

normative Entscheidung. Die sich daran anschließende Frage, ob das Recht das dafür geeignete Instrumentarium bietet oder ob man diese Aufgabe der Gesellschaft überlassen soll, ist allerdings keine rein ökonomische mehr, sondern wieder eine genuin politische. Schwieriger fällt von diesem Standpunkt aus die Beurteilung statistischer Diskriminierung, weil sie ein Informationsdefizit auszugleichen scheint und damit zu durchaus effizienten Ergebnissen führt. Dennoch werden auch aus ökonomischer Perspektive gute Gründe für ein teilweises Verbot geltend gemacht: statistische Diskriminierung bewirke eine sich selbst erfüllende Prophezeiung, sie führe zu unzutreffenden Ergebnissen in den Fällen statistischer Fehlannahmen, sie basiere auf falschen Stereotypen und führe zur ineffizienten Ressourcenallokation. Insgesamt bleibt das Bild diffus. Das liegt nicht zuletzt daran, dass in dieser Debatte auch über den Stellenwert des Effizienzkriteriums zu entscheiden ist. Sie muss daher im Zusammenhang mit den politischen Konzeptionen von Freiheit und Gleichheit und der Dichotomie Staat und Gesellschaft geführt werden.

IV. Gleichbehandlung und Grundrechtsunmittelbarkeit im Privatrechtsverkehr

1. Die Suche nach dem Geltungsgrund

Das Prinzip der personalen Gleichheit erklärt als heuristisches Modell die Funktionsweise und die Legitimationsgrundlagen einfachgesetzlicher Gleichbehandlungspflichten.¹ Diese tragen ihren Geltungsgrund jeweils in sich. In seiner Funktion als beschreibendes Modell konnte das Prinzip daher auf den Nachweis eines selbstständigen Geltungsgrunds verzichten. Stattet man das Prinzip mit einer normativen Funktion aus, muss man sich die Frage nach dem Geltungsgrund stellen.² Das ist die klassische Herausforderung jeder Geltungsbehauptung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Selbst wenn man einer „prozeduralen Theorie des allgemeinen Rechtsgrundsatzes“³ folgt, kommt man an den Punkt, wo das vorgeschlagene Verfahren der Rechtsgewinnung einen substantiellen Anker braucht.⁴ Das ist der neuralgische Ort richterlicher Rechtsfindung *und* Rechtsbegründung⁵ bezogen auf einen privatrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Es geht um nichts weniger als die Frage seiner Geltung als Rechtsnorm. Damit erklärt sich die hier vorgenommene methodische Trennung der verschiedenen Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit.⁶ Die Unterscheidung eines deskriptiven und

1 Zu den Funktionen des Prinzips vgl. oben § 7 I 2 a).

2 Siehe dazu oben § 7 I 2 a) (3).

3 Metzger, *Extra legem, intra ius*, 2009, 25 ff.

4 Siehe dazu eingehend oben § 7 I 2 c).

5 Näher zur Paradoxie richterlichen Entscheidens zwischen Kognition und Dezision Fischer-Lescano/Christensen, *Der Staat* 44 (2005), 213 ff.

6 Siehe oben § 7 I 2.

normativ wirkenden Prinzips beruht auf rechtstheoretischen Prämissen. Das Prinzip personaler Gleichheit ist nämlich eine „*primary rule*“:⁷ Du sollst eine andere Person nicht ungleich behandeln, ohne dass es dafür sachliche Gründe gibt. Diese Verhaltensregel ist nicht zwingend „Recht“. Sie kann auch eine Konsequenz aus einem Prinzip politischer Gerechtigkeit sein, über dessen moralische Geltung zwischen privaten Akteuren in der Privatrechtsgesellschaft trefflich gestritten wird.⁸ Eine Geltung als „Recht“ liegt dann vor, wenn es eine *secondary rule*, eine, wie Hart formulierte, *rule of recognition* gibt, aus der die Verbindlichkeit dieser *primary rule* für die Angehörigen einer bestimmten Rechtsordnung folgt.⁹ Dass es diese *rule of recognition* für die in § 5 dargestellten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze und das in § 6 behandelte spezielle Nichtdiskriminierungsrecht gibt, steht außer Frage. Ungeklärt ist lediglich, worin genau der jeweilige Geltungsgrund liegt.

Am wenigsten Probleme bereitet die Frage nach dem Geltungsgrund dem speziellen Nichtdiskriminierungsrecht: Es kann sich auf eindeutige Rechtsgrundlagen im nationalen und im Unionsrecht stützen. Deutlich größere Schwierigkeiten haben die verschiedenen Ausprägungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. So sei der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz auf verschiedene allgemeine Prinzipien zurückzuführen,¹⁰ die sich gegenseitig ergänzten und zu einem allgemeinen privatrechtlichen¹¹ Rechtsgrundsatz führten, der mittlerweile gewohnheitsrechtliche Geltung habe.¹² Daneben werden eine ganze Reihe genuin privatrechtlicher Begründungen versucht, die jeweils erheblichen Einschränkungen ausgesetzt sind.¹³ Überzeugen kann dagegen ein Ansatz, der sich in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durchzusetzen scheint: Nachdem es bereits den Inhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ständiger Rechtsprechung aus Art. 3 Abs. 1 GG entnommen hat – nämlich die *prima facie* Pflicht zur Gleichbehandlung – findet sich in aktuellen Entscheidungen der knappe Hinweis, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz die privatrechtliche Ausprägung des in Art. 3 Abs. 1 GG statuierten Gleichheitssatzes sei.¹⁴ Die Geltungsfrage beim verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hat sich mit § 53a AktG streng genommen nur für die Aktiengesellschaft erledigt. Gleichwohl ist er als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt,

7 Zu Begriff und Funktion dieser *primary rules* in der Erklärung des Rechtsbegriffs siehe Hart, *The Concept of Law*, 1994, 79 ff.

8 Dazu oben § 8 III 2.

9 Hart, *The Concept of Law*, 1994, 79 ff, 100 ff.

10 Preis, *Arbeitsrecht*, 2012, 441.

11 Schmidt in: *Erfurter Kommentar*, Art. 3 Rn. 29.

12 Boemke, *NZA* 1993, 532, 536; Müller-Glöge in: *MünchKomm-BGB*, § 611 Rn. 1122; Preis in: *Erfurter Kommentar*, § 611 BGB Rn. 574.

