26 Siehe *Dworkin*, 10 Phil & Pub. Aff. 283 (1981); wieder abgedruckt in *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 65 ff.

27 *Dworkin*, 73 Iowa L. Rev. 1-2 (1987), wieder abgedruckt in *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 120 ff. Ein knapper Überblick und eine Kritik der Gleichheits-Freiheitsrelation bei *Gosepath*, Gleichheit in *Habermas'* und *Dworkins* Theorien der Gerechtigkeit, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 94, 107 ff.

28 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, III.

29 Grundlegend *Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 355 ff; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000.

30 Zu dieser Unterscheidung *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 64 f.

reich des Privatrechts“ jedoch ablehnten.³¹ Hier trafen ganz offensichtlich unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen aufeinander. Juristische Argumentation steckt in solchen Fällen in einer Zwickmühle: Eigentlich müsste der Jurist, der „den Boden des positiven Rechts unter seinen Füßen verliert, weil es um dessen Änderung geht, [...] mit Gerechtigkeit argumentieren können – und kann es nicht, weil die Idee der Gerechtigkeit auf Urteile über gleich und ungleich relativiert worden ist, die ihrerseits logisch abhängig sind von Interessen-, Wertungs- oder Funktionsentscheidungen“.³² *Gabriele Britz* hat daher vorgeschlagen, solchen Fragestellungen konsequent auszuweichen.³³ Das scheitert spätestens dann, wenn moralische Pflichten in rechtliche Verhaltensgebote transformiert worden sind.³⁴ Dann müssen wir als Juristen dazu juristische Antworten finden. In Gleichbehandlungsfragen müssen wir es permanent, die Normen lassen uns keine Wahl: „Vergleichbarkeit“, „Öffentlichkeit“, „Privatsphäre“, „Massengeschäft“, „sachlicher Grund“, „Angemessenheit“ – das sind nur einige Begriffe im dogmatischen Kontext des Gleichbehandlungsrechts. Im Verfassungsrecht ist man sich darüber im Klaren, dass die Anwendung des Gleichheitssatzes nur auf der Grundlage einer entsprechenden Verfassungstheorie konsistent erfolgen kann, die die Querbezüge zu moralphilosophischen Diskursen nicht ignoriert.³⁵ Die Grundrechtsdogmatik ist daher „an der systeminternen Herstellung von Gerechtigkeit [...] unter expliziter Bezugnahme auf rechtsphilosophische Gerechtigkeitskonzepte“³⁶ beteiligt. Dasselbe gilt aufgrund der strukturellen Parallele³⁷ auch für den an Private adressierten Gleichbehandlungsgrundsatz. Gleichbehandlungsrechte sind in ihrer Struktur davon unabhängig, ob der Adressat der Staat oder eine Privatperson ist.³⁸ Das Gleichheitsproblem tritt immer dann auf, wenn eine Ungleichbehandlung erfolgt.³⁹ Das Gleichheitsproblem besteht darin, dass die vorgenommene Differenzierung falsch sein kann.⁴⁰ Erst wenn die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann, fordert das Gleichbehandlungsrecht die gleiche Behandlung. Das ist sein normativer Gehalt.⁴¹

31 *Picker*, JZ 2003, 540; ähnlich auch *Ladeur*, 3 German L.J. Tz 3 (2002); näher zu diesem Aspekt der Debatte *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 396 ff.

32 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 133 f.

33 *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 396 ff, die hier für eine weitestgehende Zurückhaltung der Rechtswissenschaft plädiert.

34 Siehe *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, 174 f.

35 Dazu vorbildlich *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Rn. 24 ff.

36 *Schulte*, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 76.

37 Dazu oben § 7 II.

38 Siehe *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 199 [auch abgedruckt in *Somek*, Der Staat 43 (2004), 425 ff].

39 Dazu *Simons*, 65 B.U. L. Rev. 387 (1985).

40 *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 32.

41 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 199.

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 Ganzes⁷. 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*, Rechtslehre 1973, 131, 167.

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

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

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

7 *Luhmann*, Rechtslehre 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*, Rechtsstheorie 1973, 131, 143.

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

11 *Dreier*, Rechtsstheorie 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. Eine 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*, Rechtsstheorie 2007, Rn. 112.

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

von Recht und Unrecht.²⁰ Stellen die Operationen also *rechtliche* Geltungsbehauptungen 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’ aufgegebenen 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 „intervenierte“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, 1963.

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* versuchen, 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 *Poiarés 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 *Dworkin* „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 *Osterloh* 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 dienen.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 Spannungsvieles 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 „Vertragszugangsgerechtigkeit“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 gerechtigkeitstheoretisch 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.

benspartnerschaft mit der Wesensverschiedenheit zur Ehe zu begründen.¹⁸¹ Die Gerechtigkeit kraft sozialen Status ist ein überholtes Konzept. „Gerechtigkeit“ beinhaltet aber auch den Hinweis auf die „Irritabilität“ des Rechts von seiner vielfältigen sozialen und menschlichen Umwelt.¹⁸² „Irritabilität des Rechtssystems erfordert kognitive Offenheit“, weil „sich das Rechtssystem seiner Umwelt gegenüber öffnen muss, um Informationen aus dieser zu verarbeiten.“¹⁸³ Die Berücksichtigung sozialer Kontexte von Ungleichbehandlungen im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht ist ein paradigmatisches Beispiel für diese Öffnung.¹⁸⁴ „Damit kommen materielle Kriterien ins Spiel.“¹⁸⁵ Die Behauptung, dass eine prozedurale Theorie keine Inhalte mehr zuließe,¹⁸⁶ trifft also nicht zu. Die innere Konsistenz des Rechts muss im sozial adäquaten Verhältnis zu seiner Umwelt stehen.¹⁸⁷ Die systeminterne Gerechtigkeit verlangt vom Recht, dass es auf die unterschiedlichsten Anforderungen von außen sensibel antwortet.¹⁸⁸ Es verlangt von ihm, für diese Zwecke Rezeptoren bereitzuhalten, mit denen Umweltreize wahrgenommen und im System verarbeitet werden können. „Gleichzeitig aber tritt eine operative Geschlossenheit des Rechtssystems hinzu“, weil das Recht „zur Herstellung eigener Operationen“ auf die Anknüpfung an vorangegangene Operationen angewiesen ist.¹⁸⁹ Mit dieser Geschlossenheit „bewahrt es in der offenen Auseinandersetzung mit der Umwelt seine ‘Identität’“¹⁹⁰ und behält die Kontrolle darüber „in welcher Dosis und in welcher Form gesellschaftliche Ereignisse und Zumutungen Berücksichtigung finden“¹⁹¹. Gerechtigkeit wird im Rechtssystem zur „rechtsimmanente[n] Gerechtigkeit“.¹⁹² Sie vereinnahmt, verändert und begrenzt die absoluten Geltungsansprüche von Politik, Wirtschaft und Moral im Recht.¹⁹³ Das hat Auswirkungen auf jede Rezeption (moralphilosophischer) Gerechtigkeitstheorien im Recht: Sie verlieren ihren Universalitätsanspruch und man landet „letztlich bei fragmentierten Gerechtigkeiten.“¹⁹⁴ Mit die-

181 Dazu grundlegend BVerfGE 124, 199.

182 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 225.

183 Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 82.

184 Dazu oben § 6 VIII 1.

185 Teubner, Dreiers Luhmann, in: Alexy, Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, 2005, 199, 201.

186 So Kaufmann, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989, 11 gegen Luhmann.

187 Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 17.

188 Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 17; kritisch Ladeur, ZfRSoz 2008, 109 ff, der für eine stärkere Geschlossenheit des Rechts plädiert.

189 Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 82.

190 Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 82.

191 Di Fabio, Das Recht offener Staaten, 1998, 150.

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

193 Zur Veränderung moralischer Begriffe nach Positivierung im Recht siehe Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit, 2004, 198 f.

194 Teubner, ZfRSoz 2008, 9, 13.

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 audiatur*: 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 Komplementäerscheinung 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 umweltaidäquat 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 ablageren 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/Grabenwarter, 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: Pau-er-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 Gleichbehandlungspräsomption 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 Mitteln 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 Präsumption 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 *Steinvorth*, *Gründe von Gleichheitsforderungen*, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, *Freiheit, Gleichheit und Autonomie*, 2003, 165, 168 f.

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

304 Oben § 2 III 3.

305 Siehe § 2 III 3.

306 *Steinvorth*, *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 Präsuumtion der Gleichbehandlung.³⁰⁸ Danach ist eine Gleichbehandlung geboten, wenn es keinen zureichenden Grund für die Erlaubtheit einer Ungleichbehandlung gibt.³⁰⁹ Diese Präsuumtion 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 Präsuumtion 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 Präsuumtion auszugehen. Dabei muss man im moralphilosophischen Diskurs drei Begründungsschritte trennen: (1.) Auf welcher moralphilosophischen Grundlage lässt sich ein Gleichbehandlungsprinzip begründen? (2.) Warum ist die Präsuumtion 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 Gleichheitspräsuumtion 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 *Chemerinsky*, 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 Diskriminierungsschutz, 2010, 134 ff, die sich wesentlich auf das Begriffsverständnis *Fraser*s stützt.

gung bedarf.³⁴⁹ Diesen Maßstab liefert die Präsumption 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 Präsumption ist eine Regel, die eingreift, wenn es keinen (erlaubten) Grund gibt, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Das ist eine schwache Formulierung der Präsumption.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 Präsumption 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 Präsumption 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 Gleichbehandlungspräsumption 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/Höfling, 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 Pasant 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 Komplementärserscheinungen 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 Rechte“³⁷³. 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 Abstraktion 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 relationalen“³⁹⁴ 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 verletzbar 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 zugestehen 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 Gerechtigkeitssensoren 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 doctrine⁴²⁷ 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 löst 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 Gerechtigkeitsanforde-

435 Dazu oben § 6 VI 2 b).

436 Klarend *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 knappen 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 vorzugswürdig 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 Gerechtworden“ 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 Bürgschaftsentscheidung 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 Bürgschaftsentscheidung 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.

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

III. Freiheitsrechtliche Einwände gegen Gleichbehandlungspflichten Privater

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

1. Privatautonomieargument

a) Unfreiheitsvermutung?

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

⁵⁰² § 8 II 4 c) (2).

⁵⁰³ § 8 II 4 c) (3).

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

² Dazu bereits oben § 2 III.

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

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

Die Prämisse, dass jede Person selbst bestimmen kann, wie sie mit anderen Mitgliedern der Gesellschaft rechtsverbindlich agiert, ist genuin freiheitswährend. Mit der Verabschiedung des AGG hörten besorgte Stimmen daher „die Totenglocke des Privatrechts“ läuten.⁴ Die Legitimation der Diskriminierungsverbote wurde aus rechtspolitischen, rechtsphilosophischen, ökonomischen und verfassungsrechtlichen Gründen angezweifelt. Man fürchtete, dass zivilrechtliche Diskriminierungsverbote den Grundsatz der Privatautonomie weit zurückdrängen und damit letztlich aushöhlen würden.⁵ Die gesamte Debatte kreist um den scheinbar vertrauten Begriff der Privatautonomie und liest sich regelmäßig so, als ob feststünde, was Privatautonomie sei: ein Fixstern des Privatrechtssystems⁶ – aber was bedeutet das? Eine wirkliche Verständigung über den genauen Sinngehalt von „Privatautonomie als Rechtsbegriff“⁷ ist ausgeblieben.⁸ Wir wissen, dass sie ein Anwendungsfall des Prinzips personaler Freiheit⁹ ist. Das Bundesverfassungsgericht sieht in ihr ein „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“, das es den Vertragspartnern ermöglicht, ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich zu gestalten.¹⁰ Das lässt vieles offen. In der Not sucht man nach einem „Bannerträger der Privatautonomie“¹¹ und wird bei *Werner Flume* fündig: „Für den Bereich der Privatautonomie gilt der Satz: stat pro ratione

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

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

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

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

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

8 *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, 89.

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

10 BVerfGE 81, 242, 254.

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

voluntas.“¹² „Kantig und fast monumental“¹³ sind die von *Flume* formulierten Leitsätze, auf die sich die Kritiker der Gleichbehandlungspflichten¹⁴ stützen:

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

Folgt man dem, sind Diskriminierungsverbote im speziellen und Gleichbehandlungspflichten im allgemeinen nicht zu retten. Gleichbehandlung unter Privaten führe unweigerlich zum Ende der Privatautonomie.¹⁶ Sie unterstellten eine Vertragspartei „einem Gleichheitsregime ähnlich dem, das schon von Verfassungen wegen für die öffentliche Gewalt gilt“.¹⁷ Aus dieser Gegenüberstellung zum Staat wird dann im Umkehrschluss geradezu das Gegenteil behauptet: Die rechtsgeschäftlichen Entscheidungen privater Akteure dürften grundsätzlich auf unsachlichen Differenzierungen beruhen und es sei ihnen erlaubt, aufgrund der Merkmale zu diskriminieren, an die anzuknüpfen dem Staat grundsätzlich verboten ist.¹⁸ Getragen wird dieser Gedanke von einer bestimmten Privatrechtskonzeption. Darin werden Gleichbehandlung und Privatautonomie als gegenläufige Prinzipien wahrgenommen¹⁹ und der Freiheit der Vorrang vor der Gleichheit eingeräumt.²⁰ *Richard Epstein* bezeichnet deshalb das Nichtdiskriminierungsrecht als „antithesis of freedom of contract“.²¹ Gleichbehandlungspflichten seien die rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmen von diesem Grundsatz. In ihnen wird zwangsläufig eine „Fremdbestimmung von oben“ gesehen, welche die „Selbstbe-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22 Reichold, JZ 2004, 384, 387.

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

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

25 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 8 aE.

*Verhaltensweisen eine Unfreiheitsvermutung, die der Handelnde durch Rechtfertigung widerlegen muss.*²⁶

Das Prinzip der personalen Gleichheit kann das Argument der Unfreiheitsvermutung teilweise bereits auf der Grundlage der Prämisse negativer Freiheit²⁷ widerlegen. Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard ist bewusst freiheitsrechtlich konzipiert.²⁸ An die Rechtfertigung selbstbestimmter Entscheidungen der eigenen Lebensverhältnisse in persönlicher Hinsicht stellt das Modell die niedrigstmöglichen Rechtfertigungsanforderungen, indem es sie auf „Null“ reduziert. In diesen Fällen wird vom ungleich Behandelnden gar keine Rechtfertigung für sein Handeln verlangt. Die Präsomtion der Gleichbehandlung weicht der Freiheitsvermutung. Voraussetzung dafür, dass diese Kollisionsregel eingreift, ist ein Handeln in der Privatsphäre. Damit muss sich das Modell mit dem Trennungsargument II auseinandersetzen. Die Trennung von Staat und Gesellschaft wird in den Konzeptionen zur „Privatrechtsgesellschaft“ regelmäßig mit dem Privatautonomieargument gleichgesetzt.²⁹ Darin liegt nach meiner Auffassung eine problematische Verengung des Trennungsarguments auf wirtschaftliche Zusammenhänge. Das Trennungsargument gewinnt eigenständige Bedeutung, wenn man den Blick von der rechtlichen Autonomie abwendet und ihn stattdessen auf den notwendigen Schutz der primär persönlichen Selbstbestimmung als ethische Person fokussiert.³⁰ Vereinfachend ausgedrückt: Autonomie ≠ Autonomie. Die Privatsphäre umschreibt einen Bereich, den das Recht dem einzelnen Mensch in seiner Individualität und zum Schutz dieser Einzigartigkeit zuweist, indem es ihm Kompetenz einräumt, den Zugang dazu zu kontrollieren.³¹ Im Vergleich dazu ist das Marktverhältnis³² eine „Zone verdünnter Freiheit“³³. Das Individuum wird dort zur Person und damit zum Funktionsträger rechtlicher Zuschreibungen. Die unterschiedliche soziale Funktion, die dem privatautonomen Handeln hier zukommt, erlaubt es nach meiner Auffassung, die Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe zu verschärfen. Aber auch hier bleibt es zunächst bei Rechtfertigungsanforderungen „nahe Null“: Der Hinweis auf die Ausübung privatautonomer Freiheiten genügt.³⁴ Auch in diesen Fällen kann man nicht ernsthaft von einer Unfreiheitsvermutung sprechen. Zu dieser kommt es erst,

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

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

28 Dazu oben § 7 IV 3 a).

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

30 Dazu unten § 8 III 2 c).

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

32 Zum Begriff oben § 7 IV 3 f) (2).

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

34 Siehe § 7 IV 3 f) (2).

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

b) Gleichbehandlungsrecht als Ausdruck der Materialisierung?

Der – auf Max Weber (1864-1920) zurückgehende³⁷ – Begriff der „Materialisierung“ hat in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine steile Karriere hingelegt: Maßgeblich dafür war die – heute weitgehend widerlegte³⁸ – Auffassung Franz Wieackers zur Privatrechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts.³⁹ Von ihm stammt die Aussage, das Reichsgericht habe im 20. Jahrhundert „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“.⁴⁰ Eine wesentliche Bedeutung in der Rezeptionsgeschichte kommt der Übernahme der Wieackerschen Grundlinien von Ludwig Raiser in seinem 1958 veröffentlichten Beitrag über „Vertragsfreiheit heute“⁴¹ zu. Der Widerhall davon findet sich in der „Krise des liberalen Vertragsdenkens“⁴² der 1970er Jahre und führt schließlich zum ausdrücklichen Zitat in der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.⁴³ Jürgen Habermas exemplifiziert an ihm seine These von der Bedeutung der Rechtsparadigmata⁴⁴ und verweist ausdrücklich auf den Wieackerschen Bei-

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

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

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

38 Siehe zu den Nachweisen oben § 2 III 3.

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

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

41 Raiser, JZ 1958, 1, 2.

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

43 BVerfGE 89, 214, 233.

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

trag⁴⁵ und für *Claus-Wilhelm Canaris* dient er 100 Jahre nach Inkrafttreten des BGB „als erhellendes Kriterium für einen Rückblick wie eine Standortbestimmung“.⁴⁶ Die Privatrechtsdiskussion scheint schon seit geraumer Zeit im Kern mit der Aufgabe beschäftigt zu sein, wie formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit im Vertragsrecht vereinbart werden können.⁴⁷ Gegenstand der Materialisierungsdebatte ist die klassische Frage, ob der (formale) Grundsatz gleicher Rechtsfähigkeit angesichts der unterschiedlichen realen Handlungsspielräume der einzelnen Personen als Verteilungsgrundsatz von Gütern in der Gesellschaft genügt.⁴⁸ Formale Vertragsfreiheit ist die jedem Rechtssubjekt eingeräumte Möglichkeit, sich ohne das Bestehen rechtlicher Hindernisse vertraglich binden zu können. Materiale Vertragsfreiheit bezieht sich auf die tatsächliche Entscheidungsfreiheit, die nur gegeben ist, „wenn alle Vertragsbeteiligten real die Freiheit genießen, über die Annahme eines Vertragsangebots frei zu entscheiden und über den Inhalt des Vertragswerks mitzubestimmen“⁴⁹. Damit werden die Beeinträchtigungen in tatsächlicher Hinsicht erfasst, sowohl von außen herangetragene faktische Hindernisse als auch in der Person liegende Gründe, die insgesamt dazu führen, dass der Vertrag nicht Ausdruck realer wirtschaftlicher Selbstbestim-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

60 *Eichenhofer*, JuS 1996, 857.

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

62 BVerfGE 89, 214, 233.

rechtfertigten Vertragsverweigerung.⁶³ Das Argument, zur Vertragsfreiheit gehöre auch die Möglichkeit, Verträge tatsächlich abschließen zu können⁶⁴ ist nur partiell tauglich, privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten zu erklären. Damit kann man die Einschränkung der Privatautonomie nur rechtfertigen, wenn die ungleich behandelte Person auf die vertragliche Leistung angewiesen ist und keine zumutbare Ausweichoption besitzt.⁶⁵ Das sind die Voraussetzungen, in denen man über einen allgemeinen Kontrahierungszwang nachdenkt.⁶⁶ Gleichbehandlungspflichten gehen aber darüber hinaus. Sie stellen Begründungsanforderungen an privates Verhalten und bewirken mit der Einrichtung von Diskriminierungsverboten, dass die Ungleichbehandlung nicht unter Rückgriff auf bestimmte Merkmale einer Person gerechtfertigt werden kann. Gleichbehandlung will nicht in erster Linie die Teilhabe aller an der Distribution von Gütern sichern.⁶⁷ „Ziel der Diskriminierungsverbote ist vielmehr der Schutz bestimmter Personen vor Benachteiligung als solcher.“⁶⁸ Damit entfernt man sich von den Begriffen „frei und sozial“⁶⁹, die Gegenstand der eigentlichen Materialisierungsdebatte sind. Bei Gleichbehandlungsfragen geht es um das Begriffspaar „frei und gleich“. Beides lässt sich nicht ganz streng trennen. Vor allem wenn Gleichheit sozial impliziert wird und „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ – so der Text in den Richtlinien der Union – betrifft, scheint der Freiheitsbezug im Vordergrund zu stehen.⁷⁰ Sieht man das so, sind diese Gleichheitsfragen schlagartig gelöst, sobald gleichwertiger Zugang und Versorgung über einen anderen Anbieter am Markt gewährleistet sind. Sofern also der Wettbewerb funktioniert, bestünde kein Gleichheitsproblem. Dem geltenden Nichtdiskriminierungsrecht fehlt aber dieser Wettbewerbskonnex. Die Diskriminierung eines Marktteilnehmers ist verboten, unabhängig davon, ob am Markt Ausweichmöglichkeiten bestehen.⁷¹ Man sollte das Nichtdiskriminierungsrecht daher nicht als Antwort auf das zweite Freiheitsproblem lesen. Zugleich verfehlt man den Zweck des europäischen Nichtdiskriminierungsrechts, wenn man es als eine „sozialpolitische Inpflichtnahme des Privatrechts“ versteht. *Alexander Somek* hat jüngst darauf aufmerksam gemacht, dass es nicht „the core of a social model“ bilden könne.⁷² Konstruiert man Nichtdiskriminierungsrecht, wie hier vorge-

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

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

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

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

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

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

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

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

71 Dazu § 6 II 2 b) (2).

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

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

Die Gegenüberstellung formal/material ist wissenschaftlich reizvoll und zugleich problematisch. Solche Ansätze laufen Gefahr, mit dem Begriff „formal“ komplexe Zusammenhänge vereinfachend zu etikettieren und sie jetzt zu verbessern, indem „irgendetwas Materiales“ hinzugefügt wird.⁷⁵ Daher ist man sich auch nicht darüber einig, ob die Dichotomie sinnvoll ist⁷⁶ oder ob sie nicht doch auf einer Übertreibung beruht⁷⁷. Der Gefahr kann man entgehen, wenn man die Begriffe „formal“ und „material“ als analytische Werkzeuge verwendet, um die dahinter stehenden unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten privatrechtlicher Probleme zu strukturieren.⁷⁸ Dann kann man zwischen dem „Prinzip formal-abstrakter Gleichheit“⁷⁹ und einem „materialen“ Prinzip personaler Gleichheit unterscheiden. Der Unterschied wird bei den Diskriminierungsmerkmalen deutlich: Das Prinzip formal-abstrakter Gleichheit erklärt nur die Lebensumstände, Fähigkeiten und Verhaltensweisen für rechtlich relevant, die den Ablauf der Austauschbeziehung unmittelbar tangieren.⁸⁰ In jeder übrigen Hinsicht abstrahiert es den Menschen zur Person.⁸¹ Diskriminierungsverbote machen diese Besonderheiten des Individuums, die von der Umwelt des Rechts, beispielsweise im Wirtschaftssystem, wahrgenommen werden, auch im Rechtssystem wieder sichtbar. Das Prinzip formal-abstrakter Gleichheit insistiert im Recht darauf, „ohne Ansehung“ der Person zu entscheiden. Die Umwelt differenziert dagegen „in Ansehung“ der Person. Bliebe es dabei, würde das Recht seine Neutralität gegenüber den anderen Funktionsbereichen der Gesellschaft verletzen. Mit seiner Blindheit sorgte es nämlich dafür, dass die Differenzierung eines anderen Teilsystems rechtlich geschützt wird und damit zum Ausschluss des „Menschen“, genauer: der „Person“ als Stellvertreter des Menschen im Recht⁸² oder zum Zwang zur Anpassung führt. Diskriminierungsverbote sorgen also dafür, dass Justitia ihre

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

74 Siehe oben § 2 III 3.

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

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

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

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

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

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

81 Dazu oben § 2 III 2.

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

Augenbinde⁸³ abnehmen muss, damit sie den Anforderungen juristischer Gerechtigkeit genügt.⁸⁴ Man kann daher das Prinzip der personalen Gleichheit so konzipieren, dass es *in Ergänzung der formalen Privatautonomie* die Funktionsbedingungen selbstbestimmter Entscheidungen am Markt gewährleistet.⁸⁵ So verstanden, ist das hier vorgeschlagene Prinzip personaler Gleichheit Bestandteil einer materialen Gleichbehandlungskonzeption.⁸⁶ Seine prozedurale Einbettung⁸⁷ ist zugleich der Versuch, der Paternalismusgefahr materialer Paradigmen⁸⁸ auszuweichen.

c) Kompetentielle Freiheit

Nach wie vor überwiegt in privatrechtsdogmatischen Diskursen die Vorstellung, „dass das BGB in seiner ursprünglichen Fassung der Privatautonomie einen fast uneingeschränkten Spielraum eröffnete.“⁸⁹ Privatrechtshistorisch ist das Bild vielschichtiger, komplizierter. Jedenfalls wurde Privatautonomie – genauer: Vertragsfreiheit – im historischen Kontext des 19. und frühen 20. Jahrhunderts im Wesentlichen nicht als unbeschränkte Freiheit der Person verstanden.⁹⁰ Die Geschichte der Privatautonomie ist die ihrer Beschränkung.⁹¹ Die Stichworte lauten daher: „Privatautonomie und ihre Grenzen“⁹² oder „Grenzen der Privatautonomie“⁹³. Es kann immer nur darum gehen, wie weit die Freiheit reicht, wo ihre Bindungen einsetzen und wer die Grenzen setzt. Das kann man beim auserkorenen Bannerträger der Privatautonomie, *Flume*, nachlesen: „Soweit die Selbstbestimmung der Privatautonomie gilt, gibt es keine Fremdbestimmung“ und nur „soweit die Anerkennung [durch die Rechtsordnung] reicht“, gilt die privatautonome Gestaltung⁹⁴. Weil der privatautonome Akt als solcher nicht Recht sei,

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

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

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

86 Siehe dazu bereits oben § 1 III.

87 Siehe oben § 7 I 2 c.).

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

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

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

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

92 *Petersen*, Jura 2011, 184.

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

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

aber „die durch ihn bewirkte Gestaltung Rechtsens sein soll [...] bestehen die vielfachen inhaltlichen Bestimmungen und Begrenzungen der Rechtsordnung für das privatautonome Handeln, so daß die Privatautonomie nur in dem festen Gefüge der Rechtsordnung wirken kann“⁹⁵. Damit ist der eigentümliche Zusammenhang von Freiheit und „Rechtsordnungsabhängigkeit“⁹⁶ angesprochen, in dem Privatautonomie steht: Privatautonomie ist keine apriorische oder „natürliche“, sondern normativ konstituierte Freiheit.⁹⁷ Das kommt in der klassischen Definition der Privatautonomie als „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“⁹⁸ nur unzureichend zum Ausdruck. Die einzelne Person kann rechtlich nur dann gestalten, wenn die Rechtsordnung ihr Gestaltungsmittel dafür zur Verfügung stellt. Die Autonomie des Einzelnen bedarf des Rechts, um sich rechtlich verwirklichen zu können. Dieser Zusammenhang kommt besser zum Ausdruck, wenn man Privatautonomie als kompetentielle Freiheit beschreibt:⁹⁹ Unter Privatautonomie verstehen wir die Summe der Möglichkeiten, eine rechtliche Situation zu ändern oder nicht zu ändern, indem eine Person rechtliche Kompetenzen¹⁰⁰ in einer bestimmten Weise selbstbestimmt ausübt oder nicht ausübt.¹⁰¹ Die Rechtsordnung¹⁰² weist dem Rechtssubjekt die Fähigkeit zu, durch sein Verhalten Rechtsfolgen herbeizuführen.¹⁰³ Sie erkennt die dadurch hervorgebrachten tatsächlichen Änderungen in der Umwelt als rechtlich verbindlich an.¹⁰⁴ Als Rechtsgeschäft existiert diese Handlung aber nur in den Formen und mit den Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung zur Verfügung

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

96 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 308.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Konstitutive Freiheitsbegründung durch Recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Das damit angesprochene Problem wird mit einer Rekonstruktion der Privatautonomie als dreistellige Freiheitsrelation¹¹⁶ des Rechts deutlich. Freiheitsträger ist das Rechtssubjekt, die Person. Freiheitsgegenstand ist die Möglichkeit der Person, „wählen zu können, ob und in welcher Weise sie ihre rechtlichen Beziehungen durch rechtsverbindliche private Vertragsvereinbarungen“ regelt.¹¹⁷ Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung des Freiheitshindernisses. Hier wirkt sich der Unterschied zwischen natürlichen und normativ konstituierten Freiheiten aus. Die sogenannten „natürlichen“ Freiheiten sind Vorgänge in der Umwelt des Rechts: ausreisen, Tauben füttern, Reiten im Walde.¹¹⁸ Der Freiheitsträger kann diese Freiheitsgegenstände ohne weiteres verwirklichen. Anders verhält es sich bei normativ konstituierten Freiheiten wie der Privatautonomie.¹¹⁹ Weil Privatautonomie eine *rechtliche* Kompetenz des Freiheitsträger ist, ist die Verwirklichung des Freiheitsgegenstandes zwangsläufig auf positivrechtliche Normen angewiesen: Freiheit gibt es nur *durch* das Recht und in den Formen des Rechts. Das Recht konstituiert den Freiheitsgegenstand. Wie kann es dann gleichzeitig ein Freiheitshindernis sein?

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

113 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 168, 169.

114 Bachmann, Private Ordnung, 2006, 73 f.

115 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 171 f.

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

117 Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, 75.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Fragen (1) und (1') können mit wenigen Worten bejaht werden.¹²⁹ Die Rechtsordnung ist so auszugestalten, dass den Akteuren grundsätzlich rechtliche Handlungskompetenzen eingeräumt werden, deren Ergebnisse letztlich mit staatlicher Macht auch durchsetzbar sein müssen. Damit gewährleistet das Recht, dass es seiner genuinen Aufgabe nachkommen kann, normative Erwartungen zu stabilisieren. Andererseits rechtfertigt sich erst dadurch das staatliche Gewaltmonopol.¹³⁰ Schwierigkeiten bereiten die Antworten auf die Fragen (2) und (2'). Sie zielen auf das Problem der Gesetzesabhängigkeit: Das verfassungsrechtliche Schutzgut der Privatautonomie setzt zwingend eine Konstituierung durch das einfache Recht voraus. Darin liegt das Kernproblem der Privatautonomie als Grundrecht: Wie kann eine rechtlich konstituierte Freiheit den Gesetzgeber binden, der die Freiheit erst konstituiert?¹³¹ Dabei sind drei Konstellationen zu unterscheiden:¹³² (a) Die Rechtsordnung hat einem Grundrechtsträger bereits eine konkrete Rechtsposition zugeordnet. Dann kann man die rechtliche Einwirkung auf diesen Bestand unproblematisch als Freiheitshindernis und grundrechtsdogmatisch als Anwendungsfall des Abwehrrechts¹³³ auffassen. Das gilt beispielsweise wenn die öffentliche Gewalt bereits abgeschlossene Verträge nachträglich einer Änderung unterzieht.¹³⁴ (b) Eine bestehende normative Ordnung eines Freiheitsgegenstandes wird als ungenügend empfunden oder es besteht ein Bedürfnis neuer Freiheitsgegenstände. Hier liegt kein abwehrrechtlich zu behebender Grundrechtseingriff vor,¹³⁵ sondern ein Anwendungsfall grundrechtlicher Schutzpflichten. Ein Beispiel dafür ist der Schutz der Interpretenleistung in §§ 73 ff UrhG.¹³⁶ (c) Problematisch ist der dritte Fall: Können den Grundrechten Maßstäbe für die Ausgestaltung des normgeprägten Lebensbereichs entnommen werden? Ist eine partielle Neugestaltung privatrechtlicher Sachverhalte ein Freiheitshindernis und daher Gegenstand eines grundrechtlichen Abwehrrechts? Die Fragestellung hat erhebliche Brisanz sowohl für die gesetzliche Einführung punktueller Diskriminierungsverbote als auch für die hier vorgeschlagene Konzeption

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

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

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

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

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

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

134 BVerfGE 95, 267, 303 f mwN.

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

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

eines *prima facie* Gleichbehandlungsanspruches mit anschließenden Rechtfertigungspflichten.

(2) Die Wiederkehr der „natürlichen Freiheit“

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

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

Daraus folgt, dass man Diskriminierungsverbote nicht mit dem Argument bekämpfen kann, sie verletzen die Privatautonomie. Diese Privatautonomie wird nämlich vom einfachen Recht definiert als die Differenz von Willkürfreiheit minus Diskriminierungsverbot. Das ist für die meisten kontraintuitiv¹³⁸ und verfassungsrechtlich nicht einleuchtend. Sie entscheiden sich deshalb für eine paradoxe Lösung: Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis sind *zugleich* rechtlich determiniert. Das Recht gibt Freiheit und nimmt sie zugleich. Die Paradoxie fällt nicht sofort auf, weil man bezüglich Freiheitsgegenstand und Freiheitshindernis die Frage (2) und die Frage (2') trennt: Die freiheitssichernde Wirkung des Rechts wird auf verfassungsrechtlicher Ebene angesiedelt, während die freiheitsentziehende Wirkung im einfachen Recht lokalisiert wird. Ein Beispiel dafür ist die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des BGB über die Geschäftsfähigkeit von Personen: Die „natürliche Willensäußerung“ eines Geschäftsunfähigen ist im Recht folgenlos, weil sie nicht an die dort geltenden Regeln zur Geschäftsfähigkeit anknüpfen kann, § 105 BGB. Vom Standpunkt des einfachen Rechts aus betrachtet, liegt damit keine rechtliche Operation vor. Dasselbe würde gelten, wenn es die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erst mit Erreichen des 25. Lebensjahres festlegte.¹³⁹ Anders dagegen, wenn man die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie so interpretiert, dass sie ein verfassungsrechtliches Abwehrrecht gegen diese „Nichtanerkennung“ des natürlichen Wil-

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

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

¹³⁹ Canaris, JZ 1987, 993, 995.

lens enthält.¹⁴⁰ Dann sind beide Entscheidungen des einfachen Gesetzgebers verfassungswidrig. Gerade das von *Canaris* gewählte Beispiel des Geschäftsunfähigen weist auf die Schwierigkeiten dieses Ansatzes hin. Das Bundesverfassungsgericht geht nämlich davon aus, dass der einfache Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage hat, welche Personengruppen die erforderliche Selbstbestimmungsfähigkeit besitzen, um eine selbstbestimmte und selbstverantwortete Erklärung mit rechtlichen Wirkungen abgeben zu können.¹⁴¹ Erst die einfachrechtliche Ausgestaltung verschafft den notwendig abstrakten Grundprinzipien des Schuld- oder Erbrechts konkrete Gestalt.¹⁴² Wer dann die vom einfachen Recht aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt, kann rechtlich nicht handeln. In einer strikten Konzeption der Testierfreiheit als rechtlich konstituierte Freiheit wäre die im einfachen Recht als testierunfähig behandelte Person auch nicht in ihrem subjektiven Grundrecht als Abwehrrecht verletzt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Konsequenz – im Unterschied zu Kindern und Jugendlichen – für den schreibunfähigen stummen Menschen freilich nicht gezogen: „Der Gesetzgeber darf das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip zwar konkretisieren, nicht aber unverhältnismäßig beschränken.“¹⁴³ Diese These geht von der Prämisse aus, dass man das einfache Recht am Maßstab des Verfassungsrechts überprüfen kann. Das zwingt dazu, zwischen der einfachrechtlichen Ausgestaltung der Privatautonomie einerseits und dem verfassungsrechtlichen Begriff andererseits zu unterscheiden. In Anlehnung an den Naßauskiesungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts¹⁴⁴ kann man diese Prämisse so beschreiben: Der Begriff der von der Verfassung gewährleisteten Privatautonomie muss aus der Verfassung selbst gewonnen werden. Aus Normen des einfachen Rechts, die im Range unter der Verfassung stehen, kann weder der Begriff der Privatautonomie im verfassungsrechtlichen Sinn abgeleitet, noch kann aus der privatrechtlichen Rechtsstellung der Umfang der Gewährleistung der konkreten Privatautonomie bestimmt werden. So operierte das Gericht auch im Fall der Testierunfähigkeit schreibunfähiger Stummer. Es definierte den verfassungsrechtlichen Begriff der Testierfreiheit *ohne* Rückgriff auf die einfachrechtliche Testierfreiheit. Dieser Vorgang ist bei normativ konstituierten Freiheitsrechten alles andere als selbstverständlich und gleichzeitig für die effektive Bindung des Gesetzgebers an verfassungsrechtliche Grenzen unabdingbar. Dieses Paradox verschwindet regelmäßig im Stufenbau der Rechtsordnung. Gerade des-

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

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

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

143 BVerfGE 99, 341, 352.

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

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

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

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

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

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

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

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

149 So Canaris, JZ 1987, 993, 995.

150 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 311.

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

(3) Rechtsinstitut Privatautonomie?

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

Die entscheidende Prägung erfuhr diese Lehre von *Carl Schmitt* (1888-1985);¹⁵⁷ während der heute übliche Begriff „Einrichtungsgarantie“ von *Friedrich Klein* stammt¹⁵⁸. Durchgesetzt hat sich dieses Konstrukt erst nach 1945 unter der Geltung des Grundgesetzes.¹⁵⁹ Eine zentrale Rolle für seine Entdeckung spielte das Eigentum, das ebenfalls dem Dilemma ausgeliefert ist, einerseits „natürliche Freiheit“ und andererseits rechtlich konstituiert zu sein. Nach *Schmitt* ist

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

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

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

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

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

156 Siehe dazu die Ausführungen unten im Text zum Eigentumsbegriff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

garantieren.¹⁷⁰ Mit der Institutsgarantie wird traditionell auch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie erklärt.¹⁷¹ Sie sei ein vorhandener zivilrechtlicher Normkomplex mit sozial-tatsächlichem Hintergrund; insbesondere die Vertragsfreiheit sei als soziales Institut unverzichtbar.¹⁷² Damit verwechselt man zwei Kategorien: Vertragsfreiheit ist sicherlich ein privatrechtlicher Grundbegriff¹⁷³. Sie ist deshalb aber noch kein der Ehe¹⁷⁴, dem Eigentum¹⁷⁵ oder dem Erbrecht¹⁷⁶ vergleichbares Rechtsinstitut.¹⁷⁷ Sie kann allenfalls ein bestimmendes Element dieser Institute sein. So ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Testierfreiheit ein bestimmendes Element der Institutsgarantie „Erbrecht“.¹⁷⁸ Dasselbe gilt für die Bereitstellung von Verfügungsmöglichkeiten als Bestandteil des Rechtsinstituts „Eigentum“¹⁷⁹ und die Partnerwahlfreiheit als Bestandteil des Rechtsinstituts „Ehe“. Die „Ehe“ verdeutlicht den Unterschied zwischen Institutsgarantie und bestimmendem Element. Die institutionelle Gewährleistung eines Rechtsinstituts stellt den daran Beteiligten ein „Gehäuse“ zur Verfügung.¹⁸⁰ Die Partnerwahlfreiheit als bestimmendes Element dieses Instituts ist inhaltlich an die damit vorgegebene Struktur gebunden. Weil der verfassungsrechtliche Begriff¹⁸¹ der „Ehe“ als Institut auf eine rechtlich gesicherte Partnerschaft zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts beschränkt ist, bleibt die auf Begründung einer Ehe gerichtete Erklärung zweier Personen gleichen Geschlechts wirkungslos.¹⁸²

Die Vorstellung der Privatautonomie als verfassungsrechtlich garantiertes Rechtsinstitut birgt „das Risiko der Zementierung vorhandener gesellschaftlicher Realitäten“¹⁸³, die sich im *status quo* einer Rechtsmaterie niedergeschlagen haben¹⁸⁴. Diese Gefahr realisiert sich, wenn man die These vom grundrechtlichen Normbestandsschutz teilt. Danach fiele der gesamte im einfachen Recht vorhan-

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

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

172 Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 305.

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

174 BVerfGE 105, 313, 343 ff.

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

176 BVerfGE 112, 332, 349.

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

178 BVerfGE 112, 332, 348.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

190 BVerfGE 50, 290.

191 BVerfGE 50, 290, 354.

192 BVerfGE 50, 290, 355.

193 BVerfGE 50, 290, 355.

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

(4) Privatautonomie im multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis

Die moderne Grundrechtsdogmatik verortet die Privatautonomie daher im Dreieck zwischen Institutsgarantie bzw. kompetentieller Gewährleistungsdimension der Grundrechte,¹⁹⁵ Abwehrrecht¹⁹⁶ und Schutzpflichten.¹⁹⁷ Bei den Schutzpflichten kann man zwischen rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Schutzpflichten differenzieren: Erstere schützen vor Beeinträchtigungen, die von privaten Akteuren ausgehen, während unter der zweiten Kategorie die (staatlichen) Maßnahmen fallen, mit denen die tatsächlichen Voraussetzungen für die Freiheitsausübung geschaffen werden.¹⁹⁸ Die Auswirkungen dieser Konstruktion zeigt die Bürgschaftsentscheidung:¹⁹⁹ Das Urteil, mit dem der Anspruch der Bank gegen die Bürgin abgewiesen wird, ist ein Eingriff in die Vertragsfreiheit der Gläubigerbank, der aufgrund der dem Staat der Bürgin gegenüber geschuldeten Pflicht gerechtfertigt ist, deren Selbstbestimmungsrecht zu schützen.²⁰⁰ Diese Konstruktion wird vom Zivilrecht bereitwillig rezipiert;²⁰¹ vielleicht etwas zu schnell.

aa) Abwehrrechtliche Konstruktion

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

194 Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 32.

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

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

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

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

199 BVerfGE 89, 214.

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

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

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

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

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

202 Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 137.

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

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

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

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

207 BVerfGE 58, 300, 335 f.

208 BVerfGE 24, 367, 389.

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

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

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

212 BVerfGE 58, 300, 335.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

normgeprägten Grundrechts hat.²²⁶ Das ist bei der Privatautonomie der Autonomiegedanke. Darauf hat das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlich vorgegebenen Inhalt von Privatautonomie mehrfach zurückgeführt: Privatautonomie sei das „Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen“²²⁷; „Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die Privatautonomie als ‘Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben’“²²⁸ und es gewährleiste dem Einzelnen „das Recht, Verträge grundsätzlich so abzuschließen, wie er es wünscht“.²²⁹ Den Ausschluss der Testierfähigkeit schreibunfähiger Stummer prüfte es anhand der „für die Testamentserrichtung erforderliche[n] Einsichts- und Handlungsfähigkeit“²³⁰. Das konnte kein systeminterner rechtlicher Maßstab sein: Das einfache Recht verneinte genau diese Frage. Indem das Gericht darauf hinwies, dass es schreib- und sprechunfähige Personen gebe, die über die für eine Testamentserrichtung erforderliche intellektuelle und physische Selbstbestimmungsfähigkeit verfügten,²³¹ stellte es für seine freiheitsrechtliche Prüfung auf einen Faktor in der Umwelt des Rechts ab. Damit war die Konzeption einer normativen Freiheit verlassen und das Reich „natürlicher Freiheiten“ betreten. Im Ergebnis wird die Privatautonomie als Spezialform individueller Handlungsfreiheit auf die Konzeption negativer Freiheit zurückgeführt²³² und damit „als ein apriorisches Freiheitsrecht hypostasiert“²³³. Mit der Selbstbestimmung ist gemeint, dass der Einzelne selber wählen kann, Zwecke in bestimmter Weise zu verwirklichen oder nicht zu verwirklichen.²³⁴ Die Privatautonomie ist nach diesem Verständnis elementares Mittel der freien Entfaltung der *Persönlichkeit* und dient dem Schutz der Menschenwürde.²³⁵ Das ist, wenn man es wörtlich nähme, natürlich zu einfach gedacht: „Man kann heute eine Sache versprechen, an die man sich morgen nicht mehr halten möchte – das ist Willkür.“²³⁶ Es wird also als selbstverständlich vorausgesetzt, dass Privatautonomie auch Selbstbindung bedeutet.²³⁷ Dagegen machte bereits *Radbruch* geltend, dass der Vertragswille der Wille sei, sich zu binden, aber diese Bindung selbst nicht herstellen könne.²³⁸ Konsequent zu Ende gedacht, ist die mit dem Vertrag einhergehende, aber von der Rechtsordnung bewirkte *zukünftige* Bindung eine Begrenzung der Vertrags-

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

227 BVerfGE 72, 155, 172.

228 BVerfGE 89, 214, 231.

229 BVerfGE 95, 267, 303 f.

230 BVerfGE 99, 341, 351.

231 BVerfGE 99, 341, 354.

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

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

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

235 Canaris, JZ 1987, 993, 994.

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

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

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

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

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

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

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

240 Dazu bereits oben § 8 II 3.

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

242 Dazu unten § 8 III 3 b).

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

244 BVerfGE 81, 242, 254.

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

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

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

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

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

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

249 BVerfGE 81, 242, 254.

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

251 Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 44.

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

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

254 BVerfG GRUR 2001, 266 f.

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

256 BVerfGE 70, 115, 123.

257 BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 51.

bb) Schutzpflichtendimension

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

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

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

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

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

258 Hesse, Verfassungsrecht & Privatrecht, 1988, 37.

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

260 BVerfGE 81, 242, 255.

261 BVerfGE 89, 214, 231.

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

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

264 Callies, JZ 2006, 321, 326.

265 Callies, JZ 2006, 321, 326.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

274 *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 424.

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

cc) Ausgestaltungsmodell

Überzeugender ist es daher, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ermöglichung und Sicherung von Privatautonomie insgesamt als grundrechtliche Gestaltungsaufgabe zu begreifen.²⁷⁶ Dieser Ansatz ist nicht darauf angewiesen, vorrechtliche Schutzzinhalte der Privatautonomie zu postulieren. Er vermeidet für die Fallgruppe (c)²⁷⁷ die im Modell Rechtsinstitut-Abwehrrecht erforderliche Abgrenzung, um die unterschiedlich stark ausgeprägte Prüfintensität einer Ausgestaltung im Vergleich zum Eingriff²⁷⁸ zu bestimmen.²⁷⁹ Nach *Ruffert* liegt eine Ausgestaltung vor, wenn der Gesetzgeber „auf eine Verbesserung, Sicherung oder gar Erweiterung der Möglichkeiten für privatautonomes Handeln“ ziele.²⁸⁰ Das ist bei Gleichbehandlungsansprüchen der Fall, *wenn* man auf die Person des ungleich Behandelten abstellt. Fokussiert man den Blick dagegen auf den ungleich Behandelnden, liegt die Einordnung als Eingriff in das Abwehrrecht näher. Schon dieses einfache Beispiel zeigt, dass die Abgrenzung unter gleichbehandlungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht funktioniert.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Das liegt an ihrem entscheidenden Merkmal: Subjektive Rechte sind nicht-reziprok.²⁹⁰ Dem Recht der einen Seite korrespondiert nur eine Pflicht der anderen Seite. Dem einzelnen subjektiven Recht steht kein Gegenrecht mit entsprechenden Gegenpflichten gegenüber. Das subjektive Recht wird zum zentralen Inklusionsmechanismus des Einzelnen in die jeweiligen Funktionsbereiche des Rechts: als subjektives Mitgliedschaftsrecht in die Organisationsbildung, über die Vertragsfreiheit als beliebige Wahl von Leistungsverknüpfungen mit anderen²⁹¹ und als Eigentumsgrundrecht an dem Kommunikationssystem der Wirtschaft²⁹². Diese Entlastung von einer unmittelbaren Pflichtbindung macht die Modernität des subjektiven Rechts aus. Nur dadurch genügt es den komplexen Anforderungen, den Einschluss/Ausschluss von Personen in die verschiedenen Funktionsbereiche der Gesellschaft zu organisieren. Andererseits ist Reziprozität als Ausbalancierung von Rechten und Pflichten für das Bestehen einer Gesellschaft konstitutiv.²⁹³ Das hat *Raiser* klar diagnostiziert:

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

284 Raiser, JZ 1961, 465, 467 ff.

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

286 Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 106.

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

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

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

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

291 Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 65.

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

293 Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, 69.

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

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

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

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

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

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

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

299 Siehe oben § 8 II 3 b).

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

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

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

303 Siehe oben II 3.

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

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

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

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

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

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

306 BVerfGE 89, 214, 231.

307 BVerfGE 89, 214, 231.

308 BVerfGE 89, 214, 232.

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

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

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

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

313 Dazu bereits oben § 2 III.

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

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

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

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

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

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

315 BVerfGE 99, 341, 352.

316 BVerfGE 99, 341, 355 ff.

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

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

lichen Vorgaben, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung zu beachten hat und die einen Eingriff in das Abwehrrecht rechtfertigen können.³¹⁹ Das hat das Bundesverfassungsgericht zum Geschlecht³²⁰ und zur Behinderung³²¹ entschieden. Diskriminierungsverbote sichern den Zugang zum konkreten Vertrag.³²² Sie gewährleisten damit jeder Person eine gleiche Teilnehmerrolle am Kommunikationssystem der Wirtschaft. Sie sind Bestandteil einer Privatrechtsordnung, die das zweite Gleichbehandlungsproblem als Aufgabe des Privatrechts angenommen hat. Gleichbehandlungspflichten sind kein „Begräbnis der Vertragsfreiheit“,³²³ sondern Bestandteil ihrer notwendigen Neukonzeption in einer pluralistischen Gesellschaft.

2. Gleichbehandlung und die Trennung von Recht und Moral

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

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

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

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

320 BVerfGE 89, 276.

321 BVerfGE 99, 341, 356 f.

322 Oben § 8 II 3 b).

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

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

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

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

nes *Rechtsbegriffs* auf, nach dem Recht keine moralischen Elemente einschließt. Diese Trennungsthese ist der gemeinsame Kern positivistischer Theorien.³²⁷ Daher konnte Kelsen behaupten, dass „jeder beliebige Inhalt Recht sein“ könne³²⁸ und Hart verstand unter einem positivistischen Rechtsbegriff „the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, *though in fact they have often done so*.“³²⁹ Bereits diese Einschränkung verdeutlicht, dass der Begriff „Trennungsthese“ den geschilderten Sachverhalt nicht ganz adäquat trifft. Besser wäre es daher in der Tat von einer „Neutralitätsthese“ zu sprechen.³³⁰ Zentrales Anliegen dieser Neutralitätsthese ist es, die Autonomie des Rechts³³¹ zu sichern und dadurch seine operative Geschlossenheit³³² herzustellen. Das Konzept von Recht als positiver, von Menschen gesetztes und damit änderbarer (kontingentes) Normenbestand hat sich als Gegenbegriff zum älteren europäischen Naturrecht entwickelt, das im Grundsatz von der natürlichen Rechtsauffassung ausging, nach der Recht nicht kontingent war, sondern aufgrund des Willens einer höheren Ordnung („Gott“) galt.³³³ Die Entkoppelung von Recht und Moral hat sich erst um 1800 durchgesetzt³³⁴ und ist im Lauf des 19. Jahrhunderts zum Signum des Rechtspositivismus geworden.³³⁵ „Der Rechtspositivismus befreite die Rechtswissenschaft von den Interventionen durch Theologie und Moralphilosophie.“³³⁶ Er verbannte aber nicht den Einfluss moralischer Erwägungen aus dem Recht. Das Trennungsargument steht als solches einer ausdrücklichen Verrechtlichung möglicherweise umstrittener moralischer Prinzipien im positiven Recht nicht entgegen. Dass moralische Grundsätze in Normen des positiven Rechts inkorporiert werden können und damit aus einer Sollensordnung (der Moral) in eine andere (das Recht) wechseln können, ist rechtstheoretisches Gemeingut.³³⁷ Beispielsweise schrieb Hart, dass

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

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

328 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, 201.

