

man bestimmte Bereiche aus seinem Anwendungsbereich ausklammert, immuniert 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 führt 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 Diskriminierungsverböten. 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“ röhren 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 orientationssuchenden 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. Repgen, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 14.

302 Das gilt insbesondere für den Beitrag von Repgen, 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 Böhm*³⁰⁴ 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.