13 Siehe dazu die Diskussion oben § 5 I 3.

14 Dazu oben § 5 I 3 d).

wobei die Begründungsansätze dafür im Einzelnen sehr variieren.¹⁵ Inhaltlich sieht man „strukturelle Parallelen“¹⁶ zwischen Art. 3 Abs. 1 GG und § 53a AktG und will die Maßstäbe verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsprüfung auch im Gesellschaftsrecht fruchtbar machen.¹⁷ Wie schon der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sei der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ein genuin privatrechtlicher Rechtssatz, dessen Inhalt maßgeblich vom Verfassungsrecht bestimmt würde, ohne Ausdruck einer privatrechtlichen Wirkung des Art. 3 Abs. 1 GG zu sein. Das überzeugt nicht. Konsequenter ist es, auch im Verbandsrecht den weiteren Schritt zu machen und den Grundsatz als Ausdruck der Grundrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu sehen. Differenzierter fällt die Beurteilung im Unionsrecht aus. Das Primärrecht kennt keinen an den Mehrheitsaktionär adressierten Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeinen (verfassungsrechtlichen) Rechtsgrundsatz des Unionsrechts.¹⁸ In der Sache zielt die vom Gerichtshof gegebene Begründung nur gegen eine Ableitung einer *kapitalmarktrechtlichen* Gleichbehandlungspflicht von Aktionären untereinander. Damit ist nichts über den klassisch verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im Verhältnis von Verband und Gesellschafter gesagt.¹⁹ Für das Kapitalmarktrecht hat der Gerichtshof im Ergebnis eine primärrechtliche Grundlage der Gleichbehandlungspflicht verneint. Ein solcher Grundsatz setzt gesetzgeberische Entscheidungen voraus, die auf der Abwägung der in Rede stehenden Interessen und im Vorhinein festgelegten klaren und detaillierten Regeln beruhen, und kann daher nicht aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet werden.²⁰ Im Kapitalmarktrecht gibt es eine ganze Reihe einzelner und jeweils bereichsspezifischer Gleichbehandlungspflichten, die eine sekundärrechtliche Grundlage haben und im nationalen Recht umgesetzt sind.²¹ Ein allgemeines kapitalmarktrechtliches Gleichbehandlungsprinzip hat sich dagegen nicht durchgesetzt.²² Bei wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungspflichten hat sich die Frage aufgrund ihrer ausdrücklichen Verankerung in Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB nicht gestellt.²³ Ähnliches gilt für die einfachgesetzlichen Grundlagen des speziellen Kontrahierungszwangs.²⁴ Dagegen besteht beim allgemeinen Kontrahierungszwang ein Legitimationsbedürfnis, dem regelmäßig freiheitsrechtlich und

15 Einzelheiten oben § 5 II 3 b).

16 Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 9.

17 Henze/Notz in: Großkomm. AktG, Rn. 11; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 15; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 9; *Hüffer* in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 3.

18 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823.

19 Siehe dazu oben § 5 I 3 a).

20 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 62.

21 Dazu oben § 5 III.

22 Siehe oben § 5 III 6.

23 Siehe oben § 5 IV 1.

24 Dazu § 5 VI 1.

sozialrechtlich Rechnung getragen wird. Dagegen halte ich eine gleichheitsrechtliche Argumentation für überzeugender, die sich letztlich auf eine Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG stützen kann.²⁵ Diese Rückführung auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz als den eigentlichen Geltungsgrund von privatrechtlichen Gleichbehandlungspflichten bietet sich auch für die zahlreichen Ungleichbehandlungen bei Personenmehrheiten an.²⁶ Deutlich wird das vor allem im Insolvenzverfahren, bei dem man die Bindung an Gleichbehandlungsgrundsätze des privaten Insolvenzverwalters und der Gläubigerorgane letztlich mit der Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG erklären kann.²⁷

Wer eine normative Funktion des Prinzipz personaler Gleichheit behauptet und es als selbstständigen Geltungsgrund eines Gleichbehandlungsgebots auffasst, muss mit erheblicher Kritik rechnen. Nach *Axel Metzger* sind die „Anwendungsbereiche der Gleichbehandlung im Privatrecht insgesamt zu vielgestaltig [...], um von einem einheitlichen Gleichbehandlungsgrundsatz im europäischen Privatrecht zu sprechen.“²⁸ Auch *Jürgen Basedow* verneint eine eigenständige operative Bedeutung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes²⁹ und des ungeschriebenen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes³⁰ im europäischen Privatrecht. Möglich sei allenfalls eine Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die auf einem induktiven Rechtsschluss aus Rechtsregeln nationaler, supranationaler und internationaler Provenienz beruhen.³¹ Gleichbehandlungsgebote könnten nur „in Frage kommen, wenn entweder die Vertragsfreiheit wegen Marktversagen nicht zur vollen Entfaltung gelangt oder gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote Einschränkungen der Vertragsfreiheit verlangen“.³² Das sei bei der, über die *lex lata* hinausgehende, Ableitung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote nicht der Fall: Sie seien im Ausgangspunkt mit dem marktwirtschaftlichen Modell der Union unvereinbar.³³ Das ist der klassische Einwand gegen Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht. Ich sehe daher die Aufgabe dieser Arbeit darin, diesen Einwand mit der freiheitsrechtlichen Konzeption des Prinzipz personaler Gleichheit³⁴ zu entkräften: Gleichbehandlungspflichten sind so zu konzipieren, dass sie die unterschiedlichen Funktionen der Privatautonomie angemessen integrieren. Das räumt die Zweifel darüber nicht aus, ob das geltende Gleichbehandlungsrecht im europäischen Mehrebenensystem einen induktiven

25 Siehe § 5 VI 2 c).

26 Dazu § 5 II 1 b) und VII 1.

27 Dazu § 5 V 2 c).

28 Metzger, 75 *RabelsZ* (2011), 845, 880.

29 Basedow, ZEuP 2008, 230, 244.

30 Basedow, FS Hopt, (Bd. I), 2010, 35 f.

31 Basedow, FS Hopt, (Bd. I), 2010, 36.

32 Metzger, 75 *RabelsZ* (2011), 845, 880.

33 Basedow, ZEuP 2008, 230, 249.

34 Dazu oben § 7 IV 3 a) und – zum Fundament in der juristischen Theorie der Gerechtigkeit als Gleichheit – oben § 8 II 4 c).

