

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 übergebenen 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 übergebenen 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 Marktakteure 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 Gerechtigkeitsskonzeption. 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 Leiharbeitsgeber im Blick, bereitet es „dem juristischen Verständnis Schwierigkeiten“, ihn zu verpflichten, seine Leiharbeitnehmer so zu vergüten, wie der Entleiher seine Stammbesellschaft 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.