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

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

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

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

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

334 Kervegan, Rechtstheorie 2008, 23, 30 ff.

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

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

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

*morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law.*³³⁸

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Der dritte von Raz erwähnte Punkt ist von besonderem Interesse. Er setzt voraus, dass das verrechtlichte moralische Ziel als solches wünschenswert ist. Darüber wurde in der Debatte zum AGG gestritten. Das dort verwendete Trennungsargument drückt ein inhaltliches Unbehagen mit dem positiven Recht aus. Sein Gegenstand ist die rechtsmoralische oder rechtsethische Legitimation solchen Rechts.³⁴⁷ Die dazu vertretenen, durchaus kontroversen Einschätzungen³⁴⁸ beruhen zwangsläufig auf moralischen Gründen.³⁴⁹ Damit wird über den Stellenwert des Gleichbehandlungsgebots und die Zweckmäßigkeit seiner Verrechtlichung gestritten.³⁵⁰ Ironischerweise sorgt gerade die Trennungsthese für die notwendige Klarheit, um zu unterscheiden zwischen dem, was Recht ist und dem, was Recht sein soll.³⁵¹ Der „kritische Stachel“³⁵² der Theorie ermöglicht es, das geltende Recht vom moralischen Standpunkt aus zu kritisieren.³⁵³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

eine Gerechtigkeitskonzeption stützt, kommt es für die Geltungsfrage darauf an, ob diese Inbezugnahme moralischer Prinzipien mit der Trennungsthese vereinbar ist. Auf der Grundlage nichtpositivistischer Theorien stellt sich das Problem nicht, weil sie von der Verbindungsthese ausgehen.³⁵⁶ Recht ist danach aufzufassen „not as separate from but a department of morality“.³⁵⁷ Sie erlauben daher nicht nur den Rückgriff auf Konzeptionen politischer Philosophie, sondern verlangen ihn sogar, wobei der Vorrang eindeutig auf der praktischen Ebene der Rechtsanwendung liegt.³⁵⁸ Auf dem Boden der klassischen Trennungsthese fällt es dagegen deutlich schwerer, eine konsistente Antwort auf das Problem der „Penumbra“ von Rechtsnormen³⁵⁹ und ihrer Unbestimmtheit („open texture“³⁶⁰) zu finden.³⁶¹ Im Kern haben sich zwei Schulen herausgebildet: (1.) „Soft positivism“³⁶² oder „inclusive positivism“³⁶³ geht von der These aus, dass der Geltungsgrund des Rechts gewisse für die konkrete Rechtsanwendung notwendige moralische Prinzipien („due process“, „equality“) mit einschließt. Das Recht könne moralische Prinzipien inkorporieren und trotzdem positives Recht bleiben. Das ist eine elegante Lösung, für die man aber einen hohen Preis zahlt: Die Theorie wird als Theorie über den Rechtsbegriff inhaltsleer. Der Begriff „Recht“ kann nichts mehr darüber sagen, wo die Grenzen des Rechts im Verhältnis zur außerrechtlichen Moral zu ziehen sind.³⁶⁴ Dworkin hat diesbezüglich Recht: „It does not sound like positivism, it sounds like Hercules and his colleagues at work.“³⁶⁵ (2.) Diesem Vorwurf entgeht der „hard“ oder „exclusive positivism“.³⁶⁶ Seine Kernaussage lautet, dass die Existenz und der Inhalt von Recht ausschließlich aufgrund sozialer Normen iSd *rule of recognition*³⁶⁷ festgelegt sei.³⁶⁸ Joseph Raz, ihr vielleicht prominentester Vertreter, hat das Verhältnis von Recht und (poli-

356 Alexy, 2004, 18.

357 Dworkin, Justice in Robes, 2006, 34.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dworkin Antwort auf diesen Vorschlag³⁷² verdeutlicht, dass diese Debatte auf zwei Ebenen geführt wird:³⁷³ Auf der abstrakten Ebene streitet man sich über die Frage des Rechtsbegriffs – *Dworkin* spricht von „*taxonomic positivism*“.³⁷⁴ Dabei geht es um das Problem, ob Recht als solches von Moralnomen konzeptionell zu trennen ist. Das ist offensichtlich nicht der Inhalt, der dem Trennungsargument von den Kritikern des Gleichbehandlungsrechts gegeben wird und auch nicht die Bedeutung des hier untersuchten Einwands gegen das Prinzip personaler Gleichheit. Aufschlussreich ist daher die konkrete Ebene. Dort debattiert man über die konkrete Anwendung von Recht (*theory of adjudication*) – *Dworkin* spricht insoweit von „*doctrinal concept*“.³⁷⁵ Es geht also um die tatsächliche Durchdringung von Recht und Moral in der konkreten Anwendung des existierenden Rechts.³⁷⁶ Dass diese Ebenen nicht immer ausreichend getrennt werden, liegt, wie *Marietta Auer* dargelegt hat, an der gesetzten Prämisse, die das Verhältnis von Recht und Moral als zwei unterschiedliche und sich ausschließende Entitäten beschreibt.³⁷⁷ Dadurch wird verdeckt, dass sich dieses Verhältnis durchaus differenzierter gestalten könnte, beispielsweise als „Immanenz der Moral in der Anwendung des zugleich autonomen Rechts, eine konkrete Art und Weise, in der Recht und Moral verbunden und doch unverbunden sind.“³⁷⁸ Die hier vorgestellte Konzeption juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit ist ein Versuch, diesen Weg zu beschreiten.³⁷⁹ Er zeigt, dass ein Anwendungspositivismus des Rechts möglich ist und das Recht zugleich über die „Kontingenzformel Gerechtigkeit“³⁸⁰ sensibel für seine Umwelt und den dort geltenden Moralforderungen ist. Die Trennungsthese ermöglicht daher eine Berücksichtigung moralischer

369 *Raz*, 10 Legal Theory 1 (2004).

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

371 *Raz*, 10 Legal Theory 112 (2004).

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

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

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

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

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

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

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

379 Dazu eingehend oben § 8 II 3.

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

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

3. Gleichbehandlung und die Trennung von Staat und Gesellschaft

Die auf dem Trennungsargument basierende Kritik des AGG hat neben dem rechtstheoretischen auch einen gesellschaftspolitischen Aspekt. Die Freiheitssphäre des Diskriminierenden werde verletzt, weil Gleichbehandlungspflichten Privater die „klassische Trennung von Recht und Moral und damit von Staat und Gesellschaft“³⁸² aufheben: „Öffentliche Gerechtigkeitsmaßstäbe würden auch gegenüber Privatleuten zur Geltung gebracht“³⁸³ und „[w]as für den Staat unrecht war, soll künftig auch für den Bürger unrecht sein“³⁸⁴. Private sollen nicht mehr wie Private handeln dürfen.³⁸⁵ Der Staat betreibe „gutgemeinte Volkspädagogik“³⁸⁶ und instrumentalisieren das Recht, um politische Moral aufzurichten und die Gesellschaft umzuerziehen³⁸⁷. Die Diskriminierungsverbote, schrieb *Thomas Lobinger*, bezwecken

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

a) Kein Tugendterror des Rechts

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

381 Dazu unten § 8 IV.

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

383 *Reichold*, JZ 2004, 384, 291.

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

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

386 *Huster*, ARSP 2005, 20, 34.

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

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

389 Exemplarisch *Säcker*, ZRP 2002, 286, 287.

das geltende Nichtdiskriminierungsrecht und die hier vorgeschlagene Konzeption gerichtet sein sollte. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht stellt gerade nicht auf die innere Motivation ab. Entscheidend ist nur das äußere, objektiv feststellbare Verhalten der Normadressaten.³⁹⁰ Dasselbe gilt für die hier vertretene Konzeption juristischer Gerechtigkeit sowie das Prinzip personaler Gleichheit: Nur die tatsächliche Ungleichbehandlung und die fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit zählen. Die Frage, warum jemand anhand von Präferenzen unterscheidet, ist im Gleichbehandlungsrecht irrelevant. Sie stellt sich nur in moralphilosophischen Diskursen.³⁹¹ Diese Differenzierung beruht auf der Unterscheidung von Rechts- und Tugendpflichten bzw. Moralität und Legalität, die in der Sache auf *Kant* zurückgeht.³⁹² Die Erfüllung von Rechtspflichten ist im Unterschied zum rein inneren Zwang von Tugendpflichten (Moralnomen) äußerlich erzwingbar. Daraus folgt eine moralische und daher keine systeminterne Anforderung an das Recht: Rechtsnormen sollten nur die Regelung äußeren Verhaltens beanspruchen (Grundsatz der Legalität³⁹³). Die innere Motivation für die Befolgung (Grundsatz der Moralität)³⁹⁴ ist nicht entscheidend. Das freiheitliche Privatrecht untersucht nicht das Innere des Menschen und seine Motivation für die Rechtsbefolgung, sondern begnügt sich damit, dass seine Handlung mit dem Rechtsgebot übereinstimmt.³⁹⁵ Gleichbehandlungsgebote verlangen nicht, dass der private Akteur Nichtdiskriminierung als ihn bindende Moralnorm akzeptiert.³⁹⁶ Die Moralphilosophie kann von Einzelnen verlangen, moralische Fähigkeiten wie beispielsweise den *Rawls'schen* Gerechtigkeitssinn,³⁹⁷ zu entwickeln. Die Geschlossenheit des Rechts sichert seine Umwelt davor, dass diese moralische Pflicht zur Rechtspflicht mutiert. Darin läge ein Rechtszwang zum moralischen Handeln. Ein Rechtszwang zur Moral zerstörte die Geltungsvoraussetzungen moralischen Begründens: Die zur Moral gezwungene Person könnte aufgrund des Zwangs über diese Frage nicht mehr autonom *unter moralischen Gesichtspunkten* entscheiden. Das Recht entlastet sie vielmehr davon, sich diese Frage als *moralische* Frage

390 Dazu oben § 6 V 2.

391 Siehe oben § 6 V 1 a).

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Privatrechtsgesellschaft?

Gewichtiger ist der zweite Angriffspunkt: Gleichbehandlungsgebote drohen die als kategorial gesetzte Trennung von Staat und Gesellschaft zu verwischen.³⁹⁹ Mit diesem Argument wird ein klassisches philosophisches Problem angesprochen: Der „Vorrang der Gerechtigkeit“⁴⁰⁰ als Recht gleicher Freiheit konfliktiert mit der auf individueller Selbstwahl beruhenden privaten Lebensführung.⁴⁰¹ Die „strikte Grenzziehung zwischen Öffentlichem und Privatem“ rettet insoweit das Konzept liberaler Gesellschaftstheorien.⁴⁰² Im Recht wird dieses Problem der politischen Philosophie als grundrechtstheoretischer Topos reformuliert.⁴⁰³ Der liberale Staat schreibt dem Einzelnen nicht vor, was gerecht, tugendsam, vernünftig und gut für ihn ist.⁴⁰⁴ Die Kompetenz, darüber zu entscheiden, liegt ausschließlich beim Einzelnen. Darin liegt der freiheitskonstituierende Charakter der Trennung von Staat und Gesellschaft. Das ist der maßgebliche verfassungstheoretische Grund für die These von der Nichtgeltung der Gleichheitsrechte im gesellschaftlichen Verkehr in der Grundrechtsdogmatik⁴⁰⁵ seit *Dürig*.⁴⁰⁶ Wie muss man sich diese liberale Konzeption des Verhältnis von Staat und Gesellschaft vorstellen? Dazu *Ernst-Wolfgang Böckenförde*:

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

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

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

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

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

402 *Menke*, Spiegelungen der Gleichheit, 2004, 249.

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

404 *Säcker*, ZRP 2002, 286, 287.

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

406 Siehe dazu oben § 4 I 2 c).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Rechts⁴¹⁸. „Insgesamt entsteht auf der Grundlage der Willenstheorie damit das Bild einer „Privatrechtsgesellschaft“, die durch die klare Trennung von öffentlichem und privatem Recht, ein minimales, antipaternalistisches Staatsverständnis sowie den Primat kommutativer Gerechtigkeit im Bereich des Privatrechts gekennzeichnet ist.“⁴¹⁹ Diese Konzeption der Privatrechtsgesellschaft ist ein Modell politischer Philosophie und damit, streng genommen eine moralische Begründung der Verteilung von gesellschaftlicher Macht. Auf den ersten Blick scheint sich *Picker* zu widersprechen: Beim Trennungsargument II geht er offensichtlich von einer nicht-positivistischen Auffassung des Rechts im demokratischen Verfassungsstaat aus, während er beim Trennungsargument I gerade auf der Differenzierung von Recht und Moral besteht. Beides geht aber nicht. Schiebt man das Trennungsargument einmal beiseite und betrachtet man das jeweils damit begründete Ergebnis, kann man bei *Picker* eine konsequente Gesellschaftsphilosophie erkennen. Diese wäre aber auch als solche zu bezeichnen und zu verteidigen. Durchgesetzt hat sie sich übrigens nicht. Die Abgrenzung zwischen Staat und Gesellschaft ist im modernen Verfassungsstaat dem politischen Prozess nicht *a priori* entzogen. Sie ist Gegenstand demokratischer Entscheidungen.⁴²⁰ Deren Reichweite wird von den Grundrechten begrenzt. Gesellschaftspolitische Grundüberzeugungen können also nur über die jeweilige Verfassungstheorie wieder Eingang ins Rechtssystem finden. Die spezifisch juristische Debatte ist dann darüber zu führen, ob (1.) die ausdrücklich geregelten und gewohnheits- bzw. richterrechtlich anerkannten Gleichbehandlungspflichten mit den Freiheitsgrundrechten vereinbar sind und ob man (2.) einen darüber hinausgehenden generellen Gleichbehandlungsanspruch, wie er ihm Prinzip personaler Gleichheit angelegt ist, verfassungsrechtlich legitimieren kann. Aus abstrakten Aussagen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft lassen sich keine konkreten Lösungen im Gleichbehandlungsrecht ableiten: Notwendig ist eine Kontextualisierung innerhalb der jeweiligen grundrechtsdogmatischen Fragestellung.⁴²¹

(2) Machtungleichgewicht?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zu den privaten Akteuren mit „sozialer Macht“ zählen nach ordoliberaler Tradition marktmächtige Unternehmen, weil das „Entmachtungsinstrument Wettbewerb“ nicht funktioniert.⁴²⁶ Daneben ist der Arbeitgeber nach klassischer Auffassung Adressat von Gleichbehandlungsgeboten.⁴²⁷ Das ist so selbstverständlich nicht. Bereits die Vielfalt der Begründungsvorschläge des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes macht stutzig.⁴²⁸ Außerhalb des Wettbewerbsrechts, das mit der Marktbeherrschung oder der relativen Marktmacht ein diffiziles Instrumentarium zu ihrer Feststellung vorsieht, ist „Macht“ ein amorphes Kriterium. Dasselbe gilt für den vergleichbaren Begriff⁴²⁹ des (strukturellen) Ungleichgewichts⁴³⁰. Eine gewisse Plausibilität kann man ihnen nur innerhalb einer relativen Beziehung abgewinnen, in der die Rollen der Parteien klar verteilt sind: Arbeitgeber vs. Arbeitnehmer, Bank vs. mittellose Bürgin der Hauptschuld ihres Vaters.⁴³¹ Löst man sich von der konkreten vertraglichen Beziehung, wird das Bild unscharf. *Zöllner* wies mit Recht darauf hin, dass die Si-

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

423 BVerfGE 81, 242, 255.

424 BVerfGE 81, 242, 256.

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

426 Siehe oben § 4 I 4.

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

428 Dazu oben § 5 I 3.

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

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

431 BVerfGE 89, 214.

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

Die Dichotomie von Staat und (Privatrechts-) Gesellschaft ist dafür ungeeignet. Sie scheitert an der elementarsten Voraussetzung juristischer Gerechtigkeit: die Fähigkeit zur Wahrnehmung seiner Umwelt. Die Konstituierung einer selbst-referentiellen Privatrechtsgesellschaft macht das Recht blind für die sozialen Auswirkungen seiner Operationen in der Umwelt. Überspitzt ausgedrückt, hindert die Dichotomie Staat/Gesellschaft das Recht daran, das Unrechtspotential in den anderen Funktionsbereichen der Gesellschaft wahrzunehmen. Sie betäubt die Rezeptoren des Rechtssystems⁴³⁹. Man kann auch die zahlreichen Ausprägungen allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsätze nicht einheitlich auf das Machtproblem zurückführen. Man denke nur an die Pflicht zur Gleichbehandlung bei der verringerten Vorratsschuld:⁴⁴⁰ Diese Situation lässt sich mit Machtungleichverteilung gar nicht adäquat erfassen. Noch deutlicher zeigt sich das im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht. Darin wird die Trennung von Staat und Gesellschaft aufgehoben und an ihre Stelle tritt die davon zu unterscheidende⁴⁴¹ Abgrenzung zwischen öffentlicher und privater Sphäre. Die Berücksichtigung privater Handlungen ist zwingend notwendig, wenn das Nichtdiskriminierungsrecht bean-

432 Zöllner, AcP 196 (1996), 1, 20.

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

434 Dazu oben § 6 V 1.

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

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

437 Dazu bereits oben § 8 II 3 c).

438 Siehe oben § 8 II 3.

439 Vgl. dazu oben § 8 II 3 a).

440 Oben § 5 VII 2 c).

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

spricht, eine ansatzweise befriedigende Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem⁴⁴² zu geben.

(3) Privatsphäre

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

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

442 Dazu oben § 2 III 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

453 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 54.

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

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

Um die Bedeutung dieses Strangs der Debatte zu verstehen, muss man sich den mit der Trennung von Staat und Gesellschaft verfolgten Zweck klar vor Augen führen. Es geht darum, dem Bürger einen Bereich der Selbstbestimmung und der eigenen Lebensgestaltung zu erhalten, der ihm als Menschen vorbehalten sein muss, will man seine Persönlichkeit und damit sein Mensch-Sein bewahren.⁴⁵⁶ Diese Funktion übernimmt heute der Schutz der Privatheit.⁴⁵⁷ Es handelt sich um einen Bereich, der dem einzelnen Menschen und den von ihm selbst bestimmten Transaktionen mit anderen vorbehalten ist. Es wäre also falsch, von einem isolierten Individuum auszugehen, weil der Einzelne erst in der Kommunikation mit anderen erfährt, wer er ist.⁴⁵⁸ Die Notwendigkeit einer derart geschützten Sphäre lässt sich – um die oben geführte Debatte zum Freiheitsrecht⁴⁵⁹ fortzuführen – rechtsphilosophisch begründen. Demokratische Gesellschaften zeichnen sich durch eine große Anzahl unterschiedlicher moralischer, ethischer, religiöser und politischer Anschauungen aus.⁴⁶⁰ Dabei handelt es sich nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis um Konzeptionen des Guten, die auf die Frage der eigenen Identität und dem „für mich“ guten Leben antworten, ohne dass sie einen allgemeinen Geltungsanspruch erheben können.⁴⁶¹ Charakteristikum moderner Gesellschaften ist daher der ethische Pluralismus.⁴⁶² Damit der einzelne Mensch seiner Auffassung des richtigen Lebens nachgehen kann, braucht es einen Bereich, dessen Zugang nur die jeweilige Person nach ihren selbstbestimmten und nicht rechtfertigungsbedürftigen Maßstäben kontrolliert.⁴⁶³ Mit dem Privaten werden dann bestimmte Dimensionen gleicher Freiheit geschützt, die für das autonome Leben als ethische Person⁴⁶⁴ grundlegend sind.⁴⁶⁵ Davon sind die Ansprüche der Rechtsperson zu unterscheiden, nur solchen Ungleichbehandlungen ausgesetzt zu werden, die reziprok und allgemein gerechtfertigt werden können.⁴⁶⁶

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

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

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

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

459 Siehe § 8 II 4 c) (1).

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

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

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

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

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

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

466 Dazu oben § 8 II 4 c) (2).

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

(4) Räumliche oder dezisionale Privatheit?

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

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

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

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

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

471 Dazu § 6 IV 1.

Gleichbehandlungsrecht anstelle der Trennung von Gesellschaft – Staat von Privatsphäre und öffentlicher Sphäre, ersetzt man aber eine Dichotomie mit der anderen. Das Problem liegt aber in der Verortung einzelner Handlungen hier oder dort. Es geht um die Auflösung konkreter Kollisionen von Autonomiebereichen privater Akteure. Das Abgrenzungsproblem wird erschwert, weil nicht immer deutlich genug zwischen zwei Dimensionen von privat und öffentlich unterschieden wird:⁴⁷² (1.) das räumliche Modell und (2.) das Entscheidungsmodell. Das räumliche Modell grenzt Privatheit und Öffentlichkeit räumlich ab. Zur Privatsphäre zählt hier ein Rückzugsbereich des Einzelnen, der ihm insbesondere im häuslichen, aber auch im außerhäuslichen Bereich die Möglichkeit des Zu-Sich-Selbst-Kommens und der Entspannung sichert und der das Bedürfnis zu verwirklichen hilft, „in Ruhe gelassen zu werden“.⁴⁷³ Im Kern geht es um einen Raum, in dem das Individuum die Möglichkeit hat, frei von öffentlicher Beobachtung und damit der von ihr erzwungenen Selbstkontrolle zu sein.⁴⁷⁴ Im Einzelnen kann man nach Art eines „Zwiebelmodells“⁴⁷⁵ ein abgestuftes Schutzprogramm von Privatheit beschreiben:⁴⁷⁶ Auf den absolut geschützten Kernbereich persönlicher (körperlicher) Privatheit⁴⁷⁷ folgt eine zweite Schicht klassischer Nähebeziehungen wie Familie und – schon wieder etwas entfernt – Freunde. Daran schließt sich eine dritte Schicht an, in der sich die ethische Person mit Gleichgesinnten umgibt, beispielsweise Religionsgemeinschaften oder Vereine. Schließlich folgt als äußere Schicht die Interaktion mit beliebigen anderen Gesellschaftsmitgliedern und als äußerste das Verhältnis zur staatlichen Gemeinschaft. Das Entscheidungsmodell von Privatheit verläuft quer zu dieser Einteilung. Es bezeichnet in thematischer Hinsicht die Angelegenheiten, die einer öffentlichen Erörterung oder Zurschaustellung entzogen zu werden pflegen.⁴⁷⁸ „Privat“ bezieht sich hier auf die Rechtfertigungsfreiheit von Handlungen und Entscheidungen, unabhängig davon ob wir in unserer Privatwohnung sind („My home is my castle“) oder in der Öffentlichkeit.⁴⁷⁹ Der Begriff beschreibt hier „eine geschützte Handlungs- und Verantwortungssphäre, die den Individuen Handlungs- und Verantwortungsdimensionen sichert, in denen sie von Entscheidungen und Beeinflussungen einer – staatlichen, gesellschaftlichen – Öffentlichkeit unabhängig agieren können“⁴⁸⁰.

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

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

474 BVerfGE 101, 361, 383.

475 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 18 f.

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

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

478 BVerfGE 101, 361, 382; BVerfGE 120, 180, 199.

479 BVerfGE 101, 361, 383 f.

480 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 18.

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

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

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

482 Rössler, Wert des Privaten, 2001, 151.

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

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

485 BVerfGE 120, 180, 199.

486 BVerfGE 80, 367, 374.

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

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

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

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

4. Effizienzargument

a) Präferenzautonomie

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

490 Siehe dazu oben § 7 IV 3 f) (1).

491 Dazu oben § 7 IV 3 f) (2).

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

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

494 *Rössler*, Wert des Privaten, 2001, 138.

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

Daneben kommt der Präferenzautonomie eine wichtige soziale Funktion zu. Sie ist normative Voraussetzung dafür, dass der Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“⁴⁹⁶ funktioniert. Mit der Zuweisung der Entscheidungskompetenz an den einzelnen Akteur, der aufgrund seiner subjektiven Präferenzen handelt, wird das zentrale Wissensproblem moderner Gesellschaften – unsere individuelle und kollektive Unkenntnis⁴⁹⁷ – gelöst. Das setzt voraus, sich von einer Perspektive zu lösen, die auf die individuellen Entscheidungen Einzelner abstellt. Stattdessen sind die kollektiven Effekte dieser Kommunikationen in den Blick zu nehmen.⁴⁹⁸ *Adam Smiths* „invisible hand“ ist eine Metapher für diesen Vorgang.⁴⁹⁹ Eine spontane Marktordnung kann „das Wissen aller Teilnehmer nutzen, und die Ziele denen sie dient, sind die besonderen Ziele aller ihrer Teilnehmer in aller ihrer Vielfältigkeit und Gegensätzlichkeit“⁵⁰⁰. Der von *Friedrich August von Hayek* gesuchte unpersönliche, nicht von Individuen abhängige Mechanismus, „der die individuellen Bemühungen koordiniert“,⁵⁰¹ findet sich in den transindividuellen und Wissen erzeugenden Kommunikationsprozessen des Wirtschaftssystems.⁵⁰² Damit es „zur besseren Lösung“ kommen kann, besteht eine normative Vermutung zugunsten der Beurteilungsfreiheit der Akteure.⁵⁰³ Der Markt hat sich im Wirtschaftssystem als Ort präferenzbedingter Transaktionen historisch auch deshalb durchgesetzt, weil er im Grundsatz effiziente⁵⁰⁴ Ergebnisse erzielt. Diese Präferenzen können nach klassischer ökonomischer Theorie jedes Differenzierungsmerkmal beeinhalteten.⁵⁰⁵ Eingriffe in die Präferenzautonomie bewirken systemintern Effizienzverluste.⁵⁰⁶ Gleichbehandlungsgebote führen dazu, dass die Präferenzautonomie der Marktakteure eingeschränkt oder sogar aufgehoben wird: Rechtfertigungspflichten stellen Begründungszwänge auf und Rechtfertigungsausschlussgründe schließen subjektive Präferenzentscheidungen ganz aus. Damit greifen Gleichbehandlungspflichten in einen Marktprozess ein, der ohne Gleichbehandlungsgebot möglicherweise anders abgelaufen wäre. Das legt den Einwand nahe, dass Gleichbehandlungsgebote sich ein Wissen anmaßen,

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

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

498 Siehe dazu schon oben § 8 II 3.

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

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

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

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

503 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 2004, 32.

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

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

506 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 333.

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

Eine Problemnäherung muss von der vorrangigen normativen Frage ausgehen, ob der Grundsatz der Präferenzautonomie überhaupt ein uneingeschränktes normatives Prinzip ist.⁵⁰⁸ Das Problem stellt sich in aller Schärfe bei intrinsischen Diskriminierungen,⁵⁰⁹ die auf eigene Präferenzen des Akteurs zurückgehen. Kann es schutzwürdig sein, wenn ein Akteur einen Wohlfahrtsgewinn erzielt, indem er seiner Neigung zur Diskriminierung einer anderen Person nachkommt? Ökonomen nehmen diese Präferenzen – unabhängig welcher Art sie sind – zur Kenntnis und versuchen, sie mit dem Code des Wirtschaftssystems (Geld) auszudrücken. Das macht es möglich, den Kommunikationsinhalt im Wirtschaftssystem von der davon zu trennenden Bedeutung im Rechtssystem⁵¹⁰ zu unterscheiden.⁵¹¹ Die Lösung in einem System muss nämlich nicht identisch sein mit der Lösung im anderen System. Nimmt man die utilitaristischen Wurzeln des Präferenzgedankens ernst, muss man jede subjektive Präferenz beachten. Daran setzen die Kritiker des Utilitarismus an und insistieren auf dem Vorrang des Rechten:

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

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

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

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

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

509 Zum Begriff oben § 6 V 1.

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

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

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

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

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

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

Das Wort „gleich“ spielt entgegen *Hart* keine leere und irreführende Rolle.⁵¹⁶ Sein wichtigstes Beispiel, die Liberalisierung der Strafbarkeit homosexueller Handlungen in England belegt, dass sich Präferenzen nicht allgemein gegen die Freiheit richten, sexuelle Partnerschaften einzugehen, sondern gegen die Freiheit homosexueller Menschen, solche Beziehungen zu leben.⁵¹⁷ In der Sache zwingt diese Kritik – wie auch immer man sie moralphilosophisch begründet – das Recht zur Reaktion. Der normative Anspruch des Präferenzprinzips expandiert über die strukturellen Kopplungen des Wirtschaftssystems mit dem Rechtssystem von dort in andere Funktionsbereiche der Gesellschaft. Wenn das Recht sich dem ökonomischen System mit der zunächst vorbehaltlosen Berücksichtigung subjektiver Präferenzen öffnet, muss es das in gleicher Weise gegenüber konträren moralischen Gerechtigkeitsargumenten tun.⁵¹⁸ Das ist Konsequenz der hier verlangten Neutralität des Rechts.⁵¹⁹ Tut es das nicht, richtet es zusammen mit dem eindimensionalen Universalitätsanspruch ökonomischer Kommunikation in anderen Teilrationalitäten Schaden an.⁵²⁰ Das ist für die unmittelbare Diskriminierung aufgrund eigener Präferenzen des Benachteiligenden auch nach dem klassisch-liberalen Prinzip der Schadensverhütung⁵²¹ anerkannt: Sie verletzt die diskriminierte Person in ihrem Anspruch, als Gleicher geachtet zu werden und fügt ihr dadurch einen immateriellen Schaden zu.⁵²² *David A. Strauss* vergleicht diese Form der Diskriminierung daher mit einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung.⁵²³

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

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

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

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

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

519 Siehe oben § 8 II 3.

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

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

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

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

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

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

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

525 Oben § 8 II 3.

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

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

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

529 Dazu oben § 6 V 1.

530 Siehe oben § 6 V 1 c).

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

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

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

b) Vertrauen auf den Marktmechanismus?

Gary Becker hat seine Auffassung am Modell der präferenzbedingten Diskriminierung⁵³⁴ entwickelt. Ausgangspunkt ist die Annahme, dass sich diskriminierende Präferenzen messen lassen und daher ökonomisch ausgedrückt werden können:

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

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

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

534 Dazu bereits oben § 6 V 1 a).

535 Becker, Economics of Discrimination, 1971, 14.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

547 Epstein, Forbidden Grounds, 1992, 43 f.

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

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

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

Soweit sich eine ökonomische Analyse des Rechts als deskriptive Theorie versteht, ist es möglich, sie einem empirischen Praxistest zu unterziehen. Dieser fällt für das klassische Modell, wonach der Markt Diskriminierung beseitigt, ernüchternd aus. Nach *Richard Epstein* ist die Ursache der Diskriminierung in staatlicher Regulierung während der *Jim Crow-Ära*⁵⁵² zu sehen.⁵⁵³ Das ist historisch betrachtet unhaltbar⁵⁵⁴ und kann nicht erklären, warum Jahrzehnte nach Beendigung dieses staatlich gestützten Regimes privater Ungleichbehandlung Diskriminierungen am Markt weiterhin präsent sind. Exemplarisch dafür ist eine Feststellung von *Glenn C. Loury*:

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

Der klassische Ansatz erkennt auch, dass der Wettbewerb die Präferenzen nicht vom Markt verdrängt, sie vielmehr bedient, wenn man bereit ist, dafür zu bezahlen.⁵⁵⁶ Das lässt sich bei konsequenter Beachtung subjektiver Präferenzen auch mit der klassischen REM-Hypothese⁵⁵⁷ vereinbaren: Es ist rational, seinen eigenen Präferenzen zu folgen, auch wenn man dafür einen höheren Preis zahlen muss. Dann ist es rational für Unternehmen, diese Präferenzen zu bedienen.⁵⁵⁸

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

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

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

552 Dazu § 3 III 5.

553 *Epstein*, *Forbidden Grounds*, 1992, 91 ff.

554 Dazu *Rutherglen*, 78 *Review: Abolition in a Different Voice* 1463, 1470 (1992).

555 *Loury*, 12 J. Econ. Persp. 117, 118 (1998).

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

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

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

nierungen nicht oder jedenfalls nicht in absehbarer Zeit. Das legitimiert im Grundsatz eine rechtliche Regulierung. Umstritten ist lediglich, ob dafür Diskriminierungsverbote eingesetzt werden sollen, die unmittelbar an die privaten Marktakteure gerichtet sind. Dagegen wird eingewandt, dass Diskriminierungsverbote ineffizient seien: Sie bewirkten, dass Unternehmen auf transaktionskostensteigernde Vermeidungsstrategien ausweichen, verursachten hohe Durchsetzungskosten und trügen letztlich dazu bei, die zu schützenden Gruppen aus dem Markt zu drängen.⁵⁵⁹ Das Ausweich- und Verdrängungsargument ist im Kern ein Vergeblichkeitsargument: Es beruht auf der Annahme, dass eine Regulierung privater Präferenzen zwangsläufig ineffektiv ist, weil sich diese Präferenzen halten und sich am Markt auf anderem Wege durchsetzen.⁵⁶⁰ Das Argument besitzt eine gewisse Überzeugungskraft. In der Entscheidung *Mutterschaftsgeld II* setzte sich das Bundesverfassungsgericht beispielsweise mit den negativen Auswirkungen auf die Einstellung von Frauen auseinander, die aus der Zahlungspflicht des Arbeitgebers bei Mutterschaft folgen.⁵⁶¹ Sowohl aus ökonomischer Perspektive als auch vom Standpunkt einer klassischen Theorie ausgleichender Vertragsgerechtigkeit⁵⁶², muss man mit Ausweichbewegungen rechnen. Das geht allerdings nur, wenn die Struktur des relevanten Marktes ein solches Verhalten ermöglicht.⁵⁶³ Damit setzen sich Kritiker von Gleichbehandlungspflichten einem Widerspruch aus: Entweder trifft ihre Annahme zu, dass der Wettbewerb langfristig diskriminierendes Verhalten aus dem Markt drängt. Weil der Markt in dieselbe Richtung tendiert, kann sich ein Ausweichverhalten daher langfristig nicht durchsetzen. Das Effizienzargument bricht zusammen.⁵⁶⁴ Oder diese These trifft nicht zu. Dann stellt sich die gerechtigkeitstheoretische Regulierungsfrage bei präferenzbedingten Diskriminierungen in aller Schärfe. Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechts ist es daher, Rahmenbedingungen zu errichten, die negative Anreize für Ausweichbewegungen schaffen. Die Entscheidung *Mutterschaftsgeld II* verdeutlicht die dabei zu bewältigenden äußerst komplexen Probleme.⁵⁶⁵ Damit stellt sich die Rechtfertigungsproblematik aus einer etwas anderen Perspektive: Zu diskutieren ist nicht mehr das „Ob“ sondern das konkrete „Wie“ einer Regulierung. Das ist der Punkt, an dem eine Folgenbetrachtung anhand des Effizienzkriteriums einen legitimen Platz im Rechtssystem einnehmen kann. Die ganz anders gelagerte Frage, ob das Recht überhaupt ein dafür geeignetes Instrumentarium

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

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

561 BVerfGE 109, 64, 90 ff.

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

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

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

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

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

c) Rationale Diskriminierung

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷² Zur Differenzierung oben § 6 I 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

583 Grundlegend BVerfGE 85, 191, 207.

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

585 BVerfG NJW 2009, 661 Rn. 27.

Damit beschreibt das Bundesverfassungsgericht den Kern des Generalisierungs-unrechts statistischer Diskriminierungen.⁵⁸⁶ Das Rechtssystem kann daher gar nicht zwischen präferenzbedingten und statistischen Diskriminierungen differenzieren, weil es sich um eine Unterscheidung in seiner Umwelt handelt. Diese Differenzierung kann systemintern nicht gekoppelt werden. Das Recht selbst unterscheidet zwischen unmittelbarer, mittelbarer und Nicht-Diskriminierung. Was im ökonomischen System statistische Diskriminierung heißt, ist im Recht regelmäßig eine unmittelbare Diskriminierung⁵⁸⁷ und daher auch so zu behandeln.

d) Zwischenergebnis

Insgesamt bleibt das Bild diffus. Trotz der beeindruckenden Literatur zum Thema⁵⁸⁸ ist es nach wie vor ungeklärt, ob Gleichbehandlungspflichten Privater generell Effizienzverluste hervorbringen. Das liegt nicht zuletzt daran, dass man darüber keine Aussagen treffen kann, ohne zuvor eine grundlegende Wertentscheidung über den Stellenwert des Effizienzkriteriums getroffen zu haben. Damit wird der normative Charakter des Effizienzkriteriums sichtbar.⁵⁸⁹ Eine darauf beruhende Argumentation setzt voraus, dass die normativen Grundentscheidungen, die gerade für eine Orientierung am Effizienzprinzip sprechen, offen gelegt werden. Die Debatte über Effizienz oder Ineffizienz von Benachteiligungsverboten muss daher im Zusammenhang mit den politischen Konzeptionen von Freiheit und Gleichheit⁵⁹⁰ sowie der Dichotomie Staat-Gesellschaft⁵⁹¹ geführt werden. Das Effizienzkriterium ist dann ein Aspekt unter mehreren. Daneben können ökonomische Erkenntnisse als ein Hilfsmittel unter mehreren sowohl zur

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

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

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

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

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

591 Dazu oben § 8 III 3 b).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Zusammenfassung

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

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

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

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

602 § 8 III 1 a).

603 § 8 III 1 b).

604 § 8 III 1 c).

605 § 8 III 1 c) (1).

Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“⁶⁰⁶ nur unzureichend zum Ausdruck. Die einzelne Person kann rechtlich nur dann gestalten, wenn die Rechtsordnung ihr Gestaltungsmittel dafür zur Verfügung stellt. Die Autonomie des Einzelnen bedarf des Rechts, um sich rechtlich verwirklichen zu können. Dieser Zusammenhang kommt besser zum Ausdruck, wenn man Privatautonomie als kompetentielle Freiheit beschreibt. Die Rechtsordnung weist dem Rechtssubjekt die Fähigkeit zu, durch sein Verhalten Rechtsfolgen herbeizuführen. Sie erkennt die dadurch hervorgebrachten tatsächlichen Änderungen in der Umwelt als rechtlich verbindlich an. Als Rechtsgeschäft existiert diese Handlung aber nur in den Formen und mit den Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung zur Verfügung stellt. Das Recht ermöglicht daher erst die Freiheitsausübung. Als rechtlich konstituierte Freiheit ist Privatautonomie konzeptionell von den „natürlichen Freiheiten“ (Ausreisen, Taubenfüttern, Reiten im Walde) zu unterscheiden, weil das Recht hier nicht Freiheitshindernis ist, sondern den Freiheitsgegenstand erst schafft. Das wirft schwierige rechtstheoretische und grundrechtsdogmatische Fragen auf, von denen die zwei wichtigsten lauten: Liegt ein Freiheitshindernis schon vor, wenn das Recht Handlungskompetenzen von Personen beschränkt? Lässt sich Privatautonomie in den Grundrechten verankern, so dass der Staat mit einer Beschränkung rechtsgeschäftlicher Handlungskompetenz in deren Schutzbereich eingreift? Das setzt voraus, dass man den Grundrechten Maßstäbe für die Ausgestaltung des normgeprägten Lebensbereichs entnehmen kann. Das ist, streng genommen, paradox.⁶⁰⁷ Wenn ein „Vertrag“ nur das sein kann, was mit Blick auf die Rechtsordnung mit dem Ziel vereinbart wird, von ihr als verbindlich anerkannt zu werden, kann das Grundrecht nur die Freiheit meinen, die vom einfachen Recht vorgesehen ist. Dann wäre der Grundrechtsschutz aber völlig in der Hand des einfachen Gesetzgebers. Das ist wiederum aus grundrechtstheoretischer Sicht paradox. Die Auflösung dieser Paradoxien gelingt nur mit dogmatischen Anbauten an die Privatautonomie: entweder man kreiert eine höchst problematische Institutsgarantie⁶⁰⁸ oder man löst die Privatautonomie – grundrechtsdogmatisch ganz auf der Höhe der Zeit – in „multipolare Rechtsverhältnisse“ auf, die man abwehrrechtlich und über die Schutzpflichtendogmatik konstruiert.⁶⁰⁹ Die abwehrrechtliche Konstruktion ist gezwungen, einen Maßstab zu entwickeln, der es ermöglicht, die normativ konstituierten Freiheiten einer verfassungsrechtlichen Prüfung zugänglich zu machen. Da das normativ konstituierte Freiheitsrecht als Prüfungsgegenstand ausscheidet, muss man sich „die“ Privatautonomie „irgendwie“ abstrakt denken. Dadurch kommt es zur Metamorphose der Vertragsfreiheit: aus der vom Recht konstituierten Freiheit wird ei-

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

607 § 8 III 1 c) (2).

608 § 8 III 1 c) (3).

609 § 8 III 1 c) (4).

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

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

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

610 § 8 III 1 c) (5).

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

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

613 § 8 III 1 c) (5).

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

615 § 8 III 3.

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

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

616 § 8 III 3 b) (1).

617 § 8 III 3 b) (3).

618 § 8 III 3 b) (4).

619 § 8 III 4.

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

IV. Gleichbehandlung und Grundrechtsunmittelbarkeit im Privatrechtsverkehr

1. Die Suche nach dem Geltungsgrund

Das Prinzip der personalen Gleichheit erklärt als heuristisches Modell die Funktionsweise und die Legitimationsgrundlagen einfachgesetzlicher Gleichbehandlungspflichten.¹ Diese tragen ihren Geltungsgrund jeweils in sich. In seiner Funktion als beschreibendes Modell konnte das Prinzip daher auf den Nachweis eines selbstständigen Geltungsgrunds verzichten. Stattet man das Prinzip mit einer normativen Funktion aus, muss man sich die Frage nach dem Geltungsgrund stellen.² Das ist die klassische Herausforderung jeder Geltungsbehauptung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Selbst wenn man einer „prozeduralen Theorie des allgemeinen Rechtsgrundsatzes“³ folgt, kommt man an den Punkt, wo das vorgeschlagene Verfahren der Rechtsgewinnung einen substantiellen Anker braucht.⁴ Das ist der neuralgische Ort richterlicher Rechtsfindung *und* Rechtsbegründung⁵ bezogen auf einen privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Es geht um nichts weniger als die Frage seiner Geltung als Rechtsnorm. Damit erklärt sich die hier vorgenommene methodische Trennung der verschiedenen Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit.⁶ Die Unterscheidung eines deskriptiven und

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

2 Siehe dazu oben § 7 I 2 a) (3).

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

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

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

6 Siehe oben § 7 I 2.

normativ wirkenden Prinzips beruht auf rechtstheoretischen Prämissen. Das Prinzip personaler Gleichheit ist nämlich eine „*primary rule*“:⁷ Du sollst eine andere Person nicht ungleich behandeln, ohne dass es dafür sachliche Gründe gibt. Diese Verhaltensregel ist nicht zwingend „Recht“. Sie kann auch eine Konsequenz aus einem Prinzip politischer Gerechtigkeit sein, über dessen moralische Geltung zwischen privaten Akteuren in der Privatrechtsgesellschaft trefflich gestritten wird.⁸ Eine Geltung als „Recht“ liegt dann vor, wenn es eine *secondary rule*, eine, wie Hart formulierte, *rule of recognition* gibt, aus der die Verbindlichkeit dieser *primary rule* für die Angehörigen einer bestimmten Rechtsordnung folgt.⁹ Dass es diese *rule of recognition* für die in § 5 dargestellten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze und das in § 6 behandelte spezielle Nichtdiskriminierungsrecht gibt, steht außer Frage. Ungeklärt ist lediglich, worin genau der jeweilige Geltungsgrund liegt.

Am wenigsten Probleme bereitet die Frage nach dem Geltungsgrund dem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht: Es kann sich auf eindeutige Rechtsgrundlagen im nationalen und im Unionsrecht stützen. Deutlich größere Schwierigkeiten haben die verschiedenen Ausprägungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. So sei der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz auf verschiedene allgemeine Prinzipien zurückzuführen,¹⁰ die sich gegenseitig ergänzten und zu einem allgemeinen privatrechtlichen¹¹ Rechtsgrundsatz führten, der mittlerweile gewohnheitsrechtliche Geltung habe.¹² Daneben werden eine ganze Reihe genuin privatrechtlicher Begründungen versucht, die jeweils erheblichen Einschränkungen ausgesetzt sind.¹³ Überzeugen kann dagegen ein Ansatz, der sich in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durchzusetzen scheint: Nachdem es bereits den Inhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ständiger Rechtsprechung aus Art. 3 Abs. 1 GG entnommen hat – nämlich die *prima facie* Pflicht zur Gleichbehandlung – findet sich in aktuellen Entscheidungen der knappe Hinweis, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz die privatrechtliche Ausprägung des in Art. 3 Abs. 1 GG statuierten Gleichheitssatzes sei.¹⁴ Die Geltungsfrage beim verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hat sich mit § 53a AktG streng genommen nur für die Aktiengesellschaft erledigt. Gleichwohl ist er als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt,

7 Zu Begriff und Funktion dieser *primary rules* in der Erklärung des Rechtsbegriffs siehe Hart, *The Concept of Law*, 1994, 79 ff.

8 Dazu oben § 8 III 2.

9 Hart, *The Concept of Law*, 1994, 79 ff, 100 ff.

10 Preis, *Arbeitsrecht*, 2012, 441.

11 Schmidt in: *Erfurter Kommentar*, Art. 3 Rn. 29.

12 Boemke, *NZA* 1993, 532, 536; Müller-Glöge in: *MünchKomm-BGB*, § 611 Rn. 1122; Preis in: *Erfurter Kommentar*, § 611 BGB Rn. 574.

13 Siehe dazu die Diskussion oben § 5 I 3.

14 Dazu oben § 5 I 3 d).

wobei die Begründungsansätze dafür im Einzelnen sehr variieren.¹⁵ Inhaltlich sieht man „strukturelle Parallelen“¹⁶ zwischen Art. 3 Abs. 1 GG und § 53a AktG und will die Maßstäbe verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsprüfung auch im Gesellschaftsrecht fruchtbar machen.¹⁷ Wie schon der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sei der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ein genuin privatrechtlicher Rechtssatz, dessen Inhalt maßgeblich vom Verfassungsrecht bestimmt würde, ohne Ausdruck einer privatrechtlichen Wirkung des Art. 3 Abs. 1 GG zu sein. Das überzeugt nicht. Konsequenter ist es, auch im Verbandsrecht den weiteren Schritt zu machen und den Grundsatz als Ausdruck der Grundrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu sehen. Differenzierter fällt die Beurteilung im Unionsrecht aus. Das Primärrecht kennt keinen an den Mehrheitsaktionär adressierten Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeinen (verfassungsrechtlichen) Rechtsgrundsatz des Unionsrechts.¹⁸ In der Sache zielt die vom Gerichtshof gegebene Begründung nur gegen eine Ableitung einer *kapitalmarktrechtlichen* Gleichbehandlungspflicht von Aktionären untereinander. Damit ist nichts über den klassisch verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im Verhältnis von Verband und Gesellschafter gesagt.¹⁹ Für das Kapitalmarktrecht hat der Gerichtshof im Ergebnis eine primärrechtliche Grundlage der Gleichbehandlungspflicht verneint. Ein solcher Grundsatz setzt gesetzgeberische Entscheidungen voraus, die auf der Abwägung der in Rede stehenden Interessen und im Vorhinein festgelegten klaren und detaillierten Regeln beruhen, und kann daher nicht aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet werden.²⁰ Im Kapitalmarktrecht gibt es eine ganze Reihe einzelner und jeweils bereichsspezifischer Gleichbehandlungspflichten, die eine sekundärrechtliche Grundlage haben und im nationalen Recht umgesetzt sind.²¹ Ein allgemeines kapitalmarktrechtliches Gleichbehandlungsprinzip hat sich dagegen nicht durchgesetzt.²² Bei wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten hat sich die Frage aufgrund ihrer ausdrücklichen Verankerung in Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB nicht gestellt.²³ Ähnliches gilt für die einfachgesetzlichen Grundlagen des speziellen Kontrahierungszwangs.²⁴ Dagegen besteht beim allgemeinen Kontrahierungszwang ein Legitimationsbedürfnis, dem regelmäßig freiheitsrechtlich und

15 Einzelheiten oben § 5 II 3 b).

16 Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 9.

17 Henze/Notz in: Großkomm. AktG, Rn. 11; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 15; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 9; *Hüffer* in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 3.

18 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823.

19 Siehe dazu oben § 5 I 3 a).

20 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 62.

21 Dazu oben § 5 III.

22 Siehe oben § 5 III 6.

23 Siehe oben § 5 IV 1.

24 Dazu § 5 VI 1.

sozialrechtlich Rechnung getragen wird. Dagegen halte ich eine gleichheitsrechtliche Argumentation für überzeugender, die sich letztlich auf eine Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG stützen kann.²⁵ Diese Rückführung auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz als den eigentlichen Geltungsgrund von privatrechtlichen Gleichbehandlungspflichten bietet sich auch für die zahlreichen Ungleichbehandlungen bei Personenmehrheiten an.²⁶ Deutlich wird das vor allem im Insolvenzverfahren, bei dem man die Bindung an Gleichbehandlungsgrundsätze des privaten Insolvenzverwalters und der Gläubigerorgane letztlich mit der Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG erklären kann.²⁷

Wer eine normative Funktion des Prinzip personaler Gleichheit behauptet und es als selbstständigen Geltungsgrund eines Gleichbehandlungsgebots auffasst, muss mit erheblicher Kritik rechnen. Nach *Axel Metzger* sind die „Anwendungsbereiche der Gleichbehandlung im Privatrecht insgesamt zu vielgestaltig [...], um von einem einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im europäischen Privatrecht zu sprechen.“²⁸ Auch *Jürgen Basedow* verneint eine eigenständige operative Bedeutung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes²⁹ und des ungeschriebenen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes³⁰ im europäischen Privatrecht. Möglich sei allenfalls eine Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die auf einem induktiven Rechtsschluss aus Rechtsregeln nationaler, supranationaler und internationaler Provenienz beruhen.³¹ Gleichbehandlungsgebote könnten nur „in Frage kommen, wenn entweder die Vertragsfreiheit wegen Marktversagen nicht zur vollen Entfaltung gelangt oder gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote Einschränkungen der Vertragsfreiheit verlangen.“³² Das sei bei der, über die *lex lata* hinausgehende, Ableitung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote nicht der Fall: Sie seien im Ausgangspunkt mit dem marktwirtschaftlichen Modell der Union unvereinbar.³³ Das ist der klassische Einwand gegen Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht. Ich sehe daher die Aufgabe dieser Arbeit darin, diesen Einwand mit der freiheitsrechtlichen Konzeption des Prinzips personaler Gleichheit³⁴ zu entkräften: Gleichbehandlungspflichten sind so zu konzipieren, dass sie die unterschiedlichen Funktionen der Privatautonomie angemessen integrieren. Das räumt die Zweifel darüber nicht aus, ob das geltende Gleichbehandlungsrecht im europäischen Mehrebenensystem einen induktiven

25 Siehe § 5 VI 2 c).

26 Dazu § 5 II 1 b) und VII 1.

27 Dazu § 5 V 2 c).

28 *Metzger*, 75 *RabelsZ* (2011), 845, 880.

29 *Basedow*, *ZEuP* 2008, 230, 244.

30 *Basedow*, FS Hopt, (Bd. I), 2010, 35 f.

31 *Basedow*, FS Hopt, (Bd. I), 2010, 36.

32 *Metzger*, 75 *RabelsZ* (2011), 845, 880.

33 *Basedow*, *ZEuP* 2008, 230, 249.

34 Dazu oben § 7 IV 3 a) und – zum Fundament in der juristischen Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit – oben § 8 II 4 c).

Schluss rechtfertigt oder ob Gleichbehandlungspflichten Privater deduktiv aus den unions- und verfassungsrechtlichen Gleichheitsgewährleistungen folgen. Ich halte es für möglich, dass man diesen Nachweis auf der Grundlage des hier vorgeschlagenen Modells erbringen kann.³⁵

Ob dem Prinzip der personalen Gleichheit eine normative Funktion zukommt, hängt davon ab, ob es auch dafür eine *rule of recognition* gibt. Die Antwort darauf basiert auf einer weiteren Prämisse: Kann sich eine *rule of recognition* nur aus sozialen Konventionen³⁶, etwas als Recht zu behandeln bzw. auf Grundlage einer „Grundnorm“ ergeben³⁷ oder ist es möglich, unter Rückgriff auf eine außerrechtliche Konzeption der Gerechtigkeit als Gleichheit ein allgemeines Rechtsprinzip der Gleichbehandlung als Bestandteil des geltenden Rechts zu entwickeln³⁸? Axel Metzger hat die Rechtsgeltung allgemeiner Rechtsgrundsätze alternativ sowohl auf Grundlage eines positivistischen als auch eines nicht-positivistischen Rechtsbegriffs bejaht.³⁹ Das Problem stellt sich in besonderer Weise bei der „Geltung von Rechtsgrundsätzen jenseits der klassischen Rechtsquellen“⁴⁰. Es verliert an rechtstheoretischer Schärfe, sobald sich in einer Rechtsordnung Transformationsnormen des positiven Rechts finden lassen, die geeignet sind, außerrechtliche Inhalte in das Recht zu übersetzen.⁴¹ Mit den verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Verankerungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes bestehen solche Normen, deren „open texture“ es erlaubt oder einen sogar dazu zwingt, nicht-rechtliche Inhalte ins Recht zu transformieren.⁴² Das ist für *state action* im Wesentlichen unbestritten. Gilt das aber auch gegenüber privaten Akteuren? Dieses Problem verlagert die Debatte um die Geltungsfrage von Gleichbehandlungspflichten Privater wieder auf die klassische Frage der (un)mittelbaren Grundrechtsbindung zurück.⁴³

Die Gleichbehandlungspflicht Privater war der Auslöser der deutschen „Drittwirkungsdebatte“.⁴⁴ Sie brachte und bringt immer noch den Konflikt zwischen der Privatautonomie und der horizontalen Grundrechtswirkung auf einen einfachen Nenner: Kann das staatsgerichtete Gleichbehandlungsgebot auch in privat-

35 Dezidiert verneinend dagegen Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 880.

36 Exemplarisch die Auffassung von Hart, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958); Raz, Authority of Law, 1979; Hoerster, NJW 1986, 2480 ff; Hart, The Concept of Law, 1994; Hoerster, Was ist Recht?, 2006.

37 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960; dazu kritisch aus rechtspositivistischer Sicht jüngst Hoerster, JZ 2008, 1023 ff sowie Paulson, JZ 2006, 529 ff.

38 Das ist der Kern nicht-positivistischen Denkens, vgl. Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 14 ff, 46 ff; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983; Canaris, Feststellung von Lücken, 1983; Dreier, NJW 1986, 890 ff; Dworkin, Law's Empire, 1986; Dreier, Rechtstheorie 1987, 368 ff; Bydlinski, Rechtsgrundsätze, 1988; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 1991, 177-298; Dreier, ARSP Beiheft 44 1991, 55 ff; Alexy, 2004; Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit, 2004, 144 ff.

39 Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 82 ff.

40 So lautet die Überschrift bei Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 74.

41 Zu den Voraussetzungen siehe oben § 8 III 2.

42 Vgl. statt vieler Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 24.

43 Dazu oben § 4 I 2 und II 3.

44 Dazu oben § 4 I 2.

rechtlichen Beziehungen gelten? Die einfache Frage hat erstaunlich komplizierte Lösungsvorschläge hervorgebracht. Ich werde hier versuchen zu erklären, warum die unmittelbare Horizontalwirkung die mittlerweile anerkannte Grundrechtswirkung im Privatrecht als einziges Modell auch rechtstheoretisch angemessen beschreiben kann. Der differenzierte und im Vergleich zur deutschen Debatte entspanntere Umgang⁴⁵ mit Gleichbehandlungspflichten Privater im europäischen Kontext weist den methodischen Weg, wie man die unmittelbare Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr praktikabel machen kann. Das Prinzip personaler Gleichheit ist danach ein geeignetes Modell, um die verschiedenen grundrechtlichen Autonomiebereiche und Gleichbehandlungsansprüche privatrechtlich zu konkretisieren.