Schluss rechtfertigt oder ob Gleichbehandlungspflichten Privater deduktiv aus den unions- und verfassungsrechtlichen Gleichheitsgewährleistungen folgen. Ich halte es für möglich, dass man diesen Nachweis auf der Grundlage des hier vorgeschlagenen Modells erbringen kann.³⁵

Ob dem Prinzip der personalen Gleichheit eine normative Funktion zukommt, hängt davon ab, ob es auch dafür eine *rule of recognition* gibt. Die Antwort darauf basiert auf einer weiteren Prämisse: Kann sich eine *rule of recognition* nur aus sozialen Konventionen³⁶, etwas als Recht zu behandeln bzw. auf Grundlage einer „Grundnorm“ ergeben³⁷ oder ist es möglich, unter Rückgriff auf eine außerrechtliche Konzeption der Gerechtigkeit als Gleichheit ein allgemeines Rechtsprinzip der Gleichbehandlung als Bestandteil des geltenden Rechts zu entwickeln³⁸? Axel Metzger hat die Rechtsgeltung allgemeiner Rechtsgrundsätze alternativ sowohl auf Grundlage eines positivistischen als auch eines nicht-positivistischen Rechtsbegriffs bejaht.³⁹ Das Problem stellt sich in besonderer Weise bei der „Geltung von Rechtsgrundsätzen jenseits der klassischen Rechtsquellen“⁴⁰. Es verliert an rechtstheoretischer Schärfe, sobald sich in einer Rechtsordnung Transformationsnormen des positiven Rechts finden lassen, die geeignet sind, außerrechtliche Inhalte in das Recht zu übersetzen.⁴¹ Mit den verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Verankerungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes bestehen solche Normen, deren „open texture“ es erlaubt oder einen sogar dazu zwingt, nicht-rechtliche Inhalte ins Recht zu transformieren.⁴² Das ist für *state action* im Wesentlichen unbestritten. Gilt das aber auch gegenüber privaten Akteuren? Dieses Problem verlagert die Debatte um die Geltungsfrage von Gleichbehandlungspflichten Privater wieder auf die klassische Frage der (un)mittelbaren Grundrechtsbindung zurück.⁴³

Die Gleichbehandlungspflicht Privater war der Auslöser der deutschen „Drittwirkungsdebatte“.⁴⁴ Sie brachte und bringt immer noch den Konflikt zwischen der Privatautonomie und der horizontalen Grundrechtswirkung auf einen einfachen Nenner: Kann das staatsgerichtete Gleichbehandlungsgebot auch in privat-

35 Dezidiert verneinend dagegen Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 880.

36 Exemplarisch die Auffassung von Hart, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958); Raz, Authority of Law, 1979; Hoerster, NJW 1986, 2480 ff; Hart, The Concept of Law, 1994; Hoerster, Was ist Recht?, 2006.

37 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960; dazu kritisch aus rechtspositivistischer Sicht jüngst Hoerster, JZ 2008, 1023 ff sowie Paulson, JZ 2006, 529 ff.

38 Das ist der Kern nicht-positivistischen Denkens, vgl. Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, 14 ff, 46 ff; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983; Canaris, Feststellung von Lücken, 1983; Dreier, NJW 1986, 890 ff; Dworkin, Law's Empire, 1986; Dreier, Rechtslehre 1987, 368 ff; Bydlinski, Rechtsgrundsätze, 1988; Bydlinski, Juristische Methodenlehre, 1991, 177-298; Dreier, ARSP Beiheft 44 1991, 55 ff; Alexy, 2004; Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit, 2004, 144 ff.

39 Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 82 ff.

40 So lautet die Überschrift bei Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 74.

41 Zu den Voraussetzungen siehe oben § 8 III 2.

42 Vgl. statt vieler Huster in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 24.

43 Dazu oben § 4 I 2 und II 3.

44 Dazu oben § 4 I 2.

rechtlichen Beziehungen gelten? Die einfache Frage hat erstaunlich komplizierte Lösungsvorschläge hervorgebracht. Ich werde hier versuchen zu erklären, warum die unmittelbare Horizontalwirkung die mittlerweile anerkannte Grundrechtswirkung im Privatrecht als einziges Modell auch rechtstheoretisch angemessen beschreiben kann. Der differenzierte und im Vergleich zur deutschen Debatte entspanntere Umgang⁴⁵ mit Gleichbehandlungspflichten Privater im europäischen Kontext weist den methodischen Weg, wie man die unmittelbare Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr praktikabel machen kann. Das Prinzip personaler Gleichheit ist danach ein geeignetes Modell, um die verschiedenen grundrechtlichen Autonomiebereiche und Gleichbehandlungsansprüche privatrechtlich zu konkretisieren.

2. Das Problem der Horizontalwirkung

Mit der Horizontalwirkung der Grundrechte/Grundfreiheiten ist eine der zentralen Weichenstellungen der aktuellen Grundrechts- und Privatrechtsdiskussion angesprochen. Unter Horizontalwirkung verstehe ich deren (modifizierte) Geltung im Privatrechtsverhältnis unter Privatrechtsakteuren. Ich ziehe diesen Begriff der üblichen Beschreibung des Phänomens als „Drittwirkung“ vor⁴⁶, weil er das zu lösende Problem – die Grundrechtsbindung privater Akteure – neutral beschreibt. Private können nämlich nur dann „Dritte“ sein, denen gegenüber man die Wirkung von Grundrechten erstrecken oder gerade nicht erstrecken soll, wenn man einer klassisch-liberalen Theorie folgt, die in Grundrechten und Grundfreiheiten lediglich eine Rahmenordnung für den Staat bzw. das Verhältnis zwischen supranationaler Einheit und Staat sieht. Geht man dagegen davon aus, dass Grundfreiheiten und Grundrechte eine materiale Grundordnung *für alle* Rechtsbeziehungen sind, können Private nicht mehr „Dritte“ sein. Sie sind dann Träger subjektiver Rechte in originären Verfassungsrechtsverhältnissen. Dann muss man darüber streiten, wer aus diesen subjektiven Rechten verpflichtet wird: nur die Union bzw. der (Mitglied-) Staat oder auch der einzelne private Akteur? Die Literatur dazu ist ausufernd. Das gilt für die Horizontalwirkung der

⁴⁵ Dazu näher *Classen*, EuR 2008, 627, 638 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu statt vieler *Papier* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55 Rn. 1; *Langenbucher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: Langenbucher, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, 1, § 1 Rn. 32 ff.

