

§ 1 Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit

I. Der Vorrang der personalen Freiheit im klassischen Privatrechtsverständnis

1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Steuerungsinstrument hoheitlicher Beziehungen

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

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

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

3 *Huster*, EuR 2010, 325.

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

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

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

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

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

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

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

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

9 Hervorhebung hinzugefügt.

10 Zu abweichenden Ansichten siehe unten § 6 II 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22 Näher dazu unten § 8 III 3.

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

2. Privatautonomie als Steuerungsinstrument privatrechtlicher Beziehungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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