2. Das Problem der Horizontalwirkung

Mit der Horizontalwirkung der Grundrechte/Grundfreiheiten ist eine der zentralen Weichenstellungen der aktuellen Grundrechts- und Privatrechtsdiskussion angesprochen. Unter Horizontalwirkung verstehe ich deren (modifizierte) Geltung im Privatrechtsverhältnis unter Privatrechtsakteuren. Ich ziehe diesen Begriff der üblichen Beschreibung des Phänomens als „Drittwirkung“ vor⁴⁶, weil er das zu lösende Problem – die Grundrechtsbindung privater Akteure – neutral beschreibt. Private können nämlich nur dann „Dritte“ sein, denen gegenüber man die Wirkung von Grundrechten erstrecken oder gerade nicht erstrecken soll, wenn man einer klassisch-liberalen Theorie folgt, die in Grundrechten und Grundfreiheiten lediglich eine Rahmenordnung für den Staat bzw. das Verhältnis zwischen supranationaler Einheit und Staat sieht. Geht man dagegen davon aus, dass Grundfreiheiten und Grundrechte eine materiale Grundordnung *für alle* Rechtsbeziehungen sind, können Private nicht mehr „Dritte“ sein. Sie sind dann Träger subjektiver Rechte in originären Verfassungsrechtsverhältnissen. Dann muss man darüber streiten, wer aus diesen subjektiven Rechten verpflichtet wird: nur die Union bzw. der (Mitglied-) Staat oder auch der einzelne private Akteur? Die Literatur dazu ist ausufernd. Das gilt für die Horizontalwirkung der

45 Dazu näher *Classen*, EuR 2008, 627, 638 ff.

46 Vgl. dazu statt vieler *Papier* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55 Rn. 1; *Langenbucher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: Langenbucher, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, 1, § 1 Rn. 32 ff.

Grundfreiheiten⁴⁷ ebenso wie die der Grundrechte auf Unionsebene⁴⁸, die in der EMRK geschützten Menschenrechte⁴⁹ und vor allem für die „Drittwirkungsdebatte“ im nationalen Recht⁵⁰.

Eine Horizontalwirkung verfassungsrechtlicher Gleichheitssätze ist Anathema für das klassische Privatrechtsverständnis: Der Grundsatz der Privatautonomie würde negiert, wenn man mit dem Gleichheitssatz für das private Rechtsgeschäft Ernst machen würde.⁵¹ Die flammendste Formulierung stammt immer noch von Dürig:

„Unser Zivilrecht würde einen nicht wieder gutzumachenden schweren Schaden erleiden, wenn folgende Ausgangserkenntnis jemals in Frage gestellt würde: Die primäre Entscheidung des Grundgesetzes für ein gegen den Staat gerichtetes generelles Freiheitsrecht (Art. 2 I), das auch Vorrang gegenüber Art. 3 hat, umschließt begrifflich auch die Freiheit dem Staat gegenüber, von ihm ungehindert in der unter gleichgeordneten Privaten bestehenden Verkehrs- und Tauschgerechtigkeit des Zivilrechts von Grundrechtssätzen, die für staatliches Handeln unabdingbar sind, abweichen zu können.“⁵²

Zugespitzt: Weil die Geltung von Art. 3 GG in Privatrechtsbeziehungen die Pflicht der privaten Akteure zur gegenseitigen Gleichbehandlung begründen würde, stünde es um diejenigen Formen des Privatrechts schlecht, die gerade auch private Willkür umfassen. „Die Ablehnung eines Heiratsantrages aus Gründen der Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen geriete in Kollision mit Art. 3 Abs. 3 GG“.⁵³ Das Beispiel perhorresziert. Kriegler, J. hat in seiner *dissenting opinion* in *Du Plessis v. De Klerk*, dem *leading case* zur Horizontalwirkung im südafrikani-

47 Siehe dazu statt vieler Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1 – Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rn. 317 ff; Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 631 ff; Herresthal, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177 ff; Kingreen in: Ehlers, Europäische Grundrechte, 743 ff; Bachmann, AcP 210 (2010), 424 ff; Lengauer, Drittwirkung von Grundfreiheiten, 2010, 81 ff, 291 ff, 351 ff.

48 Cherednychenko, 2 Eur. Rev. Priv. L. 489 (2006); Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, 162 ff, 214 ff; Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 7 Rn. 50 ff; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 4 – Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 279 ff; Seifert, EuZW 2011, 696, 700 ff; Huber, NJW 2011, 2389 f; speziell zum Gleichbehandlungsgebot Odendahl in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 43 Rn. 11, § 44 Rn. 10 ff.

49 Ellger, The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 161 ff; König/Peters in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 21 Rn. 87 ff; Rebhahn, AcP 210 (2010), 489 ff; Seifert, EuZW 2011, 696, 698 ff.

50 Statt vieler Canaris, AcP 184 (1984), 201 ff; Hager, JZ 1994, 373 ff; Oeter, AöR (119) 1994, 529 ff; Diederichsen, Jura 1997, 57 ff; Diederichsen, AcP 198 (1998), 171 ff; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, 413 ff; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 227 ff; Papier in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55; Hager, Rechtsmethoden in Europa, 2009, 222 ff; Maultزش, JZ 2012, 1040 ff.

51 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 22.

52 Dürig, FS Nawiasky, 1956, 157, 158 f (Hervorhebungen im Original). Eingehend zu Dürigs Einfluss auf die Entwicklung – oder besser: Nicht-Entwicklung – des Gleichbehandlungsrechts in Deutschland oben § 4 I 2 c).

53 Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 337.

schen Verfassungsrecht – in dem die deutsche Drittwirkungsdebatte intensiv rezipiert wurde⁵⁴ – das zu solcher Kritik Notwendige gesagt:

„The second point concerns a pervading misconception held by some and, I suspect, an egregious caricature propagated by others. That is that so-called direct horizontality will result in an Orwellian society in which the all-powerful state will control all private relationships. The tentacles of government will, so it is said, reach into the marketplace, the home, the very bedroom. The minions of the state will tell me where to do my shopping, to whom to offer my services or merchandise, whom to employ and whom to invite to my bridge club. That is nonsense. What is more, it is malicious nonsense preying on the fears of privileged whites, cosseted in the past by laissez faire capitalism thriving in an environment where the black underclass had limited opportunity to share in the bounty. I use strong language designedly. The caricature is pernicious, it is calculated to inflame public sentiments and to cloud people's perceptions of our fledgling constitutional democracy. "Direct horizontality" is a bogeyman.“⁵⁵

Eine sachlich formulierte Kritik ist dagegen von der berechtigten Sorge getragen, wie man Privatautonomie, Vertragsfreiheit und Testierfreiheit als Ausdruck selbstbestimmter Präferenzensetzung im Recht beibehalten kann, wenn sie sich am Gleichbehandlungsgrundsatz messen lassen müssen, der solche subjektiven Präferenzen doch ausschließt.⁵⁶ Die Geltung der Gleichheitsgrundrechte im Horizontalverhältnis würde es dem Recht versagen, die Kommunikationsergebnisse anderer Teilsysteme anzuerkennen. Privatautonomie „ermächtigte nicht zur selbstverantwortlichen Gestaltung der eigenen Lebensverhältnisse, sondern lediglich zur Freiheit in der tatsächlichen Lebensführung, solange Dritte keinen Anstoß daran nehmen und die Gerichte anrufen.“⁵⁷ Weil dieses Ergebnis untragbar sei, *dürften* verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze im Privatrecht nicht gelten. Gegen diese These sind zwei Einwände zu erheben: (1.) Sie ist im Kern zirkulär: Die Privatautonomie wird mit einer ganz bestimmten formal-abstrakten Konzeption identifiziert und als Schutzgegenstand festgelegt, obwohl man genau über diesen Inhalt streiten müsste.⁵⁸ (2.) Sie unterstellt, dass die Geltung von Gleichbehandlungspflichten ohne weiteres das Ende der Privatautonomie mit sich bringt. Damit übersieht sie die nahe liegende Möglichkeit, dass die Ausübung privatautonomen Verhaltens einen sachlichen Grund für die ungleiche Behandlung bilden kann.⁵⁹

54 *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 [3] SA 850 Tz. 39 ff (Kentridge, AJ).

55 *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 [3] SA 850 Tz. 120 (Kriegler, J)(diss.).

56 Beispielhaft *Boysen* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 50: „Denn wie der Gleichheitssatz als Begründungsgebot einer Abwägung mit der Privatautonomie zugänglich sein soll, die ja im Gegenteil ihren Träger gerade von allen Begründungspflichten in seinem Rechtskreis frestellt, ist schlechterdings nicht zu begründen.“

57 *Wagner*, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 75.

58 *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, 253 f.

59 Dazu vertiefend oben § 7 IV.

Im Grundsatz lassen sich vier Lösungsansätze der Horizontalwirkung von Gleichheitsgrundrechten unterscheiden:⁶⁰ (1.) das Nichtanwendungsmodell, das man trennen kann in (a) das weite Nichtanwendungsmodell auf Privatrecht oder (b) das eingeschränkte Nichtanwendungsmodell, das zwischen Privatrechtsgesetzgebung und Privatrechtsbeziehung trennt, (2.) das richterbezogene Eingriffsmodell, (3.) das indirekte Anwendungsmodell, das sich unterscheidet in (a) die „Ausstrahlungswirkung“ und (b) die Schutzpflichtenlehre und (4.) das unmittelbare Anwendungsmodell.

a) Nichtanwendungsmodell

Das weite Nichtanwendungsmodell sichert die „Selbstbehauptung des Privatrechts“ gegenüber der Verfassung⁶¹, indem es eine „Souveränität des Zivilrechts“ behauptet.⁶² Das würde in letzter Konsequenz auch bedeuten, dass der Privatrechtsgesetzgeber nicht an die Gleichbehandlungsgrundrechte gebunden ist. Das ist nach heute ganz überwiegender Auffassung nicht mit Art. 1 Abs. 3 GG vereinbar, der alle Staatsgewalt – und damit auch den Gesetzgeber, unabhängig von der Regelungsmaterie – bindet.⁶³ Diesen Einwand vermeidet das eingeschränkte Nichtanwendungsmodell. Grundlage dafür ist eine strikt abwehrrechtliche Konzeption der Gleichheitsrechte.⁶⁴ Danach regeln sie nur das Verhältnis des Privatrechtsakteurs zum Staat. Als ausschließlich staatsgerichtete Rechte schützen sie ihn nicht vor einer Ungleichbehandlung, die von anderen privaten Akteuren ausgeht. Daher verbieten sie auch keine diskriminierungsfrei ausgestalteten Regelungen, die es den Grundrechtsträgern ermöglichen, sich gegenseitig ungleich zu behandeln. „Private Ungleichbehandlung gerät mit den staatsgerichteten Gleichbehandlungsgeboten nicht in Konflikt. [...] Der Staat diskriminiert nicht, indem er nichtdiskriminierende Diskriminierungsmöglichkeiten für nicht grundrechtsgebundene Grundrechtsträger einräumt.“⁶⁵ Dieses Modell basiert auf einer Grundrechtstheorie, nach der sich die Bedeutung der Grundrechte darauf beschränkt, eine Rahmenordnung bereitzustellen.⁶⁶ Es ist unvereinbar mit einer Grundrechtstheorie, die in den Grundrechten den Ausdruck der rechtlichen Grundordnung der Gesellschaft insgesamt sieht. Diesen Schritt ist das Bundesver-

60 Vgl. dazu statt aller aus verfassungsvergleichender Perspektive *Barak*, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in: Friedmann/Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, 2001, 13 ff.

61 *Diederichsen*, Jura 1997, 57 ff; kritisch dazu *Neuner*, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: Neuner, *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, 2007, 160, 165 f.

62 *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 209.

63 Eingehend dazu mit umfangreichen Nachweisen *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 212 f; *Hager*, JZ 1994, 373, 374 f; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 89 ff; *Cremer*, *Freiheitsgrundrechte*, 2003, 425 ff.

64 Vorgelegt von *Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, 337 ff.

65 *Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, 339, 341.

66 *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 ff; *Böckenförde*, *Der Staat* 43 (2003), 165, 186 f.

fassungsgericht in der *Lüth*-Entscheidung gegangen. Damit hat es sich dafür entschieden, die im Grundgesetz positivierten Gerechtigkeitsvorstellungen aus der einseitigen Staatsfixierung zu lösen und sie für das Rechtssystem insgesamt als verbindlich anzusehen.⁶⁷ Zugleich hat es die Grundlage für alle objektiven Dimensionen der Grundrechte gelegt. Eine Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis ist demgegenüber eine Regression.⁶⁸ Das käme in selektiver Weise den Privatrechtssubjekten zugute, die zum Freiheitsschutz nicht die Hilfe des Rechts benötigen.⁶⁹ Aus grundrechtsdogmatischer Sicht ist es gerade der vom eingeschränkten Nichtanwendungsmodell geforderte Rückzug der Grundrechte aus privaten Rechtsverhältnissen, der freiheitsrechtliche Gefahren aufwirft. *Poscher* will beispielsweise den *Dürig'schen* Judenfall⁷⁰ nur mit § 138 BGB lösen und macht die Entscheidung von empirischen Betrachtungen abhängig. Das ist möglich, aber genauso gut könnte man auf einen moralphilosophischen oder ökonomischen Begriff der Sittenwidrigkeit abstellen. *Poscher* zwingt den Rechtsanwender dazu, selbst einen geeigneten außerrechtlichen Maßstab für die Anwendung des § 138 BGB zu finden. Damit befreit das rein abwehrrechtliche Modell den Rechtsanwender von Bindungen, die ihm die Verfassung vorgeben würde.⁷¹ Es negiert die Entlastungsfunktion der Grundrechte, weil sie umstrittene Moralvorstellungen verrechtlicht und damit außer Streit gestellt haben.⁷² Schließlich trägt der Haupteinwand nicht: Die Grundrechtsgeltung zerstört nicht die Privatautonomie. Sie verlangt vielmehr, diese Freiheit als Begrenzungsfaktor von Gleichbehandlungsansprüchen anzusehen.⁷³ Es geht nicht um ein Entweder/Oder, sondern um ein Sowohl/Als auch.

b) Eingriffsmodell

Das richterbezogene Eingriffsmodell rechnet eine private Ungleichbehandlung dem Staat zu: Akzeptiert das Gericht in seinem Urteil die selbstbestimmte Entscheidung des privaten Akteurs, greift es damit in die Grundrechte des davon Betroffenen ein.⁷⁴ Als klassischer Fall dafür wird gerne *Shelley v. Kraemer*⁷⁵ genannt. Das passt nicht recht: Verfassungswidrig war nicht ein Urteil gegen eine *unwillig*

67 *Grimm*, Zukunft der Verfassung, in: *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 221.

68 Eingehend dazu *Grimm*, Zukunft der Verfassung, in: *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 221 ff.

69 *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), 173, 192.

70 Dazu oben § 4 I 2 c).

71 Zu diesem Aspekt bereits oben in der Diskussion zu *Nipperdey's* Grundrechtstheorie, § 4 I 2 b).

72 Zur Erleichterungsfunktion von Rechtsnormen *Raz*, 10 Legal Theory 1, 9 (2004).

73 Vgl. *Kumm*, 7 German L.J. 341, 362 (2006).

74 Siehe *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, 152 f, allerdings nur für die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG. Im übrigen fehle es an einem Zurechnungsgrund. Bezüglich des allgemeinen Gleichheitssatzes ist *Schwabe* also ein Vertreter des eingeschränkten Nichtanwendungsmodells, siehe S. 149 ff.

75 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

party; verfassungswidrig war es, eine privatautonome Beschränkung gegen den Vertragswillen beider Parteien durchzusetzen.⁷⁶ Das Modell geht von der These aus, dass Grundrechte nur gegen den Staat gelten, dann aber auch den Richter bei seinen Entscheidungen über privatrechtliche Streitigkeiten binden.⁷⁷ Damit wird, so der klassische Einwand, die Grundrechtsgeltung bei privatem Handeln nicht begründet, sondern vorausgesetzt: Art. 1 Abs. 3 GG binde die Staatsgewalten nur an die Grundrechte, soweit diese gelten.⁷⁸ Es geht also nicht um die Frage, ob der Richter gebunden ist – das ist er zweifellos – sondern darum, ob die Parteien des Rechtsstreits an die Grundrechte gebunden sind.⁷⁹ Das eigentliche Problem des richterbezogenen Modells ist seine Staatszentrierung.⁸⁰ Die Dreiecksrelation Privater-Staat-Privater wird auf zwei Relationen Staat-Privater reduziert.⁸¹ Damit strapaziert man einerseits die Verantwortlichkeit des Staates für Gefährdungshandlungen Dritter⁸² und entkleidet diese andererseits ihrer genuin privatenrechtlichen Natur.⁸³ Im Ergebnis rechnet man dem Staat ein grundrechtsgefährdendes Verhalten zu, ohne die Grundrechtsgefährdung vorher im privaten Handeln verortet zu haben.

c) Indirektes Anwendungsmodell

Das indirekte Anwendungsmodell kann sich auf die Autorität des Bundesverfassungsgerichts stützen.⁸⁴ Das Grundgesetz „muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“⁸⁵ Zwar bleibt ein „Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts [...] materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentli-

⁷⁶ Dazu oben § 3 IV 2 c).

⁷⁷ Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 25.

⁷⁸ Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 51; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 18 mwN.

⁷⁹ Ladeur, FS G. Teubner, 2009, 543, 548.

⁸⁰ Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 17 f.

⁸¹ Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 50.

⁸² Papier in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55 Rn. 6; näher Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 417 ff.

⁸³ Dazu Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 262 f.

⁸⁴ Grundlegend BVerfGE 7, 198. Zum Urteil näher oben § 4 I 2 a); zur kontroversen Bewertung dieser Entscheidung siehe einerseits Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 ff und andererseits Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, (passim).

⁸⁵ BVerfGE 7, 198, 205.

chen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.“⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht verortet die von ihm bezeichnete „Ausstrahlungswirkung“⁸⁷ in „denjenigen Vorschriften des Privatrechts [...], die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des *ordre public* – im weiten Sinne – bilden, d. h. der Prinzipien, die aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen verbindlich sein sollen und deshalb der Herrschaft des Privatwillens entzogen sind.“⁸⁸ Damit sind auch die Generalklauseln⁸⁹ gemeint, aber nicht nur diese.⁹⁰ Das Gericht folgte hier implizit der Argumentation *Dürigs*.⁹¹ Die privatrechtliche Eigenständigkeit wurde insoweit gewahrt, weil Verfassungsrechtsätze nicht unmittelbar im Privatrechtsverhältnis gelten. Das Privatrecht mediatisiert die grundrechtlichen Interessenkonflikte und das GG strahlt lediglich in dessen Auslegung und Rechtsfortbildung ein.⁹² Die privaten Akteure unterliegen keiner gegenseitigen Grundrechtsbindung.⁹³ Nur das Zivilrecht weist ihnen die Kompetenz zur Begründung subjektiver Rechte zu. Der nächste Schritt war aber von *Dürig* nicht vorgezeichnet worden: Der Richter hat zu prüfen, „ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflusst sind; trifft das zu, dann hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten.“⁹⁴ Tut er das nicht, verstößt er gegen die objektive Dimension des einschlägigen Grundrechts. Damit verletzt er zugleich ein subjektives Recht des Privatrechtsakteurs gerichtet auf Beachtung dieser objektiven Grundrechtsfunktion.⁹⁵ Diese Operation ermöglichte dem Gericht die verfassungsgerichtliche Kontrolle zivilgerichtlicher Entscheidungen. In der Sache aktivierte das Bundesverfassungsgericht Art. 5 Abs. 1 GG, um den Freiheitsraum Erich Lüths gegenüber einer Haftung wegen Boykotts aus § 826 BGB zu sichern.⁹⁶ Es instrumentalisierte ein Grundrecht, um die Reichweite eines privaten subjektiven Rechts zu beschränken. Damit legte es die verfassungsrechtliche Dimension des vom Privatrecht geregelten Interessenkonflikts offen: Es ging auf der einen Seite um die Meinungsfreiheit und auf der anderen Seite um die wirtschaftlichen Verwertungsinteressen und – dadurch mediatisiert – auch um die persönli-

86 BVerfGE 7, 198, 205 f.

87 BVerfGE 7, 198, 207.

88 BVerfGE 7, 198, 206.

89 BVerfGE 7, 198, 206.

90 Hervorgehoben von *Canaris*, AcP 184 (1984), 222 ff; anders aber *Ladeur*, FS G. Teubner, 2009, 543, 545.

91 Siehe oben § 4 I 2 c).

92 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 183.

93 Dazu deutlich *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 202 ff.

94 BVerfGE 7, 198, 206.

95 Vgl. BVerfGE 7, 198, 206 f.

96 BVerfGE 7, 198, 214 ff.

che Rechtssphäre Harlans. Seit *Lüth* steht fest, dass sich Grundrechte auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse auswirken.

Unklar ist die Konstruktion dieser Grundrechtswirkung: Eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater wird verneint. Gleichwohl sind die Gerichte als Grundrechtsadressaten „von Verfassungen wegen verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln die Grundrechte als 'Richtlinien' zu beachten.“⁹⁷ Die Gerichte müssen also bei der Entscheidung privatrechtlichen Streitigkeiten Normen anwenden, an die die handelnden Akteure ihrerseits nicht gebunden sind. Das ist das Dilemma der mittelbaren Horizontalwirkung von Grundrechten: Obwohl die Grundrechtsnorm nicht zwischen den Beteiligten im Privatrechtsverhältnis gelten soll, findet sie sich in der gerichtlichen Entscheidungsbegründung wieder. Eine Möglichkeit diese Spannung aufzulösen ist es, die Generalklauseln zu benutzen, um vom Rechtssystem zunächst ausgeschlossene außerrechtliche Erwägungen wieder in das Rechtssystem einzuführen („re-entry“).⁹⁸ Das setzt voraus, dass man Grundrechte primär als soziale Institution und nicht als Kreation des Rechts versteht.⁹⁹ Das trifft sich aber nicht mit der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Prämisse. Danach sind Grundrechte objektive Normen und als Normen sind sie bereits Teil des Rechtssystems. Darin liegt die Pointe der objektiven Wertordnung: Damit sollte der Rückgriff auf nichtrechtliche Wertungen gerade erschwert werden.¹⁰⁰ In der vom Bundesverfassungsgericht gewählten Konstruktion bleibt also offen, wie Normen als objektives Recht gelten können, die Grundrechtsträger nicht verpflichten, aber deren subjektive Rechte begrenzen. Letztlich weicht das Gericht der heiklen Feststellung, dass private Akteure unmittelbaren Grundrechtsverpflichtungen ausgesetzt sind, aus. Das ist bezeichnend für alle „mittelbaren“ Drittwirkungstheorien.¹⁰¹

Man hat versucht, dieses Dilemma mit der Kombination von Eingriffsrecht und Schutzpflicht zu lösen.¹⁰² Zugespitzt formuliert, hat man es damit mehr kassiert als gelöst. Ähnlich, wenn auch dogmatisch ganz unbestimmt, spezifizierte das Bundesverfassungsgericht das Zusammenspiel der unterschiedlichen Grundrechtsinteressen in der Handelsvertreterentscheidung: Beschränkt man die Zulässigkeit von Vertragsklauseln mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der für einen Unternehmer tätigen Vertragspartner, bewirkte das einen Eingriff in die Freiheit

97 BVerfGE 89, 214, 229.

98 So der Konstruktionsvorschlag von *Ladeur*, FS G. Teubner, 2009, 543, 546 f.

99 So *Graber/Teubner*, 18 Oxford J. Legal Studies 61, 65 (1998).

100 Dazu aus zeithistorischer Perspektive *Henne*, Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim BVerfG, in: *Henne/Riedlinger*, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 197, 212, der mit Recht auf die explizit naturrechtliche Argumentationsstruktur der BGH-Rechtsprechung hinweist.

101 *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 163.

102 Grundlegend *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff; vgl. auch *Neuner*, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: *Neuner*, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 160, 170 ff. Siehe dazu auch die Nachweise oben § 8 III 1 c) (4).

der Berufsausübung des Unternehmers.¹⁰³ Fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, trifft den Richter ein „Schutzauftrag der Verfassung [...] den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte [...] mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen“¹⁰⁴. Konsequenz dieser Konstruktion ist ein mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis.¹⁰⁵

Aber auch diesem Modell gelingt es nicht, eine einfache Frage zu beantworten: Wie kann es sein, dass eine Norm fallentscheidend für einen Zivilrechtsstreit ist, an die *keine der Parteien gebunden* ist? Die klassische Antwort darauf lautet: über die Auslegung des die Parteien bindenden einfachen Rechts.¹⁰⁶ Das ist nur möglich, wenn man zwischen dem einfachen Recht (R) und dem vom grundrechtsgebundenen staatlichen Gericht ausgelegten einfachen Recht (R') unterscheidet. Der Unterschied zwischen (R) und (R') liegt in der von (R') erfolgten „Sinnerfüllung“ einer privatrechtlichen Norm: „Sinnerfüllung ist die Übernahme von Norminhalten in das Privatrecht, im Rahmen und Umfang, der durch die aufnehmende Norm festgelegt wird.“¹⁰⁷ Private sind dann nur an (R) gebunden, aber nicht an (R'). Auf das im Zeitpunkt x von den Parteien vorgenommene Rechtsgeschäft findet (R) Anwendung. Kommt es im Zeitpunkt (x+1) zu einer gerichtlichen Entscheidung darüber, muss fingiert werden, dass im Zeitpunkt x bereits (R') galt. Nähme man diese Konstruktion ernst, gibt man damit die elementarste Funktion des Rechts preis: Es ist nicht mehr in der Lage, die Erwartungen der Beteiligten zu sichern, weil es jederzeit möglich ist, dass (R) zu (R') mutiert. Das ist paradox. Die einzige Möglichkeit, diese Paradoxie aufzulösen, liegt darin, ihre Prämisse anzuzweifeln. Das ist der Grundtenor des Nichtanwendungsmodells und des strikten Eingriffsmodells: Es kann kein (R') geben, weil die privaten Akteure nicht grundrechtsgebunden sind. Es gibt eine Alternative dazu. Sie lautet: (R) = (R'). Das Recht ist immer schon mit seiner verfassungsrechtlichen Konnotation belastet. Die „Sinnerfüllung“ ist ihm aufgrund der objektiven Ordnung der Grundrechte aufgegeben. Die Rechtsordnung weist dem Rechtssubjekt nur die Kompetenz zu, private subjektive Rechte zu begründen, denen die verfassungsrechtliche Bindung immanent ist. Diese Bindung resultiert nicht aus der späteren Entscheidung eines Gerichts. Sie konstituiert den Inhalt des subjektiven Rechts. Das dürfte allgemeiner Auffassung entsprechen. Daraus muss man aber die logischen Folgen ziehen: Die Grundrechte, die diesen Inhalt bestimmen, können ihn für Private nur deshalb bestimmen, weil sie auch für Pri-

103 BVerfGE 81, 242, 255.

104 BVerfGE 81, 242, 256.

105 Siehe dazu oben § 8 III 1 c) (4) bb).

106 Satt vieler *Callies*, JZ 2006, 321, 326.

107 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 364.

vate gelten.¹⁰⁸ Genauer: weil sie für Private unmittelbar gelten.¹⁰⁹ Treffend formulierte *Gerhard Robbers*:

*„Die Grundrechte sind dem einfachen Recht immanent. Grundrechte strahlen nicht aus, Grundrechte gelten.“*¹¹⁰

d) Direktes Anwendungsmodell

Die unmittelbare Horizontalwirkung der Grundrechte ist die rechtstheoretisch zwingende Folge der Anerkennung von Grundrechten als Grundordnung für die gesamte Gesellschaft und damit das Rechtssystem.¹¹¹ Die dagegen vorgebrachten Einwände dürfen als bekannt vorausgesetzt werden.¹¹² Sie sind gewichtig – aber kein Spezifikum der unmittelbaren Grundrechtswirkung, sondern jeder Grundrechtswirkung im Privatrechtsverkehr. Das ist für die Argumente: Zerstörung der Privatautonomie, Rechtsunsicherheit und Gewaltenteilung offensichtlich. Ein Blick in die Kritik an der gesamten Drittwirkungsproblematik belegt das.¹¹³ Der einzige Unterschied ist das Wortlautargument. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst die elementare Unterscheidung des Art. 1 Abs. 3 GG hervorgehoben:

*„Während der Bürger prinzipiell frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden. Der Bürger findet durch die Grundrechte Anerkennung als freie Person, die in der Entfaltung ihrer Individualität selbstverantwortlich ist. Er und die von ihm gegründeten Vereinigungen und Einrichtungen können ihr Handeln nach subjektiven Präferenzen in privater Freiheit gestalten, ohne hierfür grundsätzlich rechenschaftspflichtig zu sein. Ihre Inpflichtnahme durch die Rechtsordnung ist von vornherein relativ und – insbesondere nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit – prinzipiell begrenzt.“*¹¹⁴

Die Sätze 1 bis 3 klingen nach letzten Prinzipien, unabdingbaren Wahrheiten. Satz 4 holt das Pathos wieder in die Realität zurück. Die „Inpflichtnahme durch die Rechtsordnung“ – das meint wohl das einfache Recht. Bei dessen Auslegung ist aber die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte zu beachten. Daher kommt es am Ende doch zur Grundrechtsgeltung unter Privaten. Der Private kann sein Handeln eben nicht nach subjektiven Präferenzen gestalten, ohne anderen rechenschaftspflichtig zu sein. Art. 3 GG steht dem nach gesicherter Rechtsprechungspraxis entgegen. Das gilt unabhängig davon, ob man von einer unmittelbaren oder mittelbaren Horizontalwirkung ausgeht. Zwei Beispiele dazu, die

¹⁰⁸ Zutreffend *Schmid*, Instrumentalisierung des Privatrechts, 2010, 532 f.

¹⁰⁹ In der Sache auch *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 369.

¹¹⁰ *Robbers*, NJW 1998, 936, 937.

¹¹¹ Zu ihren Grundlagen oben § 4 I 2 b) und c).

¹¹² Siehe im Einzelnen *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 202 ff; *Barak*, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 16 f; *Papier* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55 Rn. 16.

¹¹³ *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 ff; in der Sache wohl auch *Wagner*, Materialisierung, in: Blau-rock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 64 ff.

¹¹⁴ BVerfGE 128, 226 Rn. 48.

ich schon ausführlich behandelt habe: Der Bundesgerichtshof hat im *Hohenzollernfall* geprüft, ob das Testament gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, weil es anhand verpönter Merkmale iSv Art. 3 Abs. 3 GG differenziert.¹¹⁵ Das Testament entging in dem Verdikt der *verfassungsrechtlich* begründeten Sittenwidrigkeit, weil der Bundesgerichtshof die vom Erblasser vorgenommene Differenzierung für *rechtfertigungsfähig* hielt.¹¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat die Entscheidung aufgehoben, weil der Bundesgerichtshof nicht ausreichend geprüft habe, ob auf den Erben unzulässiger Druck ausgeübt worden sei und er dadurch in seinem Recht auf freie Wahl des Ehepartners unzumutbar beeinträchtigt wurde.¹¹⁷ Beide Begründungen sind rechtstheoretisch nur plausibel, wenn man davon ausgeht, dass der Erblasser bzw. seine Nachfahren, denen gegenüber der Beschwerdeführer einen Erbverzicht notariell bestätigte, grundrechtlich verpflichtet waren, seine Entscheidung in der Partnerwahl zu respektieren und daher keine negativen Sanktionen daran anknüpfen durften. Noch deutlicher wird das im zweiten Beispiel: Die Kündigung eines Arbeitgebers war unwirksam, weil sie aufgrund der Homosexualität des Arbeitnehmers erfolgte. Dieser Fall, der wegen § 2 Abs. 4 AGG nicht zweifelsfrei vom AGG erfasst wird, wurde noch vor dessen Inkrafttreten vom Bundesarbeitsgericht entschieden.¹¹⁸ Das Grundgesetz verpflichtet den Arbeitgeber zur Gleichbehandlung. Er darf dem homosexuellen Arbeitnehmer nicht kündigen, weil er ihm dadurch die Möglichkeit zur selbstbestimmten Lebensführung nimmt. Das Grundgesetz (!) – und nicht § 242 BGB – mutet dem Arbeitgeber zu, diese Entscheidung des Arbeitnehmers zu respektieren. Daran ändert die Konstruktion mittelbar/unmittelbar nichts.¹¹⁹ Unmittelbare und mittelbare Horizontalwirkung sind ergebnisäquivalent.¹²⁰ GA *Poiarés Maduro* teilt diese Einschätzung:

*„Hinsichtlich der Abgrenzung der jeweiligen Rechtssphären voneinander mag die mittelbare horizontale Wirkung sich von der unmittelbaren horizontalen Wirkung ihrer Form nach unterscheiden; in der Sache besteht allerdings kein Unterschied.“*¹²¹

Mattias Kumm hat in seiner Studie überzeugend nachgewiesen, dass beide Formen, mittelbare und unmittelbare Drittwirkung zur inhaltsidentischen Konstitutionalisierung des Privatrechts führen.¹²² Pointiert formuliert:

115 Siehe dazu oben § 5 VIII 2.

116 BGHZ 140, 118, 131 ff.

117 BVerfG NJW 2004, 2008.

118 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080 (dazu oben § 4 II 4 a)).

119 Siehe daher auch die an die mittelbare Drittwirkung gemünzte Kritik von *Wagner*, Materialisierung, in: *Blaurock/Hager*, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 65 f.

120 Dazu bereits *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 481.

121 GA *Poiarés Maduro*, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 40 (zu den Grundfreiheiten).

122 *Kumm*, 7 German L.J. 341, 352-59 (2006).

„With the comprehensive scope of constitutionally protected interests in Germany, private law in Germany is already applied constitutional law.“¹²³

Gerhard Wagner sekundiert: „Privatrecht wird teildentisch mit Verfassungsrecht.“¹²⁴ Letztlich kann man das bereits am Wortlaut der *Lüth*-Entscheidung festmachen. Die Formulierung: „Wenn aber das *Grundrecht* der freien Meinungsäußerung auch in den Privatrechtsverkehr hineinwirkt und sein Gewicht sich hier zugunsten der Zulässigkeit einer Meinungsäußerung auch *dem einzelnen Mitbürger gegenüber geltend* macht, [...]“¹²⁵ ist verräterisch. Das Gericht geht davon aus, dass eine Verfassungsnorm (Art. 5 Abs. 1 GG) gegenüber einem Privaten (den Filmproduzenten und das Vertriebsunternehmen) *wirkt*. Damit akzeptiert es zwangsläufig auch, dass die Grundrechtsnorm den Privaten auch rechtlich *bindet*.¹²⁶ Der einzige Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Horizontalwirkung besteht darin, dass erstere ihre Bindung normtheoretisch logisch erklären kann, während die zweite ein Paradox formuliert: rechtliche Wirkung ohne rechtliche Bindung.

Erklärungsbedürftig ist, warum sich die Konstruktion mittelbarer Horizontalwirkung dennoch durchgesetzt hat. Man wird die Antwort wohl außerhalb des Rechts suchen müssen: „Freiheit“ ist uns als Wert derart eingeschrieben, dass wir einen psychologischen „Widerwillen gegen jegliche unmittelbare Drittwirkung“ entwickeln.¹²⁷ Daher sind wir bereit, uns auf das großartige Täuschungsmanöver der „mittelbaren Drittwirkung“ einzulassen. Wir glauben an den gebetsmühlenartig vorgetragenen Satz, dass „eine umfassende Bindung an die Gleichheitssätze des Art. 3 GG mit einer pluralistischen Gesellschaft unvereinbar wäre“¹²⁸ und übersehen, dass das Problem nicht die „Bindung“ als solche, sondern nur die „umfassende Bindung“ ist. Unmittelbare Horizontalwirkung führt aber nicht zur „umfassenden Bindung“. Der verpflichtete private Akteur ist immer auch Grundrechtsadressat. Schon deshalb *kann* die Bindung keine umfassende sein. Der Private wird *nicht* gebunden *wie* der Staat.¹²⁹ Er bleibt Privater. „Aus diesem Grund sind Befürchtungen, eine unmittelbare Grundrechtsverpflichtung und -berechtigung Privater bewirke eine die Grundrechtsadressaten unzulässig entdifferenzierende und die Privatautonomie untergrabende Ordnung gedankliches Opfer eigener Undifferenziertheit.“¹³⁰ Akzeptiert wird lediglich, dass Gefährdungen für

123 Kumm, 7 German L.J. 341, 359 (2006).

124 Wagner, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 76 (mit kritischer Stoßrichtung).

125 BVerfGE 7, 198, 211 (Hervorhebungen hinzugefügt).

126 Vgl. Ladeur, FS G. Teubner, 2009, 543, 548.

127 Vgl. Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 472.

128 Neuner, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 160, 169.

129 Statt aller Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 36.

130 Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 275.

grundrechtsrelevante Bereiche auch von Handlungen und Handlungszusammenhängen ausgehen können, die nicht staatlichen Akteuren zuzurechnen sind. Grundrechte bewirken hier eine Bindung Privater.

Grundrechte lassen zwangsläufig offen, wie sich diese Bindung im Privatrechtsverhältnis aktualisiert. Aufgabe der Privatrechtstheorie ist es, Kompatibilitätsregeln zu entwickeln, um die gegenläufigen Autonomiebereiche und deren grundrechtliche Bewertung privatrechtlich einzufangen. Das Modell der unmittelbaren Horizontalwirkung bedarf, um operabel zu sein, einer Konkretisierung. Diese Konkretisierung ist im Ausgangspunkt Aufgabe des Privatrechts:

„In a certain sense, private law is the legal framework that determines the legal relationship between basic human rights as well as the proper balance between conflicting human rights, while considering the public interests. Private law is the expression of restrictions placed on human rights to realise human rights while safeguarding the public interest.“¹³¹

Aharon Barak argumentiert konsequent für eine Mediatisierung der grundrechtlichen subjektiven Rechte durch das Privatrecht. Wenn A den grundrechtlichen Anspruch des B verletzt, ist A gezwungen, im Privatrecht nach einem Rechtsbehelf zu suchen. Ist er vorhanden, erfüllt das Privatrecht seine Konkretisierungsaufgabe. Fehlt ein adäquates Recht, zwingt das in der Verfassung liegende subjektive Recht dazu, einen geeigneten Rechtsbehelf zu schaffen.¹³² „Gegenüber dem verfassungsrechtlich gebotenen Minimalschutz ist das BGB erneut ohne eigenständige Funktion, soweit nicht die Verfassung selbst mehrere Möglichkeiten der gesetzgeberischen Gestaltung eröffnet.“¹³³ Eine einfachgesetzliche Mediatisierung ist wirkungslos, wenn sie gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen verstößt.¹³⁴ Barak nennt dieses Modell ein „strengthened indirect application model“. Es unterscheidet sich vom direkten Anwendungsmodell, indem es kein eigenständiges „Verfassungsprivatrecht“ schafft, sondern das geltende Privatrecht als geeignetes Medium ansieht, verfassungsrechtliche Ansprüche zu behandeln.¹³⁵ Ob der darin enthaltene Vorwurf an die klassischen Ausprägungen des direkten Anwendungsmodells zutrifft, ist zweifelhaft.¹³⁶ Wichtiger ist die Abgrenzung zum normalen indirekten Anwendungsmodell, weil Barak von der Grundrechtsbindung Privater ausgeht:

131 Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 29.

132 Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 30.

133 Hager, JZ 1994, 373, 378.

134 Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 277.

135 Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 30 f.

136 Vgl. dazu die umfassende und sorgfältige Einbettung in das Privatrecht bei Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 378 ff.

„Where the right is recognised (in public law), the remedy must also be recognised (in private law): *ibi ius, ibi remedium*“.¹³⁷

Damit ist sein Modell nach hier vertretener Auffassung ein Modell direkter Anwendung. Kennzeichnend dafür ist die Geltung der Grundrechte, die sich vor allem dann realisiert, wenn das Privatrecht nicht damit übereinstimmt: „Wenn eine Grundrechtsverletzung vorliegt, können weder einfach-gesetzliche noch private Regelungen die grundrechtlichen Anforderungen desavouieren.“¹³⁸ Das macht es notwendig, die über das Privatrecht erfolgte Konkretisierung – oder Kompatibilisierung – der verschiedenen Grundrechtskollisionen permanent aus Grundrechtsperspektive kritisch zu hinterfragen.

3. Horizontalwirkung im Unionsrecht

a) Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote

Die unmittelbare Horizontalwirkung ist nicht mehr revolutionär. Sie ist im Unionsrecht fest verankert: Die unmittelbare Horizontalwirkung von Grundfreiheiten und Grundrechten¹³⁹ wird vom Gerichtshof im Wesentlichen anerkannt¹⁴⁰ und gleichzeitig wird die „interventionistische Eigendynamik der unmittelbaren Horizontalwirkung“¹⁴¹ über den Grundsatz der Konkretisierung abgebremst. Das Unionsrecht hat mit den Grundfreiheiten dem einzelnen privaten Akteur subjektive Rechte gegenüber dem Staat¹⁴² eingeräumt und diese subjektiven Rechte in der eigenen autonomen Rechtsordnung mit unmittelbarem Geltungsvorrang vor nationalem Recht¹⁴³ versehen.¹⁴⁴ Die Grundfreiheiten sind Mehrebenennormen.¹⁴⁵ Sie räumen in ihrer Funktion als Diskriminierungsverbot¹⁴⁶ dem einzelnen Marktakteur ein subjektives Recht ein, in allen anderen Mitgliedstaaten der

137 Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 31.

138 Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 265.

139 Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 437 f betont mit Recht die Gemeinsamkeiten beider Institute mit Blick auf die Horizontalwirkung. Zur nach wie vor gebotenen dogmatischen Unterscheidung beider Kategorien siehe Streinz in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 151 Rn. 11 ff.

140 Vgl. aber die differenzierende Analyse bei Herresthal, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 180 ff. Aus methodischer Perspektive nicht überzeugen kann Huber, NJW 2011, 2385, 2388 Fn. 15, nach dem die zahlreichen Entscheidungen, in denen der EuGH von einer Horizontalwirkung der Grundfreiheiten ausgeht, als „Ausnahmen“ die Regel fehlender Horizontalwirkung bestätigen.

141 Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 472 f.

142 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62 – *van Gend & Loos* = Slg. 1963, 3.

143 EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 – *Costa v. E.N.E.L* = Slg. 1964, 1259, 1269 ff.

144 Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 7 Rn. 10 f.

145 Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 718 ff.

146 Zu dieser Funktion Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 95 ff; Schmid, Instrumentalisierung des Privatrechts, 2010, 444 ff; für die Begrenzung auf die Diskriminierungsfunktion: Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 727 ff.

Union wirtschaftlich gleich behandelt zu werden. Die Grundfreiheiten „sollen den unter ihrem Dach koexistierenden Teilrechtsordnungen ihre diskriminierende Wirkung nehmen, ohne die föderale Vielfalt und Unterschiedlichkeit einzuebennen.“¹⁴⁷ Damit nicht genug. Der Gerichtshof hat das aus den Grundfreiheiten folgende subjektive Recht in der Folgezeit auf private Organisationen und Einrichtungen ausgedehnt.¹⁴⁸ Er hat das im Kern damit begründet, dass „die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse neutralisiert werden könnte, die nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen im Rahmen ihrer rechtlichen Autonomie setzen“¹⁴⁹.

Die Mehrheit der Entscheidungen bezieht sich dabei auf kollektive Maßnahmen von Verbänden¹⁵⁰ oder Gewerkschaften¹⁵¹. Daraus wird gefolgert, dass nur solche Einrichtungen Adressaten der Grundfreiheiten sind, die aufgrund ihres kollektiven Regelwerks die Ausübung der damit vermittelten Freiheiten gefährden könnten. Die individuelle Ausübung von Privatautonomie sei daher nicht Regelungsgegenstand der Grundfreiheiten.¹⁵² Das ist mit der Entscheidung in der Rs. *Angonese* unvereinbar.¹⁵³ Die Südtiroler Sparkasse AG weigerte sich, Herrn

147 Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 721.

148 EuGH, Urt. v. 14.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave & Koch v. AUCI u.a.* = Slg. 1974, 1405 Rn. 17 f, 23 f; EuGH, Urt. v. 14.7.1976, Rs. 13/76 – *Donà v. Mantero* = Slg. 1976, 1333 Rn. 17 f; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman* = Slg. 1995, I-4921 Rn. 83 f; EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139 Rn. 32 ff (jeweils zur Arbeitnehmerfreizügigkeit); EuGH, Urt. v. 19.2.2002, Rs. C-309/99 – *Wouters ua* = Slg. 2002, I-1577 Rn. 120; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 57 ff (zur Niederlassungsfreiheit); EuGH, Urt. v. 11.4.2000, Rs. C-51/96 ua – *Deliège v. Ligue francophone de judo et disciplines associées* = Slg. 2000, I-2549 Rn 47; EuGH, Urt. v. 19.2.2002, Rs. C-309/99 – *Wouters ua* = Slg. 2002, I-1577 Rn. 120 (zum Dienstleistungsverkehr); deutlich zurückhaltender zur Warenverkehrsfreiheit: siehe zwar EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – *Dansk Supermarked A/S v. A/S Imerco* = Slg. 1981, 181 Rn. 17 („daß Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen dürfen“), dagegen aber EuGH, Urt. v. 1.10.1987, Rs. 311/85 – *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus* = Slg. 1987, 3801 Rn. 30 („Da sich die Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen beziehen, ist nur zu prüfen, ob nationale Bestimmungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden mit diesen Artikeln vereinbar sind.“). Jetzt aber deutlich zugunsten einer Horizontalwirkung: EuGH, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-171/11 – *Fra.bo Spa v. DVGW* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 21 ff. Zur unterschiedlichen Bewertung siehe *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 465 Fn. 204; *Schmid*, Instrumentalisierung des Privatrechts, 2010, 525 ff.

149 EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 57.

150 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 14.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave & Koch v. AUCI u.a.* = Slg. 1974, 1405, EuGH, Urt. v. 14.7.1976, Rs. 13/76 – *Donà v. Mantero* = Slg. 1976, 1333; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman* = Slg. 1995, I-4921.

151 Siehe EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779.

152 *Wagner*, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 62 ff.

153 EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139.

Angonese in ein öffentlich ausgeschriebenes Stellenauswahlverfahren aufzunehmen, weil er den im Land Südtirol für den öffentlichen Dienst vorgeschriebenen und in der Privatwirtschaft üblichen Zweisprachigkeitsnachweis nicht vorlegte. Der Nachweis wird aufgrund einer Prüfung erteilt, für die es faktisch notwendig ist, sich längere Zeit vorher in Südtirol aufzuhalten. Darin liegt ein Hindernis für Arbeitnehmer, die ihre Zweisprachigkeit anderweitig nachweisen können, denen aber die Prüfungsbescheinigung fehlt. Der Gerichtshof hat die Sparkasse AG als privaten Arbeitgeber angesehen und entschieden, dass das in Art. 45 Abs. 2 AEUV ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auch für Privatpersonen gilt.¹⁵⁴ GA Poiares Maduro hat diese Entscheidung überzeugend damit erklärt, dass Arbeitnehmer diesen diskriminierenden Anforderungen nicht in zumutbarer Weise ausweichen können, weil sie „ihre beruflichen Qualifikationen nicht so einfach ändern oder eine alternative Beschäftigung finden, wie Kaufleute ihre Produktpalette ändern oder alternative Wege für deren Vermarktung finden können.“¹⁵⁵ Mit der Unzumutbarkeit greift der Generalanwalt den klassischen Topos des Nichtdiskriminierungsrechts auf.¹⁵⁶ Daraus entwickelt er einen allgemeinen Lösungsansatz für die Horizontalwirkung:

„Aus alledem folgt, dass die Bestimmungen über den freien Verkehr für die Tätigkeiten privater Akteure gelten, die aufgrund ihrer allgemeinen Wirkung auf die Inhaber der Verkehrsfreiheiten geeignet sind, für diese Personen Beschränkungen bei der Ausübung dieser Freiheiten dadurch aufzustellen, dass ein Hindernis geschaffen wird, das die Betroffenen nicht in zumutbarer Weise umgehen können.“¹⁵⁷

Die Entscheidung in der Rs. *Angonese* stärkt die Auffassung, die dem – gegenüber den speziellen Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten subsidiären¹⁵⁸ – Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV unmittelbare Privatrechtswirkung zuschreibt.¹⁵⁹ Dafür spricht die vom Gerichtshof in der Entscheidungsbegrün-

154 EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139 Rn. 36.

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

156 Siehe dazu oben § 6 I 2.

157 GA Poiares Maduro, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 48.

158 Dazu *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 48 ff.

159 Siehe *Epiney* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AUEV Rn. 44; *Herresthal*, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 192 ff; *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 468; *Bogdandy* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV Rn. 26 ff; zurückhaltender *Rossi*, EuR 2000, 197, 217 f; ablehnend *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 43 ff und *Kingreen* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 24-36 AEUV Rn. 114 ff, der eine Lösung über Art. 101 f AEUV oder die Schutzpflichtendogmatik vorschlägt. Die von *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 468 Rn. 227 zitierte Entscheidung EuGH, Urt. v. 3.10.2000, Rs. C-411/98 – *Ferlini v. Centre hospitalier de Luxembourg* = Slg. 2000, I-8081 ist nicht einschlägig, weil es sich beim Adressaten um eine öffentliche, von Stadt und Staat Luxemburg finanzierte Anstalt handelte.

dung gezogene Parallele zu Art. 157 AEUV.¹⁶⁰ Der Grundsatz der Entgeltgleichheit ist seit der Entscheidung in *Defrenne II* als unmittelbar und horizontal wirkendes Grundrecht der Union anerkannt.¹⁶¹ Diese Parallele ist noch aus anderen Gründen aufschlussreich. Die in den Grundfreiheiten und in Art. 18 AEUV verankerten Diskriminierungsverbote werden regelmäßig als strikt binnenmarktbezogen und damit funktional auf die Verwirklichung integrationspolitischer Ziele angelegte Gleichbehandlungsgebote interpretiert.¹⁶² Art. 18 AEUV sei eine transnationale Integrationsnorm und unterscheide sich daher funktional von den Gleichheitsgrundrechten als supranationalen Legitimationsnormen:¹⁶³ Transnationale Integrationsnormen reagierten auf föderale Gefährdungslagen. Diese bestünden darin, dass ein (Glieder-) Staat den Wettbewerb mit anderen (Glieder-) Staaten zu beeinflussen versuche, indem er seine Angehörigen bevorzuge. Die Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten erklärten daher die Zugehörigkeit zu einem (Glieder-) Staat für unerheblich. Supranationale Legitimationsnormen begrenzten dagegen die Ausübung von Hoheitsgewalt des Grundrechtsadressaten. Gleichheitsgrundrechte sicherten die Behandlung als Gleicher, bei Grundfreiheiten sei dagegen der individuelle Gleichbehandlungsanspruch nur ein Instrument oder Reflex des integrationspolitischen Ziels.¹⁶⁴

Diese Abgrenzung verkennt die gemeinsame Funktion von Gleichbehandlungsgeboten in den Grundrechten und den Grundfreiheiten und kann folglich nicht erklären, warum in Art. 21 Grundrechte-Charta sowohl die Merkmale des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts als auch die Staatsangehörigkeit genannt sind. Letztere wird damit zum inhaltsgleichen grundrechtlichen Diskriminierungsverbot. Beide Kategorien schützen nicht vor staatlichem Handeln, weil es staatliches Handeln ist oder vor kollektivem Handeln, weil es kollektives Handeln ist. Die Gleichbehandlungspflichten sichern jedem Marktbürger „die Teilnehmerrolle am Kommunikationssystem der Wirtschaft, weil ohne diese Garantie das Kommunikationssystem nicht generalisiert werden könnte.“¹⁶⁵ Der Unterschied liegt in der Wahrnehmung: Bei den binnenmarktbezogenen Grundfreiheiten ist deren kommunikative Funktion in der Sache einhellig anerkannt. Sie sind das Paradebeispiel funktionellen Grundrechtsschutzes: Sie ermöglichen die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts (Art. 26 Abs. 2 AEUV), indem sie sicherstellen, dass jeder Marktbürger daran partizipieren kann und damit zur Her-

160 EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139 Rn. 34.

161 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 (dazu oben § 4 II 3 a)).

162 Vgl. *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 234 ff.; *Huster*, EuR 2010, 325, 332.

163 *Kingreen* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 13 Rn. 3, § 17 Rn. 2 f; *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 718 ff.

164 *Huster*, EuR 2010, 325, 332.

165 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 120 (zum Eigentumsgrundrecht).

stellung neuer Operationen im Wirtschaftssystem beiträgt. Die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit widerspricht der besonderen Struktur des Binnenmarktes: Die Funktionsfähigkeit eines Marktes, der auf die Überwindung nationaler Binnengrenzen angelegt ist, wird mit Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit konterkariert.¹⁶⁶ Damit der Binnenmarkt funktioniert, schützen ihn die Grundfreiheiten als Institution¹⁶⁷ zwangsläufig vor jeder Gefährdung seines Kommunikationszusammenhangs. Für die Grundfreiheiten gilt also in besonderem Maße, dass sie nicht nur die Willensfreiheit des Individuums schützen, sondern dass sie darüber hinaus auch noch eine kollektive Dimension haben.¹⁶⁸ Mit *Luhmann* gesprochen ist die Garantie von Freiheiten nichts anderes als eine Garantie von Kommunikationschancen.¹⁶⁹ Dabei ist es unerheblich, von wem die Gefährdungen dieser Kommunikationsmöglichkeiten ausgehen. „Das bedeutet, dass die Vorschriften über den freien Verkehr unmittelbar für jede Tätigkeit von Privaten gelten, die Dritte effektiv davon abhalten kann, ihre Verkehrsfreiheiten auszuüben.“¹⁷⁰ Das ist beim Staat der Fall, bei kollektiven Maßnahmen von Sportverbänden ebenfalls.¹⁷¹ Das gilt auch für den einzelnen Arbeitgeber. Die unionsrechtliche Privatautonomie wird durch diese Bindung nicht übermäßig beschränkt, weil Art. 18 AEUV Rechtfertigungsmöglichkeiten enthält, die ihrerseits einem strengen Verhältnismäßigkeitsprinzip unterliegen.¹⁷²

b) Gleichheitsgrundrechte

Bei den Grundrechten herrschen dagegen divisionale Grundrechtskonzeptionen¹⁷³ vor. Sie werden ausschließlich als subjektive Rechte des Grundrechtsträgers gegen den die Gesellschaft repräsentierenden Staat aufgefasst. Sie haben aber *auch* eine funktionelle Dimension:¹⁷⁴ Grundrechte stellen nicht autonome Lebensbereiche her. Die Differenzierung in relativ autonome Kommunikationsstrukturen ist

¹⁶⁶ Eingehende Argumentation aus klassisch-liberaler Sicht dafür bei *Herresthal*, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 196 ff.