Grundfreiheiten⁴⁷ ebenso wie die der Grundrechte auf Unionsebene⁴⁸, die in der EMRK geschützten Menschenrechte⁴⁹ und vor allem für die „Drittwirkungsdebatte“ im nationalen Recht⁵⁰.

Eine Horizontalwirkung verfassungsrechtlicher Gleichheitssätze ist Anathema für das klassische Privatrechtsverständnis: Der Grundsatz der Privatautonomie würde negiert, wenn man mit dem Gleichheitssatz für das private Rechtsgeschäft Ernst machen würde.⁵¹ Die flammendste Formulierung stammt immer noch von *Dürig*:

„Unser Zivilrecht würde einen nicht wieder gutzumachenden schweren Schaden erleiden, wenn folgende Ausgangserkenntnis jemals in Frage gestellt würde: Die primäre Entscheidung des Grundgesetzes für ein gegen den Staat gerichtetes generelles Freiheitsrecht (Art. 2 I), das auch Vorrang gegenüber Art. 3 hat, umschließt begrifflich auch die Freiheit dem Staat gegenüber, von ihm ungehindert in der unter gleichgeordneten Privaten bestehenden Verkehrs- und Tauschgerechtigkeit des Zivilrechts von Grundrechtssätzen, die für staatliches Handeln unabdingbar sind, abweichen zu können.“⁵²

Zugespitzt: Weil die Geltung von Art. 3 GG in Privatrechtsbeziehungen die Pflicht der privaten Akteure zur gegenseitigen Gleichbehandlung begründen würde, stünde es um diejenigen Formen des Privatrechts schlecht, die gerade auch private Willkür umfassen. „Die Ablehnung eines Heiratsantrages aus Gründen der Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen geriete in Kollision mit Art. 3 Abs. 3 GG“.⁵³ Das Beispiel perhorresziert. *Kriegler, J.* hat in seiner *dissenting opinion* in *Du Plessis v. De Klerk*, dem *leading case* zur Horizontalwirkung im südafrikani-

47 Siehe dazu statt vieler *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1 – Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rn. 317 ff; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 631 ff; *Herresthal*, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177 ff; *Kingreen* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, 743 ff; *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424 ff; *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, 2010, 81 ff, 291 ff, 351 ff.

48 *Cherednychenko*, 2 Eur. Rev. Priv. L. 489 (2006); *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, 162 ff, 214 ff; *Ehlers* in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 7 Rn. 50 ff; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4 – Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 279 ff; *Seifert*, EuZW 2011, 696, 700 ff; *Huber*, NJW 2011, 2389 f; speziell zum Gleichbehandlungsgebot *Odendahl* in: Heselsch/Nowak, Hdb. EU-Grundrechte, § 43 Rn. 11, § 44 Rn. 10 ff.

49 *Ellger*, The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 161 ff; *König/Peters* in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 21 Rn. 87 ff; *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489 ff; *Seifert*, EuZW 2011, 696, 698 ff.

50 Statt vieler *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff; *Hager*, JZ 1994, 373 ff; *Oeter*, AöR (119) 1994, 529 ff; *Diederichsen*, Jura 1997, 57 ff; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 ff; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, 413 ff; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 227 ff; *Papier* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, 222 ff; *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 ff.

51 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 22.

52 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 158 f (Hervorhebungen im Original). Eingehend zu *Dürigs* Einfluss auf die Entwicklung – oder besser: Nicht-Entwicklung – des Gleichbehandlungsrechts in Deutschland oben § 4 I 2 c).

53 *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 337.

schen Verfassungsrecht – in dem die deutsche Drittwirkungsdebatte intensiv rezipiert wurde⁵⁴ – das zu solcher Kritik Notwendige gesagt:

„The second point concerns a pervading misconception held by some and, I suspect, an egregious caricature propagated by others. That is that so-called direct horizontality will result in an Orwellian society in which the all-powerful state will control all private relationships. The tentacles of government will, so it is said, reach into the marketplace, the home, the very bedroom. The minions of the state will tell me where to do my shopping, to whom to offer my services or merchandise, whom to employ and whom to invite to my bridge club. That is nonsense. What is more, it is malicious nonsense preying on the fears of privileged whites, cosseted in the past by laissez faire capitalism thriving in an environment where the black underclass had limited opportunity to share in the bounty. I use strong language designedly. The caricature is pernicious, it is calculated to inflame public sentiments and to cloud people's perceptions of our fledgling constitutional democracy. “Direct horizontality” is a bogeyman.“⁵⁵

Eine sachlich formulierte Kritik ist dagegen von der berechtigten Sorge getragen, wie man Privatautonomie, Vertragsfreiheit und Testierfreiheit als Ausdruck selbstbestimmter Präferenzensetzung im Recht beibehalten kann, wenn sie sich am Gleichbehandlungsgrundsatz messen lassen müssen, der solche subjektiven Präferenzen doch ausschließt.⁵⁶ Die Geltung der Gleichheitsgrundrechte im Horizontalverhältnis würde es dem Recht versagen, die Kommunikationsergebnisse anderer Teilsysteme anzuerkennen. Privatautonomie „ermächtigte nicht zur selbstverantwortlichen Gestaltung der eigenen Lebensverhältnisse, sondern lediglich zur Freiheit in der tatsächlichen Lebensführung, solange Dritte keinen Anstoß daran nehmen und die Gerichte anrufen.“⁵⁷ Weil dieses Ergebnis untragbar sei, *dürften* verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze im Privatrecht nicht gelten. Gegen diese These sind zwei Einwände zu erheben: (1.) Sie ist im Kern zirkulär: Die Privatautonomie wird mit einer ganz bestimmten formal-abstrakten Konzeption identifiziert und als Schutzgegenstand festgelegt, obwohl man genau über diesen Inhalt streiten müsste.⁵⁸ (2.) Sie unterstellt, dass die Geltung von Gleichbehandlungspflichten ohne weiteres das Ende der Privatautonomie mit sich bringt. Damit übersieht sie die nahe liegende Möglichkeit, dass die Ausübung privatautonomen Verhaltens einen sachlichen Grund für die ungleiche Behandlung bilden kann.⁵⁹

54 *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 [3] SA 850 Tz. 39 ff (Kentridge, AJ).

