

dass man den Ehe- und Familienbegriff strikt gleichheitsbezogen interpretiert.<sup>327</sup> Die seit 1953 bis heute in mehreren Stufen verlaufene Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Rechtfertigungsanforderungen von Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts<sup>328</sup> 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 Inkohärenzen<sup>329</sup> 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.<sup>330</sup> 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“<sup>331</sup> 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.<sup>332</sup> 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.<sup>333</sup> 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.“<sup>334</sup> Was damit eigentlich gemeint ist, kann man bei *Hegel* nachlesen. Der Mensch ist im Recht „Person“ und zugleich, als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, „Bürger“.<sup>335</sup> 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*“.<sup>336</sup> Dieses „System der Bedürfnisse“ ist nichts anderes als der Markt. *Hegel* rezipierte hier<sup>337</sup> die Klassiker der modernen Ökonomie, *Adam Smith* und *David Ricardo*.<sup>338</sup> 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.<sup>339</sup> Die Standesgesellschaft verhinderte diese gegenseitige Bedürfnisbefriedigung, war also eine Barriere einer auf Wettbewerb basierenden Wirtschaftsordnung.<sup>340</sup> 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.<sup>341</sup> 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.<sup>342</sup> 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“<sup>343</sup> 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.<sup>344</sup> Gleichheitsorientierung und Personenauffassung sind unlösbar miteinander verknüpft.<sup>345</sup> Jeder Mensch ist als Person ein Rechtssubjekt,<sup>346</sup> das zur Konstruktion von Rechtsverhältnissen gebraucht wird<sup>347</sup> 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“.<sup>348</sup> Er fuhr fort:

342 Bejahend *Reppen*, 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 *Hattenbauer*, 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.“<sup>349</sup>

Bereits diese frühe Passage hebt hervor, was sich beim späteren *Puchta* noch deutlicher zeigen wird: Die Gleichheit blieb inhaltlich streng auf die Freiheit bezogen.<sup>350</sup> *Puchta* baute ein System der Freiheit, nicht der Gleichheit.<sup>351</sup> 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.<sup>352</sup> Es „würde eine Zerstörung des Rechts selbst sein“, wenn es grundsätzlich auf das individuelle Wohl – und damit auf die individuellen Ungleichheiten – Rücksicht nehmen würde.<sup>353</sup> 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. Wohlgermerkt, 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.“<sup>354</sup>

Das ist die Aufgabe der Billigkeit, die *Puchta* versteht als „Berücksichtigung der Individualität in den Personen und Verhältnissen.“<sup>355</sup> Diese Berücksichtigung kann entweder im Recht selbst erfolgen oder als Ausnahme bzw. „Rechtswohlthat“ von außen an das Recht herangetragen werden.<sup>356</sup> Seinem Verständnis von der Funktion der Privatrechtswissenschaft folgend,<sup>357</sup> 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.<sup>358</sup> 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 ein dem Privatrecht von außen aufgedrängte „Rechtswohltat“ handelt.<sup>359</sup>

### 3. Ein zweites Gleichheitsproblem

Mit dem Grundsatz der allgemeinen Rechtsgleichheit jeder Person ist das Privatrecht im Ausgangspunkt durchaus diskriminierungsfeindlich angelegt:<sup>360</sup> 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.“<sup>361</sup> Das gleiche Privatrecht ist also blind für die Individualität des Einzelnen. „Die Person ist die Maske der Gleichheit“.<sup>362</sup> 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“<sup>363</sup> 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.“<sup>364</sup>

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.<sup>365</sup> 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 regelmäßig 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.<sup>366</sup> 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“.<sup>367</sup> 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?“<sup>368</sup>*

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.<sup>369</sup> Das haben die Zeitgenossen um 1800 deutlich erkannt.<sup>370</sup> Wenige haben es so deutlich ausgesprochen wie *Fries* in seiner gleichheitsrechtlichen Rechtskonzeption.<sup>371</sup> 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] Vertheilung 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.“<sup>372</sup> „The pursuit of happiness“ der *Declaration of Independence* 1776<sup>373</sup> klingt hier wohl nach. Die für *Fries* einzig geeignete Privatautonomie als Verteilungsmechanismus<sup>374</sup> führte zu Ungleichheit, die er glaubte, mit dem „Unterschied von Ruhe und Geschäftigkeit im Leben des Einzelnen“<sup>375</sup> begründen zu können.<sup>376</sup> 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.<sup>377</sup> 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.<sup>378</sup> Spätestens damit wurde die „soziale Frage“ auch zur Aufgabe des Rechts.<sup>379</sup> 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 Zeit<sup>380</sup> prägte Geschichtsbilder.<sup>381</sup> 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 hineinreichende<sup>382</sup> Feststellung, das Reichsgericht habe im 20. Jahrhundert „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“.<sup>383</sup> 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.<sup>384</sup> 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 Freiheitsproblems<sup>385</sup> 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“<sup>386</sup> 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; *Duue* 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 verknüpft im Wesentlichen auch in der 1. Aufl. des Pandektenlehrbuchs wieder, vgl. *Puchta*, Lehrbuch der Pandekten 1838, 27.



illusorisch“.<sup>387</sup> 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.“<sup>388</sup>

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 sichtbar<sup>389</sup>. Und mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der *Rs. Defrenne II* im Jahre 1976<sup>390</sup> war es letztlich ein Gleichheitsgrundrecht (Art. 119 EWGV), das der Forderung im Privatrecht zum Durchbruch verhalf.<sup>391</sup>

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.<sup>392</sup> 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.<sup>393</sup> 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*, Grenzzlinien 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 gescheiterter<sup>394</sup> und erst seit Mitte des 20. Jahrhunderts erfolgreicher Versuch,<sup>395</sup> 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.<sup>396</sup> Die Einschränkung klassischer Freiheiten in der Sozialsphäre wird also traditionell „auf die Interferenz *anderer* Rechtsprinzipien (wie sozialer Gerechtigkeit oder sozialer Verantwortung) zurückgeführt“<sup>397</sup> und damit als Störung der Eigenrationalität des Privatrechts<sup>398</sup> 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“<sup>399</sup> 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 *Georg III* (1738-1820) gerichtete Forderung.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Unmittelbares Vorbild der *Declaration* ist die *Virginia Bill of Rights* vom 12.6.1776.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Die Frau war personenrechtlich nicht dem Mann gleichgestellt und alle Kolonien kannten und akzeptierten die Sklaverei Schwarzer.<sup>5</sup> Die Unabhängigkeitserklärung schweigt über die Sklaverei. Sie wich inso-

1 *Dann*, 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 Problemkreis 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.