¹⁶⁷ Der Begriff wird hier im Anschluss an *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, und nicht im *Schmitt'schen* Sinn gebraucht (dazu oben § 8 III 1 c (3)).

¹⁶⁸ *Ladeur/Viellechner*, AVR 46 (2008), 42, 62; *Graber/Teubner*, 18 Oxford J. Legal Studies 61, 66 (1998); weitergehend aber *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 168 ff., der auf systemtheoretischer Grundlage zwischen Menschen- und personellen Grundrechten differenziert und letzteren ausschließlich eine institutionssichernde Funktion zuschreibt (S. 174 f.).

¹⁶⁹ *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 23 (zu den Grundrechten).

¹⁷⁰ GA Poiras Maduro, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 43.

¹⁷¹ GA Poiras Maduro, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 45 mwN.

¹⁷² Einzelheiten bei *Herresthal*, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 198 f., 202 f.

¹⁷³ Zum Begriff *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 165.

¹⁷⁴ Dazu grundlegend *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 71 f.; vgl. auch *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 174.

ein Ergebnis der jeweiligen Operationen in den Teilsystemen der Gesellschaft. Die Gesellschaften erzeugen sich selbst.¹⁷⁵ Die Sphäre des selbstbestimmten Individuums ist nur einer von vielen Autonomiebereichen in der Gesellschaft, die von Grundrechten geschützt werden. Soziale Ausdifferenzierung in Teilsysteme und Funktionsbereiche bedarf zur Sicherung ihrer Eigenrationalität der Grundrechte. Deren Aufgabe ist es, die Differenzierungen in verschiedene Funktionsbereiche gegenüber den Gefahren zu sichern, die aus den expansiven Tendenzen der jeweiligen anderen Teilsysteme der Gesellschaft („Umwelt“) herrühren. Dabei stand und steht das politische System aufgrund seiner tendenziell expansiven Interventionslogik sowohl in persönliche als auch in wirtschaftliche Autonomiebereiche im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Die Vorratsdatenspeicherung zeigt diese Zusammenhänge: Art. 10 Abs. 1 GG schützt explizit die Vertraulichkeit der Inhalte der Kommunikation und die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs.¹⁷⁶ Zugleich greift die an Diensteanbieter gerichtete Pflicht, Verbindungsdaten zu speichern, in Art. 12 Abs. 1 GG ein.¹⁷⁷ Die Freiheitsgrundrechte schützen damit die Eigenlogiken der jeweiligen Teilsysteme. Gleichheitsgrundrechte stellen dagegen sicher, dass jedes Individuum an den jeweiligen Kommunikationsprozessen in den Teilgesellschaften gleichberechtigt teilnehmen kann. Darin überschneiden sie sich auf Unionsebene mit den Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote: Der Ausschluss von Differenzierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit schränkt die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts ein, weil einem potentiellen Marktakteur seine Teilnehmerrolle verweigert wird. Nach der Logik des Binnenmarktes ist es irrelevant, von wem diese Beschränkung ausgeht. Dasselbe gilt für Gleichbehandlungsgebote. Ungleichbehandlungen verhindern, dass die betroffenen Akteure gleichberechtigt am Markt auftreten können und schränken damit die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts ein. Erinnert sei an die Entscheidung in der Rs. *Andersen*, in der der Gerichtshof die Ungleichbehandlung wegen des Alters bei einer Kündigungsabfindung monierte.¹⁷⁸ Die Maßnahme erschwerte bestimmten Arbeitnehmern aufgrund ihres Alters, „die weitere Ausübung *ihres Rechts, zu arbeiten*, weil sie beim Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis – im Gegensatz zu anderen Arbeitnehmern mit gleich langer Betriebszugehörigkeit – keine Entlassungsabfindung erhalten“¹⁷⁹. Anders formuliert: Die Ungleichbehandlung behinderte sie in ihrer Rolle als Teilnehmer am Arbeitsmarkt, weil eine selbstbestimmte Entscheidung zu ar-

175 Ladeur, Staat und Gesellschaft, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, 600, § 18 Rn. 22.

176 BVerfGE 125, 260, Rn. 189.

177 BVerfGE 125, 260, Rn. 294.

178 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 (dazu Grünberger, EuZA 2011, 171 ff).

179 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 45.

beiten, erschwert wurde. Damit wird es dem Arbeitnehmer erschwert, am (Binnen-) Markt in gleichberechtigter Teilnehmerrolle aufzutreten.

Ein Unterschied bleibt freilich bestehen: Die unmittelbare und horizontale Anwendbarkeit des Entgeltgleichbehandlungsgrundsatzes drang in eine neue Dimension vor. Grundfreiheiten erfassen nur grenzüberschreitende Sachverhalte,¹⁸⁰ Grundrechte betreffen auch innerstaatliche Sachverhalte, solange der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist.¹⁸¹ Das wirft vertikale Kompetenzkonflikte in föderalen Mehrebenenmodellen auf.¹⁸² Wird der Gleichbehandlungsgrundsatz in einem föderalen System auf der obersten Ebene verankert und durchgesetzt, hat er das Potential, das bundesstaatliche Kompetenzgefüge zu Lasten der Einzelstaaten nachhaltig zu verändern und auf die Beziehung Staat-Bürger erheblich einzuwirken. Daran scheiterte der erste Entwurf eines modernen Nichtdiskriminierungsrechts in den U.S.A. im 19. Jahrhundert. Der *Supreme Court* hat mit seiner Entscheidung in den *Civil Rights Cases* den *Civil Rights Act* von 1875, einen der wichtigsten Bausteine der *reconstruction*,¹⁸³ aufgrund fehlender Kompetenz des Bundes zur Regelung eines ausschließlich an Private adressierten Gleichbehandlungsgebots als verfassungswidrig beurteilt.¹⁸⁴ Ein ähnliches Problem stellt sich im Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht.

Der Begriff des Mehrebenenmodells bietet hier einen analytischen Ausweg, um die Debatte zu strukturieren und soviel gemeinsamen Grund wie möglich zu finden.¹⁸⁵ Er ermöglicht eine Beschreibung der zwei wesentlichen Elemente, in denen sich die grundsätzliche Beschränkung staatlicher Souveränität¹⁸⁶ realisiert: (1.) Mit der Übertragung von Hoheitsrechten an die Union, mit ihrer Ausübung durch die Union und gepaart mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird die Kompetenzstruktur im Verhältnis Union-Mitgliedstaat erheblich modifiziert. (2.) Das Verhältnis des Staats zu *seinen* Bürgern wird erheblich diversifiziert: Das vorher bestehende ausschließlich bipolare Bezugssystem Staat-Bürger wird aufgebrochen und von einem tripolaren Bezugssystem Bürger-Staat-Union abgelöst. Das Bundesverfassungsgericht geht im Lissabon-Urteil offensichtlich davon aus, dass dieser Vorgang die Grundrechtsverwirklichung gefährdet. Für

180 Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 7 Rn. 23; Streinz in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 151 Rn. 16.

181 Zu dieser Einschränkung EuGH, Urt. v. 23.9.2008, Rs. C-427/06 – *Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 14 ff (dazu Nettesheim, JZ 2008, 1159 ff); zuletzt EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 – *Åklagare v. Hans Åkerberg Fransson* = Slg. 2013, I-(n.v.).

182 Eingehend dazu Huster, EuR 2010, 325, 327 ff.

183 Grundlegend Foner, Reconstruction, 1988.

184 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3(1883) (dazu oben § 3 III 4).

185 Vgl. Kadelbach, VVDStRL (66) 2007, 9, 10 ff; Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 559, 596; kritisch dazu Robbers, ZSE 2007, 557, 563 f; Kirchhof, Die Europäische Union, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 1023 f.

186 Zur Begriffsbedeutung siehe Haltern, Was bedeutet Souveränität, 2007; Grimm, Souveränität, 2009.

„Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten“ müsse dem Mitgliedstaat „ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse“ bleiben.¹⁸⁷ Vorbehaltsbereiche für staatliches Handeln sichern nach Auffassung des Gerichts die Bürgerfreiheit vor Eingriffen der Union. Die Staatszentriertheit dieser Argumentation macht das Gericht auf dem anderen Auge blind. Es übersieht die Möglichkeit, dass sich Vorbehaltsbereiche ihrerseits freiheitseinschränkend auswirken können.¹⁸⁸ Stellt man im oben genannten Dreieck die Positionen um und formuliert man es neu als Verhältnis: Bürger-Union-Staat wird ersichtlich, dass die Union der Ausgestaltung des Staat-Bürger-Verhältnisses im Interesse des Bürgers Grenzen setzen kann. Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Grundrechte-Charta „bei der Durchführung des Rechts der Union“ handeln.¹⁸⁹ Die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Maruko* illustriert diesen Vorgang.¹⁹⁰ Wenn das nationale Recht eine Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paarbeziehungen einführt, Arbeitgeber aber bestimmte Entgeltbestandteile an die „Ehe“ knüpfen, bewirkt der unionsrechtliche Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der sexuellen Orientierung, wie er in der Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert ist, eine Freiheitserweiterung des homosexuellen Menschen. Er partizipiert an den Vorteilen, die bisher nur heterosexuellen Paarbeziehungen eingeräumt worden sind. Diese Grundrechtserweiterung ist unmittelbar dem Einfluss des Unionsrechts zuzuschreiben.

Die Entscheidung *Defrenne II*¹⁹¹ ist der entscheidende Beleg für die unmittelbare Grundrechtsgeltung einer vom Wortlaut her lediglich an die Mitgliedstaaten adressierten Norm. Art. 157 AEUV ist ein subjektives Recht des Arbeitnehmers gegenüber jedem Arbeitgeber. Der Europäische Gerichtshof geht seit *Defrenne II* in ständiger Rechtsprechung von einem komplementären Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht aus:¹⁹² Die unmittelbare Wirkung primärrechtlicher Gleich-

187 BVerfGE 123, 267 Rz. 249.

188 Ruffert, DVBl. 2009, 1197, 1207.

189 Dazu vertiefend Preis/Temming, NZA 2008, 1209, 1211 ff.

190 EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757; siehe dazu Grünberger, FPR 2010, 203 ff.

191 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 (näher dazu oben § 4 II 3 a)).

192 Siehe zuletzt EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

heitsgrundsätze im Privatrechtsverkehr ist der Grundsatz, der im Sekundärrecht näher präzisiert wird.¹⁹³ Der auch in Privatrechtsverhältnissen geltende Grundsatz der Gleichbehandlung iSd Nichtdiskriminierung ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts und mittlerweile in Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta verankert. Das hat der Europäische Gerichtshof für das Alter entschieden.¹⁹⁴ Der grundlegenden Entscheidung in der Rs. *Mangold* wurde vorgehalten, ein „ausbrechender Rechtsakt“¹⁹⁵ zu sein.¹⁹⁶ Nach der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sah man sich darin bestärkt.¹⁹⁷ Das Lissabon-Urteil hat aber seine explosive Kraft nicht entfaltet.¹⁹⁸ Das Bundesverfassungsgericht attestierte dem Europäischen Gerichtshof, keine Rechtsfortbildung *ultra vires* betreiben zu haben.¹⁹⁹ Das war weniger spektakulär als von einigen Beobachtern empfunden,²⁰⁰ weil das gleichheitsrechtliche Kernergebnis der *Mangold*-Entscheidung mit einigem Abstand betrachtet, überzeugen kann. Wie GA *Sharpston* dargelegt hat, war die „Diskriminierung aufgrund des Alters schon immer durch den allgemeinen Gleichheitssatz ausgeschlossen und die Richtlinie 2000/78/EG hat lediglich einen besonderen, detaillierten Rahmen für den Umgang mit dieser Diskriminierung eingeführt.“²⁰¹ Es ist daher folgerichtig, dass der Gerichtshof die zu Unrecht viel gerügte Erfindung²⁰² eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zum Verbot der Altersdiskriminierung in der Rs. *Kücükdeveci* bestätigte.²⁰³ „Jedenfalls

193 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 54; zu weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH siehe *von Roetteken*, AGG, § 1 AGG Rn. 21 h, 22, 34 ff.

194 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 20.

195 Der Begriff geht zurück auf die Maastricht-Entscheidung des BVerfG, vgl. BVerfGE 89, 155, 188 und bezieht sich letztlich auf *ultra-vires*-Akte der Union, wie das Gericht jetzt im Lissabon-Urteil auch formuliert, vgl. BVerfGE 123, 267 Rn. 240 f.

196 *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, 17 ff.

197 *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, Vorwort: „Wenn das Bundesverfassungsgericht in diesem eindeutigen Fall nicht einschreitet, ist nicht zu sehen, wann es dann „Halt“ rufen würde oder überhaupt noch könnte. Es hat oft genug die Lippen gespitzt; es wird Zeit auch einmal zu pfeifen.“

198 Vgl. *Thym*, Der Staat 48 (2009), 559, 586.

199 BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 67 ff.

200 Siehe dazu *Frenz*, EWS 2010, 401 ff; *Fuchs*, ZESAR 2011, 3 ff.

201 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 Rn. 42 ff; so auch *Huster*, EuR 2010, 325, 334 ff.

202 GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eures Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 52 ff; GA *Mazák*, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 87 ff; *Thüsing*, ZIP 2005, 2149 ff; *Preis*, NZA 2006, 401 ff; *Reichold*, ZESAR 2006, 55 ff; *Riesenhuber*, 3 ERCL 62 (2007); *Streinz/Herrmann*, RdA 2007, 165 ff; positiv dagegen etwa *Colneric*, NZA Beilage 2008, 66, 70 ff; 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 Rn. 28 ff.

203 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 20.

die Gleichheitssätze des EU-Rechts lassen sich in ihrer Wirkung nicht mehr auf das vertikale Verhältnis zwischen Privaten und Hoheitsgewalt beschränken“.²⁰⁴

c) Konkretisierungsmodell

Der Gerichtshof verankert das Verbot der Diskriminierung wegen der verpönten Merkmale in einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts. Die Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG konkretisieren diesen Grundsatz.²⁰⁵ Dieser Vorgang der Grundrechtskonkretisierung ist für ein Regime unmittelbarer Grundrechtswirkung besonders interessant. Seine ursprüngliche Funktion in der *Mangold*-Entscheidung bestand darin, die für die konkrete Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes notwendigen Kriterien zu liefern.²⁰⁶ Anders formuliert: Die Richtlinie konkretisiert das, was aufgrund des allgemeinen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung ohnehin und unabhängig von der Richtlinie gilt.²⁰⁷ Sie wird deshalb aber nicht entbehrlich.²⁰⁸ Gerade weil feststeht, dass der allgemeine Gleichheitssatz auch die Gleichbehandlung unabhängig vom Alter umfasst, ist eine Ermächtigungsnorm wie Art. 18 AEUV erforderlich, um eine Grundlage für detaillierte gesetzgeberische Maßnahmen zu schaffen.²⁰⁹ Das Sekundärrecht liefert den inhaltlichen Prüfungsmaßstab des allgemeinen Rechtsgrundsatzes und geht als spezielle Regelung dem subsidiären Grundrecht vor. Lediglich dort, wo der primärrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ausreichend konkret ist – wie bei Art. 157 AEUV – stützt sich der Gerichtshof unmittelbar auf den Grundsatz und nicht auf die konkretisierende Richtlinie.²¹⁰ An der grundsätzlich nur vertikalen²¹¹ und nur in bestimmten Konstellationen horizontalen Richtlinienwirkung²¹² im Privatrechtsverhältnis ändert das nichts.²¹³ Die Existenz der Richtlinie erklärt aber das Geltungsproblem des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrechtsverhältnis.²¹⁴ Private Akteure sind

204 *Classen/Nettesheim* in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 17 Rn. 30.

205 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

206 *Skouris* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 157 Rn. 24.

207 So die vom BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 70 angebotene Interpretationsmöglichkeit.

208 Verkannt von *Huber*, NJW 2011, 2385, 2389 f.

209 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 Rn. 50.

210 Vgl. dazu *Sagan*, ZESAR 2011, 412, 414.

211 Dazu EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 46; EuGH, Urt. v. 5.10.2004, Rs. C-397/01 ua – *Pfeiffer ua. v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.* = Slg. 2004, I-8835 Rn. 108 f mwN.

212 Vgl. dazu *Danwitz*, JZ 2007, 697, 703 ff; allgemein zur horizontalen Richtlinienwirkung *Mörsdorf*, EuR 2009, 219 ff.

213 Zutreffend insoweit *Waltermann*, EuZA 2010, 541, 549; eingehende Begründung bei *Mörsdorf*, EuR 2009, 219, 234 f.

214 Anders *Waltermann*, EuZA 2010, 541, 549 f, der darin lediglich eine Regelung der Normkollision sieht.

aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes Träger subjektiver Rechte sowohl gegenüber dem Staat wie auch gegenüber nicht-staatlichen Rechtssubjekten. Dafür ist Voraussetzung, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der privatrechtliche Sachverhalt in den persönlichen, zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich einer Richtlinie fällt. Dieser kommt damit – kompetenzrechtlich gesprochen – die Funktion eines Türöffners zum Unionsgrundsatz zu. Das gab Anlass, skeptisch nachzufragen, ob „tatsächlich alleine eine Richtlinie, die in Privatrechtsverhältnissen niemals unmittelbar gilt, den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen und damit die Türe zu einer Bindung Privater an Grundrechte aufstoßen können [soll], deren Inhalt sich wiederum aus der Richtlinie selbst ergibt?“²¹⁵ Die Frage ist schief gestellt. Es ist nicht die Richtlinie, die einen sekundärrechtlichen Rahmen zur Verwirklichung des primärrechtlichen Grundsatzes schafft.²¹⁶ Der primärrechtliche Grundsatz bindet die Mitgliedstaaten nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Grundrechte-Charta).²¹⁷ Dieser kann aufgrund der jeweiligen Gleichbehandlungsrichtlinie eröffnet sein. Er kann sich aber auch aus einer anderen Vorschrift des primären oder sekundären Unionsrechts ergeben. Das war beispielsweise die Konstellation in der Rs. *Mangold*: Dort folgte bereits aus einer anderen Richtlinie, dass § 14 TzBfG aF im Anwendungsbereich des Unionsrechts lag. Ist das mitgliedstaatliche Handeln nur von der einschlägigen Richtlinie erfasst, ist sie zwangsläufig der einzig in Betracht kommende Türöffner.

Im Ergebnis laufen die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote und der Gleichbehandlungsgrundsatz parallel. Der Zweck des Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht wie bei den Grundfreiheiten darin, die Teilnehmerrolle des Einzelnen in den Kommunikationsprozessen des Binnenmarkts sicherzustellen. Grundrechtliche Gleichbehandlungsgebote zeichnen sich allerdings durch ein hohes Abstraktionsniveau aus. Vor allen Dingen können sie die gegenseitigen Autonomiebereiche der jeweiligen Grundrechtsträger nicht selbstständig abgrenzen. Dafür bedarf es der Berücksichtigung von Freiheitsrechten. Die Aufgabe der Richtlinienggebung ist es, den notwendigen Kompatibilisierungsvorgang prozedural einzufangen. Damit wird das Gewaltenteilungsproblem der unmittelbaren Horizontalwirkung gelöst. Dieses spielt auf der Ebene der Union auch im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten eine Rolle. Die Union kann ohne ausreichende Kompetenzgrundlage keine Diskriminierungsverbote etwa für Ungleichbehandlungen

215 Höpfner, ZfA 2010, 449, 467.

216 So aber Mörsdorf, EuR 2009, 219, 237.

217 Dazu EuGH, Urt. v. 23.9.2008, Rs. C-427/06 – *Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 14 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 23 ff; zuletzt EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 – *Åklagare v. Hans Åkerberg Fransson* = Slg. 2013, I-(n.v.) Rn. 18 ff.

aufgrund von Krankheit schaffen, die das Bürger-Bürger Verhältnis regeln.²¹⁸ Art. 19 und Art. 157 AEUV sind insoweit abschließend. Aus der Konkretisierungsthese folgt der Anwendungsvorrang der Richtlinie im Verhältnis zum Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Richtlinie sperrt den unmittelbaren Rückgriff auf den Gleichbehandlungsgrundsatz. Damit ist das Problem der Verdopplung der subjektiven Rechte gelöst. Das subjektive Recht auf Nichtdiskriminierung des Einzelnen folgt aus der Umsetzung der Richtlinie im nationalen Recht. Der Inhalt dieses Rechts ist vom Gleichbehandlungsgrundsatz geprägt, weil er zwischen den Privatrechtsakteuren gilt. Das wirkt sich aus, wenn die Konkretisierungskette bricht, weil das nationale Recht²¹⁹ oder die Richtlinienbestimmung²²⁰ unwirksam ist. In diesen Fällen folgt das subjektive Recht auf Gleichbehandlung unmittelbar aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

4. Kompatibilisierung von Autonomiebereichen

Das Unionsrecht liefert damit ein brauchbares Modell, die unmittelbare Horizontalwirkung von Diskriminierungsverboten methodisch zu verarbeiten. Daraus kann man für die hier untersuchte Frage nach der unmittelbaren Horizontalwirkung der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze Rückschlüsse ziehen. Das Prinzip der personalen Gleichheit konkretisiert als Metaregel privatrechtlicher Gleichbehandlungspflichten das unmittelbar in den Grundrechten wurzelnde Recht auf Gleichbehandlung: Für das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht, soweit es Richtlinien der Union umsetzt, folgt der unmittelbare Grundrechtsbezug aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rs. *Mangold* und *Kücükdeveci*²²¹. Für die autonomen Diskriminierungsmerkmale des deutschen Rechts folgt es aus der Bindung Privater an Art. 3 Abs. 1 GG (Alter, sexuelle Orientierung) bzw. Art. 3 Abs. 3 GG (Religion, Weltanschauung,²²² Behinderung), die sich letztlich immer als eine unmittelbare Bindung herausstellt. Für die allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze lässt sich Art. 3 Abs. 1 GG fruchtbar machen. Das entspricht im Wesentlichen auch der tatsächlichen Handhabung dieser Grundsätze.²²³ Unklar ist, ob insoweit im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch der allgemeine unionsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch greift.²²⁴

218 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 55 ff.

219 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 50 f.

220 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773.

221 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21 ff.

222 Dazu oben § 6 II 3 c).

223 Siehe dazu oben § 5 I 3 d), II 3 b).

224 Dazu oben § 5 II 3 a).

Das Prinzip personaler Gleichheit enthält einen *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung. Dieser ist Konsequenz der (unmittelbaren) Horizontalwirkung von Gleichbehandlungsgrundrechten des europäischen Mehrebenensystems im Privatrechtsverhältnis. Damit wird begründungsbedürftig, wann und warum Private andere Private nicht gleich behandeln. Man *darf* private Akteure zwar an die grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze binden. Man darf sie aber inhaltlich nicht *wie* staatliche Akteure binden. Das hat selbst die klassische Variante der unmittelbaren Drittwirkungslehre niemals vertreten.²²⁵ Dagegen spricht schon, dass sie auch Grundrechtsträger sind. Die Freiheit selbstbestimmten Handelns (Autonomie) ist nämlich ebenfalls Gegenstand der (unmittelbaren) Horizontalwirkung. Damit die Gleichheitsgrundrechte im Privatrechtsverkehr sinnvoll angewendet werden können, ist ihre situationsadäquate und kontextbezogene Reformulierung notwendig.²²⁶ Das setzt voraus, den Grundrechtskonflikt auch in seiner institutionellen Dimension wahrzunehmen. Nach traditionellem Verständnis steht auf der einen Seite ein privater Akteur als Grundrechtsstörer und auf der anderen Seite ein privates Individuum, dessen Grundrechte verletzt sind.²²⁷ Das verleitet dazu, nur die individuellen Handlungen einzelner Unternehmen, Arbeitgeber oder Anbieter für die Diskriminierung verantwortlich zu machen. Der grundrechtliche Schutz gegen Diskriminierungen wird dann auf einen Konflikt zwischen privaten Individuen reduziert. Das würde zu kurz greifen. Das zeigt sich besonders eindringlich bei den instrumental Diskriminierungen.²²⁸ Sie bilden ein systemisches Geflecht rationaler Differenzierung.²²⁹ Die Gefahr dieses institutionalisierten Verhaltens besteht gerade darin, dass es seine Eigenrationalität konsequent betreibt, ohne dabei die Eigenrechte seiner sozialen und humanen Umwelt ausreichend zu respektieren. In ihrer institutionellen Dimension stellen Grundrechte daher zwei elementare Anforderungen an gesellschaftliche Kommunikationsprozesse:

- „1. Fremd- und Selbstbeschränkung ihrer expansiven Tendenzen
2. Sensibler Ausgleich zwischen ihrer Eigenrationalität und den als Umwelтанforderungen intern reformulierten ‘Eigenrechten’ ihrer Umwelt.“²³⁰

225 Dazu oben § 4 I 2 c).

226 Vgl. *Graber/Teubner*, 18 Oxford J. Legal Studies 61, 70 (1998).

227 Vgl. die Beschreibung des „divisionalen Grundrechtskonzepts“ bei *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 165 ff.

228 Zum Begriff oben § 6 V 1 c).

229 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 20 ff. Ich bevorzuge diesen Begriff im Vergleich zur anonymen Matrix kommunikativer Prozesse (*Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 177 ff), weil die Kommunikationsprozesse durchaus auf Akteure (Unternehmen) zurückzuführen sind und nur in ihrem Zusammenspiel die besondere Gefahr realisieren.

230 *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 169 f.

Was das konkret bedeutet, lässt sich anhand geschlechtsdifferenzierender Prämien und Leistungen in der Versicherung beispielhaft erklären.²³¹ Diese Differenzierung ist im ökonomischen System rational und effizient. Der erzielte Informationsgewinn beruht auf stereotypen Annahmen über Personen und auf Zuschreibungen von Eigenschaften, die das konkrete Individuum nicht aufweisen muss. Diese Kommunikation im Wirtschaftssystem bewirkt negative Externalitäten. Sie ist eine Missachtung der Persönlichkeit des Einzelnen, weil er Opfer falscher Zuschreibungen wird und ihm die Möglichkeit genommen wird, sich nach eigenen Vorstellungen zu präsentieren.²³² Anders formuliert: Es kommt zur Kollision einer expansiv angelegten Kommunikation des Wirtschaftssystems mit einem personalen Grundrecht, das dem Einzelnen in seiner Hülle als Rechtsperson einen Autonomieraum selbstbestimmter Kommunikation einräumt.²³³ Das Wirtschaftssystem greift über und bestimmt die Darstellung von Personen. Darin liegt eine Gefährdung der Freiheit des Menschen. Freiheit und Würde „bezeichnen Grundbedingungen des Gelingens der Selbstdarstellung eines Menschen als individuelle Persönlichkeit.“²³⁴ Nur indem er sich als Interaktionspartner *selbst darstellen kann* gewinnt er selbstbewusste Individualität.²³⁵ „Der Mensch gewinnt seine Individualität als Persönlichkeit nur im sozialen Verkehr, indem auf seine Selbstdarstellung, sei es durch Konsens, sei es durch Dissens, eingegangen wird.“²³⁶ Diese Möglichkeit verweigert ihm die ökonomische Kommunikation im Wirtschaftssystem. Das zwingt zu dessen Fremdbeschränkung über Grundrechte, damit die „Kommunikationschance“²³⁷ der Person geschützt bleibt. Die Kollision unterschiedlicher Rationalitäten wird mit den grund- und einfachrechtlichen Diskriminierungsverboten gelöst: „Eine Funktion von Diskriminierungsverboten ist es darum, zu vermeiden, dass auf Empfängerseite mittels typischer Diskriminierungsmerkmale automatisch und stereotyp erzeugte Persönlichkeitsbilder den Blick auf die „wahren Eigenschaften“ einer Person versperren.“²³⁸ Sie zwingen das Gegenüber zu einem aufwendigeren Prozess der Fremdbildkonstruktion.²³⁹ Damit wird das „Eigenrecht“ der Umwelt im Wirtschaftssystem zur Geltung ge-

231 Zu ihrer rechtlichen Behandlung EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773. Dazu oben § 6 VI 3 b) und § 8 II 1 b); umfassend zum Problem zuletzt *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010.

232 Grundlegend dazu *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007.

233 Vgl. zum Begriff des personalen Grundrechts *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 181.

234 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 61.

235 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 61.

236 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 61 f.

237 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 23.

238 *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, 55.

239 *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, 55 f.

bracht. Daraus erklärt sich die horizontale Wirkung unions- und verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote gegenüber Versicherungsunternehmen.²⁴⁰

Diese Horizontalwirkung muss privatrechtlich operationalisiert werden. Das kann mit einem Modell geleistet werden, das dem Grundsatz der subsidiären Horizontalwirkung folgt. *Bachmann* hat ein solches Modell für die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten vorgeschlagen.²⁴¹ Davon übernehme ich nur den Begriff. *Bachmann* versucht sich erneut an einer Tatbestandslösung und unterscheidet zwischen marktkonformen und marktversperrendem Verhalten. Tatbestandsmodelle führen aber im Gleichbehandlungsrecht nicht weiter.²⁴² Rechtfertigungsmodelle stellen die adäquate prozedurale Struktur zur Verfügung, um den Konflikt der jeweiligen Autonomiebereiche sichtbar zu machen.²⁴³ Das Prinzip personaler Gleichheit bietet sich daher als geeignetes Modell an, die Kollision freiheitsrechtlich und gleichbehandlungsrechtlich geschützter Interessen zu regeln. Es stellt die notwendige Kompatibilisierungsnorm zur Behandlung der konfligierenden Autonomiebereiche der betroffenen gesellschaftlichen Rationalitäten bereit. Die Kombination des verfassungsrechtlich begründeten *prima facie* Gleichbehandlungsanspruchs mit der ebenfalls verfassungsrechtlich vorzusehenden freiheitsrechtlich konzipierten Rechtfertigung, schafft eine Kollisionsregel für unterschiedliche Handlungslogiken. Der *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung räumt dem ungleich Behandelten ein subjektives Recht auf Rechtfertigung ein. Dieses subjektive Recht konkretisiert den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch. Zugleich stellt es eine differenzierende Rechtfertigungsstruktur bereit, die es dem ungleich Behandelnden ermöglicht, die Gründe für seine Entscheidung in den Diskurs einzuführen. Damit sperrt es den unmittelbaren Rückgriff auf Art. 3 GG. Es füllt daher eine Lücke, die sich im geltenden Recht immer dann auftut, wenn ein Sachverhalt weder von den Anwendungsbe-
reichen der anerkannten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze noch vom speziellen Nichtdiskriminierungsrecht erfasst wird. Die *Hohenzollernfall* ist dafür das prominenteste Beispiel. Der Bundesgerichtshof musste über § 138 BGB auf Art. 3 Abs. 3 GG zurückgreifen.²⁴⁴ Aufgrund der seit der *Lüth*-Entscheidung anerkannten Horizontalwirkung musste das Gericht die letztlich unmittelbare²⁴⁵ Wirkung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote akzeptieren und war dann gezwungen in eine Rechtfertigungsprüfung einzutreten. Das Prinzip

240 Eine eingehende Begründung der Drittgerichtetheit gleichheitsrechtlicher Inhalte im Versicherungsrecht – wenn auch vom Standpunkt der mittelbaren Drittwirkung – bei *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010, 176 ff, 197 ff.

241 *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 473.

242 Siehe § 7 IV 2 b) (2).

243 Dazu oben § 7 IV 2 b) (3).

244 BGHZ 140, 118, 131 ff.

245 Dass es sich um einen Fall unmittelbarer Horizontalwirkung handelt, stellt *Gutmann*, NJW 2004, 2347, 2349 anhand der nachfolgenden Entscheidung BVerfG NJW 2004, 2008 mit Recht fest.

der personalen Gleichheit hat das Potential diese amorphe Konstruktion („§ 138 BGB iVm Art. 3 Abs. 3 GG“)²⁴⁶ abzulösen. Es gibt dem Rechtsanwender eine Kollisionsregel zur Hand, die das Verhältnis der betroffenen Grundrechte privatrechtlich konkretisiert. Damit stellt es die notwendige Infrastruktur zur Verfügung, um das – verfassungsrechtlich ohnehin erforderliche – allgemeine Nichtdiskriminierungsrecht entwickeln zu können. Es ergänzt die in erster Linie auf die Durchsetzung privater Präferenzen eingestellten subjektiven Rechte mit gleichbehandlungsrechtlichen Zugangsregeln. Die damit verbundene Konstitutionalisierung²⁴⁷ ist nach meiner Auffassung kein beklagenswerter „Autonomieverlust des Privatrechts“²⁴⁸, sondern die Konsequenz der Pluralität von unterschiedlichen privaten Autonomien, die ein Verfassungsrecht privater Regelungssysteme erforderlich macht.²⁴⁹ Das Prinzip personaler Gleichheit ist die zeitgemäße Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem.

246 Vgl. dazu kritisch *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 369.

247 Zur Konstitutionalisierung allgemein siehe *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, 222 ff und speziell des Privatrechts siehe *Kumm*, 7 German L.J. 341 (2006).

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

249 Dazu eingehend *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, 242 ff.

§ 9 Personale Gleichheit: Eine rhapsodische Zusammenfassung

Friedrich Kübler veröffentlichte 1974 in der Festschrift für Ludwig Raiser einen Beitrag unter dem – auch auf meine Arbeit zutreffenden – Titel: *Privatrecht und Demokratie*. Darin findet sich eine Passage mit der Kübler die methodischen Herausforderungen vorwegnahm, denen auch die hier vorgelegte Untersuchung über den Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht ausgesetzt ist:

„Auch und gerade im Ordnungsbereich des Privatrechts gibt es offenbar Fälle, die sich nur noch in der Weise angemessen erörtern und regeln lassen, daß bei der Rechtsfindung und -anwendung auf sich wandelnde Anschauungen und Bilder davon rekurriert wird, wie das Zusammenleben (einer großen Zahl) von Menschen in Gesellschaft überhaupt möglich ist und in welcher Weise es auch dann zu funktionieren vermag, wenn es an bestimmte normative Prämissen gebunden wird. Diese Anschauungen und Ordnungsbilder kann man abgekürzt als gesellschaftstheoretische Vorstellungen bezeichnen. Sie werfen eine Reihe von schwerwiegenden und weitreichenden Fragen auf, die nicht nur diese „Gesellschaftstheorie“ für sich, die Bedingungen ihrer Genese und die Möglichkeiten ihrer „Geltung“ betreffen, sondern vor allem deren Verhältnis zur Rechtsordnung: handelt es sich um illegitime Einbrüche rechtsfremder Ideologien oder um strukturbedingte Abhängigkeit? Oder finden sich Momente wechselbezüglicher Verschränkung, weil die „Gesellschaftstheorie“ ihrerseits sich an bestimmten normativen Vorgaben der rechtens bestehenden Ordnung zu orientieren hat? Man kann diese Fragen als rechtstheoretische bezeichnen. Verlässliche Antworten liegen nicht auf der Hand. Sie dürften am ehesten in den Grenz- und Spannungsfeldern von Rechtssoziologie, politischer Theorie, Privatrechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik zu finden sein.“¹

Freiheit gegen Gleichheit, Freiheit und Gleichheit, Freiheit in Gleichheit – das sind solche „Ordnungsbilder“, die das „Zusammenleben von Menschen in Gesellschaft“ und die privatrechtliche Organisation dieses Zusammenlebens kennzeichnen. Es sind „normative Prämissen“, die miteinander darüber konkurrieren, welche die bessere „Anschauung“ über das „Wie“ der Interaktionen privater Akteure vermittelt. Die traditionelle Auffassung geht von einer Kollision auf Prinzipienebene aus und löst diese Kollision über Vorrangregeln² oder über Tatbestandsmodelle³. Sie plädiert für eine „Präponderanz der Freiheit vor der Gleichheit“⁴ im Privatrecht: Freiheit – auch Freiheit zur Ungleichbehandlung – sei der Grundsatz; Gleichbehandlung sei als Ausnahme nur zu rechtfertigen, sofern und soweit die Funktionsvoraussetzungen nicht gewährleistet seien.⁵ In dieser Arbeit habe ich eine Alternative dazu entwickelt. Danach werden Gleichheit und Freiheit auf der höchsten Abstraktionsebene gleichgesetzt. Zur Kollision

1 Kübler, FS Raiser, 1974, 697, 698 f.

2 § 7 IV 2 b) (1). Die folgenden Belege beziehen sich – soweit nicht anders angegeben – auf die jeweiligen Abschnitte dieser Arbeit.

3 § 7 IV 2 b) (2).

4 § 4 I 2 c).

5 § 5 IX 1.

kommt es auf einer ganz anderen Ebene, nämlich dort, wo das intrinsische oder instrumentale Interesse eines Akteurs an einer Differenzierung⁶ die Erwartung des anderen Akteurs, nicht ohne sachliche Gründe ungleich behandelt zu werden, enttäuscht. Vorrang- oder Tatbestandsregeln haben „bei der Rechtsfindung und -anwendung“ keine überzeugenden Resultate geliefert.⁷ Das liegt vor allem daran, dass beide Ansätze nicht ausreichend sensibel auf die verschiedenen sozialen Kontexte von Ungleichbehandlungen reagieren können.⁸ Darin liegt die Stärke von Rechtfertigungsmodellen.⁹ Mit dem „Prinzip der personalen Gleichheit“ wird eine Neukonzeption von Gleichbehandlungsgeboten und Rechtfertigungsgründen entwickelt, die der Erwartung auf Gleichbehandlung und dem Interesse an Differenzierung jeweils situativ gerecht werden kann.¹⁰ Entgegen der bisherigen Auffassung ist nicht mehr zu begründen, „wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.“¹¹ Zwangsläufig basiert dieses Prinzip auf einer „Gesellschaftstheorie“: Es ist das Versprechen von Gleichheit und Freiheit für alle Akteure. Das ist die grundlegende Voraussetzung für die privatrechtliche Organisation sozialer Beziehungen in rechtsstaatlich und demokratisch verfassten und grundrechtlich geprägten Rechtsordnungen.

Es geht also um *gleiche Freiheit*. Ihre Herstellung und Sicherung ist ein zentrales Problem politischer Theorie.¹² Anschauungsmaterial dafür liefert die Privatrechtsgeschichte:¹³ Das historisch erste Problem von Freiheit und Gleichheit wurde um 1800 mit der gleichen Rechtsfähigkeit jeder Person genial gelöst.¹⁴ Damit war für das Rechtssystem die Problemstellung zunächst erschöpft. Für die Aufgabe, Freiheit und Gleichheit zu sichern, war nunmehr die Umwelt des Rechts, insbesondere das Wirtschaftssystem, zuständig. Das zwingt zur soziologischen Betrachtung des Rechts. Mit der Abstraktion des Menschen vom Individuum zur Person, ihrer Ausstattung mit gleicher Rechtsfähigkeit, der Einrichtung subjektiver Rechte und den grundlegenden Institutionen Vertrag und Eigentum hatte das Recht dem Wirtschaftssystem ausreichend Leistungen zur Verfügung gestellt. Für den Ausgleich sorgt der Wettbewerb und im 19. Jahrhundert vielleicht auch noch eine im Hintergrund fortwirkende und Reziprozität herstellende Sittenordnung.¹⁵

6 Zum Begriff § 6 V 1 c).

7 § 6 VIII 2 c).

8 § 6 VIII 1.

9 § 7 IV 2 b) (3).

10 § 7 I 2.

11 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 159, der allerdings auf halbem Weg stehen bleibt (dazu § 7 IV 2 b) (2)).

12 § 8.

13 §§ 2-4.

14 § 2 I.

15 § 2 III.

Diese war aber auch verantwortlich für die „Enklaven ungleichen Rechts“¹⁶. Die Stellung der Ehefrau im BGB v. 1896 zeigt eine im und vom Recht „gebrochene Gleichheit“¹⁷. Dagegen wird man einwenden, dass das Familien- und Erbrecht traditionell eng von den jeweils herrschenden ethischen Anschauungen in einer Gesellschaft geprägt sind. Das trifft zu und mag auch erklären, warum das Recht dort seinen Anspruch aufgegeben hat, ein Recht Gleicher zu sein. Die „Abstraktion von den Individualitäten des Menschen“ – das Statusrecht scheiterte an der darin liegenden Herausforderung, während das Wirtschaftsrecht sie begierig aufgriff. Im Familienrecht wurde die abstrakte Person wieder zum konkreten Menschen: Mit dem Geschlecht hat das Recht das sichtbarste und gesellschaftstheoretisch wichtigste Unterscheidungskriterium zur Sicherung unterschiedlicher Statushierarchien aufgegriffen. Gleichheit galt also nur prinzipiell, Ausnahmen waren jederzeit möglich.¹⁸ Das änderte sich erst nach der *Konstitutionalisierung* des Familienrechts ab dem 1.4.1953 (Art. 117 Abs. 2 GG iVm Art. 3 Abs. 2 GG). Andere Unterscheidungen bestehen fort: Es hängt nach wie vor vom Geschlecht des von uns geliebten Menschen ab, ob das für so viele Wichtigste in ihrem Leben – eine *rechtlich gesicherte* und damit *anerkannte* Partnerschaft – sich Ehe nennen darf oder „nur“ eine „eingetragene Lebenspartnerschaft“ ist. Vielleicht werden die heute vielen noch tragfähig erscheinenden Gründe bei nachfolgenden Generationen das gleiche Befremden auslösen, das uns heute beschleicht, wenn wir die mühsamen Rationalisierungen des ungleichen Rechts im 19. Jahrhundert zur Kenntnis nehmen. *Historia non docet*. Eines aber lässt sich feststellen: Gleichheit als Prinzip bringt Dynamik ins Recht: damals, weil sich die Stellung der Ehefrau im neuen bürgerlichen Recht im Ganzen gesehen zum *status quo ante* verbesserte; heute, weil das Recht immerhin die Partnerschaft zweier Menschen gleichen Geschlechts als rechtlich gesicherte Partnerschaft anerkennt – was im Europa des 21. Jahrhunderts trotz einer „rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples“¹⁹ immer noch keine Selbstverständlichkeit ist.

Nach so viel „Gesellschaftstheorie“ kehrt die Untersuchung zurück zur Privatrechtsgeschichte, die aber zugleich wieder soziologisch kontextualisiert wird: Das Recht ermöglichte mit der Figur des subjektiven Rechts die „Juridifizierung von Willkür“²⁰. Die damit einhergehende inhaltliche Entlastung ist notwendig, damit das subjektive Recht seiner Aufgabe nachkommen kann, die Präferenzautonomie des Einzelnen zu sichern und dadurch Kommunikationen im Wirtschaftssystem

16 Grimm, Bürgerlichkeit im Recht, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 11, 33.

17 Schwab, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 83.

18 § 2 II.

19 EGMR, Urt. v. 24.6.2010, App. No. 30141/04 – *Schalk & Kopf vs. Österreich* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 93.

20 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 291.

zu vervielfachen und dauerhaft zu stellen.²¹ Das Recht dachte²², damit sei alles getan. Als die Bewährungsprobe kam, musste es erkennen, dass es sich getäuscht hatte. Mit dem *Civil Rights Act* v. 1866 räumte es dem befreiten Sklaven in den Bundesstaaten des U.S.-amerikanischen Südens die gleichen Rechte ein, Verträge zu schließen und Prozesse zu führen.²³ Sklave war aber nur Schwarze gewesen und als (schwarze) Sklaven konnten sie keine Personen sein. Das Recht folgte seiner eigenen Logik, abstrahierte erneut von ihrer Individualität und machte den vormaligen Sklaven zur Person mit gleichen Rechten. In den anderen Funktionsbereichen der Gesellschaft, etwa in Wirtschaft und Familie, wurde der ehemalige Sklave aber weiterhin als Schwarzer wahrgenommen. Man hatte ihm jahrzehntelang negative Eigenschaften zugeschrieben und das änderte sich nicht mit dem Sieg des Nordens gegen den Süden.²⁴ Solange es die Sklaverei Schwarzer gab, hatte jeder Weiße, auch der am untersten Ende der sozialen Statushierarchie stehende, immer noch jemanden, auf den er herabblicken konnte: Er war zwar arm, aber er war weiß und frei und stand deshalb über dem Schwarzen, der unfrei war.²⁵ Das Recht verhielt sich zunächst indifferent gegenüber seiner Umwelt und der dort weiterhin getroffenen Unterscheidung zwischen Schwarzen und Weißen. Es waren ja seine Instrumente – Privatautonomie (auch wenn dieser Begriff im zeitgenössischen Kontext noch nicht fiel) und Eigentum (dieser wurde dagegen verwendet)²⁶ –, die *Diskriminierung* ermöglichten und rechtlich sicherten. Noch nicht indifferent verhielt sich die Politik. Nachdem sie zunächst das Strafrecht gegen die gewaltsame Ausübung privater Macht einsetzte, instrumentalisierte die Politik das Zivilrecht.²⁷ Mit dem *Civil Rights Act* v. 1875 erweiterte sie das Konzept des Diskriminierungsverbots vom Staat auf die Gesellschaft. Das moderne Nichtdiskriminierungsrecht war geboren. Das Recht wurde für Ungleichbehandlungen in seiner Umwelt sensibilisiert. Es räumte jetzt Schwarzen „Gegenrechte“ auf diskriminierungsfreien Zugang zu privat betriebenen, in der Sache aber öffentlichen Einrichtungen ein. Nichtdiskriminierung aus Gründen der „Rasse“ und „Hautfarbe“ wurde zur normativen Prämisse des Zusammenlebens in der Gesellschaft. Das hielt genau acht Jahre. 1883 trug der Supreme Court den *Civil Rights Act* v. 1875 zu Grabe.²⁸ Aufhänger dafür war die fehlende Regelungskompetenz des Bundes für *non state action*. Damit war die Dichotomie von Staat und Gesellschaft rechtlich abgesichert. Aufgrund der mittlerweile eingetretenen politi-

21 § 8 II.

22 Sofern man das Recht zu seinem eigenen Beobachter machen und diese Fähigkeit metaphorisch zu schreiben kann.

23 § 3 III 2.

24 § 3 I.

25 Zur Freiheitsvermutung aufgrund der Hautfarbe oben § 3 I 3.

26 § 3 III 4 b).

27 § 3 III 3.

28 § 3 III 4.

schen Machtverhältnisse war es ausgeschlossen, dass die Einzelstaaten dieses Vakuum füllten. Dem Bund war es dadurch verwehrt, sich schützend vor die Bürger zu stellen, die aufgrund ihrer Rasse und ihrer „badge of slavery“ von Privaten diskriminiert wurden. Damit scheiterte der erste Anlauf eines speziellen Nichtdiskriminierungsrechts. Statt Gleichbehandlung auch unter Privaten wurde die Trennung der Rassen in der Gesellschaft zum tatsächlichen und zum normativen Leitbild.²⁹ Diese Gesellschaftstheorie änderte sich allerdings nach dem 2. Weltkrieg.³⁰ Sichtbar wurde dieser Vorgang 1954 in *Brown v. Board of Education*.³¹ Der *Civil Rights Act* v. 1964 belebte den Gedanken eines Nichtdiskriminierungsrechts wieder. Dieses Mal so erfolgreich, dass es – wir kommen zur Rechtsvergleichung – zum Exportschlager wurde: Großbritannien folgte schnell, ebenso die internationale Gemeinschaft,³² dann Europa – wenn auch, historisch betrachtet, mit vertauschter Reihenfolge: erst Geschlecht, dann Rasse. Deutschland zog nach, setzte aber immer nur das Allernotwendigste um und das auch meistens nicht richtlinienkonform.³³ Und dort, wo Deutschland in jüngerer Zeit ohne unionsrechtlichen Zwang handelte – im zivilrechtlichen Teil des AGG mit den Merkmalen Behinderung, Alter, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung –, war die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten eines Nichtdiskriminierungsprinzips scharfer Kritik ausgesetzt. Man hörte schon „die Totenglocke des Privatrechts läuten“³⁴.

Das erstaunt manche angesichts der langen Tradition von Gleichbehandlungsgeboten im Privatrecht.³⁵ Bei genauerer Betrachtung überrascht es aber nicht. Privatrechtsdogmatisch waren nur allgemeine Gleichbehandlungsgebote im Recht verankert.³⁶ Beispielsweise ist dem Arbeitgeber,³⁷ dem Verband³⁸ oder dem Schuldner einer beschränkten Gattungsschuld³⁹ aufgegeben, Arbeitnehmer, Anteilseigner und Gläubiger bei der Befriedigung einer unverschuldet teilunmöglichen Leistung nicht ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln. Diese Gleichbehandlungspflichten wurden mit unterschiedlichsten Ansätzen als genuin privatrechtliche Erscheinungen aufgefasst und begründet.⁴⁰ Weil selbst aktuelle Stellungnahmen keine soziologische Jurisprudenz⁴¹ betreiben, übersehen sie den gemeinsamen Kern privatrechtlicher Gleichbehandlungspflichten: Es ist die be-

29 § 3 III 5.

30 § 3 IV.

31 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

32 § 4 II 2.

33 § 4 II 2.

34 *Repgen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 14.

35 *Singer*, GS Zachert, 2010, 341, 351.

36 § 5.

37 § 5 I.

38 § 5 II.

39 § 5 VII 2.

40 § 5 IX 1.

41 § 8 II 3.

rechtigte Erwartung privater Akteure, bei vergleichbaren Umständen *nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt* zu werden.⁴² Stattdessen argumentiert man mit einer Mischung aus genuin privatrechtsdogmatischen und überpositiven Gerechtigkeitsargumenten, alles nur – so scheint es manchmal – um sich fern genug vom Zaubergarten einer unmittelbaren oder mittelbaren Wirkung des Art. 3 GG zu halten.⁴³ Die gleichheitsrechtliche Konstitutionalisierung bleibt auf das staatlich gesetzte Recht beschränkt. Methodisch befinden wir uns im Spannungsfeld von Grundrechtsdogmatik und Grundrechtstheorie. Der Vorschlag von *Nipperdey*, Art. 3 Abs. 2 GG auch im Arbeitsrecht anzuwenden und damit die unmittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben rechtlich zu bekämpfen, war ein, vielleicht *der* zentrale Auslöser der Debatte über Grundrechtswirkungen im Privatrecht, die bis heute andauert.⁴⁴ Er hat sich im deutschen Recht nicht durchgesetzt. Die Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes wird seitdem im Wesentlichen verneint. Gleichbehandlung bedeutete das Ende von Wettbewerb und Privatautonomie; zumindest dort, wo der Gleichbehandlungsadressat nicht Inhaber „privater Macht“ sei. Allerdings entwickelte sich in den 1950er Jahren das Bewusstsein dafür, dass bestimmte Diskriminierungen, in einer auf „objektiven Werten“ beruhenden Grundrechtsdogmatik, auch im Zivilrecht nicht mehr angehen. Juden zu diskriminieren – das war sittenwidrig. Insoweit konnte man die Einschränkung der Privatautonomie ja auch rein faktisch verschmerzen. Anders sah es bei den Trägern der übrigen in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale aus. Davon gab es einfach zu viele. Da man die Reichweite von Gleichbehandlungspflichten eng halten wollte, war man gezwungen, eine im Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG nicht angelegte Diskriminierungshierarchie zu erfinden. Man differenzierte also, bis sich mit dem gerade geschaffenen allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Königsweg anbot, beides zu haben: Die Freiheit zum Vertragsschluss und die Sanktionierung der in der Ungleichbehandlung liegenden Persönlichkeitsverletzung. Dass eine mit Sanktionen belegte Freiheit keine Freiheit mehr war, übersah man. Immerhin hatte man das Prinzip als Prinzip gerettet.⁴⁵ Bis es zum Paukenschlag aus Luxemburg kam.⁴⁶ Was in Deutschland um 1949/1950 nicht erreicht wurde – die unmittelbare Geltung der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen –, setzte der Europäische Gerichtshof mit einer kühnen und grundlegenden Rechtsprechung durch. Damit war der Bann gebrochen. Wenig später musste auch die Vertragsabschlussfreiheit im Arbeitsrecht bei ge-

42 § 5 IX 2 b).

43 § 4 I 2, § 5 I 3 und II 3 b.).

44 § 4 I 2 b).

45 § 4 I 5.

46 § 4 II 3.

schlechtsbezogenen Differenzierungen einer sachlichen Begründung weichen. „Zivilrecht gewordener Art. 3 GG“ – das war giftig gemeint.⁴⁷

Privatrechtsdogmatisch betrachtet – das bestätigt die Analyse im umfangreichen 2. Teil der Arbeit –, gab es den „Arbeitsrecht gewordenen Art. 3 GG“ in der Sache mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot schon lange; auch wenn man sich immer noch scheut, seinen Geltungsgrund dort zu verankern.⁴⁸ Ganz generell hat die Untersuchung gezeigt, dass sich Gleichbehandlungsgebote im Privatrecht etabliert haben. Manche, wie beispielsweise der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz,⁴⁹ die Gleichberechtigungs- und Gleichbehandlungspflichten⁵⁰ bei Rechtsgemeinschaften⁵¹ und Personenmehrheiten⁵², insbesondere die Gleichbehandlung von Gläubigern bei der Erfüllung bestimmter Gattungsschulden⁵³ und der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁵⁴, blicken auf eine lange Tradition zurück. Andere wurden hart erkämpft, sind aber mittlerweile selbstverständliche Errungenschaften der „Privatrechtsgesellschaft“⁵⁵, wie die zahlreichen und sehr weitgehenden wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten zeigen.⁵⁶ Für marktmächtige Unternehmen ist Gleichbehandlung der Grundsatz und Ungleichbehandlung die Ausnahme.⁵⁷ Die Pflicht zur Gleichbehandlung sichert also die Voraussetzungen, unter denen ein freier Tausch möglich ist. Das erfordert einen situationsadäquaten Rechtfertigungsmaßstab. Am unteren Ende der Rechtfertigungsskala sind die Fälle angesiedelt, in denen es genügt, dass sich der Normadressat auf seine Vertragsfreiheit beruft, ohne dafür weitere Gründe nennen zu müssen. Die Rechtfertigungsanforderungen steigen, wenn zu der schlichten Vertragsverweigerung zusätzliche oder besondere Umstände hinzutreten, angesichts derer die Ungleichbehandlung die zu sichernde Freiheit des Wettbewerbs gefährdet. Gemeinsam ist den „besonderen“ Umständen, die zur strengeren Rechtfertigungsprüfung führen, dass es sich um Situationen handelt, in denen die „Entmachtungsfunktion“ des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist. Das im deutschen und europäischen Recht angelegte Zusammenspiel von Gleichbehandlungsgrundsatz und Rechtfertigungspflicht manifestiert ein egalitäres Prinzip des Wettbewerbsrechts.⁵⁸ Jüngeren Datums, aber nicht weniger intensiv wirkend, sind die zahlreichen, auf Einzelgesetze ver-

47 Herrmann, ZfA 1996, 19, 21.

48 § 5 I 3.