55 *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 [3] SA 850 Tz. 120 (Kriegler, J)(diss.).

56 Beispielhaft *Boysen* in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 50: „Denn wie der Gleichheitssatz als Begründungsgebot einer Abwägung mit der Privatautonomie zugänglich sein soll, die ja im Gegenteil ihren Träger gerade von allen Begründungspflichten in seinem Rechtskreis freistellt, ist schlechterdings nicht zu begründen.“

57 *Wagner*, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 75.

58 *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, 253 f.

59 Dazu vertiefend oben § 7 IV.

Im Grundsatz lassen sich vier Lösungsansätze der Horizontalwirkung von Gleichheitsgrundrechten unterscheiden:⁶⁰ (1.) das Nichtanwendungsmodell, das man trennen kann in (a) das weite Nichtanwendungsmodell auf Privatrecht oder (b) das eingeschränkte Nichtanwendungsmodell, das zwischen Privatrechtsgesetzgebung und Privatrechtsbeziehung trennt, (2.) das richterbezogene Eingriffsmodell, (3.) das indirekte Anwendungsmodell, das sich unterscheidet in (a) die „Ausstrahlungswirkung“ und (b) die Schutzpflichtenlehre und (4.) das unmittelbare Anwendungsmodell.

a) Nichtanwendungsmodell

Das weite Nichtanwendungsmodell sichert die „Selbstbehauptung des Privatrechts“ gegenüber der Verfassung⁶¹, indem es eine „Souveränität des Zivilrechts“ behauptet.⁶² Das würde in letzter Konsequenz auch bedeuten, dass der Privatrechtsgesetzgeber nicht an die Gleichbehandlungsgrundrechte gebunden ist. Das ist nach heute ganz überwiegender Auffassung nicht mit Art. 1 Abs. 3 GG vereinbar, der alle Staatsgewalt – und damit auch den Gesetzgeber, unabhängig von der Regelungsmaterie – bindet.⁶³ Diesen Einwand vermeidet das eingeschränkte Nichtanwendungsmodell. Grundlage dafür ist eine strikt abwehrrechtliche Konzeption der Gleichheitsrechte.⁶⁴ Danach regeln sie nur das Verhältnis des Privatrechtsakteurs zum Staat. Als ausschließlich staatsgerichtete Rechte schützen sie ihn nicht vor einer Ungleichbehandlung, die von anderen privaten Akteuren ausgeht. Daher verbieten sie auch keine diskriminierungsfrei ausgestalteten Regelungen, die es den Grundrechtsträgern ermöglichen, sich gegenseitig ungleich zu behandeln. „Private Ungleichbehandlung gerät mit den staatsgerichteten Gleichbehandlungsgeboten nicht in Konflikt. [...] Der Staat diskriminiert nicht, indem er nichtdiskriminierende Diskriminierungsmöglichkeiten für nicht grundrechtsgebundene Grundrechtsträger einräumt.“⁶⁵ Dieses Modell basiert auf einer Grundrechtstheorie, nach der sich die Bedeutung der Grundrechte darauf beschränkt, eine Rahmenordnung bereitzustellen.⁶⁶ Es ist unvereinbar mit einer Grundrechtstheorie, die in den Grundrechten den Ausdruck der rechtlichen Grundordnung der Gesellschaft insgesamt sieht. Diesen Schritt ist das Bundesver-

60 Vgl. dazu statt aller aus verfassungsvergleichender Perspektive *Barak*, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13 ff.

61 *Diederichsen*, Jura 1997, 57 ff; kritisch dazu *Neuner*, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 160, 165 f.

62 *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 209.

63 Eingehend dazu mit umfangreichen Nachweisen *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 212 f; *Hager*, JZ 1994, 373, 374 f; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 89 ff; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, 425 ff.

64 Vorgelegt von *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 337 ff.

65 *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 339, 341.

66 *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 ff; *Böckenförde*, Der Staat 43 (2003), 165, 186 f.

fassungsgericht in der *Lüth*-Entscheidung gegangen. Damit hat es sich dafür entschieden, die im Grundgesetz positivierten Gerechtigkeitsvorstellungen aus der einseitigen Staatsfixierung zu lösen und sie für das Rechtssystem insgesamt als verbindlich anzusehen.⁶⁷ Zugleich hat es die Grundlage für alle objektiven Dimensionen der Grundrechte gelegt. Eine Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis ist demgegenüber eine Regression.⁶⁸ Das käme in selektiver Weise den Privatrechtssubjekten zugute, die zum Freiheitsschutz nicht die Hilfe des Rechts benötigen.⁶⁹ Aus grundrechtsdogmatischer Sicht ist es gerade der vom eingeschränkten Nichtanwendungsmodell geforderte Rückzug der Grundrechte aus privaten Rechtsverhältnissen, der freiheitsrechtliche Gefahren aufwirft. *Poscher* will beispielsweise den *Dürig'schen* Judenfall⁷⁰ nur mit § 138 BGB lösen und macht die Entscheidung von empirischen Betrachtungen abhängig. Das ist möglich, aber genauso gut könnte man auf einen moralphilosophischen oder ökonomischen Begriff der Sittenwidrigkeit abstellen. *Poscher* zwingt den Rechtsanwender dazu, selbst einen geeigneten außerrechtlichen Maßstab für die Anwendung des § 138 BGB zu finden. Damit befreit das rein abwehrrechtliche Modell den Rechtsanwender von Bindungen, die ihm die Verfassung vorgeben würde.⁷¹ Es negiert die Entlastungsfunktion der Grundrechte, weil sie umstrittene Moralvorstellungen verrechtlicht und damit außer Streit gestellt haben.⁷² Schließlich trägt der Haupteinwand nicht: Die Grundrechtsgeltung zerstört nicht die Privatautonomie. Sie verlangt vielmehr, diese Freiheit als Begrenzungsfaktor von Gleichbehandlungsansprüchen anzusehen.⁷³ Es geht nicht um ein Entweder/Oder, sondern um ein Sowohl/Als auch.

b) Eingriffsmodell

Das richterbezogene Eingriffsmodell rechnet eine private Ungleichbehandlung dem Staat zu: Akzeptiert das Gericht in seinem Urteil die selbstbestimmte Entscheidung des privaten Akteurs, greift es damit in die Grundrechte des davon Betroffenen ein.⁷⁴ Als klassischer Fall dafür wird gerne *Shelley v. Kramer*⁷⁵ genannt. Das passt nicht recht: Verfassungswidrig war nicht ein Urteil gegen eine *unwillig*

67 *Grimm*, Zukunft der Verfassung, in: *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 221.

