

§ 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 rechts 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 Stathierarchien 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. Jahrhunderts 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 *Reppen*, Antidiskriminierung, in: Isensee, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, 11, 14.

35 *Singer*, GS Zichert, 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 Jüngerer 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 verpönter 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 Präsumption 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 berechtigte 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.