49 § 5 II.

50 Zur Differenzierung siehe § 5 II 1 b).

51 § 5 II 5.

52 § 5 VII 1.

53 § 5 VII 2.

54 § 5 V.

55 Zum Begriff § 4 I 4.

56 § 5 IV.

57 § 5 IV 3 c).

58 § 5 IV 2.

streuten kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten, bei denen man offensichtlich noch zögert, darin ein allgemeines Prinzip zu sehen.⁵⁹ Faszinierend daran ist allerdings, dass die unterschiedlichen Regelungen im Kern auf den Schutz des Anlegervertrauens zurückgeführt werden.⁶⁰ Besonders deutlich wird dies bei den informationellen Gleichbehandlungspflichten: der einzelne Anleger vertraut insoweit darauf, mit den gleichen Informationen versorgt zu werden wie ein anderer Anleger. Diese Erwartung der gleichen Behandlung ist eine wesentliche Voraussetzung dafür, sich überhaupt auf den Kapitalmarkt zu begeben. Mit diesem Ansatz lässt sich auch der allgemeine Kontrahierungszwang als genuin gleichbehandlungsrechtliches Instrument rekonstruieren.⁶¹ Der Kontrahierungszwang ist seinerseits nur die Reaktion auf ein ihm vorgelagertes Problem unterschiedlicher Freiheitsausübung. Dieses hat seine Ursache in der ungleichen Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten unter den Akteuren in der Gesellschaft. Die Ungleichbehandlung von Marktakteuren löst eine Rechtfertigungskontrolle aus. Dass gerade diese Rechtfertigungspflichten ihrerseits das auf Autonomie gepolte Privatrecht deutlich irritieren, kann man anhand des sehr komplexen Verhältnisses von Gleichberechtigung, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung im Erbrecht verfolgen.⁶²

Damit ist das Stichwort gefallen, das in den letzten Jahren innerhalb der juristischen Diskurse die Gemüter erhitze: „Antidiskriminierung“ oder, neutral und damit vorzugswürdig formuliert: *Nichtdiskriminierung*. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht, also die Diskriminierungsverbote auf der Grundlage europäischer Richtlinien im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), ist in der noch recht jungen Geschichte dieses Rechtsgebiets zu einer veritablen Bezugsgröße avanciert.⁶³ Das liegt einmal an seiner zunehmenden Bedeutung, die sich in der Praxis noch auf Beschäftigungsverhältnisse zu beschränken und sich dort auf das Merkmal Alter⁶⁴ zu konzentrieren scheint. Das liegt aber auch an den privatrechtstheoretischen, grundrechts- und privatrechtsdogmatischen Fragen, die dieses Rechtsgebiet permanent aufwirft. Alles ist weniger sicher, als es zunächst scheint. Das zwingt zur eingehenden Analyse. Damit man sinnvoll diskutieren kann, muss es einen strukturellen Rahmen dafür geben. Diesen liefert das Nichtdiskriminierungsprinzip.⁶⁵ Bestimmte Merkmale werden von der Rechtsordnung grundsätzlich als untauglich angesehen, eine Unterscheidung zu rechtfertigen. Diese Merkmale geben eine abschließende Antwort auf die politische Frage, ob tatsächliche oder wahrgenommene Ungleichheiten in der Umwelt des Rechts

59 § 5 III.

60 § 5 III 1.

61 § 5 VI 2 c).

62 § 5 VIII.

63 § 6.

64 § 6 III 6.

65 § 6 I 1.

vom Recht als ein beachtlicher Grund für Differenzierungen akzeptiert werden können: Nein, das können sie nicht. Trotz des gesicherten Geltungsgrundes steht das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nach wie vor unter erhöhtem Legitimationsbedarf. Im Grundsatz konkurrieren zwei Konzeptionen um die Deutungshoheit:⁶⁶ Nach der egalitaristischen Konzeption ist Nichtdiskriminierungsrecht besonderes Gleichbehandlungsrecht. Dagegen versuchen non-egalitaristische Konzeptionen, das Nichtdiskriminierungsrecht entweder freiheitsrechtlich oder mit autonomen Erwägungen wie dem Prinzip der „sozialen Inklusion“ zu rechtfertigen. Diese können das geltende Nichtdiskriminierungsrecht aber nicht kohärent erklären. Seine Analyse hat gezeigt, dass die wichtigste Bedeutung des Nichtdiskriminierungsprinzips darin besteht, das Recht für die ungleiche Verteilung von Freiheiten aufgrund existierender Statushierarchien in der Umwelt des Rechts zu sensibilisieren. Darin liegt die politische Dimension des Gleichheitsversprechens.⁶⁷ Damit lässt sich auch die zeitbedingte Auswahl von Diskriminierungsverboten erklären: Sie verhindern, dass sich die Umwelt des Rechts der rechtlich geschützten Privatautonomie bedienen kann, um damit soziale Hierarchien anhand bestimmter verpönte Merkmale zu perpetuieren. Das Nichtdiskriminierungsrecht zwingt die Akteure zur besseren Begründung von Unterscheidungen – und führt damit vielfach zum Wegfall der Differenzierung. Diskriminierungsverbote bilden soziale Kommunikationszusammenhänge im Recht ab, um sie rechtlich adressieren zu können. Sie sind deshalb kontextbezogen zu interpretieren. Andernfalls ist das Recht nicht in der Lage, die in seiner Umwelt vorgenommenen Differenzierungen möglichst genau zu erfassen. Dasselbe gilt für die Interpretation der verbotenen Verhaltensweisen.⁶⁸ Es geht dem Nichtdiskriminierungsprinzip darum, das Recht für die Vielfalt von Ungleichbehandlungen in der Umwelt des Rechts zu sensibilisieren. Nimmt man die konkrete Differenzierung in den Blick, kann man das tatsächlich relevante Gleichbehandlungskriterium aufgrund einer Beobachtung der jeweils stattfindenden Kommunikationsprozesse herausfinden. Mit dem Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung kennt das Recht ein Instrument, um auf die soziale Realität der Verteilung von Freiheitsbereichen in der Umwelt des Rechts reagieren zu können. Bei der Festlegung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs differenziert das AGG zwischen beschäftigungsrechtlichem und zivilrechtlichem Benachteiligungsverbot.⁶⁹ Während es im beschäftigungsrechtlichen Teil einem Rechtfertigungsmodell folgt, versucht es sich im zivilrechtlichen Teil an einem Tatbestandsmodell. Das Gesetz und seine eifrigen Ausleger schei-

66 § 6 II.

67 § 6 I 1 und VIII 1.

68 § 6 VIII 1 c).

69 § 6 IV 1.

tern damit auf ganzer Linie.⁷⁰ Würde man das Gesetz konsequent anwenden, wäre der sachliche Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots gerade in den Fällen nicht gegeben, in denen die Umwelt besonders intensiv an die Individualität einer Person anknüpft und sie deshalb im Recht besonders schutzbedürftig macht. Das Rechtfertigungsmodell erweist sich damit erneut als überlegener Ansatz.⁷¹ Die Ausübung privatautonomer Freiheiten wird im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht primär als Rechtfertigungsgrund konzipiert.⁷² Hier muss das Recht seiner zweifachen Aufgabe – dem Respekt vor der Eigenrationalität der jeweiligen Funktionssysteme der Gesellschaft und der Begrenzung ihrer Expansions Tendenzen – „gerecht“ werden. In der Handhabung der Rechtfertigungsprüfung zeigt sich auch, ob das Diskriminierungsverbot „Biss“ hat. Die Funktion des Nichtdiskriminierungsprinzips besteht nämlich auch darin, tradierte Rationalisierungsstrategien und vermeintlich ökonomische Notwendigkeiten auf den Prüfstand zu stellen. Das lässt Widerstände erwarten. Ein regelrechter „Kampf ums Recht“ tobt auf der Rechtsfolgenebene.⁷³ Das liegt nicht zuletzt an den handwerklichen Unzulänglichkeiten des Gesetzes, die sich besonders deutlich bei der sehr umstrittenen Frage eines Kontrahierungszwangs beim zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot⁷⁴ und der Qualifikation des Entschädigungsanspruchs⁷⁵ niederschlagen.

Die stattliche Anzahl von Gleichbehandlungsgeboten und die Bedeutung der Diskriminierungsverbote wirft die Frage auf, ob sie sich auf ein gemeinsames Fundament und eine einheitliche Prinzipienstruktur zurückführen lassen. Die Antwort darauf ist in den Grenz- und Spannungsfeldern von Rechtstheorie, politischer Philosophie, soziologischem Recht, Rechtsdogmatik und Grundrechtstheorie zu suchen.⁷⁶ Das sind viele Stühle und der Beobachter des Rechts wird am Ende Gefahr laufen, statt auf ihnen zwischen ihnen zu sitzen. Das Programm ist klar: Es geht darum, die These zu verifizieren, dass es einen einheitlichen Grundsatz der Gleichbehandlung im europäischen Mehrebenensystem des Privatrechts gibt. Ausgangspunkt dafür sind die gemeinsamen Strukturprinzipien der existierenden Gleichbehandlungspflichten.⁷⁷ Sie bestehen aus zwei Elementen: Erstes Element ist die Ungleichbehandlung. Sie wird auf Grundlage einer deskriptiven Beobachtung der Umweltvorgänge festgestellt. Der deskriptive Ansatz ist notwendig, um jede Ungleichbehandlung tatbestandlich erfassen und deutlich von den Gründen unterscheiden zu können, die für oder gegen eine Gleich-

70 § 6 IV 1 c).

71 § 6 VIII 2.

72 § 6 VI 1 und VIII 2 c).

73 § 6 VII.

74 § 6 VII 2 a).

75 § 6 VII 2 b).

76 §§ 7 und 8.

77 § 7 I 1.

behandlung sprechen. Zweites Element ist die Rechtfertigungsprüfung. Dabei differenziert das geltende Recht zwischen drei Konstellationen: (1.) dem Sachlichkeitsgebot, (2.) besonderen Differenzierungs-, Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverboten, bei denen entweder die Anzahl möglicher Rechtfertigungsgründe beschränkt oder die Anknüpfung an bestimmte Merkmale grundsätzlich oder strikt verboten wird, und (3.) den positiven Maßnahmen, bei denen die Ungleichbehandlung ein Mittel zur Herstellung materialer Gleichbehandlung ist.

Das hier vorgestellte „Prinzip personaler Gleichheit“ ist im Kern ein prozedurales Rechtsprinzip mit substantiellen Inhalten.⁷⁸ Seine Aufgabe sehe ich darin, die Kontexte des konkreten gesellschaftlichen Konflikts so zu strukturieren, dass die jeweiligen Auswirkungen der Ungleichbehandlung auf die Gleichbehandlungs- und Freiheitsinteressen des ungleich Behandelten sichtbar werden und dadurch von ihm thematisiert werden können. Deshalb basiert das Modell auf einer Präsumtion der Gleichbehandlung. Aus ihr folgt eine Argumentationslastregel bei Ungleichbehandlungen. Das ist Ausdruck einer (materialen) Entscheidung, die expansiven Tendenzen der Eigenrationalitäten der gesellschaftlichen Teilsysteme mit dem dynamisch angelegten politischen Versprechen auf Gleichheit zu begrenzen. Methodisch wird damit der Kampf um Gleichheit und Anerkennung zurück in die gesellschaftlichen Relationen getragen, in denen Ungleichheit und Nichtanerkennung wurzeln. Das Prinzip personaler Gleichheit ist zugleich ein substantieller Grundsatz, weil es den Rechtfertigungsdiskurs erst aufgrund eines materialen Grundsatzes (Gleichbehandlung) eröffnet und ihm zugleich aufgrund eines anderen substantiellen Grundsatzes (Freiheit) Grenzen setzt.

Das Prinzip der personalen Gleichheit ist mehrstufig angelegt.⁷⁹ Auf erster Stufe ermöglicht es eine primär heuristische Strukturierung des geltenden Rechts anhand eines methodisch neuen Blickwinkels. Auf zweiter Stufe bietet es eine gerechtigkeitstheoretische Legitimation des geltenden Rechts. Auf dritter Stufe kompatibilisiert es die unions- und grundrechtlich geltenden Gleichbehandlungspflichten privater Akteure mit den ebenfalls abgesicherten Freiheitsrechten des Handelnden. Es ist damit ein subsidiärer Geltungsgrund von Gleichbehandlungsansprüchen und Rechtfertigungspflichten Privater. Die Struktur des Prinzips beruht auf zwei aufeinander aufbauenden Elementen: dem *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung⁸⁰ und der Rechtfertigungsmöglichkeit von Ungleichbehandlungen.⁸¹ Im Mittelpunkt der strukturellen Analyse steht die Rechtfertigungsprüfung. Das Rechtfertigungsmodell kann nachweisen, dass es im Ver-

78 § 7 I 2 c).

79 § 7 I 2.

80 § 7 III.

81 § 7 IV.

gleich zum Vorrangmodell (Präponderanz der Freiheit) und dem Tatbestandsmodell (Gleichbehandlung nur, soweit ein spezifischer Anwendungsbereich eröffnet ist) eine überzeugende Möglichkeit bietet, den Konflikt von negativer Freiheit und Gleichheit situationsadäquat und kontextabhängig zu lösen.⁸² Nach dem Vorbild des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes,⁸³ dessen methodische Grundstruktur auch im Privatrecht funktioniert,⁸⁴ liegt dem geltenden Recht ein Rechtfertigungskontinuum von Ungleichbehandlungen zugrunde, dessen Spanne von den auf „Null“ reduzierten Rechtfertigungsanforderungen (eine Rechtfertigung ist nicht notwendig) bis zu den auf „Null“ reduzierten Rechtfertigungsgründen (eine Rechtfertigung scheidet aus) reicht.⁸⁵ Am unteren Ende der Skala ist der Hinweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten angesiedelt:⁸⁶ Eine Rechtfertigung selbstbestimmter Entscheidungen der eigenen Lebensverhältnisse in persönlicher Hinsicht tangiert die ethische Person in uns. Weil innerhalb der Privatsphäre eine gleiche Behandlung im Ergebnis immer ausscheidet, wirkt sich das auf die Rechtfertigungsanforderung aus. Sie wird auf „Null“ herabgesenkt. In der Skala etwas höher angesiedelt sind die Rechtfertigungsanforderungen bei Ungleichbehandlungen im Marktverhältnis.⁸⁷ Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung besteht *grundsätzlich* ein weiter Spielraum. Zum Problem wird der Hinweis auf die Ausübung von geschützten Freiheitsinteressen in bestimmten bereichsspezifischen Zusammenhängen. Im Wettbewerbsrecht ist es beispielsweise der Missbrauch von Marktmacht. Das obere Ende der Prüfungsskala markieren die Diskriminierungsverbote.⁸⁸ Deren Festlegung ist primär Aufgabe der Gesetzgebung, die dabei allerdings in ihrer Gestaltungsfreiheit vom verfassungsrechtlichen Gleichheitsanspruch eingeschränkt wird.⁸⁹ Nicht jede personenbezogene Ungleichbehandlung ist deshalb eine Diskriminierung, die den Handelnden zu gesteigerten Begründungsanforderungen verpflichtet. Geschützt wird nur vor Ungleichbehandlungen, die eine unzumutbare Anpassungsleistung verlangen. Unzumutbar sind sie, wenn das positive Recht sie ausdrücklich diskriminierungsrechtlich schützt oder aus verfassungsrechtlichen Gründen zu einer Gleichbehandlung mit geschützten Merkmalen verpflichtet ist.⁹⁰ Dieser Schutz kommt aber regelmäßig zu spät. Das wirft die hier bejahte Frage auf, ob der Rechtsanwender ein Merkmal als „verpöntes“ Merkmal definieren und damit im Rechtfertigungsmodell den Anwendungsdis-

82 § 7 IV 2.

83 § 7 II 1.

84 § 7 II 2.

85 § 7 IV 3.

86 § 7 IV 3 f) (1).

87 § 7 IV 3 f) (2).

88 § 7 IV 3 d).

89 § 7 IV 4 a) und – als konkretes Anwendungsbeispiel – § 6 III 3 c).

90 § 7 IV 4 a).

kurs erheblich steuern kann.⁹¹ Das Rechtfertigungsmodell bietet hier einen flexiblen Maßstab, um situationsbezogen die jeweils angemessenen Begründungsanforderungen im Rechtfertigungsdiskurs zu entwickeln.

Das Prinzip personaler Gleichheit basiert auf einer umfassenden Gleichheitspräsumtion im Privatrechtsverkehr. Das ist im methodischen Ausgangspunkt – weniger in den konkreten Ergebnissen – eine radikale Neuorientierung. Grundlage dafür bildet ein Verständnis von Gleichheit als Ausdrucksform juristischer Gerechtigkeit.⁹² Startpunkt dafür ist die systemtheoretische Annahme der prinzipiellen Geschlossenheit des Rechts für nicht rechtliche Kommunikationsinhalte. Gerechtigkeit ist im Recht zunächst nichts anderes als die formale Gleichheit des Rechts.⁹³ Moralphilosophische Gerechtigkeitskonzeptionen sind daher ausgeschlossen. Der traditionelle Versuch, Gleichbehandlung im Privatrecht auf die klassische Dichotomie von ausgleichender und verteilender Gerechtigkeit zurückzuführen,⁹⁴ basiert auf unhaltbaren Prämissen und enthält ein verschleiertes gesellschaftspolitisches Programm, das offen zu diskutieren wäre. Ich stelle dem ein Modell entgegen, das die Geschlossenheit des Rechts als notwendige Funktionsvoraussetzung akzeptiert und zugleich nachweisen kann, dass die „Kontingenzformel Gerechtigkeit“ das Potential hat, das Recht für die sozialen Zusammenhänge in seiner Umwelt zu sensibilisieren. Juristische Gerechtigkeit ist danach eine für das Recht adäquate Gerechtigkeit.⁹⁵ Das primär individualistisch-freiheitsrechtlich geprägte Verständnis des subjektiven Rechts wird um eine funktionale Komponente erweitert, um die soziale Bedeutung subjektiver Rechte für die Kommunikationsfähigkeit im Rechtssystem insgesamt sichtbar zu machen. Dieser Vorgang ermöglicht es, Gleichbehandlungsansprüche als Zugangsregeln zu konstruieren. Damit wird die fehlende Reziprozität des subjektiven Rechts innerhalb des Rechts und mit Mitteln des Rechts wieder ausgeglichen. Das Prinzip personaler Gleichheit ist eine Konzeption von juristischer Gerechtigkeit als Gleichheit⁹⁶ und damit eine Adaption und systemspezifische Aneignung egalitaristischen Denkens⁹⁷ im Recht: Die *prima facie* Gleichbehandlung gibt dem Gleichheitsprinzip „seine spezifische Funktion: die zureichende Begründung *jedlicher* Ungleichbehandlung zu fordern.“⁹⁸ Die Rechtfertigung berücksichtigt die unterschiedlichen „Kontexte“ oder „Sphären“ der Umweltgerechtigkeiten, indem sie die von moralischen, ökonomischen und politischen Diskursen vorausgesetzten Ungleichbehandlungen differenziert einordnet. Das Recht fungiert dann

91 § 7 IV 4.

92 § 8 II.

93 § 8 II 1.

94 § 8 II 2.

95 § 8 II 3.

96 § 8 II 4.

97 § 8 II 5.

98 Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, 169.

gleichzeitig als Förderer („Privatautonomie“) und Kontrolleur („Gleichbehandlungsanspruch“) der Autonomie anderer Funktionssysteme, insbesondere des Wirtschaftssystems.

Gegen das Prinzip personaler Gleichheit lassen sich eine Reihe von Einwänden erheben, die im Kern jeweils freiheitsrechtlicher Natur sind.⁹⁹ Nach dem Privatautonomieargument errichte das Prinzip eine Unfreiheitsvermutung.¹⁰⁰ Obwohl Gleichbehandlungspflichten Privater Bestandteil eines materialen Paradigmas sind, sollte man zur Verteidigung nicht auf die Parallelen zur „Materialisierungsdebatte“ im Schuldvertragsrecht zurückgreifen.¹⁰¹ Sie verdecken den unterschiedlichen Ausgangspunkt: Während die Materialisierungsdebatte generell auf das zweite Freiheitsproblem antwortet, sind Gleichbehandlungspflichten Privater tendenziell als Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem zu verstehen. Man kommt daher nicht umhin, sich mit den rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Konzeptionen von Privatautonomie unter dem speziellen Blickwinkel der Gleichheitspräsumtion auseinanderzusetzen.¹⁰² Ausgangspunkt ist das vielfach geteilte Verständnis von Privatautonomie als kompetentiell begriffene Freiheit, einer Freiheit also, die erst durch das Recht ermöglicht wird. Die Arbeit nimmt diese Einordnung ernst und setzt sich daher kritisch mit den Versuchen auseinander, auf verfassungsrechtlicher Ebene eine „vorrechtliche“ Idee von Privatautonomie zu kreieren, an der gemessen alle Ausgestaltungen des einfachen Gesetzes rechtfertigungsbedürftige Einschränkungen eines „natürlichen“ Grundrechts sind. Stattdessen plädiere ich für ein Modell, in dem Gleichbehandlungspflichten Bestandteil einer dem Gesetzgeber eingeräumten Kompetenz zur Ausgestaltung der „Kompetenz Privatautonomie“ sind. Das Trennungsargument I wirft den Gleichbehandlungspflichten vor, die Trennung von Recht und Moral zu verwischen.¹⁰³ Die Untersuchung leistet an dieser Stelle Aufklärungsarbeit. Gewichtiger ist das Trennungsargument II, nach dem Gleichbehandlungspflichten die für die Privatrechtsgesellschaft konstitutive Trennung von Staat und Gesellschaft verletzen.¹⁰⁴ Ich schlage stattdessen vor, die entscheidende Demarkationslinie anhand der dem geltenden Recht bereits zugrunde liegenden Trennung von öffentlich und privat zu ziehen und werbe dabei unter Berücksichtigung der Erkenntnisse feministischer Rechtstheorien für ein diskursives und reflexives Verständnis des Begriffs „privat“. Das Effizienzargument behauptet schließlich, mit Diskriminierungsverboten verfolge das Recht teilweise berechnete Ziele mit ineffizienten Mitteln.¹⁰⁵ Empirisch betrachtet, gibt es gute Gründe, an der Grundthe-

99 § 8 III.

100 § 8 III 1 a).

101 § 8 III 1 b).

102 § 8 III 1 c).

103 § 8 III 2.

104 § 8 III 3.

105 § 8 III 4.

se des klassischen Ansatzes zu zweifeln, der Markt werde Diskriminierungen langfristig beseitigen. Normativ betrachtet, setzt sich die ökonomische Rechtfertigung insbesondere von statistischen Diskriminierungen dem Vorwurf aus, externe Kosten zu verursachen und letztlich eine Expansionsstrategie des Wirtschaftssystems auf Kosten anderer Funktionssysteme der Gesellschaft zu verfolgen. Mit der Etablierung von Diskriminierungsverboten wird das Recht insoweit seiner Aufgabe in der Gesellschaft gerecht, die Expansion ökonomischer Eigenrationalität zu begrenzen.

Das Prinzip der personalen Gleichheit beansprucht nicht nur eine heuristische Theorie des geltenden Rechts zu sein, sondern behauptet auch, ein eigenständiges normatives Potential zu haben.¹⁰⁶ Das ist ein Anspruch, der kontrovers aufgenommen werden wird. Damit es diese Behauptung aufstellen kann, bedarf es eines Geltungsgrundes.¹⁰⁷ Dafür bieten sich die Gleichbehandlungsgrundsätze des Verfassungsrechts und des primären Unionsrechts an. Das führt in die Untiefen der Drittwirkungsdebatte, die, historisch betrachtet, gerade von Gleichbehandlungspflichten ausgelöst wurde.¹⁰⁸ Meine These lautet, dass das Modell der direkten Horizontalwirkung rechtstheoretisch überzeugen kann.¹⁰⁹ Das Unionsrecht zeigt, dass dieses Modell operable Ergebnisse liefert, indem es die konfligierenden grundrechtlichen Ansprüche sekundärrechtlich konkretisiert.¹¹⁰ Das Prinzip der personalen Gleichheit ist aufgrund seiner dualen Struktur (Gleichbehandlungspräsumtion und freiheitsrechtlich konzipierte Rechtfertigung) geeignet, die in Grundrechten beider privaten Akteure wurzelnden Ansprüche zu konkretisieren. Damit stellt es eine Kollisionsregel zur Kompatibilisierung konfligierender gesellschaftlicher Autonomiebereiche zur Verfügung.

Das Prinzip personaler Gleichheit ist, um am Ende auf *Kübler* zurückzukommen, ein Modell, das das Recht nicht nur als starres System von Kompetenzzuweisungen, sondern „immer auch als Funktionszusammenhang sich gegenseitig limitierender Zuständigkeitsbereiche zu begreifen vermag“¹¹¹. Es sichert das Versprechen gleicher Freiheit im Recht.

106 § 8 IV.

107 § 8 IV 1.

108 § 4 I 2.

109 § 8 IV 2.

110 § 8 IV 3.

111 *Kübler*, FS Raiser, 1974, 697, 722.

Literaturverzeichnis

- Abrams, Kathryn*: Title VII and the Complex Female Subject, 92 Mich. L. Rev. 2479-2540 (1994).
- Ackermann, Lourens W.H.*: Equality under the 1996 South African Constitution, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin 2003, 105-117.
- Adomeit, Klaus*: Gleichbehandlung von Mann und Frau bei Einstellung von Arbeitnehmern, DB 1980, 2388-2389.
- Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622-1623.
 - Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, NJW 2003, 1162.
 - Auf Biegen oder Brechen, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 07.03.2006, S. 10.
 - Political correctness – jetzt Rechtspflicht!, NJW 2006, 2169-2171.
 - Der Nicht-Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages und seine Rechtswidrigkeit als Diskriminierung nach dem AGG, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Lutz Aderhold/Barbara Grunewald/Dietgard Klingerg/Walter Paefgen, Köln 2008, 19-30 (zit.: FS Harm P. Westermann).
- Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen*: Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz, NZA 2007, 179-184.
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) — Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 2011 (zit.: Bearbeiter in: Adomeit/Mohr, AGG).
 - Zugangsgleichheit und Entgeltgleichheit bei Beschäftigungsverhältnissen als verschiedenartige Ziele des AGG, JZ 2009, 183-189.
- Abcin, Christian*: Zur Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen (1863/65), Frankfurt a.M. 1996.
- Ahtela, Karoliina*: The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment, 11 ELJ 57-78 (2005).
- Akerlof, George*: The Economics of Caste and of the Rat Race and Other Woeful Tales, 90 Q.J. Econ. 599-617 (1976).
- Akmar, Pinar*: The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct, World Competition 32 (2009), 71-90.
- Albert, Hans*: Traktat über die kritische Vernunft, 5. Aufl., Tübingen 1991.
- Albisetti, James, C.*: Portia Ante Portas, 33 J. Soc. Hist. 825-857 (2000).
- Alexander, Larry*: What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes and Proxies, 141 U. Pa. L. Rev. 149-219 (1992).
- Alexy, Robert*: Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Werner Krawietz (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Beiheft 1, Berlin 1979, 59-87.
- Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1991.
 - Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1994.
 - Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M. 1995.
 - On the Structure of Legal Principles, 13 Ratio Juris 294 (2000).
 - On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, 16 Ratio Juris 433-449 (2003).

- Begriff und Geltung des Rechts, 4. Aufl., Freiburg/München 2004.
- Amstutz, Marc*: Zwischenwelten, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003, 213-237.
- Anderson, Elizabeth S.*: What is the Point of Equality?, 109 *Ethics* 287-337 (1999).
- Angle, Paul M.*: Lincoln-Douglas Debates 1858, Chicago 1958.
- Ann, Christoph*: Die Erbgemeinschaft, Köln 2001.
- Annuß, Georg*: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, 1629-1636.
- Apel, Karl-Otto*: Diskurs und Verantwortung, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1992.
- Aristoteles*: Die Nikomachische Ethik, hrsg. v. Rainer Nickel, Zürich 2005.
- Armbrüster, Christian*: Antidiskriminierungsgesetz – Ein neuer Anlauf, ZRP 2005, 41-44.
- Sanktionen wegen Diskriminierung, KritV 2005, 41-51.
- Der Verwalter als Organ der Gemeinschaft und Vertreter der Wohnungseigentümer, ZWE 2006, 470-476.
- Die Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297-1306.
- Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, NJW 2007, 1494-1498.
- Anmerkung zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30. 9. 2010 in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats), VersR 2010, 1578-1583.
- Anmerkung zu EuGH v. 1.3.2011, C-236/09 – Test Achats, LMK 2011, 315339.
- Armitage, David*: The Declaration of Independence: A Global History, Cambridge (Mass.) 2007.
- Arnau, Andreas von*: Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, JZ 2000, 276-279.
- Arrow, Kenneth J.*: Models of Job Discrimination, in: Anthony H. Pascal (Hrsg.), Racial Discrimination in Economic Life, Lexington (Mass.) 1972, 83-102.
- The Theory of Discrimination, in: Orley Ashenfelter/Albert Rees (Hrsg.), Discrimination in Labor Markets, Princeton (N.J.) 1973, 3-33.
- What Has Economics to Say about Racial Discrimination?, 12 *J. Econ. Persp.* 91-100 (1998).
- Assmann, Heinz-Dieter/Pötzsch, Thorsten/Schneider, Uwe H.* (Hrsg.): Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz – Kommentar, Köln 2005 (zit.: Bearbeiter in: Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG).
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H.* (Hrsg.): Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar, 5. Aufl., Köln 2009 (zit.: Bearbeiter in: Assmann/Schneider, WpHG).
- Auer, Marietta*: Normativer Positivismus – Positivistisches Naturrecht, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller, München 2007, 931-962 (zit.: FS Canaris).
- Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant, AcP 208 (2008), 584-634.
- Augsberg, Ino/Engelbrecht, Kai*: Staatlicher Gebrauch religiöser Symbole im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention, JZ 2010, 450-458.
- Ayres, Ian*: Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations, 104 *Harv. L. Rev.* 817-872 (1991).
- Further Evidence of Discrimination in New Car Negotiations and Estimates of Its Cause, 94 *Mich. L. Rev.* 109-147 (1995).

- Review: Is Discrimination Elusive?, 55 *Stan. L. Rev.* 2419-2433 (2003).
- Ayres, Ian/Siegelman, Peter: Race and Gender Discrimination in Bargaining for a New Car, 85 *Am. Econ. Rev.* 304-321 (1995).
- Ayres, Ian/Vars, Fredrick E.: When Does Private Discrimination Justify Public Affirmative Action?, 98 *Colum. L. Rev.* 1577-1641 (1998).
- Ayres, Ian/Vars, Fredrick E./Zakariya, Nasser: To Insure Prejudice: Racial Disparities in Taxicab Tipping, 114 *Yale L.J.* 1613-1674 (2005).
- Bachmann, Gregor: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht, *ZHR* 170 (2006), 144-177.
- Kontrahierungspflichten im privaten Bankrecht, *ZBB* 2006, 257-269.
- Private Ordnung, Tübingen 2006.
- Kapitalmarktpublizität und informationelle Gleichbehandlung, in: Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Stefan Grundmann/Christian Kirchner/Thomas Raiser/Hans-Peter Schwintowski/Martin Weber/Chrisine Windbichler, München 2009, 331-347 (zit.: FS Schwark).
- Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, *AcP* 210 (2010), 424-488.
- Bader, Johannes: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, Berlin 2012.
- Badgett, Mary Virginia Lee: Discrimination based on sexual orientation: a review of the literature in economics and beyond, in: Mary Virginia Lee Badgett/Jefferson Frank (Hrsg.), *Sexual Orientation Discrimination*, London, New York 2007, 19-43.
- Badura, Peter: Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten – Die verfassungsrechtliche Problematik der Umsetzung der EG-Diskriminierungsrichtlinien in Deutschland –, *ZaöRV* 68 (2008), 347-358.
- Baer, Susanne: Würde oder Gleichheit?, Baden-Baden 1995.
- „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtssetzung?, *ZRP* 2002, 290-294.
- Justitia ohne Augenbinde? – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft, in: Mechthild Koreuber/Ute Mager (Hrsg.), *Recht und Geschlecht*, Baden-Baden 2004, 19-32.
- Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, (64) *ZaöRV* 2004, 735-758.
- Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism, 59 *U. Toronto L.J.* 417-468 (2009).
- Baer, Susanne/Wrase, Michael: Zwischen Integration und „westlicher Emanzipation“: Verfassungsrechtliche Perspektiven zum Kopftuch(verbot) und der Gleichberechtigung, *KritV* 2006, 401-416.
- Bailyn, Bernhard: *The Ideological Origins of the American Revolution* (1967), Cambridge (Mass.) 1992.
- Baldus, Christian: Römische Privatautonomie, *AcP* 210 (2010), 2-31.
- Balkin, J. M.: The Footnote, 83 *Nw. U. L. Rev.* 275-320 (1989).
- The Constitution of Status, 106 *Yale L.J.* 2313-2374 (1997).
- Plessy, Brown, and Grutter: A Play in Three Acts, 26 *Card. L. Rev.* 1689-1730 (2005).
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., München 2012 (zit.: Bearbeiter in: Bamberger/Roth, BGB).

- Bamforth, Nicholas*: The Changing Concept of Sex Discrimination, 5 *Modern L. Rev.* 872-880 (1993).
- Sexual Orientation Discrimination after *Grant v South-West Trains*, 63 *Modern L. Rev.* 694-720 (2000).
 - Conceptions of Anti-Discrimination Law, 24 *Oxford J. Legal Studies* 693-716 (2004).
- Bar, Christian von/Clive, Eric (Hrsg.)*: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Bd. I, München 2009.
- Barak, Aharon*: Constitutional Human Rights and Private Law, in: Daniel Friedmann/Daphne Barak-Erez (Hrsg.), *Human Rights in Private Law*, Oxford 2001, 13-42.
- Bärmann, Johannes*: Die Wohnungseigentümergeinschaft, Hamburg 1986.
- Zur Theorie des Wohnungseigentumsrechts, *NJW* 1989, 1057-1064.
- Barnard, Catherine/Hepple, Bob*: Indirect Discrimination: Interpreting *Seymour-Smith*, 58 *Camb. L. J.* 399-412 (1999).
- Substantive Equality, 59 *Camb. L. J.* 562-585 (2000).
- Barnert, Thomas*: Deliktischer Schadensersatz bei Kursmanipulation de lege lata und de lege ferenda, *WM* 2002, 1473-1483.
- Barnes, Colin/Mercer, Geoff/Shakespeare, Tom*: Exploring Disability, Cambridge 1999.
- Barskanmaz, Cengiz*: Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen *Critical Race Theory*?, *KJ* 2009, 296-302.
- Barta, Heinz*: Martini Colloquium – Begrüßung und Einführung, in: Heinz Barta/Rudolf Palme/Wolfgang Ingenhaeff (Hrsg.), *Naturrecht und Rechtskodifikation*, Wien 1998, 15-92.
- Barth, Frederik*: Ethnic Groups and Boundaries, in: Frederik Barth (Hrsg.), *Ethnic Groups and Boundaries*, 1969, (online unter http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic228815.files/Week_2/Barth%20Introduction%20Ethnic%20Groups%20and%20Boundaries%20.pdf, zuletzt besucht am 31.12.2012), S. 9-37.
- Bartodziej, Peter*: Ansprüche auf Mitgliedschaft in Vereinen und Verbänden, *ZGR* 1991, 517-546.
- Basedow, Jürgen*: Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, *AcP* 2000 (2000), 445-492.
- Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in: *Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung*. Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Andreas Fuchs/Hans-Peter Schwintowski/Daniel Zimmer, München 2004, 3-20 (zit.: FS Immenga).
 - Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, *ZEuP* 2008, 230-251.
 - Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit, in: *Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I*, hrsg. v. Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, München 2009, 85-104.
 - *Mangold, Audiolum* und die allgemeinen Grundsätze des europäischen Privatrechts, in: *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*, hrsg. v. Stefan Grundmann/Brigitte Haar/Hanno Merkt/Peter O. Mülberr/Marina Wellenhofer, Berlin 2010, 27-47 (zit.: FS Hopt).

- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Tübingen 2009 (zit.: Bearbeiter in: Basedow/Hopt/Zimmermann).
- Bauer, Joachim: Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, Berlin 2007.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian: Auf Junk folgt Mangold – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, 6-12.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Evers, Malte: Schadensersatz und Entschädigung bei Diskriminierung – Ein Fass ohne Boden?, NZA 2006, 893-898.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Göpfert, Burkhard/Krieger, Steffen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2011.
- Bäuerle, Michael: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Baden-Baden 2001.
- Baumbach/Hopt, HGB: Handelsgesetzbuch, hrsg. v. Klaus J. Hopt/Hanno Merkt, 35. Aufl., München 2012, (zit.: Bearbeiter in: Baumbach/Hopt, HGB).
- Baumbach/Hueck, GmbHG: GmbHG – Kommentar, bearb. v. Michael Beurskens/Lorenz Fastrich/Ulrich Haas/Ulrich Noack/Wolfgang Zöllner, 20. Aufl., München 2013, (zit.: Bearbeiter in: Baumbach/Hueck, GmbHG).
- Baums, Theodor/Thoma, Georg F. (Hrsg.): WpÜG – Kommentar zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (Loseblatt), Köln 2008 (zit.: Bearbeiter in: Baums/Thoma, WpÜG).
- Baur, Fritz: Die “Naßauskiesung” – oder wohin treibt der Eigentumsschutz?, NJW 1982, 1734-1736.
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II – Insolvenzrecht, Heidelberg 1990.
- BeckOK-ArbR: Beck’scher Online Kommentar Arbeitsrecht, hrsg. v. Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Peter Udsching, 27. Edition, München 2013, (zit.: Bearbeiter in: BeckOK-ArbR)
- Bayreuther, Frank: Drittbezogene und hypothetische Diskriminierungen, NZA 2008, 986-990.
- Beater, Axel: Unlauterer Wettbewerb, München 2002.
- Bechtold, Rainer: Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 1999 bis 2001, NJW 2001, 3159-3167.
- Zulassungsansprüche zu selektiven Vertriebssystemen unter besonderer Berücksichtigung der Kfz-Vertriebssysteme, NJW 2003, 3729-3724.
- Kartellgesetz – Kommentar, 6. Aufl., München 2010.
- Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner: EG-Kartellrecht, bearb. v. Rainer Bechtold, Wolfgang Bosch, Ingo Brinker und Simon Hirsbrunner, 2. Aufl., München 2009.
- Becker-Cantarino, Barbara: Schriftstellerinnen der Romantik, München 2000.
- Becker, Christoph: Insolvenzrecht, 3. Aufl., Köln 2010.
- Becker, Gary: The Economics of Discrimination (1957), 2nd ed., Chicago 1971.
- Hey, Thomas (Hrsg.): Kommentar zum AGG, Frankfurt 2009 (zit.: Bearbeiter in: Hey, AGG).
- Bell, Mark: Anti-Discrimination Law in Transition: The European Union and Racism, in: Walter Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, Basel 1999, 27-46.
- The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?, 6 Maastricht J. Eur. & Comp. L. 5-23 (1999).

- Anti-Discrimination Law and the European Union, Oxford 2002.
- Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive, 8 ELJ 384-399 (2002).
- Bookreview: Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law, 18 ELJ 598-600 (2012).
- Bell, Mark/Waddington, Lisa*: Reflecting on Equalities in European Equality Law, 28 E.L. Rev. 349-369 (2003).
- Belling, Detlev W.*: Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2004, 885-889.
- Beltz, Herman*: The Constitution and Reconstruction, in: Eric Anderson/Alfred A. Moss, jr. (Hrsg.), The Facts of Reconstruction, Baton Rouge 1991, 189-217.
- The Constitution, the Amendment Process and the Abolition of Slavery, in: Harold Holzer/Sara Vaughn Gabbard (Hrsg.), Lincoln and Freedom, Carbondale 2007, 160-179.
- Benecke, Martina/Kern, Gisela*: Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht: Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der Europäischen Richtlinien im deutschen Recht, EuZW 2005, 360-364.
- Berding, Benjamin*: Gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Grundsätze im Übernahmerecht, WM 2002, 1149-1158.
- Berger, Christian*: Haftungsrechtliche Verteilungsprinzipien an der Schnittstelle von Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz, ZZP 121 (2008), 407-426.
- Berger, Klaus-Peter*: The creeping codification of the new lex mercatoria, 2nd ed., Aalphen aan den Rijn 2010.
- Berger, Victoria Anna*: Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz als Grundsatz im Gemeinsamen Referenzrahmen für Europäisches Vertragsrecht, 16 Eur. Rev. Priv. L. 843-870 (2008).
- Berlin, Isaiah*: Five Essays on Liberty – Introduction, in: Henry Hardy (Hrsg.), Liberty, Oxford 2002, 3-54.
- Two Concepts of Liberty, in: Henry Hardy (Hrsg.), Liberty, Oxford 2002, 166-217.
- Berneike, Christiane*: Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, Baden-Baden 1996.
- Berneke, Wilhelm*: Zum Lauterkeitsrecht nach einer Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, WRP 2001, 615-622.
- Berry, Mary Frances*: Judging Morality: Sexual Behavior and Legal Consequences in the Late Nineteenth-Century South, 78 J. Am. Hist. 835-856 (1991).
- Bertelsmann, Klaus/Pfarr, Heide M.*: Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung und Beförderung, DB 1984, 1297-1301.
- Bertzbach, Martin*: Diskriminierung wegen „ethnischer Herkunft“ (sog. „Ossi-Fall“), jurisPR-ArbR/2010 Anm. 1.
- Beth, Loren P.*: John Marshall Harlan, Lexington 1992.
- Bezenberger, Tilman*: Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395-434.
- Bieback, Karl-Jürgen*: Die Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und Diversity im Recht der Leistungen an Hinterbliebenen, in: Geschlechtergerechtigkeit – Festschrift für Heide Pfarr, hrsg. v. Christine Hohmann-Dennhardt/Marita Körner/Reinhard Zimmer, 2010, 184-196 (zit.: FS Pfarr).
- Biedenkopf, Kurt*: Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot – Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Kurt Biedenkopf/Rudolf Callmann/A. Deringer (Hrsg.), Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, 11-36.

- Bieder, Marcus*: Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, München 2007.
- Bielefeldt, Hanne*: Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung (Bericht im Auftrag der EU-Kommission), 2007, <http://www.uni-hamburg.de/beschaeftigtenportal/services/gleichstellung-und-familie/agg-beschwerdestelle/bekaempfung-mehrfachdiskriminierung.pdf> (zuletzt besucht: 31.12.2012).
- Biermann, Johannes*: Rechtszwang zum Kontrahieren, *Jherings Jahrbücher* 32 (1893), 267-322.
- Birk, Rolf*: Der Aufnahmewang bei Vereinen und Verbänden, *JZ* 1972, 343-349.
- Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Berufszugang, *NZA* 1984, 145-149.
- Bittner, Claudia*: Recht als interpretative Praxis, Berlin 1988.
- Björne, Lars*: Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, Ebelsbach 1984.
- Block, Walter*: Discrimination: An Interdisciplinary Analysis, 11 *J. Business Ethics* 241-254 (1992).
- Bluntschli, Johann Caspar*: Erster Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, Zürich 1844.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, *NJW* 1974, 1529-1538.
- Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, *NJW* 1976, 2089-2099.
- Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, *JA* 1984, 325-332.
- Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), 1-31.
- Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M. 1991, 209-243.
- Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M. 1991, 264-276.
- Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M. 1991, 67-91.
- Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, *Der Staat* 42 (2003), 165-192.
- Boecken, Winfried*: Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags*, Bremen 1998, Bd. I, München 1998, B 1-203.
- Boehmer, Gustav*: Erbrecht, in: Franz Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. II, Berlin 1954, 401-423.
- Boemke, Burkhard*: Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht, *NZA* 1993, 532-538.
- Boemke, Burkhard/Danko, Franz-Ludwig*: AGG im Arbeitsrecht, Berlin 2007.
- Böhm, Franz*: Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.
- Das Problem der privaten Macht, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Franz Böhm – Reden und Schriften*, Karlsruhe 1960, 158-175.
- Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Franz Böhm – Reden und Schriften*, Karlsruhe 1960, 46-68.

- Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Franz Böhm – Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, 158-175.
- Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut f. Ausl. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, Karlsruhe 1961, 1-24.
- Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75-151.
- Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, ORDO 22 (1971), 11-27.
- Das Janusgesicht der Konzentration, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Baden-Baden 1980, 213-232.
- Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Baden-Baden 1980, 233-262.
- Bonner Kommentar*: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. v. Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, 160. Aktualisierung, Heidelberg 2013 (zit.: *Bearbeiter in: Bonner Kommentar*).
- Bork, Reinhard*: Einführung in das Insolvenzrecht, 4. Aufl., Tübingen 2005.
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Tübingen 2011.
- Borowski, Martin*: Grundrechte als Prinzipien, Baden-Baden 1998.
- Böttcher, Eduard*: Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, 161-169.
- Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1957, 317-319.
- Bouchouaf, Ssoufian*: Statistische Altersdiskriminierung, KJ 2006, 310-319.
- Bouchouaf, Ssoufian/Richter, Tobias*: Reichweite und Grenzen des Art. 13 EGV – unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot oder lediglich Kompetenznorm?, Jura 2006, 651-655.
- Bowne-Marshall, Gloria J.*: Race, Law, and American Society, New York 2007.
- Bräcklein, Susann*: Eine Ehe ist eine Ehe ist eine Ehe?, StAZ 2008, 297-304.
- Brake, Deborah L.*: Retaliation, 90 Minn. L. Rev. 18-105 (2005).
- Brand, Oliver*: Systembrüche in der privaten Krankenversicherung, VersR 2011, 1337-1346.
- Brauer, Carl M.*: Women Activists, Southern Conservatives, and the Prohibition of Sex Discrimination in Title VII of the 1964 Civil Rights Act, 49 J. South. Hist. 37-56 (1983).
- Braun, Johann*: „Ein neues familienrechtliches Institut“, JZ 2002, 23-31.
- Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, 424-425.
- Braun, Stefan*: Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf, ZRP 2005, 135-136.
- Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes, RiA 2005, 72-79.
- Brauneder, Wilhelm*: Das GBGB: Europas erste Privatrechtskodifikation, in: Heinz Barta/Rudolf Palme/Wolfgang Ingenhaeff (Hrsg.), Naturrecht und Rechtskodifikation, Wien 1998, 303-320.
- Brest, Paul*: In Defense of the Antidiscrimination-Principle, 90 Harv. L. Rev. 1-54 (1976).
- Brinkmann, Moritz*: Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, Tübingen 2011.

- Britz, Gabriele*: Kulturelle Rechte und Verfassung, Tübingen 2000.
- Die Individualbeschwerde nach Art. 14 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung, *EuGRZ* 2002, 381-391.
 - Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und Grundgesetz, *KJ* 2003, 95-103.
 - Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005), 355-402.
 - Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, Tübingen 2007.
 - Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, Tübingen 2008.
- Bros, Marc*: Über Aufklärung, Kindsmord und Mohrenprozesse, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 391-407.
- Brownlie, Ian*: *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford 2008.
- Brox, Hans*: Störungen durch geistig Behinderte als Reisemangel?, *NJW* 1980, 1939-1940.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: *Erbrecht*, 25. Aufl., Köln 2009.
- Brugger, Winfried*: Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1987.
- Brüning, Christoph*: Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit, *JZ* 2001, 669-673.
- Bruns, Alexander*: Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?, *JZ* 2007, 385-394.
- Bryde, Brun-Otto/Kleindiek, Ralf*: Der allgemeine Gleichheitssatz, *Jura* 1999, 36-44.
- Buchholz, Stephan*: Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen: zur Kritik des Ehegüterrechts, in: Ute Gerhard (Hrsg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, München 1997, 670-682.
- Buck-Heeb, Petra*: *Kapitalmarktrecht*, 3. Aufl., Heidelberg 2009.
- Budde, Robert*: Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf Vertriebspartner, *BB* 2007, 731-736.
- Büddecker, Jürgen Georg*: Die Rechtsprechung des BAG zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts, Münster 2002.
- Buergenthal, Thomas/Thürer, Daniel*: *Menschenrechte*, Zürich und Baden-Baden 2010.
- Bubrow, Astrid/Nordemann, Jan Bernd*: Grenzen ausschließlicher Rechte geistigen Eigentums durch Kartellrecht, *GRUR Int.* 2005, 407-419.
- Bülck, Hartwig*: Vom Kontrahierungszwang zur Abschlusspflicht, *Heide i. Holst.* 1939.
- Bulling, Carl*: *Die deutsche Frau und das Bürgerliche Gesetzbuch*, 2. Aufl., Berlin 1896.
- Bullinger, Martin*: *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart 1968.
- Bumke, Christian*: *Die Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen 2009.
- Bunte, Hermann-Josef*: *Kartellrecht*, 2. Aufl., München 2008.
- (Hrsg.): *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Bd. 1, 11. Aufl., Köln 2011; Bd. 2, 11. Aufl., Köln 2010 (zit.: Bearbeiter in: Langen/Bunte).
- Buntscheck, Martin*: Der Anspruch auf Anschluss an die Energieversorgungsnetze nach § 17 EnWG, *WuW* 2006, 30-39.
- Burg, Indra*: *Positive Maßnahmen zwischen Unternehmerfreiheit und Gleichbehandlung*, Berlin 2009.
- Busche, Jan*: *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen 1999.
- Marktmissbrauch durch Ausübung von Immaterialgüterrechten?, in: *Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag*, hrsg. v. Erhard Keller/Clemens Plassmann/Andreas von Falck, Köln 2003, 645-656 (zit.: FS Tilmann).

- Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote, in: Stefan Leible/Monika Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, 159-177.
- Buschmann, Arno*: Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863/65 – Vorläufer und Muster des BGB, JuS 1980, 553-559.
- Bydlinski, Franz*: Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Wien 1961.
- Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ 1980, 378-385.
- Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1-46.
- Fundamentale Rechtsgrundsätze, Wien, New York 1988.
- Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 1991.
- Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), 319-351.
- System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996.
- Caldwell, Paulette M.*: A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender, Duke L.J. 365-396 (1991).
- Callies, Christian*: Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321-330.
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 4. Aufl., München 2011 (zit.: Bearbeiter in: EUV/AEUV).
- Callies, Graf-Peter*: Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.
- Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, in: Brigitta Jud/Thomas Bachner/Raimund Bollenberger (Hrsg.), Prinzipien des Privatrechts und der Rechtsvereinheitlichung – Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, Stuttgart 2001, 85-110.
- Systemtheorie: Luhmann/Teubner, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, 57-76.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983.
- Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin 1983.
- Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201-246.
- Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993-1003.
- Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377-391.
- Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Wege und Verfahren des Verfassungsrechts – Festschrift für Peter Lerche, hrsg. v. Peter Badura, München 1993, 873-891 (zit.: FS Lerche).
- Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997.
- Grundrechte und Privatrecht, Berlin, New York 1999.
- Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273-364.
- Caroni, Pio*: Privatrecht, Basel, Frankfurt a.M. 1988.
- Carpenter, Christopher*: Do straight men „come out“ at work too?, in: Mary Virginia Lee Badgett/Jefferson Frank (Hrsg.), Sexual Orientation Discrimination, London, New York 2007, 76-92.
- Caruso, Daniela*: The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration, 3 ELJ 3-32 (1997).

- Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives, 44 Harv. Int'l. L.J. 331-386 (2003).
- Casper, Gerhard*: Die Karlsruher Republik, ZRP 2002, 214-219.
- Cassese, Antonio*: International Law, 2nd ed., Oxford 2005.
- Cavanagh, Matt*: Against Equality of Opportunity, Oxford 2002.
- Chalmers, David M.*: Hooded Americanism: The History of the Ku Klux Klan, New York 1981.
- Charpentier, Louis*: The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action, 4 ELJ 167-195 (1998).
- Chege, Victoria Asaba*: Multidimensional Discrimination in EU Law: Race, Sex and Ethnicity, Baden-Baden 2011.
- Chemerinsky, Erwin*: In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen, 81 Mich. L. Rev. 575-599 (1983).
- Rethinking State Action, 80 Nw. U. L. Rev. 503-557 (1985).
- Constitutional Law, 3rd ed., New York 2007.
- Cherednychenko, Olha*: Fundamental Rights and Contract Law, 2 Eur. Rev. Priv. L. 489-505 (2006).
- Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas*: Das Ganze des Rechts, Berlin 2007.
- Clark, Leroy D.*: The Law and Economics of Racial Discrimination in Employment by David A. Strauss, 79 Geo. L.J. 1695-1712 (1991).
- Classen, Claus Dieter*: Wie viele Wege führen zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen?, JZ 1996, 921-930.
- Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?, EuR 2008, 627-653.
- Cobb, Thomas Read Rootes*: An Inquiry into the Law of Negro Slavery, Philadelphia & Savannah 1858.
- Coester-Waltjen, Dagmar*: Zielsetzung und Effektivität eines Antidiskriminierungsgesetzes, ZRP 1982, 217-222.
- Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?, JZ 2010, 852-856.
- Coester, Michael*: Diskriminierung bei der Einstellung, Jura 1995, 21-26.
- Diskriminierungsschutz im Privatrechtssystem, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller, München 2007, 115-129 (zit.: FS Canaris).
- Cohen, G. A.*: On the Currency of Egalitarian Justice, 99 Ethics 906-944 (1989).
- Cohen, Joshua*: Okin on Justice, Gender, and the Family, 22 Can. J. Phil. 263-286 (1992).
- Pluralism and Proceduralism, 69 Chi.-Kent L. Rev. 589-618 (1994).
- Cohn, Ernst*: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Mitglieder im Verbandsrecht, AcP 132 (1930), 129-174.
- Coing, Helmut*: Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, Heidelberg 1947.
- Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“, in: Helmut Coing/Frederik H. Lawson/Kurt Grönfors (Hrsg.), Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, Frankfurt a. M. 1959, 7-23.
- Europäisches Privatrecht, Bd. I, München 1985; Bd. II, München 1989.