68 Eingehend dazu *Grimm*, Zukunft der Verfassung, in: *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, 221 ff.

69 *Hoffmann-Riem*, AöR 128 (2003), 173, 192.

70 Dazu oben § 4 I 2 c).

71 Zu diesem Aspekt bereits oben in der Diskussion zu *Nipperdey's* Grundrechtstheorie, § 4 I 2 b).

72 Zur Erleichterungsfunktion von Rechtsnormen *Raz*, 10 Legal Theory 1, 9 (2004).

73 Vgl. *Kumm*, 7 German L.J. 341, 362 (2006).

74 Siehe *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, 152 f., allerdings nur für die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG. Im übrigen fehle es an einem Zurechnungsgrund. Bezüglich des allgemeinen Gleichheitssatzes ist *Schwabe* also ein Vertreter des eingeschränkten Nichtanwendungsmodells, siehe S. 149 ff.

75 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

party; verfassungswidrig war es, eine privatautonome Beschränkung gegen den Vertragswillen beider Parteien durchzusetzen.⁷⁶ Das Modell geht von der These aus, dass Grundrechte nur gegen den Staat gelten, dann aber auch den Richter bei seinen Entscheidungen über privatrechtliche Streitigkeiten binden.⁷⁷ Damit wird, so der klassische Einwand, die Grundrechtsgeltung bei privatem Handeln nicht begründet, sondern vorausgesetzt: Art. 1 Abs. 3 GG binde die Staatsgewalten nur an die Grundrechte, soweit diese gelten.⁷⁸ Es geht also nicht um die Frage, ob der Richter gebunden ist – das ist er zweifellos – sondern darum, ob die Parteien des Rechtsstreits an die Grundrechte gebunden sind.⁷⁹ Das eigentliche Problem des richterbezogenen Modells ist seine Staatszentrierung.⁸⁰ Die Dreiecksrelation Privater-Staat-Privater wird auf zwei Relationen Staat-Privater reduziert.⁸¹ Damit strapaziert man einerseits die Verantwortlichkeit des Staates für Gefährdungshandlungen Dritter⁸² und entkleidet diese andererseits ihrer genuin privatenrechtlichen Natur⁸³. Im Ergebnis rechnet man dem Staat ein grundrechtsgefährdendes Verhalten zu, ohne die Grundrechtsgefährdung vorher im privaten Handeln verortet zu haben.

c) Indirektes Anwendungsmodell

Das indirekte Anwendungsmodell kann sich auf die Autorität des Bundesverfassungsgerichts stützen.⁸⁴ Das Grundgesetz „muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“⁸⁵ Zwar bleibt ein „Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts [...] materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentli-

⁷⁶ Dazu oben § 3 IV 2 c).

⁷⁷ Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 25.

⁷⁸ Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 51; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 18 mwN.

⁷⁹ Ladeur, FS G. Teubner, 2009, 543, 548.

⁸⁰ Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, 17 f.

⁸¹ Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, 50.

⁸² Papier in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55 Rn. 6; näher Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 417 ff.

⁸³ Dazu Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 262 f.

⁸⁴ Grundlegend BVerfGE 7, 198. Zum Urteil näher oben § 4 I 2 a); zur kontroversen Bewertung dieser Entscheidung siehe einerseits Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 ff und andererseits Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993, (passim).

⁸⁵ BVerfGE 7, 198, 205.

chen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.“⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht verortet die von ihm bezeichnete „Ausstrahlungswirkung“⁸⁷ in „denjenigen Vorschriften des Privatrechts [...], die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des *ordre public* – im weiten Sinne – bilden, d. h. der Prinzipien, die aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen verbindlich sein sollen und deshalb der Herrschaft des Privatwillens entzogen sind.“⁸⁸ Damit sind auch die Generalklauseln⁸⁹ gemeint, aber nicht nur diese.⁹⁰ Das Gericht folgte hier implizit der Argumentation *Dürigs*.⁹¹ Die privatrechtliche Eigenständigkeit wurde insoweit gewahrt, weil Verfassungsrechtsätze nicht unmittelbar im Privatrechtsverhältnis gelten. Das Privatrecht mediatisiert die grundrechtlichen Interessenkonflikte und das GG strahlt lediglich in dessen Auslegung und Rechtsfortbildung ein.⁹² Die privaten Akteure unterliegen keiner gegenseitigen Grundrechtsbindung.⁹³ Nur das Zivilrecht weist ihnen die Kompetenz zur Begründung subjektiver Rechte zu. Der nächste Schritt war aber von *Dürig* nicht vorgezeichnet worden: Der Richter hat zu prüfen, „ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflusst sind; trifft das zu, dann hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten.“⁹⁴ Tut er das nicht, verstößt er gegen die objektive Dimension des einschlägigen Grundrechts. Damit verletzt er zugleich ein subjektives Recht des Privatrechtsakteurs gerichtet auf Beachtung dieser objektiven Grundrechtsfunktion.⁹⁵ Diese Operation ermöglichte dem Gericht die verfassungsgerichtliche Kontrolle zivilgerichtlicher Entscheidungen. In der Sache aktivierte das Bundesverfassungsgericht Art. 5 Abs. 1 GG, um den Freiheitsraum Erich Lüths gegenüber einer Haftung wegen Boykotts aus § 826 BGB zu sichern.⁹⁶ Es instrumentalisierte ein Grundrecht, um die Reichweite eines privaten subjektiven Rechts zu beschränken. Damit legte es die verfassungsrechtliche Dimension des vom Privatrecht geregelten Interessenkonflikts offen: Es ging auf der einen Seite um die Meinungsfreiheit und auf der anderen Seite um die wirtschaftlichen Verwertungsinteressen und – dadurch mediatisiert – auch um die persönli-

86 BVerfGE 7, 198, 205 f.

87 BVerfGE 7, 198, 207.

88 BVerfGE 7, 198, 206.

89 BVerfGE 7, 198, 206.

90 Hervorgehoben von *Canaris*, AcP 184 (1984), 222 ff; anders aber *Ladeur*, FS G. Teubner, 2009, 543, 545.

91 Siehe oben § 4 I 2 c).

92 *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 183.

93 Dazu deutlich *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 202 ff.

94 BVerfGE 7, 198, 206.

95 Vgl. BVerfGE 7, 198, 206 f.

96 BVerfGE 7, 198, 214 ff.

che Rechtssphäre Harlans. Seit *Lüth* steht fest, dass sich Grundrechte auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse auswirken.

Unklar ist die Konstruktion dieser Grundrechtswirkung: Eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater wird verneint. Gleichwohl sind die Gerichte als Grundrechtsadressaten „von Verfassungen wegen verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln die Grundrechte als 'Richtlinien' zu beachten.“⁹⁷ Die Gerichte müssen also bei der Entscheidung privatrechtlichen Streitigkeiten Normen anwenden, an die die handelnden Akteure ihrerseits nicht gebunden sind. Das ist das Dilemma der mittelbaren Horizontalwirkung von Grundrechten: Obwohl die Grundrechtsnorm nicht zwischen den Beteiligten im Privatrechtsverhältnis gelten soll, findet sie sich in der gerichtlichen Entscheidungsbegründung wieder. Eine Möglichkeit diese Spannung aufzulösen ist es, die Generalklauseln zu benutzen, um vom Rechtssystem zunächst ausgeschlossene außerrechtliche Erwägungen wieder in das Rechtssystem einzuführen („re-entry“).⁹⁸ Das setzt voraus, dass man Grundrechte primär als soziale Institution und nicht als Kreation des Rechts versteht.⁹⁹ Das trifft sich aber nicht mit der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Prämisse. Danach sind Grundrechte objektive Normen und als Normen sind sie bereits Teil des Rechtssystems. Darin liegt die Pointe der objektiven Wertordnung: Damit sollte der Rückgriff auf nichtrechtliche Wertungen gerade erschwert werden.¹⁰⁰ In der vom Bundesverfassungsgericht gewählten Konstruktion bleibt also offen, wie Normen als objektives Recht gelten können, die Grundrechtsträger nicht verpflichten, aber deren subjektive Rechte begrenzen. Letztlich weicht das Gericht der heiklen Feststellung, dass private Akteure unmittelbaren Grundrechtsverpflichtungen ausgesetzt sind, aus. Das ist bezeichnend für alle „mittelbaren“ Drittwirkungstheorien.¹⁰¹

Man hat versucht, dieses Dilemma mit der Kombination von Eingriffsrecht und Schutzpflicht zu lösen.¹⁰² Zugespitzt formuliert, hat man es damit mehr kaschiert als gelöst. Ähnlich, wenn auch dogmatisch ganz unbestimmt, spezifizierte das Bundesverfassungsgericht das Zusammenspiel der unterschiedlichen Grundrechtsinteressen in der Handelsvertreterentscheidung: Beschränkt man die Zulässigkeit von Vertragsklauseln mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der für einen Unternehmer tätigen Vertragspartner, bewirkte das einen Eingriff in die Freiheit

97 BVerfGE 89, 214, 229.

98 So der Konstruktionsvorschlag von *Ladeur*, FS G. Teubner, 2009, 543, 546 f.

99 So *Grabert/Teubner*, 18 Oxford J. Legal Studies 61, 65 (1998).

100 Dazu aus zeithistorischer Perspektive *Henne*, Die historische Forschung und die Einsichtnahme in Voten beim BVerfG, in: *Henne/Riedlinger*, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, 197, 212, der mit Recht auf die explizit naturrechtliche Argumentationsstruktur der BGH-Rechtsprechung hinweist.

101 *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 163.

102 Grundlegend *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff; vgl. auch *Neuner*, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: *Neuner*, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 160, 170 ff. Siehe dazu auch die Nachweise oben § 8 III 1 c) (4).

der Berufsausübung des Unternehmers.¹⁰³ Fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, trifft den Richter ein „Schutzauftrag der Verfassung [...] den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte [...] mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen“¹⁰⁴. Konsequenz dieser Konstruktion ist ein mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis.¹⁰⁵

Aber auch diesem Modell gelingt es nicht, eine einfache Frage zu beantworten: Wie kann es sein, dass eine Norm fallentscheidend für einen Zivilrechtsstreit ist, an die *keine der Parteien gebunden* ist? Die klassische Antwort darauf lautet: über die Auslegung des die Parteien bindenden einfachen Rechts.¹⁰⁶ Das ist nur möglich, wenn man zwischen dem einfachen Recht (R) und dem vom grundrechtsgebundenen staatlichen Gericht ausgelegten einfachen Recht (R') unterscheidet. Der Unterschied zwischen (R) und (R') liegt in der von (R') erfolgten „Sinnerfüllung“ einer privatrechtlichen Norm: „Sinnerfüllung ist die Übernahme von Norminhalten in das Privatrecht, im Rahmen und Umfang, der durch die aufnehmende Norm festgelegt wird.“¹⁰⁷ Private sind dann nur an (R) gebunden, aber nicht an (R'). Auf das im Zeitpunkt x von den Parteien vorgenommene Rechtsgeschäft findet (R) Anwendung. Kommt es im Zeitpunkt (x+1) zu einer gerichtlichen Entscheidung darüber, muss fingiert werden, dass im Zeitpunkt x bereits (R') galt. Nähme man diese Konstruktion ernst, gibt man damit die elementarste Funktion des Rechts preis: Es ist nicht mehr in der Lage, die Erwartungen der Beteiligten zu sichern, weil es jederzeit möglich ist, dass (R) zu (R') mutiert. Das ist paradox. Die einzige Möglichkeit, diese Paradoxie aufzulösen, liegt darin, ihre Prämisse anzuzweifeln. Das ist der Grundtenor des Nichtanwendungsmodells und des strikten Eingriffsmodells: Es kann kein (R') geben, weil die privaten Akteure nicht grundrechtsgebunden sind. Es gibt eine Alternative dazu. Sie lautet: (R) = (R'). Das Recht ist immer schon mit seiner verfassungsrechtlichen Konnotation belastet. Die „Sinnerfüllung“ ist ihm aufgrund der objektiven Ordnung der Grundrechte aufgegeben. Die Rechtsordnung weist dem Rechtssubjekt nur die Kompetenz zu, private subjektive Rechte zu begründen, denen die verfassungsrechtliche Bindung immanent ist. Diese Bindung resultiert nicht aus der späteren Entscheidung eines Gerichts. Sie konstituiert den Inhalt des subjektiven Rechts. Das dürfte allgemeiner Auffassung entsprechen. Daraus muss man aber die logischen Folgen ziehen: Die Grundrechte, die diesen Inhalt bestimmen, können ihn für Private nur deshalb bestimmen, weil sie auch für Pri-