- Coleman, Jules*: The Practice of Principle, Oxford 2001.
- Collins, Hugh*: Discrimination, Equality and Social Inclusion, 66 Modern L. Rev. 16-43 (2003).
- Social Inclusion: A Better Approach to Equality Issues, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 897-918 (2005).
- Collins, William J.*: The Labor Market Impact of State-Level Anti-Discrimination Laws, 1940-1960, 56 Indus. & Lab. Rel. Rev. 244-272 (2003).
- Colneric, Ninon*: Frauenförderung nach der Kalanke-Entscheidung des EuGH, ArbRGew 1997, 69-94.
- Antidiskriminierung – quo vadis? – Europäisches Recht, NZA Beilage 2008, 66-73.
- Coolidge, David Orgon*: The Hawai'i Marriage Amendment: Its Origins, Meaning and Fate, 22 U. Haw. L. Rev. 19-118 (2000).
- Cordes, Christoph*: Die Gewährung von Zugaben und Rabatten und deren wettbewerbsrechtliche Grenzen nach Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, WRP 2001, 867-878.
- Cornils, Matthias*: Die Ausgestaltung der Grundrechte, Tübingen 2005.
- Cranshaw, Friedrich L.*: Internationalisierung und Modernisierung – Bemerkungen zum geltenden und zum Referentenentwurf eines neuen Schuldverschreibungsgesetzes (SchVG), BKR 2008, 504-511.
- Cremer, Wolfram*: Freiheitsgrundrechte, Tübingen 2003.
- Crenshaw, Kimberle*: Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, Univ. Chi. Leg. Forum 1989, 139-167.
- Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, 43 Stan. L. Rev. 1241-1299 (1991).
- da Silva, Adrian*: Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht: Eine queere Analyse der Regulation des Geschlechtswechsels im Vereinigten Königreich, KJ 2008, 266-270.
- Damm, Reinhard*: Risikosteuerung im Zivilrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, 85-143.
- Damm, Sven Mirko*: Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes, Berlin 2006.
- Dammann, Jens C.*: Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, Berlin 2005.
- Damrau, Jürgen (Hrsg.)*: Praxiskommentar Erbrecht, Angelbachtal 2004 (zit.: Bearbeiter in: Damrau, Erbrecht).
- Dann, Otto*: Gleichheit und Gleichberechtigung, Berlin 1980.
- Darity, William A. Jr./Mason, Patrick L.*: Evidence on Discrimination in Employment: Codes of Color, Codes of Gender, 12 J. Econ. Persp. 63-90 (1998).
- Däubler, Wolfgang*: Das kirchliche Arbeitsrecht und die Grundrechte der Arbeitnehmer, RdA 2003, 204-209.
- Was bedeutet Diskriminierung nach neuem Recht?, ZfA 2006, 479-491.
- Weltanschauung auf europäisch, NJW 2006, 2608-2609.
- Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin (Hrsg.)*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2008 (zit.: Bearbeiter in: Däubler, AGG).

- Dauner-Lieb, Barbara*: Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983.
- Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsentziehung auf dem Prüfstand, FF 2001, 78-82.
 - Vertragsgestaltung zwischen zwingendem Recht und richterlicher Inhaltskontrolle, in: Mathias Schmoeckel/Rainer Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss – Vertragstreue – Vertragskontrolle. Fünfte Verleihung des Helmut-Schippel-Preises, Baden-Baden 2010, 49-64.
 - Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, Rechtswissenschaft 2010, 317-326.
- Dauner-Lieb, Barbara/Flume, Johannes W.*: Über die fachliche Arbeit der Deutschen Juristentage und ihre Wirkungen auf dem Gebiet des Zivilrechts, in: 150 Jahre Deutscher Juristentag, hrsg. v. Felix Busse, München 2010, 103-126 (zit.: FS 150 Jahre DJT).
- Davies, Adrienne D.*: The Private Law of Race and Sex – An Antebellum Perspective, 51 Stan. L. Rev. 221-288 (1999).
- de Boor, Hans Otto*: Die Kollision von Forderungsrechten, Berlin 1928.
- Deckert, Martina*: Paradigmenwechsel im Privatrecht?, in: Andreas Furrer (Hrsg.), Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, Bern 2006, 85-108.
- Degener, Theresa*: Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, 200-219.
- Deinert, Olaf*: Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07, AP AGG § 15 Nr. 1.
- Arbeitnehmerschutz vor Diskriminierung in kirchlichen Einrichtungen, EuZA 2009, 332-342.
- Deitch, Cynthia*: Gender, Race, and Class Politics and the Inclusion of Women in Title VII of the 1964 Civil Rights Act, 7 Gender & Society 183-203 (1993).
- Delbrück, Jost*: Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, Frankfurt a.M. 1971.
- Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung?, in: Im Dienst an Recht und Staat – Festschrift für Werner Weber, hrsg. v. Hans Schneider/Volkmar Götz, Berlin 1974, 223-238 (zit.: FS Weber).
- Derleder, Peter*: Zum Anspruch auf Abschluss eines Girovertrages bei abgegebener Selbstverpflichtungserklärung, EWir 2003, 963-964.
- Vertragsanbahnung und Vertragsabschluss über Mietwohnungen und die Diskriminierungsverbote des AGG – Realitätsnahe Fallkonstellationen für den Wohnungsmarkt, NZW 2007, 625-633.
 - Gleichbehandlung im Abseits des Wohnungsmarkts, NZM 2009, 310-312.
- Dew, Thomas Roderick*: An Essay in Favor of Slavery (1832), in: Anonymous (Hrsg.), The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, Philadelphia 1853, 288-490.
- Di Fabio, Udo*: Das Recht offener Staaten, Tübingen 1998.
- Form und Freiheit, DNotZ 2006, 342-350.
- Diederichsen, Uwe*: Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, Jura 1997, 57-64.
- Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171-260.
- Dieterich, Thomas*: Gleichheitsgrundsätze im Tarifvertragsrecht, RdA 2005, 177-181.
- Dietlein, Johannes*: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Berlin 2005.

- Dockès, Emmanuel*: Equality in Labour Law: An Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Perspective, 18 Int'l J. Comp. Lab. L. & Indus. Rel. 187-196 (2002).
- Doepner, Ulf*: Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch – Quo vadis?, GRUR 2003, 825-835.
- Dohm, Hedwig*: Der Frauen Natur und Recht – Zur Frauenfrage zwei Abhandlungen über Eigenschaften und Stimmrecht der Frauen, Berlin 1876.
- Dölemeyer, Barbara*: Frau und Familie im Privatrecht des 19. Jahrhunderts, in: Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 633-658.
- Domröse, Ronny*: Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf? – Besprechung von EuGH, Urt. v. 11. 7. 2006 – Rs. C-13/05 Chacón Navas, NZA 2006, 1320-1325.
- Donohue, John J.*: Is Title VII Efficient?, 134 U. Pa. L. Rev. 1411-1432 (1986).
- Prohibiting Sex Discrimination in the Workplace: An Economic Perspective, 56 U. Chi. L. Rev. 1337-1368 (1989).
- Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner, 136 U. Pa. L. Rev. 523-551 (1987).
- The Law and Economics of Antidiscrimination Law, No. 11631 NBER Working Paper, 2005, <http://www.nber.org/papers/w11631.pdf> (zuletzt besucht: 31.12.2012).
- Dorndorf, Eberhard*: Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung. Zur materiell- und konkursrechtlichen Dogmatik der Mobiliarsicherungsrechte, Heidelberg 1986.
- Dorndorf, Eberhard/Frank, Jürgern*: Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten – unter besonderer Berücksichtigung der ökonomischen Analyse der Sicherungsrechte, ZIP 1985, 65-84.
- Doyle, Oran*: Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy, 27 Oxford J. Legal Studies 537-553 (2007).
- Dreier, Horst*: Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, Rechtstheorie 1983, 419-458.
- Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990.
- Dimensionen der Grundrechte, Hannover 1993.
- Kants Republik, JZ 2004, 745-756.
- (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 2004 (zit.: Bearbeiter in: Dreier, GG).
- Dreier, Ralf*: Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, Rechtstheorie 1974, 189-200.
- Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890-896.
- Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Rechtstheorie 1987, 368-385.
- Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt a.M. 1991.
- Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, ARSP Beiheft 44 1991, 55-67.
- Niklas Luhmanns Rechtsbegriff, ARSP 86 (2002), 305-322.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (Hrsg.)*: UrhG – Kommentar, 4. Aufl., München 2013 (zit.: Bearbeiter in: Dreier/Schulze, UrhG).
- Drexel, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998.

- Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung hybrider Rechtsnormen und deren Grenzen, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Stephan Lorenz/Alexander Trunk/Horst Eidenmüller/Christiane Wendehorst/Johannes Adolff, München 2005, 67-86 (zit.: FS Heldrich).
- Wettbewerbsverfassung, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 905-958.
- Duncan, Colin/Loretto, Wendy*: Never the Right Age? Gender and Age-Based Discrimination in Employment, 11 Gender, Work & Org. 95-115 (2004).
- Duncker, Arne*: Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe. Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700-1914, Köln u.a. 2003.
- Die „Anträge Pauli“ – ein Gegenentwurf zugunsten der Frauen in den Beratungen zum BGB, in: Stefan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), Frauenrecht und Rechtsgeschichte, Köln u.a. 2006,
- Dupuy, Pierre-Marie*: Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin 2003, 149-160.
- Dürig, Günter*: Freizügigkeit, in: Franz Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, 507-534.
- Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117-157.
- Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, hrsg. v. Theodor Maunz, München 1956, 157-191 (zit.: FS Nawiasky).
- Zum „Lüth-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts v. 15.1.1958, DÖV 1958, 194-197.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously, Cambridge (Mass). 1978.
- What is Equality? Part 2: Equality of Resources, 10 Phil & Pub. Aff. 283-345 (1981).
- A Matter of Principle, Cambridge, Mass. 1986.
- Law's Empire, Cambridge, Mass. 1986.
- What is Equality? Part 3: The Place of Liberty, 73 Iowa L. Rev. 1-54 (1987).
- Sovereign Virtue, Cambridge, Mass. 2000.
- Justice in Robes, Cambridge, Mass. 2006.
- Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R.*: Corporate Control Transactions, 91 Yale L.J. 698-738 (1982).
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz* (Hrsg.): Handelsgesetzbuch – Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2007 (zit.: Bearbeiter in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn).
- Eberhard, Fritz*: Das Arbeitsrecht im Entwurf des Grundgesetzes, RdA 1949, 125-127.
- Eberl-Borges*: Verfügungsgeschäfte der Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassverwaltung, NJW 2006, 1313-1315.
- Eckert, Hans-Werner*: Anmerkung zu BAG Urt. v. 13.2.2002, 5 AZR 713/00, SAE 2003, 291-297.
- Eckert, Jörn*: Was war die Kieler Schule?, in: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, Baden-Baden 1992, 37-70.
- Edinger, Thomas*: Schutz vor Diskriminierung, DRiZ 2005, 65-68.
- Effer-Uhe, Daniel*: Gleichbehandlung in Versicherungsverträgen – zum Urteil des EuGH vom 1.3.2011 in der Rechtssache C-236/09 (Association Test-Achats), in: Reiner Schulze (Hrsg.), Non-Discrimination in European Private Law, Tübingen 2011, 109 ff.

- Ehlers, Dirk* (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009 (zit.: Bearbeiter in: Ehlers, Europäische Grundrechte).
- Ehmke, Horst*: Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961.
- Ehrlich, Eugen*: Die Rechtsfähigkeit, Berlin 1909.
- Eichenhofer, Eberhard*: Die sozialpolitische Inpflichtnahme des Privatrechts, JuS 1996, 857-865.
- Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, DVBL 2004, 1078-1086.
 - Gleichheit – abstrakt oder konkret?, in: Geschlechtergerechtigkeit – Festschrift für Heide Pfarr, hrsg. v. Christine Hohmann-Dennhardt/Marita Körner/Reingard Zimmer, 2010, 81-91 (zit.: FS Pfarr).
- Eidenmüller, Horst*: Der unliebsame Kritiker: Theaterkritik und Schmähkritik, NJW 1991, 1439-1444.
- Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, Köln 1999.
 - Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., Tübingen 2005.
 - Privatautonomie, Verteilungsgerechtigkeit und das Recht des Vertragsschlusses im DCFR, in: Reiner Schulze/Christian von Bar/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen, Tübingen 2008, 73-96.
 - Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR, 5 ERCL 109-131 (2009).
- Eidenmüller, Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph/Jansen, Nils/Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard*: Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, 529-550.
- Ekkenga, Jens*: Die Ad hoc-Publizität im System der Marktordnungen. Plädoyer für eine kapitalmarktrechtliche statt gesellschaftsrechtliche Interpretation des § 15 WpHG, ZGR 1999, 165-201.
- Ekkenga, Jens/Hofschroer, Josef*: Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (Teil II), DStR 2002, 768-777.
- Ehricke, Ulrich/Ekkenga, Jens/Oechsler, Jürgen* (Hrsg.): Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz – Kommentar, München 2003 (zit.: Bearbeiter in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG).
- Ellger, Reinhard*: The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law, in: Daniel Friedmann/Daphne Barak-Erez (Hrsg.), Human Rights in Private Law, Oxford 2001, 161-180.
- Elliott, Mark*: Albion Tourgée and the Quest for Racial Equality From the Civil War to Plessy v. Ferguson, New York 2006.
- Ellis, Evelyn*: EU Anti-Discrimination Law, New York 2005.
- Elsuni, Sarah*: Feministische Rechtstheorie, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, 163-185.
- Ely, John Hart*: Democracy and Distrust, Cambridge (Mass.) 1980.
- Enderlein, Wolfgang*: Diskursethik und Privatrecht, in: Franz Bydlinski/Theodor Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Wien 1994, 53-79.
- Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, München 1996.
- Engert, Andreas*: Allied by Surprise? The Economical Case For an Anti-Discrimination Statute, 4 German L.J. 685-699 (2003).
- Engländer, Armin*: Diskurs als Rechtsquelle?, Tübingen 2002.
- Ennecus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 15. Aufl., Tübingen 1959.

- Enriques, Luca*: The Mandatory Bid Rule in the Takeover Directive: Harmonization without Foundation?, 1 ECFR 440-457 (2004).
- Epiney, Astrid*: „Europäisches Verfassungsrecht“: Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2008, NvWZ 2009, 949-955.
- Epiney, Astrid/Abt, Marianne Freiermuth*: Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, Baden-Baden 2003.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)*: Beck'scher Online Kommentar GG, 17. Edition, München 2013 (zit.: Bearbeiter in: Epping/Hillgruber, GG).
- Epstein, Richard A.*: Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Cambridge (Mass.) 1985.
- *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge (Mass.) 1992.
- *The Status-Production Sideshow: Why the Antidiscrimination Laws Are Still a Mistake*, 108 Harv. L. Rev. 1085-1109 (1995).
- Erfurter Kommentar*: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, 13. Aufl., München 2013, (zit.: Bearbeiter in: Erfurter Kommentar).
- Erman*: Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, hrsg. v. Harm Peter Westermann, Bd. I und II, 13. Aufl., Köln 2011, (zit.: Bearbeiter in: Erman).
- Esser, Josef*: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1972.
- *Grundsatz und Norm* (1956), 4. Aufl., Tübingen 1990.
- Estreicher, Samuel/Harper, Michael C.*: *Employment Discrimination Law*, 3rd ed., St. Paul 2008.
- Etzel, Matthias*: Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), Tübingen 1992.
- Evans, Carolyn*: *Freedom of Religion under the European Convention of Human Rights*, Oxford 2001.
- Fahlbeck, Reinhold*: *Ora et Labora – On Freedom of Religion at the Work Place: A Stakeholder cum Balancing Factors Model*, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 27-64 (2004).
- Fabrig, Stephan/Stenslik, Bastian-Peter*: Die Rechtsprechung de EGMR zum kirchlichen Arbeitsrecht, EuZA 2012, 184-204.
- Fallon, Richard H. Jr./Weiler, Paul C.*: *Firefighters v. Stotts: Conflicting Models of Racial Justice*, 1984 St. C. Rev. 1-68 (1984).
- Fastrich, Lorenz*: *Richterliche Inhaltskontrolle im Vertragsrecht*, München 1992.
- *Gleichbehandlung und Gleichstellung*, RdA 2000, 65-81.
- *Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts*, Berlin 2001.
- *Bemerkungen zu den Grundrechtsschranken des Tarifvertrags*, in: *Festschrift Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. Georg Annuß/Eduard Picker/Hellmut Wißmann, München 2007, 127-139 (zit.: FS Richardi).
- Fausser, Florian N.*: *Die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft nach neuem WEG*, Berlin 2007.
- Fayer, Carla*: *La familia romana*, Bd. II, Roma 2005.
- Fehrenbacher, Don E.*: *Abraham Lincoln – A Documentary Portrait Through His Speeches and Writings*, Stanford 1964.

- Slavery, Law and Politics – The Dred Scott Case in Historical Perspective, Oxford 1981.
- Felix, Dagmar/Sangi, Roya*: „Unisex-Tarife“ in der Privatversicherung, ZESAR 2011, 257-264.
- Feltovich, Nick/Papageorgiou, Chris*: An Experimental Study of Statistical Discrimination by Employers, 70 South. Econ. J. 837-849 (2004).
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von*: Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherren, Erfurt 1798.
- Civilistische Versuche, Bd. I, Gießen 1803.
- Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.)*: Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bd. I, 2. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: Fezer, UWG).
- Fiedler, Christoph*: BVerfGE 7, 198 – Lüth, in: Jörg Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtssprechung, Tübingen 2000, 97-107.
- Figurewicz, Stefanie*: Die Rechtskämpfe der älteren Frauenbewegung gegen das BGB von 1896 Skizze zum gegenwärtigen Forschungsstand, in: Stefan Meder/Arne Dunker/Andrea Czelk (Hrsg.), Frauenrecht und Rechtsgeschichte, Köln 2006, 169-180.
- Finkelman, Paul*: Imperfect Union – Slavery, Federalism and Comity, Chapel Hill 1981.
- Rehearsal for Reconstruction: Antebellum Origins of the Fourteenth Amendment, in: Eric Anderson/Alfred A. Moss, jr. (Hrsg.), The Facts of Reconstruction, Baton Rouge 1991, 1-28.
- Race and Liberty in the Age of Jefferson, 2nd ed., Armonk 2001.
- Fisahn, Andreas*: Diskriminierung zwischen Mythos und Moderne, Rechtstheorie 2006, 67-84.
- Fischer-Lescano, Andreas*: Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 2008, 166-177.
- Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule, in: Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Galf-Peter Callies/Andreas Fischer-Lescano/Dan Wielsch/Peer Zumbansen, Berlin 2009, 49-68 (zit.: FS Teubner).
- Fischer-Lescano, Andreas/Christensen, Ralph*: Auctoritas Interpositio: die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie, Der Staat 44 (2005), 213-241.
- Fischötter, Werner*: Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB, WuW 1974, 379-397.
- Fleischer, Holger*: Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1-32.
- Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 2001.
- Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln? (Gutachten F), in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, München 2002, F 1.
- Schnittmengen des WpÜG mit benachbarten Rechtsmaterien – eine Problemskizze, NZG 2002, 545-551.
- Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht, ZIP 2006, 451-459.
- Investor Relations und informationelle Gleichbehandlung im Aktien-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2009, 505-541.
- Fleischer, Holger/Bedkowski, Dorothea*: Aktien- und kapitalmarktrechtliche Probleme des Pilot Fishing bei Börsengängen und Kapitalerhöhungen, DB 2009, 2195-2200.
- Flessner, Axel*: Grundfragen des künftigen Sanierungsrechts, ZIP 1981, 113-119.

- Fletscher, Ian*: Insolvency in Private International Law, 2nd ed., Oxford 2005.
- Floßmann, Ursula*: Stichwort „Zeiller, Franz von“, in: Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. v. Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Dieter Werkmüller, Bd. V, Berlin 1998, Sp. 1637-1642.
- Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau. Ein Beitrag zum österreichischen Gleichheitsdiskurs, in: Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 293-324.
- Flume, Werner*: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, hrsg. v. Ernst von Caemmerer/Ernst Friesenhahn/Richard Lange, 1960, 135-238 (zit.: FS 100 Jahre Deutscher Juristentag).
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 – Die Personengesellschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1977; Bd. 2 – Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979.
- Foner, Eric*: Nothing but Freedom, Baton Rouge 1983.
- Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877, New York 1988.
- Forbes, Robert Pierce*: The Missouri Compromise and its Aftermath, Chapel Hill 2007.
- Ford Jr., Lacy K.*: Origins of Southern Radicalism, Cambridge (Mass.) 1988.
- Forgó, Nikolaus/Somek, Alexander*: Nachpositivistisches Rechtsdenken, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, 263-289.
- Forst, Rainer*: Kontexte der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1994.
- Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung, in: Hauke Brunkhorst/Köhler Wolfgang R./Matthias Lutz-Bachmann (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1999, 66-105.
- Die Rechtfertigung der Gerechtigkeit, in: Hauke Brunkhorst/Peter Niesen (Hrsg.), Das Recht der Republik, Frankfurt a.M. 1999, 105-168.
- Das Recht auf Rechtfertigung, Frankfurt a. M. 2007.
- Fox, Eleanor M.*: Consumer Beware Chicago, 84 Mich. L. Rev 1714-1720 (1986).
- Franck, Jens-Uwe*: Die Materialisierung der Gleichheitsidee im deutschen Vertragsrecht im deutschen Privatrecht – Paradigmenwechsel durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, in: Karl Riesenhuber/Yuko Nishitani (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, Berlin 2007, 71-92.
- Frank, Jefferson*: Marriage premium as evidence of discrimination, in: Mary Virginia Lee Badgett/Jefferson Frank (Hrsg.), Sexual Orientation Discrimination, London, New York 2007, 93-103.
- Frank, Rainer*: 100 Jahre BGB – Familienrecht zwischen Rechtspolitik, Verfassung und Dogmatik, AcP 2000 (2000), 401-425.
- Franke, Katherine M.*: What's Wrong with Sexual Harassment?, 49 Stan. L. Rev. 691-772 (1997).
- Frankenberg, Günter*: Die Verfassung der Republik, Frankfurt a.M. 1997.
- Frankfurt, Harry*: Equality as a Moral Ideal, 98 Ethics 21-43 (1987).
- Gleichheit und Achtung, DZPhil 47 (1999), 3-11.
- Frankfurter Kommentar zum KartellR*: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, hrsg. v. Wolfgang Jaeger/Petra Pohlmann/Harald Rieger/Dirk Schroeder, 77. Lieferung, Köln 2012 (zit.: Bearbeiter in: Frankfurter Kommentar zum KartellR).
- Franklin, John Hope/Moss, Alfred A.*: From Slavery to Freedom, 8th ed., Boston 2000.

- Franzen, Martin*: Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartner mit Ehepaaren bei der Hinterbliebenenversorgung, *EuZA* 2009, 395-404.
- Fraser, Nancy*: Anerkennung bis zur Unkenntlichkeit verzerrt. Eine Erwiderung auf Axel Honneth, in: Nancy Fraser/Alex Honneth (Hrsg.), *Umverteilung oder Anerkennung*, Frankfurt a.M. 2003, 225-270.
- Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Nancy Fraser/Alex Honneth (Hrsg.), *Umverteilung oder Anerkennung*, Frankfurt a.M. 2003, 13-128.
- Fredman, Sandra*: *Equality: A New Generation?*, 30 *Ind. L. J.* 145-168 (2001).
- *Discrimination Law*, Oxford 2002.
- Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation, 12 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 369-398 (2005).
- Positive Rights and positive duties, in: Dagmar Schiek/Victoria Chege (Hrsg.), *European Union Non-Discrimination Law*, London & New York 2009, 72-89.
- Freis, Gerhild*: Das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Arbeitsgerichtsgesetzes – Zur Neugestaltung der Haftung des Arbeitgebers bei geschlechtsspezifischer Diskriminierung, *NJW* 1998, 2779-2782.
- Frenz, Walter*: *Handbuch Europarecht*, Bd. 1 – Europäische Grundfreiheiten, Berlin 2004; Bd. 4 – Europäische Grundrechte, Berlin 2009.
- Kastriertes Lissabon-Urteil? Die Relativierung durch den „Mangold“-Beschluss vom 6.7.2010, *EWS* 2010, 401-407.
- Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram* (Hrsg.): *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, 40. Ergänzungslieferung, Berlin 2013 (zit.: Bearbeiter in: Friauf/Höfling, GG).
- Friedmann, Joel WM.*: *The Law of Employment Discrimination*, New York 2007.
- Friedmann, Leon* (Hrsg.): *Brown v. Board – The Landmark Oral Argument before the Supreme Court*, New York 2004.
- Friedrich, Margret*: „...wer wird es nicht sehr schwer und kützlich finden, nach Homer eine Iliade zu schreiben?“ K. A. v. Martinis Reaktion auf die Publikation des „Allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten“, in: Heinz Barta/Rudolf Palme/Wolfgang Ingenhaeff (Hrsg.), *Naturrecht und Rechtskodifikation*, Wien 1998, 443-505.
- Fries, Jakob Friedrich*: *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena 1803.
- Fries, Michaela*: Die Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht – Diskriminierung durch Private beim Zugang zu Gaststätten, Berlin u.a. 2003.
- Frowein, Jochen Abr./Peukert, Wolfgang*: *Europäische Menschenrechtskonvention*, Kehl am Rhein 1985.
- Fuchs, Andreas* (Hrsg.): *Wertpapierhandelsgesetz (WphG) – Kommentar*, München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Fuchs, WpHG).
- Fuchs, Gesine/Konstatzky, Sandra/Liebscher, Doris/Berghahn, Sabine*: Rechtsmobilisierung für Lohngleichheit, *KJ* 2009, 253-270.
- Fuchs, Maximilian*: Mangold – Kein ausbrechender Rechtsakt, *ZESAR* 2011, 3-9.
- Fußmann, Helga*: Die Auswirkungen des reformierten Insolvenzanfechtungsrechts auf das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung, Aachen 2001.
- Gaier, Reinhard*: Die Bedeutung der Grundrechte für das Erbrecht, *ZEV* 2006, 2-8.
- Gaier, Reinhard/Wendtland, Holger*: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*, München 2006.
- Gamillscheg, Franz*: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, *AcP* 164 (1964), 385-445.

- Der Abschluss des Arbeitsvertrags im neuen Arbeitsvertragsgesetz, in: Im Dienst an Recht und Staat – Festschrift für Werner Weber, hrsg. v. Hans Schneider/Volkmar Götz, Berlin 1974, 793-818 (zit.: FS Weber).
- Gardner, John*: Liberals and Unlawful Discrimination, 9 Oxford J. Legal Studies 1-21 (1989).
- Discrimination as Injustice, 16 Oxford J. Legal Studies 353-367 (1996).
- On the Ground of Her Sex(uality), 18 Oxford J. Legal Studies 167-187 (1998).
- Legal Positivism: 5 1/2 Myths, 46 Am. J. Juris. 199-277 (2001).
- Garve, Christian*: Ueber den Charakter der Bauern und ihr Verhältniß gegen die Gutsherrn und gegen die Regierung, Breslau 1786.
- Gebhart, Albert*: Allgemeiner Teil, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, hrsg. v. Werner Schubert, Bd. 1, Berlin 1981.
- Geibel, Stephan/Süßmann, Rainer* (Hrsg.): Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) – Kommentar, 2. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Geibel/Süßmann, WpÜG).
- Geisel, Beatrix*: Patriarchale Rechtsnormen „unterlaufen“. Die Rechtsschutzvereine der ersten deutschen Frauenbewegung, in: Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 682-697.
- Gellermann, Martin*: Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, Tübingen 2000.
- Gerber, David J.*: Law and Competition in Twentieth Century Europe, Oxford 1998.
- Gerken, Lüder/Rieble, Volker/Roth, Günter H./Stein, Torsten/Strein, Rudolf*: „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, München 2009.
- Gernhuber, Joachim*: Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar*: Familienrecht, 6. Aufl., München 2010.
- Gerstenberg, Oliver*: Gesellschaftliche und private Autonomiesphären und Regulierung durch Privatrecht: Von der Privatautonomie zur deliberativen Autonomie, in: Wilfried Seehafer/Wolfgang Köck/Stefan Grundmann/Peter Krebs (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1993, Stuttgart 1994, 25-35.
- Privatrecht, Demokratie und die lange Dauer der bürgerlichen Gesellschaft, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 152-166.
- Privatrecht, Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialregelung, in: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft 74, Stuttgart 2000, 141-156.
- Giegerich, Thomas*: Privatwirkung der Grundrechte in den USA, Berlin 1992.
- Gierke, Otto*: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889.
- Gillette, William*: Retreat from Reconstruction, Baton Rouge 1979.
- Gitter, Wolfram*: Gleichberechtigung der Frau: Aufgaben und Schwierigkeiten – Eine Erörterung von Überlegungen über ein „Antidiskriminierungsgesetz“, NJW 1982, 1567-1571.
- Glausser, Wayne*: Locke and Blake, Gainesville 1998.
- Glöckner, Jochen*: Europäisches Lauterkeitsrecht, München 2006.
- GK-UWG*: Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, hrsg. v. Rainer Jacobs/Walter F. Lindacher/Otto Teplitzky, 13. Lief., Berlin 1999 (zit.: Bearbeiter in: GK-UWG).

- Goette, Wulf*: Gesamtschuldbegriff und Regreßproblem, Bonn 1974.
- Goldscheid, Julie*: United States v. Morrison and the Civil Rights Remedy of the Violence against Women Act: A Civil Rights Law Struck Down in the Name of Federalism, 86 Cornell L. Rev. 109-139 (2000).
- Goodell, William*: The American Slave Code in Theory and Practice, New York 1853.
- Gosepath, Stefan*: Gleichheit in Habermas' und Dworkins Theorien der Gerechtigkeit, in: Herlinde Pauer-Studer/Helga Nagl-Docekal (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, Wien 2003, 94-116.
- Gleiche Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 2004.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*: Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München 2012.
- Graber, Christoph Beat/Teubner, Gunther*: Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?, 18 Oxford J. Legal Studies 61-73 (1998).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 49. Ergänzungslieferung, München 2012 (zit.: Bearbeiter in: Grabitz/Hilf/Nettesheim).
- Greenawalt, Kent*: How Empty Is the Idea of Equality?, 83 Colum. L. Rev. 1167-1185 (1983).
- Greiner, Stefan*: Putativ-Diskriminierung wegen Ethnie oder Rasse – der Fall: „Minus Ossi“, DB 2010, 1940-1942.
- Grimm, Dieter*: Bürgerlichkeit im Recht, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, 11-50.
- Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei Zeiller, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, 212-231.
- Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, 138-161.
- Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, 192-211.
- Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, 165-191.
- Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, 84-103.
- Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a. M. 1991, 221-240.
- The protective function of the state, in: Georg Nolte (Hrsg.), European and US Constitutionalism, Cambridge 2005, 137-155.
- Souveränität, Berlin 2009.
- Grobys, Marcel*: Die Beweislast im Anti-Diskriminierungsprozess, NZA 2006, 898-904.
- Groß, Daniela*: Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG, Baden-Baden 2010.
- Grossberg, Michael*: Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America, Chapel Hill 1985.

- Großkomm. AktG*: Aktiengesetz – Großkommentar, hrsg. v. Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann, Bd. 2, 4. Aufl., Berlin 2008 (zit.: Bearbeiter in: *Großkomm. AktG*).
- Gruber, Joachim*: Zwei problematische Punkte des AGG: Die Anforderung eines Passfotos und die Suche nach dem „muttersprachlichen Mitarbeiter (m/w)“, *NZA* 2009, 1247-1249.
- Grünberger, Michael*: The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships (Working Paper 2009), http://www.uni-koeln.de/jur-fak/bhgg/personen/gruenberger/Gruenberger_Triangular_Relations.pdf (zuletzt besucht: 31.12.2012).
- A Duty to Protect the Rights of Performers? Constitutional Foundations of an Intellectual Property Right, 24 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 617-686 (2006).
 - Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – *Transsexualität V*, *JZ* 2006, 516-519.
 - Ein Plädoyer für ein zeitgemäßes Transsexuellengesetz, *StAZ* 2007, 357-368.
 - Von Bernd Markus Antoinette zu Anderson Bernd Peter – Von der Ordnungsfunktion und der Identitätsfunktion des Vornamens, *AcP* 207 (2007), 314-339.
 - Die Reform des Transsexuellengesetzes: Kleiner Wurf oder große Schritte?, in: Dominik Groß/Christiane Neuschaefer-Rube/Jan Steinmetzer (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, Berlin 2008, 81-110.
 - Die Vergleichbarkeit von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft, *FPR* 2010, 203-208.
 - Altersdiskriminierung und Abfindungsansprüche, *EuZA* 2011, 171-187.
 - Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011, 1 BvR 3295/07, *JZ* 2011, 368-371.
 - Geschlechtergerechtigkeit im Wettbewerb der Regulierungsmodelle, *Rechtswissenschaft* 2012, 1-46.
 - Vielfalt durch Quote – Umgekehrte Diskriminierung zu Lasten des Leistungsprinzips?, *NZA-Beilage* 2012, 139-146.
- Grünberger, Michael/Sagan, Adam*: Diskriminierende Sozialpläne, *EuZA* 2013, 324-339.
- Grundmann, Stefan*: Europäisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2004.
- Europäisches Vertragsrecht – Quo vadis?, *JZ* 2005, 860-869.
 - Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen 2007, 105-130.
 - Systemdenken und Systembildung, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. Berlin 2010, 285-314.
- Grünekle, Stefan*: Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, Baden-Baden 2001.
- Grunewald, Barbara*: Vereinsaufnahme und Kontrahierungszwang, *AcP* 182 (1982), 181-213.
- Grunewald, Barbara/Schlitt, Michael* (Hrsg.): Einführung in das Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: *Grunewald/Schlitt, Kapitalmarktrecht*).
- Gschwandtner, Marcus/Bornemann, Ralf*: Girokonto für jedermann – Vertragsabschlussfreiheit, Selbstregulierung oder gesetzlicher Zwang?, *NJW* 2007, 1253-1256.
- Gsell, Beate*: Beschaffungsnotwendigkeit und Leistungspflicht, Bielefeld 1998.
- Guelzo, Alan C.*: „Sublime in Its Magnitude“: The Emancipation Proclamation, in: Harold Holzer/Sara Vaughn Gabbard (Hrsg.), *Lincoln and Freedom*, Carbondale 2007, 65-78.
- Gundling, Nikolaus Hieronymus*: Ausführlicher Discours über das Natur- und Völckerrecht, Franckfurt und Leipzig 1747.

- Gunn, T. Jeremy*: The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law, 16 Harv. Hum. Rts. J. 189-215 (2003).
- Günnewig, Stefan*: Zum Kontrahierungszwang beim Sparkassen-Girokonto, ZIP 1992, 1670-1672.
- Günther, Klaus*: Der Sinn für Angemessenheit, Frankfurt 1988.
- Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 1989, 163-190.
 - Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 233-267.
 - „Ohne weiteres und ganz automatisch?“ Zur Wiederentdeckung der „Privatrechtsgesellschaft“, Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 473-500.
 - Vernunftzwang oder Zwangsvernunft?, Rechtshistorisches Journal 16 (1997), 123-140.
- Gurlit, Elke*: Hotelverbot für Rechtsextremisten, NZG 2012, 698-700.
- Guski, Roman*: Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, Berlin 2007.
- Gutmann, Thomas*: Der Erbe und seine Freiheit, NJW 2004, 2347-2349.
- Haarmann, Wilhelm/Schüppen, Matthias* (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zum Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, 3. Aufl., Frankfurt 2008 (zit.: Bearbeiter in: Haarmann/Schüppen, WpÜG).
- Haas, Ulrich*: Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig?, ZEV 2000, 249-260.
- Haberer, Thomas*: Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, Wien 2009.
- Haberl, Sonja*: Antidiskriminierungsrecht und Sanktionssystem: Die Konkretisierung gemeinschaftsrechtlicher Mindestvorgaben, GPR 2009, 202-209.
- Habermas, Jürgen*: Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 1994.
- Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism, 92 J. Phil. 109-131 (1995).
- Habersack, Mathias*: Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 2006.
- Habersack, Mathias/Mayer, Christian*: Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. Berlin 2010, 425-461.
- Habersack, Mathias/Tröger, Tobias*: „Ihr naht Euch wieder, schwankende Gestalten ...“ – Zur Frage eines europarechtlichen Gleichbehandlungsgebots beim Anteilshandel, NZG 2010, 1-7.
- Haferkamp, Hans-Peter*: Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘, Frankfurt a.M. 2004.
- Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines“ Recht?, in: Otto Depenheuer (Hrsg.), Reinheit des Rechts, Wiesbaden 2010, 79-100.
- Hager, Günter*: Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009.
- Hager, Johannes*: Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373-383.
- Hailbronner, Kay*: Hat der EuGH eine Normverwerfungskompetenz?, NZA 2006, 811-816.
- Hain, Karl-Eberhard*: Diskurstheorie und Menschenrechte, Der Staat 40 (2001), 193-219.
- Halley, Janet E.*: Reasoning about Sodomy: Act and Identity in and after Bowers v. Hardwick, 79 Va. L. Rev. 1721-1780 (1993).
- Halpern, Stephan C.*: On the Limits of the Law: The Ironic Legacy of Title VI of the 1964 Civil Rights Act, Baltimore 1995.

Haltern, Ulrich: Was bedeutet Souveränität, Tübingen 2007.

Hanau, Hans: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, Tübingen 2004.

— Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Privatautonomie und Kontrahierungszwang, in: Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Barbara Dauner-Lieb/Peter Hommelhoff/Matthias Jacobs/Dagmar Kaiser/Christoph Webe, Tübingen 2006, 233-248 (zit.: FS Konzen).

— Anspruch eines abgelehnten Bewerbers auf Auskunft über die Besetzung der Stelle? – Ein Beitrag des EuGH zur Quadratur des Kreises, EuZA 2013, 105-115.

Hanau, Peter: Der gleiche Zugang zur Beschäftigung in der Privatwirtschaft nach deutschem Recht, in: In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund, hrsg. v. Franz Gamillscheg/Jean de Givry/Bob Hepple, München 1980, 457-476 (zit.: GS Kahn-Freund).

— Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (arbeitsrechtlicher Teil) zwischen Bagatellisierung und Dramatisierung, ZIP 2006, 2189-2201.

Hanau, Peter/Preis, Ulrich: Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, 177-207.

Hannett, Sarah: Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination, 23 Oxford J. Legal Studies 65-86 (2003).

Harris, Cheryl I.: Whiteness As Property, 106 Harv. L. Rev. 1707-1791 (1993).

— In the Shadow of Plessy, 7 U. Pa. J. Const. L. 867-902 (2005).

Harris, Steven L./Mooney, Charles W.: A Property-Rights Based Theory of Security Interests: Taking Debtors Choices Seriously, 80 Va. L. Rev. 2021-2072 (1994).

Hart, H. L. A.: Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harv. L. Rev. 593-629 (1958).

— Between Utility and Rights, 79 Col. L. Rev. 828-846 (1979).

— The Concept of Law, 2nd ed., Oxford 1994.

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 2. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG).

Häsemeyer, Ludwig: Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507-575.

— Buchrezension, ZZP 107 (1994), 111-118.

— Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln 2007.

Haslinger, Stephanie: Belieferungsanspruch des Außenseiters eines selektiven Vertriebsbindungssystems, das gegen Art. 85 I EGV verstößt?, WRP 1999, 161-166.

Hattenhauer, Hans: Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, München 2000.

Hattenhauer, Hans (Hrsg.): Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Frankfurt 1970.

Hayek, Friedrich: Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl., Tübingen 2005.

— Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (1968), in: Alfred Bosch (Hrsg.), Rechtsordnung und Handelsordnung – Aufsätze zur Ordnungsökonomik, Tübingen 2003, 132-152.

Hebeis, Michael: Das juristische Werk des Karl Anton von Martini, in: Heinz Barta/Rudolf Palme/Wolfgang Ingenhaeff (Hrsg.), Naturrecht und Rechtskodifikation, Wien 1998, 93-112.

Heckman, James J.: Detecting Discrimination, 12 J. Econ. Persp. 101-116 (1998).

Heermann, Peter W.: Verbraucherschutz nach RabattG und ZugabeVO – Schutzlücke oder Freiheitsgewinn?, WRP 2001, 883-887.

- Hegel, Georg Friedrich Wilhelm*: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821.
- Heiderhoff, Bettina*: Europäisches Privatrecht, Heidelberg 2012.
- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Tübingen 2000.
- Heiter, Norbert*: Rückgewährhaftung mehrerer Beschenkter nach § 528 Abs. 2, JR 1995, 313-319.
- Hellman, Deborah*: Two Types of Discrimination: The Familiar and the Forgotten, 86 Cal. L. Rev. 315-361 (1998).
- Henderson, James P./Davis, John B.*: Adam Smith's Influence on Hegel's Philosophical Writings, 13 J. Hist. Econ. Thought 184-203 (1991).
- Henke, Christiane*: Gleichheit und Gerechtigkeit als feministische Rechtsforderungen: Hedwig Dohm und Anita Augspurg, in: Stefan Meder/Arne Dunker/Andrea Czelk (Hrsg.), Frauenrecht und Rechtsgeschichte, Köln 2006,
- Henn, Günter*: Die Gleichbehandlung der Aktionäre in Theorie und Praxis, AG 1985, 240-248.
- Henne, Thomas*: Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim Bundesverfassungsgericht – Thesen zur Rechtslage, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, 19-24.
- Von 0 auf „Lüth“ in 6 1/2 Jahren. Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzentscheidung, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, 197-224.
- Hennrichs, Joachim*: Treupflichten im Aktienrecht, AcP 195 (1995), 221-273.
- Hense, Ansgar*: Kirche und Diskriminierungsverbot, in: Josef Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, 181-237.
- Henssler, Martin*: Hinauskündigung und Austritt von Gesellschaftern in personalistisch strukturierten Gesellschaften, in: Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Barbara Dauner-Lieb/Peter Hommelhoff/Matthias Jacobs/Dagmar Kaiser/Christoph Webe, Tübingen 2006, 267-285 (zit.: FS Konzen).
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.): Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012 (zit.: Bearbeiter in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR).
- Hepple, Bob*: Race Relations Act 1965, 29 Modern L. Rev. 306-314 (1966).
- Race Relations Act 1968, 32 Modern L. Rev. 181-186 (1969).
- Discrimination and Equality of Opportunity – Northern Irish Lessons, 10 Oxford J. Legal Studies 408-421 (1990).
- Race and Law in Fortress Europe, 67 Modern L. Rev. 1-15 (2004).
- Herbe, Daniel*: Hermann Weinkauff (1894-1981). Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs, Tübingen 2008.
- Herbert, Ulrich*: Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland, München 2001.
- Herresthal, Carsten*: Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Jörg Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007, 177-216.
- Die Folgen der Europäischen Integration für die Privatrechtsgesellschaft, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller, München 2007, 1107-1133 (zit.: FS Canaris).
- Herrmann, Elke*: Die Abschlußfreiheit – Ein gefährdetes Prinzip, ZfA 1996, 19-68.
- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.* (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, Bd. I, 59. Lieferung, München 2010 (zit.: Bearbeiter in: Maunz/Dürig, GG).

- Heselhaus, Sebastian F./Nowak, Carsten (Hrsg.):* Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006 (zit.: Bearbeiter in: Heselhaus/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte).
- Hess, Burkhard/Reuschle, Fabian/Rimpelsbacher, Bruno (Hrsg.):* Kölner Kommentar zum KapMuG, Köln 2008 (zit.: Bearbeiter in: Hess/Reuschle/Rimpelsbacher, KK-KapMuG).
- Hesse, Konrad:* Verfassungsrecht und Privatrecht, Heidelberg 1988.
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995.
- Heun, Werner:* Equal Protection im amerikanischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2002, 319-325.
- Hey, Thomas (Hrsg.):* Kommentar zum AGG, Frankfurt 2009 (zit.: Bearbeiter in: Hey, AGG).
- Hiebaum, Christian:* Gleichheit als Eigenwert, in: Herlinde Pauer-Studer/Helga Nagl-Docekal (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, Wien 2003, 21-48.
- Higginbotham, A. Leon:* In the Matter of Color, New York 1980.
- Shades of Freedom: Racial Politics and Presumptions of the American Legal Process, New York 1996.
- Hilbrandt, Christian:* Der Bruchteil bei der Bruchteilsgemeinschaft, AcP 202 (2002), 631-661.
- Hilty, Reto M.:* Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungeheimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633-644.
- Hinrichs, Oda/Zwanziger, Betram:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Ende des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?, DB 2007, 574-577.
- Hirschberg, Lothar:* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981.
- Hirte, Heribert/Möllers, Thomas M.J. (Hrsg.):* Kölner Kommentar zum WpHG, Köln 2007 (zit.: Bearbeiter in: Hirte/Möllers, KK-WpHG).
- Hirte, Heribert/von Bülow, Christoph (Hrsg.):* Kölner Kommentar zum WpÜG, Köln 2003 (zit.: Bearbeiter in: Hirte/v. Bülow, KK-WpÜG).
- HK-InsO:* Insolvenzordnung – Heidelberger Kommentar, hrsg. v. Gerhard Kreft, 5. Aufl., Heidelberg 2008 (zit.: Bearbeiter in: HK-InsO).
- HKK-BGB:* Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. v. Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, Bd. I, Tübingen 2003, Bd. II/1 und II/2 Tübingen 2007 (zit.: Bearbeiter in: HKK-BGB).
- Hobe, Stephan:* Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl., Tübingen und Basel 2008.
- Hoerster, Norbert:* Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480-2482.
- Was ist Recht?, München 2006.
- Hans Kelsens Grundnormlehre kritisch betrachtet, JZ 2008, 1023-1027.
- Hofer, Sibylle:* Freiheit ohne Grenzen?, Tübingen 2001.
- Hoffbauer, Johann Christoph:* Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts, Halle 1795.
- Höffe, Otfried:* Politische Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1989.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang:* Nachvollziehende Grundrechtskontrolle, AöR 128 (2003), 173-225.
- Hoffmann, Jochen:* Die Zukunft geschlechtsspezifischer Versicherungstarife, ZIP 2011, 1445-1453.

- Höfling, Wolfram*: Vertragsfreiheit, Heidelberg 1991.
- Hofmann, Jochen*: Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG in Rechtsprechung und Lehre, Berlin 1986.
- Hohmann-Dennhardt, Christine*: Antidiskriminierungsgesetz contra Grundgesetz, ZRP 1979, 241-248.
- Gleichheit nur für Heteros? Keine Diskriminierung wegen der „sexuellen Identität“, KJ, Beiheft 1, 2009, 125-132.
 - Berufliche Gleichstellung von Frauen – Notwendigkeiten und Formen einer Regulierung, in: Geschlechtergerechtigkeit – Festschrift für Heide Pfarr, hrsg. v. Christine Hohmann-Dennhardt/Marita Körner/Reingard Zimmer, 2010, 235-249 (zit.: FS Pfarr).
- Hollstein, Thorsten*: Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, Tübingen 2007.
- Holmes, Elisa*: Anti-Discrimination Rights Without Equality, 68 Modern L. Rev. 175-194 (2005).
- Holmes, Oliver Wendell*: Common Carriers and the Common Law, 13 Am. L. Rev. 609-631 (1879).
- Holthöfer, Ernst*: Die Geschlechtsvormundschaft. Ein Überblick von der Antike bis ins 19. Jahrhundert, in: Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 390-451.
- Holzborn, Timo* (Hrsg.): WpPG – Kommentar, Berlin 2008 (zit.: Bearbeiter in: Holzborn, WpPG).
- Holzleithner, Elisabeth*: Emanzipation durch Recht, KJ 2008, 250-256.
- Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung. Herausforderungen für das Europarecht, in: Kathrin Arioli/Michelle Cottier/Patricia Farahmand/Zita Küng (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, Zürich/St. Gallen, Baden-Baden 2008, 305-320.
 - Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Ein Streifzug durch feministische Rechtswissenschaften und Legal Gender Studies, in: Kathrin Arioli/Michelle Cottier/Patricia Farahmand/Zita Küng (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, Zürich/St. Gallen, Baden-Baden 2008, 3-20.
 - Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Beate Rudolf (Hrsg.), Geschlecht im Recht (Querelles, Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung, Bd. 14), Göttingen 2009, 37-62.
 - Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: Ulrike Hormel/Albert Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, Wiesbaden 2010, 95-113.
- Hommelhoff, Peter*: Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, hrsg. v. Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich, München 2000, 889-925 (zit.: FG 50 Jahre BGH).
- Hönn, Günther*: Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982.
- Entwicklungslinien des Vertragsrechts, JuS 1990, 953-962.
- Honneth, Axel*: Der Kampf um Anerkennung, Frankfurt a.M. 1992.
- Umverteilung als Anerkennung, in: Nancy Fraser/Alex Honneth (Hrsg.), Umverteilung oder Anerkennung, Frankfurt a.M. 2003, 129-224.
- Honsell, Heinrich*: Iustitia distributiva – iustitia commutativa, in: Iurisprudentia universalis – Festschrift für Theo Mayer-Maly, hrsg. v. Martin J. Schermaier/J. Michael Rainer/Laurens C. Winkel, Köln 2002, 287-302 (zit.: FS Mayer-Maly).

- Höpfner, Clemens*: Altersdiskriminierung und europäische Grundrechte – Einige methodische Bemerkungen zum Richterrecht des EuGH, ZfA 2010, 449-486.
- Hopt, Klaus J.*: Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht?, ZHR 141 (1977), 389-441.
- Grundsatz- und Praxisprobleme nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, ZHR 166 (2002), 383-432.
- Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, ZGR 2004, 1-52.
- 50 Jahre Anlegerschutz und Kapitalmarktrecht: Rückblick und Ausblick, WM 2009, 1873-1881.
- Horn, Norbert*: Die Stellung der Anleihegläubiger nach neuem Schuldverschreibungsgesetz und allgemeinem Privatrecht im Licht aktueller Marktentwicklungen, ZHR 173 (2009), 12-66.
- Horstmann, Rolf-Peter*: Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, in: Ludwig Siep (Hrsg.), G.W.F. Hegel – Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1997, 193-216.
- Hosking, David L.*: Great Expectations: Protections From Discrimination Because of Disability in Community Law, 31 E.L. Rev. 667-689 (2006).
- Howard, Erica*: Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts, 11 ELJ 468-486 (2005).
- Race and Racism – Why does European Law have Difficulties with Definitions?, 24 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 5-29 (2008).
- Howard, John R.*: The Shifting Wind – The Supreme Court and Civil Rights from Reconstruction to *Brown*, Albany 1999.
- Hoyningen-Huene, Gerrick von*: Anmerkung zu BAG, Urt. v. 23.6.1994, 2 AZR 617/93, EzA § 242 BGB Nr. 39.
- Huber, Peter M.*: Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385-2390.
- Huber, Ulrich*: Leistungsstörungen, Bd. I, Tübingen 1999.
- Hubmann, Gerald*: Sittlichkeit und Recht. Die jüdische Emanzipationsfrage bei Jakob Friedrich Fries und anderen Staatsdenkern des Deutschen Idealismus, in: Horst Gronke/Thomas Meyer/Barbara Neißer (Hrsg.), Antisemitismus bei Kant und anderen Denkern der Aufklärung, Würzburg 2001, 125-152.
- Hueck, Alfred*: Anmerkung zu RAG, Urt. v. 19.1.1938, ARS 33 (1938), 179-182.
- Hueck, Götz*: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München 1958.
- Gleichbehandlung und Billigkeitskontrolle, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, hrsg. v. Götz Hueck/Reinhard Richardi, München 1973, 241-267 (zit.: GS Dietz).
- Hüffer, Uwe (Hrsg.)*: Aktiengesetz, 10. Aufl., München 2012 (zit.: Bearbeiter in: Hüffer, AktG).
- Hugo, Gustav*: Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts, (Nachdr. 1971), 4. Aufl., Berlin 1819.
- Huguenin Jacobs, Claire*: Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994.
- Husmann, Manfred*: Die EG-Gleichbehandlungs-Richtlinien 2000/2002 und ihre Umsetzung in das deutsche, englische und französische Recht, ZESAR 2005, 107-114.
- Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und seine Auswirkungen auf das Sozialrecht (Teil I), ZESAR 2007, 13-20.
- Huster, Stefan*: Rechte und Ziele, Berlin 1993.

- Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, 541-549.
- Die ethische Neutralität des Staates, Tübingen 2002.
- Besprechung von „Somek, Alexander: Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung des Gesetzgebers an das Gleichheitsrecht. Wien/New York 2001“, Der Staat 42 (2003), 145-149.
- Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen, Tübingen 2004.
- Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft, ARSP 2005, 20-35.
- Das Gleichheitsrecht zwischen Verfassungsdogmatik und Rechtsphilosophie, in: Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext — Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Klaus Peter Berger/Georg Broger/Harald Herrmann/Andreas Schlüter/Ulrich Wackerbarth, 2006, 1148-1161 (zit.: FS Horn).
- Gleichheit im Mehrebenensystem: Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Hinsicht, EuR 2010, 325-338.
- Hütte, Arne*: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, Aachen 2003.
- Hymmen, Johann Wilhelm Bernhard von*: Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, Bd. 6, Berlin 1780.
- Ihrig, Hans-Christoph*: Rechtsschutz Drittbetroffener im Übernahmerecht, ZHR 167 (2003), 315-350.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*: Wettbewerbsrecht, Bd. I/Teil 1 und Bd. 2, 4. Aufl., München 2007; Bd. I/2 und I/2, 5. Aufl., München 2012 (zit.: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker).
- Ingenhaeff, Wolfgang*: Martini als Lehrer Zeillers, in: Heinz Barta/Rudolf Palme/Wolfgang Ingenhaeff (Hrsg.), Naturrecht und Rechtskodifikation, Wien 1998, 261-276.
- Isensee, Josef*: Inhaltskontrolle des Bundesverfassungsgerichts über Verfügungen von Todes wegen, DNotZ 2004, 754-766.
- Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Josef Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, 239-274.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)*: Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004; Bd. V, 2. Aufl., Heidelberg 2000; Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009; Bd. VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010 (zit.: Bearbeiter in: Isensee/Kirchhof, HbStR).
- Jacobs, Lesley A.*: Pursuing Equal Opportunities: The Theory and Practice of Egalitarian Justice, Cambridge 2004.
- Jacobs, Matthias*: Grundprobleme des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG, RdA 2009, 193-204.
- Jaeger, InsO*: Insolvenzordnung – Großkommentar, hrsg. v. Wolfram Heckel/Walter Gerhardt, Bd. 2, Berlin 2007 (zit.: Bearbeiter in: Jaeger, InsO).
- Jakab, András*: Prinzipien, Rechtstheorie 2006, 49-65.
- Jannott, Edgar*: Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Versicherungswirtschaft, in: Recht und Ökonomie der Versicherung – Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag, hrsg. v. Ulrich Hübner/Elmar Helten/Peter Albrecht, Karlsruhe 1994, 341-362 (zit.: FS E. Lorenz).
- Jarass, Hans D.*: Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), 363-397.
- Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, (120) AöR 1995, 345-381.

- Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG, NJW 1997, 2546-2550.
- EU-Grundrechte, München 2005.
- Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2010.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.):* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 12. Aufl., 2012 (zit.: Bearbeiter in: Jarass/Pieroth, GG).
- Jauernig, Othmar (Hrsg.):* Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München 2011 (zit.: Bearbeiter in: Jauernig, BGB).
- Jestaedt, Matthias:* Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL (64) 2005, 299-354.
- Joerges, Christian:* The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, 3 ELJ 378-406 (1997).
- Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example, 8 Eur. Rev. Priv. L. 1-16 (2000).
- Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, DP 1/2006 ZERP-Diskussionspapier, 2006, 1, http://www.zerp.uni-bremen.de/streamfile.pl?mod=publication&area=files/&file=1256802368_9674_0&mime=application/pdf&cid= (zuletzt besucht: 31.12.2012).
- Johnson, Michael/Roark, James L:* Black Masters: A Free Family of Color in the Old South, New York 1986.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass R./Thaler, Richard:* Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stan. L. Rev. 1471-1550 (1998).
- Joussen, Jacob:* Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, RdA 2003, 32-39.
- § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, NZA 2008, 675-679.
- Anmerkung zu EuGH, Rs- 555/07 – Küçükdeveci, ZESAR 2010, 184-191.
- Jungmann, Carsten:* Schlechterstellungsverbot im Insolvenzplanverfahren, KTS 2006, 135-150.
- Just, Clemens/Voß, Thorsten/Zeising, Michael/Ritz, Corinna (Hrsg.):* WpPG – Kommentar, München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Just/Voß/Zeising/Ritz, WpPG).
- Kaczorowski, Robert J.:* The Politics of Judicial Interpretation (1985), New York 2005.
- Kadelbach, Stefan:* Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL (66) 2007, 9-44.
- Kahler, Björn:* Unisexstarife im Versicherungswesen – Grundrechtsprüfung durch den EuGH, NJW 2011, 894-897.
- Kainer, Friedemann:* Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zivilrecht, Habilitationsschrift Heidelberg (SS 2011), (unveröffentlichtes Manuskript) 2011.
- Kalb, Herbert:* Grundrechte und Martini, in: Heinz Barta/Rudolf Palme/Wolfgang Ingenhaeff (Hrsg.), Naturrecht und Rechtskodifikation, Wien 1998, 235-260.
- Kälin, Walter/Künzli, Jörg:* Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., Basel, Baden-Baden 2008.
- Kalss, Susanne:* Anlegerinteressen – Der Anleger im Handlungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt, Wien 2001.
- Kamanabrou, Sudabeth:* Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, RdA 2006, 321-339.

- Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung im Antidiskriminierungsrecht, ZfA 2006, 327-345.
- Europarechtskonformer Schutz vor Benachteiligungen bei Kündigungen, RdA 2007, 199-207.
- Kania, Thomas/Merten, Sonja*: Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG, ZIP 2007, 8-15.
- Kant, Immanuel*: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg., Bonner Kant Korpus), Bd. VIII, <http://www.korpora.org/kant/aa04/>.
- Die Metaphysik der Sitten (1797), Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg., Bonner Kant Korpus), Bd. VI, Berlin <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>.
- Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg., Bonner Kant Korpus), Bd. VIII, <http://www.korpora.org/kant/aa08/>.
- Kapp, Friedrich*: Die Geschichte der Sklaverei in den Vereinigten Staaten von Amerika, Hamburg 1861.
- Karst, Kenneth L.*: Equal Citizenship at Ground Level: The Consequences of Nonstate Action, 54 Duke L.J. 1591-1622 (2005).
- Kattenhorn, L. D.*: Interzessionen der Frauen nach römischen Rechten, Gießen 1840.
- Kaufmann, Arthur*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, München 1989.
- Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. Heidelberg 2004, 26-147.
- Kauhausen, Ilka*: Nach der „Stunde Null“, Tübingen 2007.
- Kelsen, Hans*: Das Problem der Gerechtigkeit, in: Hans Kelsen (Hrsg.), Reine Rechtslehre, Wien 1960, 355-444.
- Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960.
- Was ist Gerechtigkeit? (1953), Stuttgart 2000.
- Kempen, Bernhard/Hillgruber, Christian*: Völkerrecht, München 2007.
- Kempin, Emilie*: Die Ehefrau im künftigen Privatrecht der Schweiz, Zürich 1894.
- Die deutschen Frauen und das bürgerliche Gesetzbuch, ursprünglich erschienen in: Schweizerische Blätter für Wirtschafts- und Sozialpolitik 1886, 679-689, wiederabgedruckt in: Stephan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, Köln u.a. 2010, 550-557.
- Die Rechtsstellung der Frau, ursprünglich erschienen in: Der Existenzkampf der Frau, Heft 5, Berlin 1895, 145-179, wiederabgedruckt in: Stephan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, Köln u.a. 2010, 507-531.
- Falsche Fährten, ursprünglich erschienen in: 2. Beilage zur „Post“ v. 11.10.1896, S. 11, wiederabgedruckt in: Stephan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, Köln u.a. 2010, 557-560.
- Grenzlinien der Frauenbewegung, ursprünglich erschienen in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, Heft 3 1897, S. 51-77, wiederabgedruckt in: Stephan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, Köln u.a. 2010, 594-603.
- Zur Reform der Stellung der Frau, ursprünglich erschienen in: 1. Beilage zur „Post“ v. 6.6.1896, S. 1, wiederabgedruckt in: Stephan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, Köln u.a. 2010, 549-550.

- Kennedy, Duncan*: Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harv. L. Rev. 1685-1778 (1976).
- Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique, 33 Stan. L. Rev. 387-445 (1981).
- Kennedy, Randall*: The Struggle for Racial Equality in Public Accommodations, in: Bernhard Grofman (Hrsg.), Legacies of the 1964 Civil Rights Act, Charlottesville 2000, 156-166.
- Kersting, Wolfgang*: Theorien der sozialen Gerechtigkeit, Stuttgart, Berlin 2000.
- Kervegan, Jean-Francois*: Rechtliche und moralische Normativität, Rechtstheorie 2008, 23-52.
- Kiefner, Hans*: Zur „Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren“, in: Hans-Uwe Erichsen/Helmut Kollhossler/Jürgern Welp (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, Berlin 1996, 105-123.
- Kilian, Wolfgang*: Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47-83.
- Kim, Young Chul/Loury, Glenn*: Group Reputation and the Dynamics of Statistical Discrimination, MPRA Paper No. 18765, 2009, http://mpra.ub.uni-muenchen.de/18765/1/MPRA_paper_18765.pdf (zuletzt besucht: 31.12.2012).
- Kind, Johann Adam Theophil*: Quaestiones forenses observationibus ac praesertim decisionibus Sax. Supremi Provocationum Tribunalis collustratae, Bd. 2, Leipzig 1807.
- Kingreen, Torsten*: Grundfreiheiten, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. Berlin 2009, 705-748.
- Kirchhof, Paul*: Verfassungsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Tübingen 2007, 83-104.
- Der europäische Staatenverbund, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. Berlin 2009, 1009-1043.
- Kischel, Uwe*: Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union, EuGRZ 1997, 1-11.
- Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124 (1999), 175-211.
- Kissel, Otto Rudolf*: Die Justitia, 2. Aufl., München 1997.
- Klarman, Michael J.*: From Jim Crow to Civil Rights, New York 2004.
- Klein, Friedrich*: Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, Breslau 1934.
- Kleindiek, Detlef*: Funktion und Geltungsanspruch des Pflichtangebots nach dem WpÜG, ZGR 2002, 546-578.
- Klement, Jan Hendrik*: Vom Nutzen einer Theorie die alles erklärt, JZ 2008, 756-763.
- Klink, Andreas/Wagner, Ulrich*: Discrimination Against Ethnic Minorities in Germany: Going Back to the Field, 29 J. Appl. Soc. Psychol. 402-423 (1999).
- Klippel, Diethelm*: Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976.
- Naturrecht als politische Theorie. Zur politischen Bedeutung des deutschen Naturrechts im 18. und 19. Jahrhundert, in: Hans Erich Bödeker/Ulrich Herrmann (Hrsg.), Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung, Hamburg 1987, 267-293.
- Der Lohnarbeitsvertrag in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhundert, in: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Jan Schapp (Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Festschrift für Alfred Söllner, Gießen 1990, 161-184 (zit.: FS Söllner).

- Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten* (1988-1990), Frankfurt a.M. 1991, 348-386.
- Das „natürliche Privatrecht“ im 19. Jahrhundert, in: Diethelm Klippel (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach 1997, 221-250.
- Persönliche Freiheit und Vertrag im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Jean-Francois Kervégan/Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M. 1999, 121-141.
- Kloepfer, Michael*: Verfassungsrecht II – Grundrechte, München 2010.
- Klöhn, Lars*: Kapitalmarktrecht, in: Katja Langenbucher (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Auf. Baden-Baden 2008, 281-333.
- Knieper, Rolf*: Gesetz und Geschichte, Baden-Baden 1996.
- Koch-Rein, Anne*: Mehr Recht als Geschlecht? – Transgender als Herausforderung an Antidiskriminierungsrecht, *STREIT* 2006, 9-16.
- Koch, Jens*: Das Girokonto für jedermann – ein altes Problem in neuem Licht, *WM* 2006, 2242-2249.
- Koch, Rainer*: Liberalismus, Konservatismus und das Problem der Negersklaverei. Ein Beitrag zur Geschichte des politischen Denkens in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, *HZ* 1976, 529-577.
- Koch, Robert*: Versicherung von Haftungsrisiken nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, *VersR* 2007, 288-300.
- Koch, Ute*: Soziale Konstruktion und Diskriminierung von Sinti und Roma, in: Ulrike Hormel/Albert Scherr (Hrsg.), *Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip*, Wiesbaden 2010, 255-278.
- Kocher, Eva*: Vom Diskriminierungsverbot zum „Mainstreaming“ – Anforderungen an eine Gleichstellungspolitik für die Privatwirtschaft, *RdA* 2002, 167-173.
- Antidiskriminierungsrecht: Die Auseinandersetzungen beginnen erst!, *KJ* 2006, 356-360.
- Gleichstellungspolitik und Individualansprüche, *KJ* 2007, 22-34.
- „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht, *KJ* 2009, 386-403.
- Koehler, Tanja*: Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Aktienemissionen, Berlin 2006.
- Kölner Komm. AktG*: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. v. Wolfgang Zöllner/ Ulrich Noack, Bd. 1, 2. Aufl., Köln 1988 (zit.: Bearbeiter in: Kölner Komm. AktG); 3. Aufl., Köln 2011, (zit.: Bearbeiter in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.)).
- Koger, Larry*: *Black Slaveowners*, Columbia 1985.
- Köhler, Helmut*: Rabattgesetz und Zugabeverordnung: Ersatzlose Streichung oder Gewährleistung eines Mindestschutzes für Verbraucher und Wettbewerber?, *BB* 2001, 265-272.
- Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, *WRP* 2005, 645-654.
- Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags, *WRP* 2009, 898-913.
- Köhler, Helmut/Bornkamm Joachim* (Hrsg.): *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar*, 30. Aufl., München 2012 (zit.: Bearbeiter in: Köhler/Bornkamm, *UWG*).
- Kölner Schrift zur InsO*: Kölner Schrift zum Insolvenzordnung, hrsg. v. Arbeitskreis für Insolvenzwesen e.V., 3. Aufl., Recklinghausen 2009, (zit.: Bearbeiter in: Kölner Schrift zur InsO).

- Kohler, Jürgen*: Achtung, Ihnen wird platziert! – oder: Unterwegs zum Berliner Integrationskatalog, JZ 2006, 1057-1061.
- Kokott, Juliane*: Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, hrsg. v. Peter Badura/Horst Dreier, Tübingen 2001, 127-162 (zit.: FS BVerfG).
- Kolbe, Angela*: Intersexualität und operative Geschlechtszuweisung, KJ 2009, 271-281.
— Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2010.
- Koller, Ingo*: Der Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, Stuttgart 1972.
- Köndgen, Johannes*: Selbstbindung ohne Vertrag, Tübingen 1981.
— Die Entwicklung des privaten Bankrechts in den Jahren 1992-1995, NJW 1996, 558-570.
- König, Doris*: Frauenrechte sind Menschenrechte ... und doch anders? – Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW), in: Beate Rudolf (Hrsg.), Frauen und Völkerrecht, Baden-Baden 2006, 91-98.
- Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.)*: EMRK/GG – Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006 (zit.: Bearbeiter in: Grote/Marauhn, EMRK/GG).
- Koppelman, Andrew*: Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination, 69 NYU L. Rev. 197-287 (1994).
- Koppenfels, Verena von*: Das Ende der Vertragsfreiheit?, WM 2002, 1489-1496.
- Körber, Torsten*: Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004.
- Korell, Julia*: Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?, Jura 2006, 1-9.
- Korthaus, Hannah*: Das neue Antidiskriminierungsrecht, Aachen 2006.
- Kossak, Jana*: Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot im allgemeinen Zivilrechtsverkehr, Frankfurt a.M. 2009.
- Kothe, Wolfhard*: Anmerkung zu OLG Bremen vom 2005-12-22, 2 U 67/05, VuR 2006, 163-165.
- Koujouie, Sepideh*: Die Frauenfrage als Menschheitsfrage – Das Leben und Wirken des Geheimen Justizrats Carl Bulling (1822 – 1909), in: Stefan Meder/Arne Dunker/Andrea Czelk (Hrsg.), Frauenrecht und Rechtsgeschichte, Köln 2006, 193-209.
- Kramer, Ernst A.*: Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, München, Salzburg 1974.
- Krause, Rüdiger*: Schutzvorschriften und faktische Diskriminierung, in: Geschlechtergerechtigkeit – Festschrift für Heide Pfarr, hrsg. v. Christine Hohmann-Dennhardt/Marita Körner/Reingard Zimmer, Baden-Baden 2010, 392-404 (zit.: FS Pfarr).
- Krebber, Sebastian*: The Social Rights Approach of the European Court of Justice to Enforce European Employment Law, 27 Comp. Lab. L. & Pol’y J. 377-403 (2007).
— Rechtsfolgen einer Diskriminierung durch gesetzliche oder kollektivvertragliche Regelungen, EuZA 2009, 201-217.
- Krebs, Angelika*: Gleichheit oder Gerechtigkeit – Kritik am Egalitarismus, in: Herlinde Pauer-Studer/Helga Nagl-Docekal (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, Wien 2003, 49-93.
- Kretschmann, Carsten*: Schuld und Sühne. Annäherung an Erich Lüth, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, 47-64.
- Krings, Günter*: Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, Berlin 2003.
- Kroll-Ludwigs, Kathrin*: Anmerkung zu EuGH v.1.3.2011, C-236/09, JZ 2011, 734-737.

- Krömmelbein, Florian*: Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung, Karlsruhe 2007.
- Kroppenberg, Inge*: Privatautonomie von Todes wegen, Tübingen 2008.
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard* (Hrsg.): InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. I, 40. Ergänzungslieferung, Köln 2010 (zit.: Bearbeiter in: Kübler/Prütting/Bork, InsO).
- Kübler, Friedrich*: Privatrecht und Demokratie, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Fritz Baur/Josef Esser/Friedrich Kübler/Ernst Steindorff, Tübingen 1974, 697-725 (zit.: FS Raiser).
- Kühl, Kristian*: Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, in: Festschrift für Günter Spendel, hrsg. v. Manfred Seebode, Berlin 1992, 75-98 (zit.: FS Spendel).
- Kühling, Jürgen*: Grundrechte, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. Berlin 2009, 657-704.
- Kühne, Jörg-Detlef*: Die Reichsverfassung der Paulskirche, Neuwied 1998.
- Kühner, Rolf*: Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rassendiskriminierung, NJW 1986, 1397-1402.
- Kumm, Mattias*: Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law, 7 German L.J. 341-369 (2006).
- Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C.*: Conflicts of Interest of Financial Intermediaries – Towards a Global Common Core in Conflicts of Interest Regulation –, ECFR 2008, 72-100.
- Kümpel, Siegfried*: Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Köln 2004.
- Kümpel, Siegfried/Veil, Rüdiger*: Wertpapierhandelsgesetz, 2. Aufl., Berlin 2006.
- Künzel, Annegret*: Feministische Theorien und Debatten, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2006, 44-65.
- Küsters, Hanns Jürgen*: Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Baden-Baden 1982.
- Lachwitz, Klaus*: Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung, BtPrax 2008, 143-148.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, Tübingen 2000.
- The German Proposal of an „Anti-Discrimination“-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann, 3 German L.J. (2002).
 - Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2004.
 - Der Staat gegen die Gesellschaft, Tübingen 2006.
 - Das subjektive Recht und der Wunsch nach Gerechtigkeit als sein Parasit, ZfRSoz 2008, 109-124.
 - Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – „Verfassungsprivatrecht“ als Kollisionsrecht, in: Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Galf-Peter Callies/Andreas Fischer-Lescano/Dan Wielsch/Peer Zumbansen, Berlin 2009, 543-558 (zit.: FS Teubner).
 - Staat und Gesellschaft, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, 600-633.
- Ladeur, Karl-Heinz/Viellechner, Lars*: Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregime, AVR 46 (2008), 42-73.

- Lakwete, Angela*: *Inventing the Cotton Gin*, Baltimore 2003.
- Landes, William M.*: *The Economics of Fair Employment Laws*, 76 J. Pol. Econ. 507-552 (1968).
- Lang, Kevin*: *A Language Theory of Discrimination*, 101 Q. J. Econ. 363-382 (1986).
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt*: *Erbrecht*, 5. Aufl., München 2001.
- Lange, Knut Werner*: *Erbrecht*, München 2011.
- Langenbucher, Katja*: *Europarechtliche Methodenlehre*, in: Katja Langenbucher (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Aufl. Baden-Baden 2008, 1-40.
- Langenfeld, Christine*: *Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 1990.
- Larenz, Karl*: *Rechtsperson und subjektives Recht*, in: Karl Larenz (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, 225-260.
- *Richtiges Recht*, München 1979.
- *Lehrbuch des Schuldrechts – Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 14. Aufl., München 1987.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II/2, 13. Aufl., München 1994.
- Lauber, Anna Verena*: *Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz*, Baden-Baden 2010.
- Laudenklos, Frank/Rohls, Michael/Wolf, Wilhelm*: *Resümee*, in: Joachim Rückert (Hrsg.), *Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny*, Baden-Baden 1997, 315-336.
- Law, Sylvia A.*: *Homosexuality and the Social Meaning of Gender*, Wisc. L. Rev. 187-235 (1988).
- Lehmann, Jens*: *Die Ehefrau und ihr Vermögen – Reformforderungen der bürgerlichen Frauenbewegung zum Ehegüterrecht um 1900*, Köln u.a. 2006.
- Lehmann, Michael*: *Wettbewerbs- und warenzeichenrechtliche Bemerkungen zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6. Oktober 1983 – Verkauf unter Einstandspreis II*, GRUR 1984, 313-319.
- Leible, Stefan*: *Marktintegration und Privatrechtsvereinheitlichung*, in: Andreas Furrer (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern 2006, 5-77.
- Leible, Stefan/Schlachter, Monika*: *Einführung*, in: Stefan Leible/Monika Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München 2006, 1-9.
- Leipold, Dieter*: *Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 2.12.1998 (IV ZB 19/97) – Hohenzollern, (Cd) LM § 138 Nr. 30.*
- *Erbrecht* 1995, JZ 1996, 287-299.
- *Testierfreiheit und Sittenwidrigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, hrsg. v. Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heldrich, München 2000, 1011-1046 (zit.: FG 50 Jahre BGH).
- *EGMR contra BVerfG: Die erbrechtliche Diskriminierung der „alten“ nichtehelichen Kinder ist nicht länger hinnehmbar*, ZEV 2009, 488-492.
- *Erbrecht*, 17. Aufl., Tübingen 2009.
- Leisner, Walter*: *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960.
- Leistner, Matthias*: *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb*, Tübingen 2007.
- Lemppenau, Joachim*: *Gattungsschuld und Beschaffungspflicht*, Berlin 1972.
- Lengauer, Aline Maria*: *Drittwirkung von Grundfreiheiten*, Wien, New York 2010.
- Leonard, Jonathan S./Levine, David I.*: *The Effect of Diversity on Turnover: A Large Case Study*, 59 Indus. & Lab. Rel. Rev. 547-572 (2006).

- Lepa, Brita*: Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, Berlin 2002.
- Lepsius, Oliver*: Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Paternalismuskritik, Tübingen 1999.
- Les Benedict, Michael*: Preserving Federalism: Reconstruction and the Waite Court, 1978 Sup. Ct. Rev. 39-79 (1978).
- Leßmann, Herbert*: Grundprobleme der Gesamtschuld, JA 1982, 280-285.
- Leuering, Dieter*: Die Ad-hoc-Pflicht auf Grund der Weitergabe von Insiderinformationen (§ 15 I 3 WpHG), NZG 2005, 12-17.
- Leuering, Dieter/Zetzsche, Dirk*: Die Reform des Schuldverschreibungs- und Anlageberatungsrechts – (Mehr) Verbraucherschutz im Finanzmarktrecht?, NJW 2009, 2856-2861.
- Lewis, Jan*: The Problem of Slavery in Southern Political Discourse, in: David Thomas König (Hrsg.), Devising Liberty: Preserving and Creating Freedom in the New American Republic, Stanford (Cal.) 1995, 265-300.
- Lieb, Manfred*: Personelle Differenzierungen und Gleichbehandlung, ZfA 1996, 319-352.
- Lieber, Tobias*: Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, Tübingen 2007.
- Liermann, Hans/Schoeps, Joachim* (Hrsg.): Materialien zur preußischen Ehrechtsreform im Vormärz, Göttingen 1961.
- Limbach, Jutta*: Forum: Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, 10-15.
- Lincoln, Abraham*: Speeches and Writings 1832-1858, hrsg. v. Don E. Fehrenbacher, New York 1989.
- Lindner, Josef Franz*: Die Ausweitung des Diskriminierungsschutzes durch den EuGH, NJW 2008, 2750-2752.
- Lingscheid, Anja*: Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, Berlin 2004.
- Linnert, Karoline*: Girokonto für Jedermann, ZRP 2009, 37-38.
- List, John A.*: The Nature and Extent of Discrimination in the Marketplace: Evidence From the Field, 119 Q. J. Econ. 49-89 (2004).
- Lloyd, Sharon A.*: Situating a Feminist Criticism of John Rawls's Political Liberalism, 28 Loy. L.A. L. Rev. 1319-1344 (1995).
- Lobinger, Thomas*: Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, Tübingen 1999.
- Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote — Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in: Josef Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, 99-180.
- Fehlende Diskriminierungsoffer, klagende Verbände und fragwürdige Kundenerwartungen, EuZA 2009, 365-384.
- Locke, John*: Two Treatises of Government, London 1689.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander* (Hrsg.): Kartellrecht, 2. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartR).
- Lofgren, Charles A.*: The Plessy Case, New York 1987.
- Lohse, Volker*: „Türken ist der Zutritt verboten“ – Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung, NJW 1985, 1677-1681.
- Loschelder, Michael/Erdmann, Willi* (Hrsg.): Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Hdb. WettbewerR).

- Looschelders, Dirk*: Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: Stefan Leible/Monika Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München 2006, 141-158.
- Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung, *VersR* 2011, 421-429.
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*: Grundrechte und Vertragsrecht: Die verfassungskonforme Reduktion des § 565 Abs. 2 S. 2 BGB, *JZ* 1995, 1034-1046.
- Loury, Glenn C.*: Discrimination in the Post-Civil Rights Era: Beyond Market Interactions, 12 *J. Econ. Persp.* 117-126 (1998).
- Lübbe-Wolff, Gertrude*: Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988.
- Lübnow, Ulrich von*: Erbrecht, 1. Halbbd., Berlin 1971.
- Lucas, J. R.*: Against Equality, 40 *Phil.* 296-307 (1965).
- Against Equality Again, 52 *Phil.* 255-280 (1977).
- Luf, Gerhard*: Zeiller und Kant. Überlegungen zu einem wissenschaftlichen Näheverhältnis, in: *Würde und Recht des Menschen – Festschrift für Johannes Schwartländer zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. Heiner Bielefeldt/Winfried Brugger/Klaus Diecke, Würzburg 1992, 93-110 (zit.: *FS Schwartländer*).
- Luhmann, Niklas*: Grundrechte als Institution, Berlin 1965.
- Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, *Rechtstheorie* 1973, 131-167.
- Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993.
- Einführung in die Systemtheorie, Einführung in die Systemtheorie 2009,
- Lundberg, Shelly J.*: The Enforcement of Equal Opportunity Laws Under Imperfect Information: Affirmative Action and Alternatives, 106 *Q. J. Econ.* 309-326 (1991).
- Lundberg, Shelly J./Startz, Richard*: Private Discrimination and Social Intervention in Competitive Labor Market, 73 *Am. Econ. Rev.* 340-347 (1983).
- Lurger, Brigitta*: Vertragliche Solidarität, Baden-Baden 1998.
- Lustgarten, Laurence*: The Grounds of Discrimination under the Race Relations Act 1976 in the United Kingdom, 28 *Int'l & Comp. L. Q.* 221-240 (1979).
- Lutter, Marcus*: Die entgeltliche Ablösung von Anfechtungsrechten – Gedanken zur aktiven Gleichbehandlung im Aktienrecht, *ZGR* 1978, 347-372.
- Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen, *BB* 2007, 725-731.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter (Hrsg.)*: *GmbHG-Gesetz*, 18. Aufl., Köln 2012 (zit.: Bearbeiter in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*).
- Lüttringhaus, Jan*: Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz – Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung, Tübingen 2010.
- Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen!, *EuZW* 2011, 296-300.
- MacCallum, Gerald C.*: Negative and Positive Freedom, 76 *The Philosophical Review* 312-334 (1967).
- MacIntosh, J. G.*: Employment Discrimination: An Economic Perspective, 19 *Ottawa L. Rev.* 275-320 (1987).
- Mackay Eastwood, Rebecca*: Harassment and Protected Characteristics, 38 *Ind. L. J.* 222-227 (2009).

- MacKinnon, Catharine A.*: Reflections on Sex Equality under Law, 100 Yale L.J. 1281-1328 (1991).
- Auf dem Weg zu einer neuen Theorie der Gleichheit, KritV 1994, 363-376.
- Sex Equality, 2nd ed., New York 2007.
- Macklem, Timothy*: Equality and Opportunity: Reconciling the Irreconcilable, 68 Modern L. Rev. 1016-1033 (2005).
- Macleod, Alistair M.*: When Freedoms Conflict, in: Christian Dahmann/Werner Krawietz (Hrsg.), Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, Berlin 2005, 35-47.
- Mager, Ute*: Einrichtungsgarantien, Tübingen 2003.
- Mahalic, Drew/Mahalic, Joan Gambee*: The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 9 Hum. Rts. Q. 74-101 (1987).
- Mahlberg, Lothar*: Der wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch, Frankfurt a.M. 2003.
- Mahlmann, Matthias*: Gleichheitsschutz und Privatautonomie, ZEuS 2002, 407-425.
- Prospects of German Antidiscrimination Law, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 1045-1068 (2005).
- Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko*, EuZW 2008, 318-319.
- Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008.
- Mahlmann, Matthias/Rudolf, Beate* (Hrsg.): Gleichbehandlungsrecht, Baden-Baden 2007 (zit.: Bearbeiter in: Mahlmann/Rudolf, Gleichbehandlungsrecht).
- Maier-Reimer, Georg*: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrecht, NJW 2006, 2577-2583.
- Fehlerhafte Gläubigerbeschlüsse nach dem Schuldverschreibungsgesetz, NJW 2010, 1317-1322.
- Maier-Rigaud, Frank P./Adam, Michael*: The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct, ZWeR 2009, 131-146.
- Maier, Götz A./Mehlich, Tobias*: Das Ende des richterlich entwickelten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?, DB 2007, 110-113.
- Maier, Pauline*: American Scripture: Making the Declaration of Independence, New York 1997.
- Majer, Diemut*: Die Französische Revolution als Hintergrund der europäischen Grundrechts- und Privatrechtsentwicklung, in: Heinz Barta/Rudolf Palme/Wolfgang Inghenheaff (Hrsg.), Naturrecht und Rechtskodifikation, Wien 1998, 137-194.
- Maltz, Earl M.*: Slavery, Federalism, and the Structure of the Constitution, 36 Am. J. Leg. Hist. 466-498 (1992).
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG).
- Mansel, Heinz-Peter*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – persönlicher und internationaler Anwendungsbereich, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller, München 2007, 799-834 (zit.: FS Canaris).
- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, Tübingen 1994.
- Marshall, Thomas H.*: Citizenship and social class, in: Paul Pierson/Francis Castles (Hrsg.), The Welfare State, Oxford 2001, 32-41.

- Marshall, Thurgood*: Reflections on the Bicentennial of the United States Constitution, 101 Harv. L. Rev 1-5 (1987).
- Martin-Ehlers, Andres*: Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch diskriminierende Leistungen und die Nichtigkeit als Rechtsfolge bei Verstößen gegen § 20 GWB, ZWeR 2005, 163-178.
- Martini, Karl Anton von*: Lehrbegriff des Naturrechts zum Gebrauch der öffentlichen Vorlesungen in den k.k. Staaten [Übersetzung von De lege naturali positiones, 1762], (Nachdruck, Aalen, 1970), Wien 1799.
- Martiny, Dieter*: Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten? – Unterhalts- und pflichtteilsrechtliches Teilgutachten (Gutachten A), in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, München 2002, A 1.
- Maultzsch, Felix*: Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht, JZ 2012, 1040-1050.
- Mayer-Maly, Theo*: Raumordnung und Privatrechtsgesellschaft, Berlin 1973.
- Zeiller, das ABGB und wir, in: Walter Selb/Herbert Hofmeister (Hrsg.), Forschungsband Franz von Zeiller, Wien 1980, 1-13.
- Mayer, Christian/Schürnbrand, Jan*: Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschneidender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545-552.
- Mayer, Franz C.*: Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. Berlin 2009, 559-607.
- Mayeri, Serena*: „A Common Fate of Discrimination“: Race-Gender Analogies in Legal and Historical Perspective, 110 Yale L.J. 1042-1087 (2001).
- McAdams, Richard H.*: Cooperation and Conflict: The Economics of Group Status Production and Race Discrimination, 108 Harv. L. Rev. 1003-1084 (1995).
- McCash, William B.*: Thomas R.R. Cobb – The Making of a Southern Nationalist, Macon 2004.
- McClain, Linda C.*: “Atomistic Man” Revisited: Liberalism, Connection and Feminist Jurisprudence, 65 S. Cal. L. Rev. 1171-1264 (1992).
- McCrudden, Christopher*: Merit Principles, 18 Oxford J. Legal Studies 543-579 (1998).
- McDonald, Laughlin*: A Voting Rights Odyssey: Black Enfranchisement in Georgia, Cambridge (Mass.), 2003.
- McEvoy, Arthur F.*: Freedom of Contract, Labor and the Administrative State, in: Harry N. Scheiber (Hrsg.), The State and Freedom of Contract, Stanford 1998, 198-235.
- McInnes, John*: Case C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd, Judgment of the Full Court of 17 February 1998, [1998] ECR I-636, 36 CMLR 1017-1032 (1999).
- Mecke, Christoph-Eric*: Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, Göttingen 2009.
- Medem, Andreas von*: Europarechtswidrigkeit des § 622 II 2 BGB? Die Schlussanträge von Generalanwalt Bot in der Rechtssache Küçükdeveci, NZA 2009, 1072-1076.
- Medicus, Dieter*: Mehrheit von Gläubigern, JuS 1980, 697-704.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35-70.
- Medley, Keith Weldon*: We as Freeman – Plessy v. Ferguson, Gretna 2003.

- Menann, Helen (Hrsg.):* Equality Law in an Enlarged European Union, Cambridge 2007 (zit.: Bearbeiter in: Equality Law).
- Mehrhoff, F.:* Stichwort „Status“, in: Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. v. Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann, Bd. IV, Berlin 1990, Sp. 1921-1922.
- Mehringer, Christoph:* Das allgemeine kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungsprinzip, Baden-Baden 2007.
- Meller-Hannich, Caroline:* Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, Tübingen 2005.
- Melot de Beauregard, Paul:* Diskriminierungsschutz ohne Ende?, RIW 2009, 18-22.
- Menke, Christoph:* Spiegelungen der Gleichheit, Frankfurt a.M. 2004.
- Merkt, Hanno/Rosbach, Oliver:* Zur Einführung: Kapitalmarktrecht, JuS 2003, 217-224.
- Meron, Theodor:* The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 79 Am. J. Int'l L. 283-318 (1985).
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.):* Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, Heidelberg 2004; Bd. II, Heidelberg 2006; Bd. III, Heidelberg 2009; Bd. VI/1, Heidelberg 2010; Bd. VI/2, Heidelberg 2009 (zit.: Bearbeiter in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte).
- Mestmäcker, Ernst-Joachim:* Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen, BB 1961, 945-652.
- Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441-446.
- Wirtschaft und Verfassung, DÖV 1964, 606-612.
- Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), 235-265.
- Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 177-192.
- Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Tübingen 2007, 35-52.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike:* Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004.
- Metzger, Axel:* Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen 2009.
- Allgemeine Rechtsgrundsätze in Europa, RabelsZ 75 (2011), 845-881.
- Metzger, Kathrin:* Die Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) für die Vermietungspraxis der Wohnungswirtschaft, WuW 2007, 47-51.
- Meyer-Cording, Ulrich:* Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Rolf Dietz/Heinz Hübner, München 1965, 537-551 (zit.: FS Nipperdey).
- Meyer, Jürgen (Hrsg.):* Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011 (zit.: Bearbeiter in: Meyer, Grundrechte-Charta).
- Meyer, Justus:* Rabatt- und Zugabe-Regulierung auf dem Prüfstand, GRUR 2001, 98-111.
- Meyer, Michael:* Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht, Frankfurt a. M. 2001.
- Michael, Lothar:* Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbots und der Gleichheitssätze, JuS 2001, 148-155.

- Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: Jan-R. Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, 123-150.
- Michaelis, Karl*: Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen fremden Rechts, in: Karl Larenz (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, 9-91.
- Michalski, Lutz* (Hrsg.): *GmbHG – Kommentar*, 2. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: *Kommentar GmbHG*).
- Michel, Heiner*: Kein Vorrang für Gleichheit, ARSP 95 (2009), 384-394.
- Michelmann, Frank I*: The Protective Function of the State in the United States and in Europe: the Constitutional Question, in: Georg Nolte (Hrsg.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge 2005, 156-180.
- Micklitz, Hans W*: Europäisches Regulierungsprivatrecht (Teil I), GPR 2009, 254-261.
- Mikat, Paul*: Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in: *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, hrsg. v. Rolf Dietz/Heinz Hübner, München 1965, 581-604 (zit.: FS Nipperdey).
- Mill, John Stuart*: *On Liberty*, London 1859.
- Minow, Martha*: *Making All the Differences – Inclusion, Exclusion and American Law*, Cornell 1990.
- Mohnhaupt, Heinz*: Zur „Neugründung“ des Naturrechts nach 1945: Helmut Coings „Die obersten Grundsätze des Rechts“ (1947), in: Horst Schröder/Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952*, Frankfurt a.M. 2001, 97-128.
- Mohr, Jochen*: Höchstaltersgrenzen für die Einstellung und die Berufsausübung unter Geltung des europarechtlichen Diskriminierungsverbots wegen des Alters, EuZA 2010, 371-382.
- Mohr, Jochen/Fürstenberg, Maximilian von*: Kirchliche Arbeitgeber im Spannungsverhältnis zwischen grundrechtlich geschütztem Selbstbestimmungsrecht und europarechtlich gefordertem Diskriminierungsschutz, BB 2008, 2122-2126.
- Mokal, Rizwaan Jameel*: Priority as Pathology: The *Pari Passu* Myth, 60 Cambridge L.J. 581-621 (2001).
- Möllers, Christoph*: Globalisierte Jurisprudenz, in: Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts – ARSP Beiheft 79*, Stuttgart 2001, 41-60.
- Möllers, Thomas M.J.*: Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht – Harmonisierungsmöglichkeiten nach geltendem und künftigen Recht, ZGR 1997, 334-367.
- Monen, Katrin*: *Das Verbot der Diskriminierung*, Baden-Baden 2008.
- Mönnich, Ulrike*: Unisex: Die EuGH-Entscheidung vom 1. 3. 2011 und die möglichen Folgen, VersR 2011, 1092-1103.
- Moore, George A./Braswell, Michael K.*: „Quotas“ and the Codification of the Disparate Impact Theory: What Did *Griggs* Really Say and Not Say?, 55 Alb. L. Rev. 459-493 (1991).
- Morais, Nina*: „Doing Less“ and „Doing more“: The President and the Proclamation – Legally, Militarily and Politically, in: Harold Holzner (Hrsg.), *The Emancipation Proclamation*, Baton Rouge 2006, 48-82.
- Morris, Andrew J.*: On The Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice, 15 Oxford J. Legal Studies 199-228 (1995).

- Morris, Thomas D.*: Southern Slavery and the Law 1619-1860, Chapel Hill 1996.
- Mörsdorf, Oliver*: Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219-240.
- Anmerkung zu BGH v. 9.3.2102, V ZR 115/11, JZ 2012, 688-692.
- Motive*: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. I – Allgemeiner Theil, Bd. II – Schuldrecht, Bd. IV – Familienrecht, Berlin 1896.
- Mucciarelli, Federico M.*: Equal treatment of shareholders and European Union Law, ECFR 2010, 158-167.
- Muckel, Stefan*: Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, Berlin 1997.
- Mülbert, Peter O.*: Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129-172.
- Übernahmerecht zwischen Kapitalmarktrecht und Aktien(konzern)recht – die konzeptionelle Schwachstelle des RegE WpÜG, ZIP 2001, 1221-1229.
- Umsetzungsfragen der Übernahmerrichtlinie – erheblicher Änderungsbedarf bei den heutigen Vorschriften des WpÜG, NZG 2004, 633-642.
- Mülbert, Peter O./Schneider, Uwe H.*: Der außervertragliche Abfindungsanspruch im Recht der Pflichtangebote, WM 2003, 2301-2317.
- Müller, Jörg Paul*: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1961.
- MünchArbR*: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Reinhard Richardi/Hellmut Wißmann/Otfried Wlotzke/Hartmut Oetker, Bd. I, 3. Aufl., München 2009 (zit.: Bearbeiter in: MünchArbR).
- MünchKomm-AktG*: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. v. Wulf Goette/Mathias Habersack, Bd. 1 und 2, 3. Aufl., München 2008; Bd. 6, 3. Aufl., München 2011 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm-AktG).
- MünchKomm-BGB*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker, Bd. 1, 6. Aufl., München 2012; Bd. 2-4, 6. Aufl., München 2012; Bd. 5, 5. Aufl., München 2009; Bd. 6, 6. Aufl., München 2013; Bd. 9, 5. Aufl., München 2010; (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm-BGB).
- MünchKomm-HGB*: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. v. Karsten Schmidt, Bd. 2, 3. Aufl., München 2011 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm-HGB).
- MünchKomm-InsO*: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. v. Hans Peter Kirchhof/Hans-Jürgen Lwowski/Rolf Stürner, Bd. 1, 2. Aufl., München 2007; Bd. 2, 2. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm-InsO).
- MünchKomm-KartR*: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), hrsg. v. Günter Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker, München 2007, (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm-KartR).
- MünchKomm-UWG*: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, hrsg. v. Peter W. Heermann/Günter Hirsch, Bd. I, München 2006 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm, LauterkeitsR).
- Muscheler, Karlheinz*: Der Mehrheitsbeschluß in der Erbengemeinschaft, ZEV 1997, 169-175; 222-233.
- Familienrecht, 2. Aufl., München 2012.
- Naguib, Tarek*: Mehrfachdiskriminierung: Analysekatgorie im Diskriminierungsschutzrecht, SJZ 2010, 233-243.
- Nardinelli, Clark/Simon, Curtis*: Customer Racial Discrimination in the Market for Memorabilia: The Case of Baseball, 105 Q. J. Econ. 575-595 (1990).

- Nehrlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.):* Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar, 18. Erg.-Lief., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: Nehrlich/Römermann, InsO).
- NK-BGB: NomosKommentar BGB*, hrsg. v. Thomas Heidel/Rainer Hüßtege/Heinz-Peter Mansel/Ulrich Noack, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: Bearbeiter in: NK-BGB).
- Nettesheim, Martin:* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 23.9.2008, Rs. C-427/06, Bartsch./Bosch und Siemens Haushaltsgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, JZ 2008, 1159-1162.
- Neuner, Jörg:* Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000, 1822-1833.
- Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht, AcP 203 (2003), 46-78.
 - Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57-66.
 - Protection Against Discrimination in European Contract Law, 2 ERCL 35-50 (2006).
 - Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in: Stefan Leible/Monika Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, 73-91.
 - Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: Jörg Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007, 160-176.
- Nickel, Rainer:* Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, Baden-Baden 1999.
- Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668-2672.
- Nicklisch, Fritz:* Der verbandsrechtliche Aufnahmezwang und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmevoraussetzungen, JZ 1976, 105-113.
- Nielsen, Ruth:* Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?, in: Dagmar Schiek/Victoria Chege (Hrsg.), European Union Non-Discrimination Law, London, New York 2009, 31-51.
- Nipperdey, Hans Carl:* Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag, Jena 1920.
- Empfiehlt sich eine Änderung und Vereinheitlichung der deutschen und österreichischen Kartellgesetzgebung?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 35. Deutschen Juristen-Tages, Salzburg 1928, 741-771.
 - Das Arbeitsrecht im Grundgesetz, RdA 1949, 214-216.
 - Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 1950, 193-198.
 - Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, 121-128.
 - Die Würde des Menschen, in: Franz Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, 1-50.
 - Besprechung von Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, RdA 1959, 32-33.
 - Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Franz Neumann/Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. IV, Berlin 1962, 741-909.
 - Grundrechte und Privatrecht, in: Festschrift für Ernst Molitor, hrsg. v. Hans Carl Nipperdey, München 1962, 17-33 (zit.: FS Molitor).
- Nipperdey, Thomas:* Deutsche Geschichte 1800-1866 – Bürgerwelt und starker Staat, Bd. I, München 1983.
- Nolte, Georg:* Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin 2003, 235-252.

- Nolte, Steffen*: Die neue Kfz-GVO: Kontrahierungszwang und Kündigungsrechte im Werkstattgeschäft, WRP 2005, 1124-1132.
- Nordemann, Jan Bernd*: Wegfall von Zugabeverordnung und Rabattgesetz – Erlaubt ist, was gefällt?, NJW 2001, 2505-2512.
- Norman, Peter*: Statistical Discrimination and Efficiency, 70 Rev. Econ. & Eff'y 615-627 (2003).
- Nörr, Knut Wolfgang*: Die Leiden des Privatrechts, Tübingen 1994.
- Im Wechselbad der Interpretationen: Der Begriff der Wirtschaftsverfassung im ersten Jahrzehnt der Bonner Republik, in: Karl Acham/Knut Wolfgang Nörr/Betram Sche-fold (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, Stuttgart 1998, 358-379.
- Novak, Willam J.*: The People's Welfare, Chapel Hill, 1996.
- Nozick, Robert*: Anarchy, State and Utopia, New York 1974.
- Nussberger, Angelika*: Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts, JZ 2002, 524-532.
- Ockenfels, Axel*: Fairneß, Reziprozität und Eigennutz, Tübingen 1999.
- Oechsler, Jürgen*: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997.
- Oeter, Stefan*: „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, (119) AöR 1994, 529-563.
- Oetker, Hartmut*: Ausgewählte Probleme zum Beschwerderecht des Beschäftigten nach § 13 AGG, NZA 2008, 264-270.
- Ogura, Kazuya*: International Comparison of Atypical Employment: Differing Concepts and Realities in Industrialized Countries, 2 Japan Lab. Rev. 5-29 (2005).
- Ohly, Ansgar*: Volenti non fit iniuria, Tübingen 2002.
- Okin, Susan Moller*: Justice, Gender, and the Family, New York 1989.
- Oliver, Michael*: Understanding Disability, Hampshire 1996.
- Olsen, Frances*: Constitutional Law: Feminist Critiques of the Public/Private Distinction, 10 Const. Comm. 319-328 (1993).
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus-Dieter/Nettesheim, Martin (Hrsg.)*: Europarecht, 5. Aufl., München 2011 (zit.: Bearbeiter in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht).
- Osterkamp, Thomas*: Juristische Gerechtigkeit, Tübingen 2004.
- Otte, Gerhard*: Die Bedeutung der „Hohenzollern“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die Testierfreiheit, ZEV 2004, 393-398.
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard (Hrsg.)*: InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. I, 40. Ergänzungslieferung, Köln 2010 (zit.: Bearbeiter in: Kübler/Prütting/Bork, InsO).
- Otto, Hansjörg*: Personale Freiheit und soziale Selbstbindung, München 1978.
- Paal, Boris P.*: Sittenwidrigkeit im Erbrecht, JZ 2005, 436-444.
- Paefgen, Walter G.*: Die Gleichbehandlung beim Aktienruckerwerb im Schnittfeld von Gesellschafts- und Übernahmerecht, ZIP 2002, 1509-1510.
- Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln 2002.
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., München 2013 (zit.: Bearbeiter in: Palandt).
- Palme, Rudolf*: Der naturrechtliche Hintergrund Martinis, in: Heinz Barta/Rudolf Palme/Wolfgang Ingenhaeff (Hrsg.), Naturrecht und Rechtskodifikation, Wien 1998, 113-136.

- Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm/Voigt-Salus, Joachim* (Hrsg.): Insolvenzrecht, 2. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus).
- Parfit, Derek*: Equality and Priority, in: Andrew Mason (Hrsg.), *Ideals of Equality*, Oxford 1998, 1-20.
- Pascoe, Peggy*: Miscegenation Law, Court Cases, and Ideologies of „Race“ in Twentieth-Century America, 83 J. Am. Hist. 44-69 (1996).
- Pauer-Studer, Herlinde*: Freiheit und Gleichheit: Zwei Grundwerte und ihre Bedeutungen, in: Herlinde Pauer-Studer/Helga Nagl-Docekal (Hrsg.), *Freiheit, Gleichheit und Autonomie*, Wien 2003, 234-273.
- Paul, Carsten A.*: Gesetzgeberisches Regelungsanliegen und rechtsdogmatische Einordnung von § 35 WpÜG – Wider die These vom Konzerneingangsschutz, *Der Konzern* 2009, 80-87.
- Paulson, Stanley L.*: Der Normativismus Hans Kelsens, *JZ* 2006, 529-536.
- Paulus, Christoph*: Ein Plädoyer für unscheinbare Normen, *JuS* 1994, 367-370.
- Verbindungslinien zwischen Insolvenzrecht und Privatautonomie, in: *Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis – Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. Hanns Prütting/Heinz Vallender, Köln 2000, 33-48 (zit.: FS Uhlenbruck).
- Paulus, Christoph/Zenker, Wolfgang*: Grenzen der Privatautonomie, *JuS* 2001, 1-9.
- Perman, Michael*: Counter Reconstruction, in: Eric Anderson/Alfred A. Moss, jr. (Hrsg.), *The Facts of Reconstruction*, Baton Rouge 1991, 121-140.
- Petersen, Jens*: Die Privatautonomie und ihre Grenzen, *Jura* 2011, 184-186.
- Petit, Nicolas*: From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC, (32) *World Competition* 2009, 485-503.
- Petri, Bernd/Stähler, Thomas*: Menschenrechte und Behinderung, *ZESAR* 2008, 167-171.
- Pfarr, Heide M./Bertelsmann, Klaus*: Diskriminierung im Erwerbsleben, Baden-Baden 1989.
- Pfeiffer, Thomas*: Antinomien im Gleichbehandlungsrecht, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller, München 2007, 981-999 (zit.: FS Canaris).
- Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU, *AcP* 208 (2008), 227-247.
- Phelps, Edmund S.*: The Statistical Theory of Racism and Sexism, 62 *Am. Econ. Rev.* 659-661 (1972).
- Phillip, Wolfgang*: Ein verfassungswidriges Monstrum – Die „Antidiskriminierungsstelle des Bundes“, *NVwZ* 2006, 1235-1239.
- Picker, Christian*: Anspruch auf Information über die Qualifikation von Mitbewerber/innen bei behaupteter Diskriminierung, *EuZA* 2012, 257-269.
- Picker, Eduard*: Der negatorische Beseitigungsanspruch, Bonn 1972.
- Die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip? (Teil 1), *ZfA* 1986, 199-339.
- Antidiskriminierungsgesetz? – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie, *JZ* 2002, 880-882.
- Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm, *JZ* 2003, 540-545.
- Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen 2007, 207-270.

- Pieper, Nicole*: Kontrahierungszwang privater Kreditinstitute zur Errichtung eines Girokontos auf Guthabenbasis gegenüber Verbrauchern?, ZVI 2008, 457-466.
- Pierce, Edward L.*: A Treatise on American Railroad Law, New York 1857.
- Pilgerstorfer, Marcus/Forshaw, Simon*: Transferred Discrimination in European Law, 37 Ind. L. J. 384-393 (2008).
- Piper, Henning*: Zum Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Rabattgesetzes und der Verordnung zur Durchführung des Rabattgesetzes (Rabattgesetzaufhebungsgesetz -- RabattGAufhG), BT-Drucksache 12/6722, WRP 1994, 433-435.
- Piper, Henning/Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf (Hrsg.)*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 5. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG).
- Pischel, Gerhard*: Kartellrechtliche Aspekte des Selektivvertriebs über das Internet, GRUR 2008, 1066-1071.
- Planck, Gottlieb*: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I, Berlin 1897.
- Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Aufl., Göttingen 1899.
- Familienrecht, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, hrsg. v. Werner Schubert, Bd. 1, Berlin 1983.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Strohal, Bd. IV/1, 4. Aufl., Berlin 1928 (zit.: Bearbeiter in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch).
- Plett, Konstanze*: Intersexualität als Prüfstein: Zur rechtlichen Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit, in: Kathrin Heinz/Barbara Thiessen (Hrsg.), Feministische Forschung – Nachhaltige Einsprüche, Opladen 2003, 323-336.
- Plötscher, Stefan*: Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 2003.
- Podlech, Adalbert*: Wertungen und Werte im Recht, AöR 95 (1970), 185-223.
- Poscher, Ralf*: Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003.
- Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in: Jan-R. Sieckmann (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, Baden-Baden 2007, 59-80.
- Pöschl, Magdalena*: Gleichheit vor dem Gesetz, Wien 2008.
- Posner, Richard A.*: Economic Analysis of Law, New York 2007.
- The Efficiency and the Efficacy of Title VII, 136 U. Pa. L. Rev. 513-522 (1987).
- An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws, 56 U. Chi. L. Rev. 1311-1335 (1989).
- Powell, Lewis F.*: Carolene Products Revisited, 82 Colum. L. Rev. 1087-1092 (1982).
- Prechal, Sacha*: Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes, 41 CMLR 533-551 (2004).
- Preis, Ulrich*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987.
- Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied 1993.
- Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Richterliches Arbeitsrecht – Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Peter Hanau, München 1999, 429-462 (zit.: FS Dieterich).
- Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, 401-410.
- Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG Teil II, ZESAR 2007, 307-314.

- Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Maßnahmen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Erfurt 2008, Bd. I, München 2008, B 1- 124.
- Schlangenlinien in der Rechtsprechung des EuGH zur Altersdiskriminierung, NZA 2010, 1323-1328.
- Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2012.
- Preis, Ulrich/Sagan, Adam:* Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26-75.
- Preis, Ulrich/Temming, Felipe:* Altersdiskriminierung im Betriebsrentenrecht: Die Abstandsklausel ist angezählt, NZA 2008, 1209-1216.
- Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus Mangold II, NZA 2010, 185-198.
- Probst, Martin:* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 2.12.1998, IV ZB 19/97, JR 1999, 508-510.
- Proelss, Sera/Raschke, Marie:* Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzbuch (1895), wiederabgedruckt in: Stephan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, Köln u.a. 2010, 690-731.
- Protokolle:* Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. IV – Familienrecht, Berlin 1897.
- Prütting, Hanns:* Beweisrecht und Beweislast im arbeitsgerichtlichen Diskriminierungsprozess, in: 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, hrsg. v. Hartmut Oetker/Ulrich Preis/Volker Rieble, München 2004, 1311-1327 (zit.: FS 50 Jahre BAG).
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.):* BGB Kommentar, 8. Aufl., Köln 2013 (zit.: Bearbeiter in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB).
- Przybyszewski, Linda C. A.:* Mrs. John Marshall Harlan's Memories: Hierarchies of Gender and Race in the Household and the Polity, 18 Law & Soc. Inq. 453-478 (1993).
- Puchta, Georg Friedrich:* Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, München 1829.
- Lehrbuch der Pandekten, Lehrbuch der Pandekten 1838,
- Vorlesungen über das heutige römische Recht (1855), hrsg. v. Adolf August Friedrich Rudorff, Bd. I, Leipzig 1853.
- Pufendorf, Samuel:* Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur (1673), Nachdruck, Frankfurt a.M. 1994.
- Purnhagen, Kai P.:* Zum Verbot der Risikodifferenzierung aufgrund des Geschlechts – Eine Lehre des EuGH zur Konstitutionalisierung des Privatrechts am Beispiel des Versicherungsvertragsrechts?, EuR 2011, 690-705.
- Nach dem Ablauf der Übergangsfrist des Unisex-Urteils – Rechtsfolgen für das Versicherungsvertragsrecht, NJW 2013, 113-118.
- Raab, Thomas:* Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, in: Festschrift für Peter Kreutz zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Günther Hönn/Hartmut Oetker/Thomas Raab, Neuwied 2010, 317-347 (zit.: FS Kreutz).
- Raasch, Sibylle:* Vom Verbot der Geschlechtsdiskriminierung zum Schutz von Diversity, KJ 2004, 394-412.
- Diskriminierungsschutz auf neuen Wegen: Verbandsbeteiligung und Antidiskriminierungsstelle im Entwurf eines deutschen Antidiskriminierungsgesetzes, ZESAR 2005, 209-217.

- Rabe, Christine Susanne*: Gleichwertigkeit von Mann und Frau, Köln 2006.
- Rabinowitz, Howard N.*: Segregation and Reconstruction, in: Eric Anderson/Alfred A. Moss, jr. (Hrsg.), *The Facts of Reconstruction*, Baton Rouge 1991, 79-97.
- Radbruch, Gustav*: Rechtsphilosophie – Studienausgabe, 2. Aufl., Heidelberg 2003.
- Rädler, Peter*: Verfahrensmodelle zum Schutz vor Rassendiskriminierung, Berlin 1999.
- Raiser, Ludwig*: Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR (111) 1948, 75-101.
- Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1-8.
- Besprechung von Götz, Hueck, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, JZ 1959, 421-422.
- Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465-473.
- Kontrahierungszwang und Monopolrecht in: Institut f. Ausländ. u. Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt (Hrsg.), *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Karlsruhe 1961, 523-535.
- Antinomien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1973), in: Ludwig Raiser (Hrsg.), *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg 1977, 235-251.
- Die Zukunft des Privatrechts, in: Ludwig Raiser (Hrsg.), *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977, 208-234.
- Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1966), in: Ludwig Raiser (Hrsg.), *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977, 162-189.
- Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (1963), in: Ludwig Raiser (Hrsg.), *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg 1977, 124-144.
- Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (1960), in: Ludwig Raiser (Hrsg.), *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg 1977, 62-97.
- Raschke, Marie*: Frau Dr. jur. Kempins Ansichten über das Vorgehen der deutschen Frauen, ursprünglich in: *Die Frauenbewegung 1896*, S. 108f, wiederabgedruckt in: Stephan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), *Die Rechtsstellung der Frau um 1900*, Köln u.a. 2010, 743-745.
- Rath, Michael/Rütz, Eva Maria*: Ende der „Ladies Night“, der „Ü-30-Parties“ und der Partnervermittlung im Internet? Risiken und Nebenwirkungen des allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots der §§ 19, 20 AGG, NJW 2007, 1498-1500.
- Rawls, John*: *The Idea of Public Reason Revisited*, 64 U. Chi. L. Rev. 765-807 (1997).
- *A Theory of Justice* (Rev. Ed. 1975), Revised Ed., Cambridge (Mass.) 1999.
- *Justice as Fairness*, Cambridge (Mass.) 2001.
- *Political Liberalism* (1993), New York 2005.
- Raz, Joseph*: *The Authority of Law*, Oxford 1979.
- *The Morality of Freedom*, Oxford 1988.
- *Incorporation by Law*, 10 Legal Theory 1-17 (2004).
- Rebhahn, Robert*: Das neue Antidiskriminierungsrecht – Anmerkungen zur Lage in Österreich, ZfA 2006, 347-360.
- Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), 489-554.
- Rebhahn, Robert/Kietzbl, Christoph*: Mittelbare Diskriminierung und Kausalität, Rechtswissenschaft 2010, 373-396.
- Reck, Andrew J.*: The Enlightenment in American Law I: The Declaration of Independence, 44 Review of Metaphysics 549-573 (1991).
- Reich, Norbert*: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – Mangold, EuZW 2006, 20-22.

- „Mangold“ und kein Ende – oder doch?, *EuZW* 2007, 198-199.
- Reichert, Bernhard*: Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 7. Aufl., Neuwied 1999.
- Reichold, Hermann*: Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Auswirkungen der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG auf kirchliche Arbeitsverhältnisse, *NZA* 2001, 1054-1060.
- Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit – arbeitsrechtliche Erfahrungen mit Diskriminierungsregeln, *JZ* 2004, 384-393.
- Der Fall Mangold: Entdeckung eines europäischen Gleichbehandlungsprinzips?, *ZESAR* 2006, 55-58.
- Diskriminierungsschutz und Verfassungsrecht, *ZfA* 2006, 257-271.
- Reichold, Hermann/Hahn, Oliver*: Neuer Anlauf zur Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien: Plädoyer für ein Artikelgesetz, *NZA* 2005, 1270-1276.
- Reichold, Hermann/Hartmeyer, Elisabeth*: Anmerkung zu BAG v. 8.9.2011, 2 *AZR* 543/10, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 92.
- Reichold, Hermann/Heinrich, Martin*: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – Chacón Navas, *JZ* 2007, 196-198.
- Reifner, Udo*: Das Recht auf ein Girokonto, *ZBB* 1995, 243-260.
- Remien, Oliver*: Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003.
- Renner, Moritz*: Paradigmen des Antidiskriminierungsrechts, *KritV* 2010, 161-167.
- Repgen, Tilman*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001.
- Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Josef Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, Berlin 2007, 11-98.
- Reßing, Maximilian*: Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen. Zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien, *ARSP* 95 (2009), 28-48.
- Reul, Jürgen*: Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, Tübingen 1991.
- Reuter, Dieter*: Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, *AcP* 189 (1989), 199-222.
- Richardi, Reinhard*: Neues und Altes – Ein Ariadnefaden durch das Labyrinth des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, *NZA* 2006, 881-887.
- Janusköpfigkeit der Pflicht zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, *ZfA* 2008, 31-50.
- Richardson, Joe M.*: Florida Black Codes, 47 *Flor. Hist. Quart.* 365-379 (1969).
- Richter, Tobias*: Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, Baden-Baden 2010.
- Richter, Tobias/Bouchouaf, Ssoufian*: Das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts – der Beginn eines umfassenden europäischen Antidiskriminierungsrechts?, *NVwZ* 2006, 538-541.
- Rieble, Volker/Klebeck, Ulf*: Lohngleichheit für Leiharbeit, *NZA* 2003, 23-29.
- Riedel, Manfred*: Der Begriff der „Bürgerlichen Gesellschaft“ und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs (1962), in: Manfred Riedel (Hrsg.), *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 1969, 135-166.
- Riedel, Tanja-Carina*: Gleiches Recht für Mann und Frau – Die bürgerliche Frauenbewegung und die Entstehung des BGB, Köln u.a. 2008.

- Riedlinger, Arne*: Vom Boykottaufruf zur Verfassungsbeschwerde. Erich Lüth und die Kontroverse um Harlans Nachkriegsfilme (1950-1958), in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005, 79-103.
- Riehm, Thomas*: *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, München 2006.
- Riesenhuber, Karl*: *System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts*, Berlin 2003.
- Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und bei Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, in: Stefan Leible/Monika Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München 2006, 123-140.
 - *Europäisches Vertragsrecht*, Berlin 2006.
 - Casenote: ECJ – Mangold, 3 ERCL 62-71 (2007).
 - Privatautonomie und Diskriminierungsverbote – Grundlagen im deutschen Recht und europäische Regulierung, in: Karl Riesenhuber/Yuko Nishitani (Hrsg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie*, Berlin 2007, 20-61.
 - Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und europäischen Recht, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen 2007, 1-32.
 - Mangold verabschiedet, in: *Gegen den Strich – Festschrift für Klaus Adomeit*, hrsg. v. Peter Hanau/Jens T. Thau/Harm Peter Westermann, Köln 2008, 631-644 (zit.: FS Adomeit).
 - *Europäisches Arbeitsrecht*, Heidelberg 2009.
- Riesenhuber, Karl/Franck, Jens-Uwe*: Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529-538.
- Rippenberger, Tanja*: *Ökonomik des Vertrauens*, 2. Aufl., Tübingen 2005.
- Rittner, Fritz*: Der privatautonome Vertrag als rechtliche Regelung des Soziallebens, JZ 2011, 269-274.
- Robbers, Gerhard*: Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit – Möglichkeit und Inhalt von "Formeln" zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite, NJW 1998, 936-941.
- Perspektiven des europäischen Verfassungsrechts – Verfassungsdämmerung?, ZSE 2007, 557-565.
- Rockman, Seth*: The Unfree Origins of American Capitalism, in: Cathy Matson (Hrsg.), *The Economy of Early America*, University Park 2006, 335-362.
- Roetteken, Torsten von*: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*, Bd. 1, 28. Aktualisierung, Heidelberg 2013.
- Röder, Karl David August*: *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Leipzig 1863.
- Rödl, Florian/Ulber, Daniel*: Unvereinbarkeit von § 9 Nr. 2 Hs. 4 AÜG mit der Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2012, 841-845.
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian*: *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., Köln 2008.
- Rolfs, Christian*: Allgemeine Gleichbehandlung im Mietrecht, NJW 2007, 1489-1494.
- Rolfs, Christian/Binz, Nathalie*: EuGH erzwingt ab Ende 2012 Unisex-Tarife für alle neuen Versicherungsverträge, VersR 2011, 714-718.
- Rolfs, Christian/de Groot, Simone Evke*: Die Befristung von Arbeitsverträgen in der Rechtsprechung des EuGH, ZESAR 2009, 5-13.

- Rolfs, Christian/Paschke, Derk: Die Pflichten des Arbeitgebers und die Rechte schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 81 SGB IX, BB 2001, 1260-1264.
- Rossi, Matthias: Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, 197-217.
- Rössler, Beate: Der Wert des Privaten, Frankfurt a.M. 2001.
- Roth, Alvin E.: Laboratory Experimentation in Economics: A Methodological Overview, 98 Econ. J. 974-1031 (1988).
- Roth, Paul von: System des Deutschen Privatrechts, Bd. 2, Familienrecht, Tübingen 1881.
- Roth, Wulf-Henning: Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Tübingen 2007, 175-206.
- Roth, Günter H./Altmeyen, Holger (Hrsg.): GmbHG – Kommentar, 7. Aufl., München 2012 (zit.: Bearbeiter in: Roth/Altmeyen, GmbHG).
- Röthel, Anne: Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004.
- Lebensformen – Status – Personenstand: rechtsvergleichend und rechtspolitisch betrachtet, StAZ 2006, 34-42.
 - Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Bd. I, München 2010, A 1.
 - Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010), 32-66.
- Röttgen, Klaus: Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung, München 2004.
- Rückert, Joachim: Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988.
- „das dies nicht das Feld war, auf der er seine Rosen pflücken konnte“? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts – ARSP Beiheft 37, Stuttgart 1990, 94-128.
 - Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: Martyn P. Thompson (Hrsg.), John Locke und/and Immanuel Kant, Berlin 1991, 144-215.
 - Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: Jean-Francois Kervégan/Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), Recht zwischen Natur und Geschichte, Frankfurt a.M. 1997, 305-338.
 - Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Karl Acham/Knut Wolfgang Nörr/Betram Schefold (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverlust, Stuttgart 1998, 113-165.
 - Strafrechtliche Zeitgeschichten – Vermutungen und Widerlegungen, KritVZ 2001, 223-264.
 - „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, Baden-Baden 2006.
 - Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren – Mythos, Legende, Botschaft, JZ 2010, 1-9.
 - Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, JZ 2011, 913-923.
- Ruess, Peter/Slopek, David E.F.: Discounter als „luxusfreie Zone“? – Vertriebsbeschränkungen für Premiummarken auf dem Prüfstand, WRP 2009, 1021-1029.
- Ruffert, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001.

- An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, DVBl. 2009, 1197-1208.
- Rupp, Hans-Jürgen*: Die unmittelbare Bewerberauswahl nach § 3 Abs. 1 AGG, RdA 2009, 307-311.
- Ruppert, Stefan*: Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends, in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, 326-348.
- Rush, Elizabeth Sharon*: Equal Protection Analogies – Identity and „Passing“: Race and Sexual Orientation, 13 Harv. Blackletter L.J. 65-106 (1997).
- Rust, Ursula/Falke, Josef (Hrsg.)*: AGG – Kommentar, Berlin 2007 (zit.: Bearbeiter in: Falke/Rust, AGG).
- Rutherglen, George*: Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination, 73 Va. L. Rev. 1297-1346 (1987).
- Review: Abolition in a Different Voice, 78 Va. L. Rev. 1463-1480 (1992).
- Rüthers, Bernd*: Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945, in: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, Baden-Baden 1992, 17-35.
- Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl., Tübingen 2005.
- Rütten, Wilhelm*: Mehrheit von Gläubigern, Tübingen 1989.
- Sachs, Michael*: Grenzen des Diskriminierungsverbots, München 1987.
- Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, 124-130.
- Verfassungsrecht II – Grundrechte, Berlin 2003.
- (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, 6. Aufl., München 2011 (zit.: Bearbeiter in: Sachs, GG).
- Säcker, Franz-Jürgen*: „Vernunft statt Freiheit“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, ZRP 2002, 286-290.
- Europäische Diskriminierungsverbote und deutsches Zivilrecht, BB 2004, Beilage Nr. 16, 16-19.
- Fundamente der Privatrechtsgesellschaft nach dem Antidiskriminierungsgesetz, ZG 2005, 154-164.
- Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung, ZEuP 2006, 1-5.
- Sacksofsky, Ute*: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., Baden-Baden 1996.
- Positive Maßnahmen und Verfassungsrecht, ZESAR 2004, 208-213.
- Gleichheit in der neuen Vielfalt: Neuer Streit um Gleichberechtigung, KJ, Beiheft 1, 2009, 147-158.
- Sagan, Adam*: Anmerkung zu EuGH, Rs. C-388/07 – Age Concern England, ZESAR 2009, 505-507.
- Anmerkung zu EuGH, Rs. C-88/08 – Hütter, BB 2009, 1814-1815.
- Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Recht der Gleichbehandlung und des Betriebsübergangs, ZESAR 2011, 412-423.
- Sagmeister, Holger*: Geschlechtsspezifische Versicherungstarife tatsächlich europarechtswidrig?, VersR 2011, 187-190.
- Salzwedel, Jürgen*: Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Festschrift Hermann Jahrreiss, hrsg. v. Carl Carstens/Hans Peters, Köln 1964, 339-353 (zit.: FS Jahrreiss).

- Sandmann, Bernd*: Anmerkung zu BAG, Urt. v. 23.6.1994, 2 AZR 617/93, SAE 1995, 107-110.
- Sandoval-Strausz, A. K.*: Travelers, Strangers, and Jim Crow: Law, Public Accommodations, and Civil Rights in America, 23 L. Hist. Rev. 53-94 (2005).
- Sansone, Piero*: Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, Baden-Baden 2011.
- Savigny, Carl Friedrich von*: System des heutigen Römischen Rechts, Bände I-III, Berlin 1840.
- Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1851.
- Schäfer, Frank A./Hamman, Uwe (Hrsg.)*: Kapitalmarktgesetze, Loseblattkommentar, Stuttgart 2009 (zit.: Bearbeiter in: Schäfer/Hammann, KapitalmarktG).
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012.
- Scharpf, Fritz W.*: Mehrebenenpolitik im vollendeten Binnenmarkt, MPIFG-Discussion Paper 94/4, 1994, 1, http://www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/mpifg_dp/dp94-4.pdf (zuletzt besucht: 31.12.2012).
- Schauer, Frederick*: Playing by the Rules, Oxford 1991.
- The Limited Domain of the Law, 90 Va. L. Rev 1909-1956 (2004).
- (Re)Taking Hart, 119 Harv. L. Rev. 852-883 (2006).
- Scheffler, Dietrich*: Die (ungenutzten) Möglichkeiten des Rechtsinstituts der Zwangslizenz, GRUR 2003, 97-105.
- Schiek, Dagmar*: Sex Equality Law After Kalanke and Marschall, 4 ELJ 148-166 (1998).
- Differenzierte Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000.
- A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?, 8 ELJ 290-314 (2002).
- Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873-884.
- Grundsätzliche Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote nach der Entscheidung Mangold, AuR 2006, 145-150.
- (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Berlin 2007 (zit.: Bearbeiter in: Schiek, AGG).
- Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2007.
- From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality for Europe, in: Dagmar Schiek/Victoria Chege (Hrsg.), European Union Non-Discrimination Law, London & New York 2009, 3-27.
- Schiek, Dagmar/Waddington, Lisa/Bell Mark (Hrsg.)*: Non-Discrimination Law, Oxford 2007 (zit.: Bearbeiter in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law).
- Schildt, Gerhard*: Die Arbeiterschaft im 19. und 20. Jahrhundert, München 1996.
- Schindler, Andreas*: Pflichtteilsberechtigter Erbe und pflichtteilsberechtigter Beschenkter, Angelbachtal 2004.
- Schlachter, Monika*: Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 22.1.2009, 8 AZR 906/07.
- Richtlinie über die Beweislast bei Diskriminierung, RdA 1998, 321-326.
- Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Inhalt und Funktion des Arbeitsplatzbezugs, NZA 2001, 121-126.

- Benachteiligung wegen besonderer Verbindungen statt Zugehörigkeit zu einer benachteiligten Gruppe – Der Diskriminierungsbegriff des EuGH in der Entscheidung *Coleman v. 17. 7. 2008 C-303/06*, RdA 2010, 104-109.
- Schleusener, Aino/Suckow, Jens/Voigt, Burkhard* (Hrsg.): AGG, Köln 2011 (zit.: Bearbeiter in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG).
- Schliemann, Harald*: Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht – Kooperation oder Konfrontation?, NZA 2003, 407-415.
- Schlink, Bernhard*: Die Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften, JZ 2013, 209-218.
- Schmauder, Stefan*: Antisemitische Propaganda in Veit Harlans Historien-Film-Melodram *Jud Süß* (1940), in: Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005, 79-103.
- Schmelz, Christoph*: „Vernunft statt Freiheit“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2003, 67.
- Schmid, Christoph U.*: Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union, Baden-Baden 2010.
- Schmid, Klaus*: Die Entstehung der güterrechtlichen Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1990.
- Schmid, Stefan*: Gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplans trotz Versagung seiner Annahme durch Abstimmungsgruppen von Gläubigern, in: *Recht und Pluralismus – Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag*, hrsg. v. Stefan Schmid/Norbert Fehl, Berlin 1997, 387-442 (zit.: FS Pawlowski).
- Schmidlin, Bruno*: Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: Walter Selb/Herbert Hofmeister (Hrsg.), *Forschungsband Franz von Zeiller*, Wien 1980, 192-209.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 7-40.
- Schmidt-Kessel, Martin*: Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten, in: Stefan Leible/Monika Schlachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München 2006, 53-71.
- Schmidt-Räntsch, Jürgen*: Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Mietrecht, NZM 2007, 6-16.
- Schmidt-Rimpler, Walter*: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130-189.
- Zum Vertragsproblem, in: *Funktionswandel der Privatrechtsordnung. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. Fritz Baur, Tübingen 1974, 3-26 (zit.: FS Raiser).
- Schmidt, Anja*: Geschlecht und Sexualität, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2006, 174-192.
- Grundannahmen des Rechts in feministischer Kritik, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2006, 66-77.
- Schmidt, Karsten*: Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht – Unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil. Gutachten D, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentags*, München 1982, Bd. I, München 1982, D1.
- Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.10.1997, X ZR 157/96, JuS 1998, 370-371.

- Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.
- Wirtschaftsrecht – Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2006), 169-204.
- Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften Stand und Fortbildung des Innenrechts der Personengesellschaften nach dem „Otto“-Urteil des Bundesgerichtshofs, ZGR 2008, 1-33.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus (Hrsg.):* Aktiengesetz – Kommentar, Köln 2008 (zit.: Bearbeiter in: Schmidt/Lutter, AktG).
- Schmidt, Marlene:* The Principle of Non-Discrimination in Respect of Age: Dimensions of the ECJ's Mangold Judgement, 7 German L.J. 504-524 (2005).
- Schmidt, Marlene/Senne, Daniela:* Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, 80-89.
- Schmidt, Thomas:* Zum Nachweis einer Diskriminierung im Einstellungsverfahren, ZESAR 2012, 417-421.
- Schmidtchen, Dieter:* Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 6-17.
- Schmidtchen, Dieter/Kirstein, Roland:* Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Ordo 54 (2003), 75-92.
- Schmitt, Carl:* Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Carl Schmitt (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, 140-173.
- Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: Carl Schmitt (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, 181-231.
- Verfassungslehre (1928), 9. Aufl., Berlin 2003.
- Schmitz, Sigrid:* Sex, gender, and the brain – biological determinism versus socio-cultural constructivism, in: Ineke Klinge/Claudia Wiesemann (Hrsg.), Sex and Gender in Biomedicine, Göttingen 2010, 57-76.
- Schmoeckel, Mathias:* Anmerkung zu BGHZ 140, 118, JZ 1999, 517-519.
- Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Tübingen 2008.
- Erbrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2009.
- Schnabel, Patrick, R.:* Die Richtlinie 2000/78/EG und das kirchliche Arbeitsrecht, ZfA 2008, 413-443.
- Schnorr, Randolph:* Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741-758 BGB), Tübingen 2004.
- Schöbener, Burkhard/Stork, Florian:* Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht – zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben, ZEuS 2004, 43-82.
- Schockenhoff, Martin:* Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluß, Köln 1988.
- Der sachlich gerechtfertigte Grund – Rechtsmethodische Anmerkungen zu § 20 Abs. 1 GWB, in: Recht und Wettbewerb – Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Ingo Brinker/Dieter H. Scheuing/Kurt Stockmann, München 2006, 419-435 (zit.: FS Bechtold).
- Scholten, Ingo:* Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, Köln 2004.
- Scholz, GmbHG:* Kommentar zum GmbH-Gesetz, begründet v. Franz Scholz, Bd. 1, 11. Aufl., Köln 2012 (zit.: Bearbeiter in: Scholz, GmbHG).
- Schricker, Gerhard:* Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970.
- Deregulierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs?, GRUR Int. 1994, 586-594.

- Schröder, Jan*: Privatrecht und öffentliches Recht, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Hermann Lange/Knut Wolfgang Nörr/Harm Peter Westermann, Tübingen 1993, 962-974 (zit.: FS Gernhuber).
- Schroeder, Ulrich/Diller, Martin*: Antidiskriminierung bei der Aufnahme als Gesellschafter?, NZG 2006, 728-731.
- Schubert, Björn Gerd*: Affirmative Action und Reverse Discrimination, Baden-Baden 2003.
- Schubert, Jens M.*: Die Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Arbeits- und Zivilrecht, NJ 2006, 481-488.
- Schubert, Werner*: Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1983.
- Schulte, Martin*: Eine soziologische Theorie des Rechts, Berlin 2011.
- Schulze, Götz*: Datum-Theorie und narrative Form – Zu einem Privatrecht für die multikulturelle Gesellschaft in: Erik Jamye (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, Heidelberg 2003, 155-177.
- Schuman, Ben*: Gods & Gays: Analyzing the Same-Sex Marriage Debate from a Religious Perspective, 96 Geo. L.J. 2104-2141 (2008).
- Schünemann, Wolfgang B.*: Der Maßstab der guten Sitten für die wirtschaftende öffentliche Hand, WRP 2001, 466-470.
- Schünemann, Wolfgang B./Bethge, Maxie*: „Allgemeine Gleichbehandlung“ von Gesamtschuldnern?, JZ 2009, 448-453.
- Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian*: Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Baden-Baden 2000.
- Schürnbrand, Jan*: Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Recht der Bankgeschäfte, BKR 2007, 305-311.
- Schwab, Dieter*: Frauenrechte und Naturrecht, in: Diethelm Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, Goldbach 1997, 77-98.
- Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert, in: Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 790-827.
- Schranken der Vertragsfreiheit durch die Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre Umsetzung in Deutschland, DNotZ 2006, 649-678.
- Familienrecht, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, München 2007, 277-355.
- Stichwort: „Gleichberechtigung der Geschlechter“, in: Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. v. Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller, Bd. II, 2. Aufl. (10. Lieferung), Berlin 2009, Sp. 390-398.
- Schwab, Stewart J.*: Is Statistical Discrimination Efficient?, 76 Am. Econ. Rev. 228-234 (1986).
- Employment Discrimination, in: Kenneth G. Dau-Schmidt/Seth D. Harris/Orly Lobel (Hrsg.), Labor and Employment Law and Economics, 2nd ed., Cheltenham 2009, 296-319.
- Schwabe, Jürgen*: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, München 1971.
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel* (Hrsg.): Kapitalmarktsrechts-Kommentar, 4. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: Schwark, KMRK).
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit.: Bearbeiter in: Schwarze, EU-Kommentar).

- Schwellb, Egon*: The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 15 Int'l & Comp. L.Q 996-1068 (1966).
- Schwennicke, Andreas*: Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, Frankfurt a.M. 1993.
- Schwintowski, Hans-Peter*: Geschlechtsdiskriminierung durch risikobasierte Versicherungstarife?, VersR 2011, 164-172.
- Segna, Ulrich*: Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“, BKR 2006, 274-280.
- Seibt, Christoph H.*: Finanzanalysten im Blickfeld von Aktien- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2006, 501-539.
- Seifert, Achim*: Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, 696-702.
- Selb, Walter*: Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, Tübingen 1984.
- Sen, Amartya*: Inequality Reexamined, Oxford 1995.
- Shaw, Malcolm N.*: International Law, 6th ed., Cambridge 2008.
- Shoben, Elaine W.*: Compound Discrimination: The Interaction of Race and Sex in Employment Discrimination, 55 N.Y.U. L. Rev. 793-837 (1980).
- Siebert, Wolfgang*: Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, Deutsche Rechtswissenschaft 1936, 23-39.
- Sieckmann, Jan-R.*: Regelmodell und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.
- Principles as Normative Arguments, in: Christian Dahlmann/Werner Krawietz (Hrsg.), Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie, Beiheft 21, Berlin 2005, 197-209.
 - Grundrechte als Prinzipien, in: Jan-R. Sieckmann (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, Baden-Baden 2007, 17-37.
 - Erwiderung: Zum Nutzen der Prinzipientheorie für die Grundrechtsdogmatik: Zu Jan Henrik Klement JZ 2008, 756, JZ 2009, 557-559.
- Siegel, Reva*: Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action, 49 Stan. L. Rev. 1111-1148 (1997).
- Silva, Jorge Cesa Ferreira da*: Diskriminierungsschutz und ökonomische Analyse des Rechts, JöR (54) 2006, 129-150.
- Silvers, Anita*: Reconciling Equality to Difference: Caring (F)or Justice for People with Disabilities, 10 Hypatia 30-55 (1995).
- Simitis, Spiros*: Die Altersgrenzen – ein spät entdecktes Problem, RdA 1994, 257-263.
- Simms, William Gilmore*: The Morals of Slavery, in: Anonymous (Hrsg.), The Pro-Slavery Argument as maintained by the most distinguished writers of the southern states, Philadelphia 1853, 175-285.
- Simons, Kenneth W.*: Equality as a Comparative Right, 65 B.U. L. Rev. 387-482 (1985).
- Singer, Joseph William*: No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property, 90 Nw. U. L. Rev. 1283-1497 (1996).
- Singer, Reinhard*: Wann ist widersprüchliches Verhalten verboten?, NZA 1998, 1309-1315.
- Das Sozialmodell des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wandel, in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät Humboldt-Universität zu Berlin, hrsg. v. Stefan Grundmannn/Michael Kloepfer/Christoph Paulus, Berlin 2010, 981-1013 (zit.: FS 200 Jahre Humboldt-Universität).

- Grundfragen der Gleichbehandlung im Zivil- und Arbeitsrecht, in: Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht – Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, hrsg. v. Thomas Dieterich/Martine Le Friant/Luca Nogler/Katsutoshi Kezuka/Heide Pfarr, Baden-Baden 2010, 341-358 (zit.: GS Zachert)
- Solanke, Iyiola*: Putting Race and Gender Together: A New Approach To Intersectionality, 72 Modern L. Rev. 723-749 (2009).
- Stigma, in: Dagmar Schiek/Victoria Chege (Hrsg.), European Union Non-Discrimination Law, London, New York 2009, 115-136.
- Söllner, Alfred*: Einseitige Leistungsbestimmungen im Arbeitsverhältnis, Mainz 1966.
- Soergel*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, begründet v. Hans-Theodor Soergel, Bd. 11/1, 13. Aufl., Stuttgart 2012; Bd. 21, 13. Aufl., Stuttgart 2002 (zit.: Bearbeiter in: Soergel).
- Somek, Alexander*: Rationalität und Diskriminierung, Wien, New York 2001.
- Soziale Überdeterminierung, in: Herlinde Pauer-Studer/Helga Nagl-Docekal (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, Wien 2003, 200-233.
- Gleichheit als Diskriminierungsschutz, Der Staat 43 (2004), 425-431.
- Equality as Reasonableness: Constitutional Normativity in Demise, in: András Sajó (Hrsg.), Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights, Utrecht 2006, 191-215.
- Rechtliches Wissen, Frankfurt a. M. 2006.
- Engineering Equality, Oxford 2011.
- Stammmler, Rudolf*: Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit, Bd. 2: Deutsches Rechtsleben während des 19. Jahrhunderts, München 1928.
- Starck, Christian*: Die Grundrechte des Grundgesetzes – zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, JuS 1981, 241-246.
- Staudinger*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin: §§ 21-79 (Allgemeiner Teil 2), Neubearb. 2005; §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4), Neubearb. 2003; Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243 (Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben), Neubearb. Berlin 2009; §§ 397-432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Neubearb. Berlin 2012; §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I), Neubearb. 2009; §§ 516-534 (Schenkungsrecht), Neubearb. Berlin 2005; §§ 611-615 (Dienstvertragsrecht I), Neubearb. Berlin 2005; §§ 705-740 (Gesellschaftsrecht), Neubearb. Berlin 2003; §§ 741-764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), Neubearb. Berlin 2008; §§ 826-829, ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung), Neubearb. 2009; §§ 985-1011 (Sachenrecht 3), Neubearb. 2006; Einleitung zum Familienrecht; §§ 1297-1362; Anhang zu §§ 1297 ff, Neubearb. 2012; Einleitung zum Erbrecht, §§ 1922-1966 (Erbfolge), Neubearb. Berlin 2008; §§ 2265-2338 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag, Pflichtteil), Neubearb. 2006; §§ 2064-2196 (Testament 1), Neubearb. Berlin 2013; Einleitung zum WEG, §§ 1-25 WEG, Neubearb. 2005.
- Staudinger, Ansgar*: Die Nichtigkeit der Verfügungen von Todes wegen und der Erbstreit im Adelshause Hohenzollern, Jura 2000, 467-472.
- Stein, Michael Ashley/E., Lord Janet*: Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: Oddny Mjöll Arnardóttir/Gerard Quinn (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Leiden 2009, 17-40.
- Steinbeck, Anja*: Der Anspruch auf Aufnahme in einen Verein, WuW 1996, 91-102.
- Lauterkeitsrechtliche Grenzen für Zugaben und Rabatte nach der Aufhebung von Zugabeverordnung und Rabattgesetz, ZIP 2001, 1741-1748.

- Steinmeyer, Roland/Häger, Michael* (Hrsg.): WpÜG – Kommentar, 2. Aufl., Berlin 2007 (zit.: Bearbeiter in: Steinmeyer/Häger, WpÜG).
- Steinvorth, Ulrich*: Gleiche Freiheit, Berlin 1999.
- Gründe von Gleichheitsforderungen, in: Herlinde Pauer-Studer/Helga Nagl-Docekal (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, Wien 2003, 165-199.
- Stephani, Heinrich*: Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des so genannten Naturrechts, Erlangen 1797.
- Stern, Klaus* (Hrsg.): Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, München 1988; Bd. IV/2, München 2011 (zit.: Bearbeiter in: Stern, Staatsrecht).
- Stern, Klaus/Becker, Florian* (Hrsg.): Grundrechte-Kommentar, Köln 2010 (zit.: Bearbeiter in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar).
- Stoffels, Markus*: Grundprobleme der Schadensersatzverpflichtung nach § 15 Abs. 1 AGG, RdA 2009, 204-215.
- Stolleis, Michael*: Auferstanden aus der Wende: Die bürgerliche Gesellschaft und ihr Recht?, Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 500-507.
- Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, München 1992.
- Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, 41-61.
- Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin 2003, 7-24.
- Stork, Florian*: Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act : Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law, 6 German L.J. 533-548 (2005).
- Das Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht, ZEuS 2005, 1-60.
- Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, Frankfurt a.M. 2006.
- Story, Joseph*: Commentaries on the Law of Bailments, 6th ed., Boston 1856.
- Strauss, David A.*: The Law and Economics of Racial Discrimination in Employment: The Case for Numerical Standards, 79 Geo. L.J. 1619-1658 (1991).
- Why Was Lochner Wrong?, 70 U. Chi. L. Rev. 373-386 (2003).
- Strecker, Robert K.*: Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Anspruchsgrundlage für die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, RdA 2009, 381-386.
- Streinz, Rudolf*: Die Kompetenzen der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht, in: Stefan Leible/Monika Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, 11-35.
- Streinz, Rudolf/Herrmann, Christoph*: Der Fall Mangold – eine „kopernikanische Wende“ im Europarecht, RdA 2007, 165-169.
- Stürmer, Michael*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Tübingen 2010.
- Stürner, Rolf*: Aktuelle Problem des Konkursrechts, ZZZ 94 (1981), 263-310.
- Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99 (1986), 291-332.
- Subr, Dieter*: Entfaltung der Menschen durch die Menschen, Berlin 1976.
- Freiheit durch Geselligkeit, Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas, EuGRZ 1984, 529-546.

- Sukale, Michael*: Max Weber – Leidenschaft und Disziplin, Tübingen 2002.
- Sullivan, Kathleen M./Gunther, Gerald*: Constitutional Law, 15th ed., New York 2004.
- Sunstein, Cass R.*: Legal Interference with Private Preferences, 53 U. Chi. L. Rev. 1129-1174 (1986).
- The Anticaste Principle, 92 Mich. L. Rev. 2410-2455 (1994).
- Sutschet, Holger*: Assoziierte Diskriminierung, EuZA 2009, 245-256.
- Swift, Jonathan*: Justifying Age Discrimination, 35 Ind. L. J. 228-244 (2006).
- Szczekalla, Peter*: Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Berlin 2002.
- Temming, Felipe*: Anmerkung zu EuGH v. 1.3.2011, C-236/09 – Test-Achats, jurisPR-ArbR 14/2011 Anm. 5.
- Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, München 2008.
- tenBroek, Jacobus*: Equal Under Law, (originally published as „The Antislavery Origins of the Fourteenth Amendment“, 1955), New York 1965.
- Tettinger, Peter J./Stern, Klaus (Hrsg.)*: Europäische Grundrechte-Charta, München 2006 (zit.: Bearbeiter in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta).
- Tettinger, Peter W.*: Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluß, Baden-Baden 2003.
- Teubner, Gunther*: Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Tübingen 1978.
- Introduction to Autopoietic Law, in: Gunther Teubner (Hrsg.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, Berlin 1987, 1-11.
- Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989.
- Den Schleier des Vertrags zerreißen? Zur rechtlichen Verantwortung ökonomisch „effizienter“ Vertragsnetzwerke, KritV 1993, 367-393.
- Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: Hans-Martin Pawlowski/Gerd Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats (ARSP Beiheft 65), Stuttgart 1996, 199-220.
- Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, Rechtshistorisches Journal 15 (1996) 255-290 (1996).
- Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, ZfRSoz 1998, 8-36.
- Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff), KritV 2000, 388-404.
- Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV (63) 2003, 1-28.
- Dreiers Luhmann, in: Robert Alexy (Hrsg.), Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, Tübingen 2005, 199-211.
- Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, Der Staat 45 (2006), 161-187.
- Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, ZfRSoz 2008, 9-36.
- The Federalist: The Federalist (1787/88)*, hrsg. v. Robert A. Ferguson, New York 2006 (zit.: Bearbeiter in: The Federalist).
- Thibaut, Anton Friedrich Justus*: System des Pandekten-Rechts, Bd. I, Jena 1803, 2. Aufl., Jena 1805.
- Thielmann, Georg*: Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, Berlin 1973.
- Thole, Christoph*: Die tatbestandlichen Wertungen der Gläubigeranfechtung, ZZP 121 (2008), 67-93.

- Gläubigerbenachteiligung bei Zahlung aus geduldeter Kontoüberziehung, NZI 2009, 800-802.
- Thomas, Carol*: Disability Theory: Key Ideas, Issues and Thinkers, in: Barnes, Colin/ Mike Oliver/Len Barton (Hrsg.), Disability Studies Today, Cambridge 2002, 38-57.
- Thüsing, Gregor*: Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht, ZfA 2001, 397-418.
- Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, 3441-3445.
- Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht, JZ 2004, 172-179.
- Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers, ZIP 2005, 2149-2151.
- Das künftige Anti-Diskriminierungsrecht als Herausforderung für Wissenschaft und Praxis, ZfA 2006, 241-256.
- Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007.
- Europäisches Arbeitsrecht, München 2008.
- Thüsing, Gregor/Burg, Indra*: Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände nach § 23 AGG, ZTR 2007, 71-78.
- Thüsing, Gregor/Fink-Jamann, Daniela/von Hoff, Konrad*: Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als Legitimation zur Unterscheidung nach der Religion, ZfA 2009, 153-209.
- Thüsing, Gregor/von Hoff, Konrad*: Private Versicherungen und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, VersR 2007, 1-10.
- Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21-26.
- Thur, Andreas von*: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1910.
- Thym, Daniel*: Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit, Der Staat 48 (2009), 559-586.
- Tilmann, Winfried*: Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten, ZHR 141 (1977), 32-80.
- Timme, Michael* (Hrsg.): WEG – Beck'scher Online-Kommentar, 15. Ed., München 2013 (zit.: Bearbeiter in: Timme, WEG).
- Tinker, Catherine*: Human Rights for Women: The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 3 Hum. R. Q. 32-43 (1981).
- Tobler, Christa*: Indirect Discrimination, Antwerpen 2005.
- Traub, Fritz*: Verbandsautonomie und Diskriminierung, WRP 1985, 591-599.
- Traugott, Rainer*: Anspruch auf Belieferung aus Art 85 Abs. 1 EGV in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB und § 249 Satz 1 BGB?, WuW 1997, 486-495.
- Trebilcock, Michael J.*: The Limits of Freedom of Contract, Cambridge (Mass.) 1993.
- Tribe, Lawrence*: Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name, 117 Harv. L. Rev. 1893-1956 (2004).
- Tschentscher, Axel*: Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000.
- Tsesis, Alexander*: The Thirteenth Amendment and American Freedom, New York 2004.

- *We Shall Overcome: A History of Civil Rights and the Law*, New Haven 2008.
- Tushnet, Mark*: The Politics of Equality in Constitutional Law: The Equal Protection Clause, Dr. Du Bois, and Charles Hamilton Houston, 74 J. Am. Hist. 884-903 (1987).
- *The American Law of Slavery 1810-1860*, Princeton 1981.
- Tussman, Joseph/HenBroek, Jacobus*: The Equal Protection of the Laws, 37 Cal. L. Rev. 341-381 (1949).
- Uerpmann-Witzack, Robert*: Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm, ZaöRV 68 (2008), 359-370.
- Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse, Tübingen 1999.
- Ugarte, Francisco M.*: Reconstruction Redux: Rehnquist, Morrison, and the Civil Rights Cases, 41 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 481-508 (2006).
- Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz (Hrsg.)*: Insolvenzordnung – Kommentar, 13. Aufl., München 2010 (zit.: Bearbeiter in: Uhlenbruck, InsO).
- Ulmer, Eugen*: Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1933.
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Winter, Martin (Hrsg.)*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Bd. 1, Tübingen 2005 (zit.: Bearbeiter in: Ulmer, GmbHG).
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.)*: Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar, Bd. I, Heidelberg 2002 (zit.: Bearbeiter in: Umbach/Clemens, GG).
- Vanberg, Viktor, J.*: Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Tübingen 2007, 131-162.
- Vandenbergh, Ann-Sophie*: The Economics of the Non-Discrimination Principle in General Contract Law, 3 ERCL 410-431 (2007).
- Vandenhoe, Wouter*: Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies, Antwerpen 2005.
- Verse, Dirk A.*: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, Tübingen 2006.
- Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle – ein Fall für das Pflichtangebot?, NZG 2009, 1331-1335.
- Vesting, Thomas*: Die Systemtheorie des Rechts, Jura 2001, 299-304.
- Rechtstheorie, München 2007.
- Vickers, Lucy*: Approaching Religious Discrimination at Work: Lessons from Canada, 20 Int'l. J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel. 177-200 (2004).
- Virelli, Louis J. III, /Leibowitz, David S.*: Federalism Whether They Want It or Not: The New Commerce Clause Doctrine and the Future of Federal Civil Rights Legislation after United States v. Morrison, 3 U. Pa. J. Const. L. 926-976 (2001).
- Vitzthum, Wolfgang Graf (Hrsg.)*: Völkerrecht, 4. Aufl., Berlin 2007 (zit.: Bearbeiter in: Vitzthum, Völkerrecht).
- Vogel, Hans-Gert*: Das Schuldverschreibungsgesetz – Gesetzgeberisches Fossil oder lebendes Kapitalmarktrecht?, ZBB 1996, 321-335.
- Volkman, Uwe*: Einführung in die Diskurstheorie des Rechts, JuS 1997, 976-981.
- von Danwitz, Thomas*: Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, 697-706.
- von der Crone, Hans Caspar/Wegmann, Paul Felix*: Wille und Willensreferenz im Vertragsrecht, ZSR 2007, 111-135.

- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 1 und 2, 6. Aufl., Baden-Baden 2003 (zit.: Bearbeiter in: von der Groeben/Schwarze).
- von der Pfordten, Dietmar: Rechtsethik, 2. Aufl., München 2011.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, Bd. I, 6. Aufl., München 2012 (zit.: Bearbeiter in: v. Münch/Kunig, GG).
- Vorenberg, Michael: The Thirteenth Amendment Enacted, in: Harold Holzer/Sara Vaughn Gabbard (Hrsg.), Lincoln and Freedom, Carbondale 2007, 180-194.
- Waas, Bernd: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, ZESAR 2012, 7-13.
- Wachler, Ludwig: Zur rechtlichen Stellung der Frauen, Breslau 1869, wiederabgedruckt in: Stephan Meder/Arne Duncker/Andrea Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, Köln u.a. 2010, 842-862.
- Wackerbarth, Ulrich: Die Vermeidung einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme aus dem AGG (zivilrechtlicher Teil), ZIP 2007, 453-461.
- Waddington, Lisa: Case C-13/05, Chacón Navas v. Eurest Collectividades SA, judgement of the Grand Chamber of 11 July 2006, 44 CMLR 487-499 (2007).
- Protection for Family and Friends: Addressing Discrimination by Association, 5 Eur. Anti-Disc. L. Rev. 13-22 (2007).
- Breaking New Ground: The Implications of Ratification of the UN Convention of the Rights of Persons with Disabilities for the European Community, in: Oddny Mjöll Arnardóttir/Gerard Quinn (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Leiden 2009, 111-140.
- Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, 46 CMLR 665-681 (2009).
- Waddington, Lisa/Bell, Mark: More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives, 38 CMLR 567-611 (2001).
- Waddington, Lisa/Lawson, Anna: Disability and non-discrimination law in the European Union, 2009, <http://www.migpolgroup.org/public/docs/Disabilitynon-discriminationlawEU.pdf> (zuletzt besucht: 31.12.2012).
- Wade, Wayne Craig: The Fiery Cross: The Ku Klux Klan in America (1987), New York 1998.
- Wagner, Christian: Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf, ZRP 2005, 136-137.
- Wagner, Gerhard: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352-476.
- Gesetzliche Schuldverhältnisse, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, München 2007, 181-252.
- Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Uwe Blaurock/Günter Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2010, 13-84.
- Wagner, Gerhard/Potsch, Nicolas: Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, JZ 2006, 1085-1100.
- Wahl, Rainer: Die Schwebelage im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedstaaten, Der Staat 48 (2009), 587-614.
- Walker, Wolf-Dietrich: Der Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG, NZA 2009, 5-11.
- Walt, Steven: Eliminating Corrective Justice, 92 Va. L. Rev. 1311-1324 (2006).
- Waltermann, Raimund: Altersdiskriminierung, ZfA 2006, 305-325.

- Bemerkungen zu den Rechtssachen Mangold und Palacios de la Villa, in: Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. v. Horst Konzen/Sebastian Krebber/Thomas Raab/Barbara Veit/Bernd Waas, Tübingen 2008, 915-928 (zit.: FS Birk).
- Fehlentwicklung in der Leiharbeit, NZA 2010, 482-487.
- Unanwendbarkeit des nationalen Rechts bei Verstoß gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung – Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rechtssache Küçükdeveci, EuZA 2010, 541-552.
- Wesentliche Aussagen des Gutachtens zur Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, NZA 2010, 860-865.
- Walzer, Michael*: Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality, New York 1983.
- Wandt, Manfred*: Geschlechtsabhängige Tarifierung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2004, 1341-1346.
- Versicherungsvertragsrecht, 4. Aufl., Köln 2009.
- Wank, Rolf*: Der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission zur Leiharbeit und das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“, NZA 2003, 14-23.
- Warren, Samuel D./Brandeis, Louis D.*: The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193-220 (1890).
- Weber-Will, Susanne*: Geschlechtstvormundschaft und weibliche Rechtswohlthaten im Privatrecht des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, in: Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 452-459.
- Weber, Marianne*: Ehefrau und Mutter, Tübingen 1907.
- Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1972.
- Wechsler, Herbert*: Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 Harv. L. Rev. 1-35 (1959).
- Wedekind, Karl Ignaz*: Von dem besonderen Interesse des Natur- und allgemeinen Staats-Rechts durch die Vorfälle der neueren Zeiten, Heidelberg 1793.
- Welch, Finis*: Labor-Market Discrimination: An Interpretation of Income Differences in the Rural South, 75 J. Pol. Econ. 225-240 (1967).
- Weller, Marc Philippe*: Die Vertragstreue, Tübingen 2009.
- Welti, Felix*: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – Coleman, ZESAR 2009, 149-152.
- Wenckebach, Johanna*: „Bis unter den Vorstand, überhaupt kein Thema“, KJ 2011, 370-381.
- Wendeling-Schröder, Ulrike*: Der Prüfungsmaßstab bei Altersdiskriminierungen, NZA 2007, 1399-1405.
- Wendeling-Schröder, Ulrike/Stein, Axel* (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG).
- Wendt, Stephan/Schäfer, Frank*: Kontrahierungszwang nach § 21 I 1 AGG?, JuS 2009, 206-209.
- Wenzel, Joachim*: Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht, NJW 2005, 241-247.
- Der Bereich der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft, ZWE 2006, 462-470.
- Die Teilrechtsfähigkeit und die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft – eine Zwischenbilanz, ZWE 2006, 2-15.
- Werner, Fritz*: Die Mohren-Entscheidung des Kammergerichts zu Berlin (1780), JR 1967, 81-83.

- Wernsmann, Rainer: Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, 224-233.
- Wesseling, Anke: Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz, Diss., Bonn 2009.
- Westen, Peter: The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537-596 (1982).
- Speaking of Equality, Princeton 1990.
- Westermann, Harm Peter: Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008), 141-181.
- Weyer, Hartmut: Belieferungsansprüche bei Verstoß gegen Art. 81 EGV?, GRUR 2000, 848-858.
- Wheeler, Jacob D.: A Practical Treatise on the Law of Slavery, New York, New Orleans 1837.
- Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967.
- Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Franz Wieacker (Hrsg.), Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974, 36-54.
- Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: Franz Wieacker (Hrsg.), Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974, 9-35.
- Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, in: Franz Wieacker (Hrsg.), Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974, 55-78.
- Wiedemann, Gerhard (Hrsg.): Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008 (zit.: Bearbeiter in: Wiedemann, Hd. KartellR).
- Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht, Bd. I, München 1980.
- Anmerkung zu BAG, Urt. v. 17.11.1998, 1 AZR 147/98, RdA 2000, 97-99.
- Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, Tübingen 2001.
- Gerechtigkeit durch Gleichbehandlung, in: 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, hrsg. v. Hartmut Oetker/Ulrich Preis/Volker Rieble, München 2004, 265-285 (zit.: 50 Jahre BAG).
- Gesellschaftsrecht, Bd. II, München 2004.
- Neuere Rechtsprechung zur Verteilungsgerechtigkeit und zu den Benachteiligungsverboten, RdA 2005, 193-200.
- Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – Mangold, AP Nr. 1 zu RL 2000/78/EG.
- Tarifvertrag und Diskriminierungsschutz – Rechtsfolgen einer gegen Benachteiligungsverbote verstößenden Kollektivvereinbarung, NZA 2007, 950-954.
- Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor: Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, 1234-1242.
- Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes, DB 2002, 463-470.
- Wielsch, Dan: Freiheit und Funktion, Baden-Baden 2001.
- Zugangsregeln, Tübingen 2008.
- Iustitia mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz, in: Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Gralf-Peter Callies/Andreas Fischer-Lescano/Dan Wielsch/Peer Zumbansen, Berlin 2009, 395-414 (zit.: FS Teubner).
- Wieneke, Laurenz: Emissionspublizität – Praktische Anforderungen und rechtliche Grenzen, NZG 2005, 109-115.

- Wiese, Günther: Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, JuS 1990, 357-362.
- Wiethölter, Rudolf: Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M 1968.
- Franz Böhm (1885-1977), in: Bernhard Diestelkamp/Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen an der Universität Frankfurt am Main, Baden-Baden 1989, 207-252.
- Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003, 13-21.
- Willemsen, Heinz-Josef/Schweibert, Ulrike: Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, 2583-2592.
- Williams, Donald B.: Selde v. Gillette Industries Ltd, 8 Ind. L. J. 263-266 (1980).
- Williams, William H.: Slavery & Freedom in Delaware 1639-1865, Wilmington 1996.
- Wimmer, Klaus (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Köln 2009 (zit.: Bearbeiter in: Wimmer, FK-InsO).
- Windel, Peter A.: Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz und seine Auswirkung auf die Abwicklung schwebender Austauschverträge, Jura 2002, 230-235.
- Lebensformen – Status – Personenstand: Grundlagen und Probleme, StAZ 2006, 125-133.
- Der Beweis diskriminierender Benachteiligungen, RdA 2007, 1-8.
- Winkler, Roland: Die Grundrechte der Europäischen Union, Wien 2006.
- Winkler, Viktor: Dubious Heritage: The German Debate on the Antidiscrimination Law, 14 Transnat'l L. & Contemp. Problems 1007-1026 (2005).
- Winston, Judith A.: Mirror on the Wall: Title VII, Section 1981, and the Intersection of Race and Gender in the Civil Rights Act of 1990, 79 Cal. L. Rev. 775-805 (1991).
- Wintemute, Robert: Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes, 60 Modern L. Rev. 334-359 (1997).
- When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?, 27 Ind. L. J. 23-36 (1998).
- Wiórek, Piotr Marcin: Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, Baden-Baden 2005.
- Wisskirchen, Gerlind: Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, Berlin 1994.
- Witte, Samuel Simon: Ueber die Schicklichkeit der Aufwandsgesetze. Eine Beantwortung der darüber durch die Aufmunterungs-Gesellschaft zu Basel im Jahre 1780 aufgegebenen Preisfrage, Leipzig 1782.
- Wittreck, Fabian: Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, Tübingen 2008.
- Wolf, Ernst: Anleitung zum Lösen zivilrechtlicher Fälle, JuS 1962, 101-105.
- Wolf, Manfred: Gleichbehandlungsgrundsatz und privatrechtliches Teilhaberecht, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Fritz Baur/Josef Esser/Friedrich Kübler/Ernst Steindorff, Tübingen 1974, 597-619 (zit.: FS Raiser).
- Selbstbestimmung durch vertragliches Abschlussrecht, JZ 1976, 41-45.
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012.
- Wolff, Christian: Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), 2. Aufl., Halle 1769.

- Wolff, Martin*: Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, Tübingen 1923, 1 (zit.: FG Wilhelm Kahl).
- Wolfrum, Rüdiger*: Das Verbot der Rassendiskriminierung im Spannungsfeld zwischen dem Schutz individueller Freiheitsrechte und der Verpflichtung des einzelnen im Allgemeininteresse, in: Kritik und Vertrauen – Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Erhard Denniger/Peter O. Hinz/Peter Cornelius Mayer-Tasch/Gerd Roellecke, Frankfurt a.M 1990, 515-527 (zit.: FS Schneider).
- Der völkerrechtliche Schutz religiöser Minderheiten und ihrer Mitglieder, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, Berlin 2001, 53-72.
 - Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin 2003, 215-231.
- Woodward, C. Vann*: The Case of the Louisiana Traveler, Quarrels That Have Shaped the Constitution 1964, <http://www.soc.umn.edu/~samaha/cases/van%20woodward,%20plessy.htm> (zuletzt besucht: 31.12.2012).
- The Strange Career of Jim Crow (1955), Nachdruck New York 2002.
- Wrase, Michael*: Gleichheit unter dem Grundgesetz und Antidiskriminierungsrecht, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2006, 78-98.
- Wrase, Michael/Baer, Susanne*: Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung – ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?, NJW 2004, 1623-1627.
- Wymeersch, Eddy*: Übernahmeangebote und Pflichtangebote, ZGR 2002, 520-545.
- Yoshino, Kenji*: Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of „Don't Ask, Don't Tell“, 108 Yale L.J. 485-571 (1998).
- Covering, 111 Yale L.J. 769-939 (2002).
 - The New Equal Protection, 124 Harv. L. Rev. 747-803 (2011).
- Young, Iris Marion*: Justice and the Politics of Difference, Princeton 1990.
- Zedler, Marc Alexander*: Das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Europarechts: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 22.11.2005, C-144/04 – Mangold/ Helm, GPR 2006, 151-155.
- Zeiller, Franz von*: Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Österreichischen Erbstaaten, Wien 1806.
- Das natürliche Privat-Recht, 3. Aufl., Wien 1819.
- Zetzsche, Dirk*: Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft, Köln 2006.
- Zöllner, Wolfgang*: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963.
- Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), 221-246.
 - Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln? (Gutachten D), in: Ständige Deputation Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentags, Wiesbaden, 1978, Bd. I, München 1978, D 1.
 - Die politische Rolle des Privatrechts, JuS 1988, 329-336.

- Zivilrecht und Zivilrechtswissenschaft im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988), 85-100.
 - Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1-36.
 - Privatrecht und Gesellschaft, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Tübingen 2007, 53-74.
- Zuleeg, Manfred*: Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu beruflichen Tätigkeit, RdA 1984, 325-332.

Für die deutschen Abkürzungen wird verwiesen auf: *Kirchner, Hildebert/Pannier, Dietrich*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl., Berlin 2008; für die abgekürzt zitierte englischsprachige Literatur auf: *The Bluebook: A Uniform System of Citation*, 19th ed., Cambridge (Mass.), 2010.