103 BVerfGE 81, 242, 255.

104 BVerfGE 81, 242, 256.

105 Siehe dazu oben § 8 III 1 c) (4) bb).

106 Satt vieler *Callies*, JZ 2006, 321, 326.

107 *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 364.

vate gelten.¹⁰⁸ Genauer: weil sie für Private unmittelbar gelten.¹⁰⁹ Treffend formulierte *Gerhard Robbers*:

*„Die Grundrechte sind dem einfachen Recht immanent. Grundrechte strahlen nicht aus, Grundrechte gelten.“*¹¹⁰

d) Direktes Anwendungsmodell

Die unmittelbare Horizontalwirkung der Grundrechte ist die rechtstheoretisch zwingende Folge der Anerkennung von Grundrechten als Grundordnung für die gesamte Gesellschaft und damit das Rechtssystem.¹¹¹ Die dagegen vorgebrachten Einwände dürfen als bekannt vorausgesetzt werden.¹¹² Sie sind gewichtig – aber kein Spezifikum der unmittelbaren Grundrechtswirkung, sondern jeder Grundrechtswirkung im Privatrechtsverkehr. Das ist für die Argumente: Zerstörung der Privatautonomie, Rechtsunsicherheit und Gewaltenteilung offensichtlich. Ein Blick in die Kritik an der gesamten Drittwirkungsproblematik belegt das.¹¹³ Der einzige Unterschied ist das Wortlautargument. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst die elementare Unterscheidung des Art. 1 Abs. 3 GG hervorgehoben:

*„Während der Bürger prinzipiell frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden. Der Bürger findet durch die Grundrechte Anerkennung als freie Person, die in der Entfaltung ihrer Individualität selbstverantwortlich ist. Er und die von ihm gegründeten Vereinigungen und Einrichtungen können ihr Handeln nach subjektiven Präferenzen in privater Freiheit gestalten, ohne hierfür grundsätzlich rechenschaftspflichtig zu sein. Ihre Inpflichtnahme durch die Rechtsordnung ist von vornherein relativ und – insbesondere nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit – prinzipiell begrenzt.“*¹¹⁴

Die Sätze 1 bis 3 klingen nach letzten Prinzipien, unabdingbaren Wahrheiten. Satz 4 holt das Pathos wieder in die Realität zurück. Die „Inpflichtnahme durch die Rechtsordnung“ – das meint wohl das einfache Recht. Bei dessen Auslegung ist aber die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte zu beachten. Daher kommt es am Ende doch zur Grundrechtsgeltung unter Privaten. Der Private kann sein Handeln eben nicht nach subjektiven Präferenzen gestalten, ohne anderen rechenschaftspflichtig zu sein. Art. 3 GG steht dem nach gesicherter Rechtsprechungspraxis entgegen. Das gilt unabhängig davon, ob man von einer unmittelbaren oder mittelbaren Horizontalwirkung ausgeht. Zwei Beispiele dazu, die

108 Zutreffend *Schmid*, Instrumentalisierung des Privatrechts, 2010, 532 f.

109 In der Sache auch *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 369.

110 *Robbers*, NJW 1998, 936, 937.

111 Zu ihren Grundlagen oben § 4 I 2 b) und c).

112 Siehe im Einzelnen *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 202 ff; *Barak*, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 16 f; *Papier* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 55 Rn. 16.

113 *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 ff; in der Sache wohl auch *Wagner*, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 64 ff.

114 BVerfGE 128, 226 Rn. 48.

ich schon ausführlich behandelt habe: Der Bundesgerichtshof hat im *Hohenzollernfall* geprüft, ob das Testament gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, weil es anhand verpönter Merkmale iSv Art. 3 Abs. 3 GG differenziert.¹¹⁵ Das Testament entging in dem Verdikt der *verfassungsrechtlich* begründeten Sittenwidrigkeit, weil der Bundesgerichtshof die vom Erblasser vorgenommene Differenzierung für *rechtfertigungsfähig* hielt.¹¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat die Entscheidung aufgehoben, weil der Bundesgerichtshof nicht ausreichend geprüft habe, ob auf den Erben unzulässiger Druck ausgeübt worden sei und er dadurch in seinem Recht auf freie Wahl des Ehepartners unzumutbar beeinträchtigt wurde.¹¹⁷ Beide Begründungen sind rechtstheoretisch nur plausibel, wenn man davon ausgeht, dass der Erblasser bzw. seine Nachfahren, denen gegenüber der Beschwerdeführer einen Erbverzicht notariell bestätigte, grundrechtlich verpflichtet waren, seine Entscheidung in der Partnerwahl zu respektieren und daher keine negativen Sanktionen daran anknüpfen durften. Noch deutlicher wird das im zweiten Beispiel: Die Kündigung eines Arbeitgebers war unwirksam, weil sie aufgrund der Homosexualität des Arbeitnehmers erfolgte. Dieser Fall, der wegen § 2 Abs. 4 AGG nicht zweifelsfrei vom AGG erfasst wird, wurde noch vor dessen Inkrafttreten vom Bundesarbeitsgericht entschieden.¹¹⁸ Das Grundgesetz verpflichtet den Arbeitgeber zur Gleichbehandlung. Er darf dem homosexuellen Arbeitnehmer nicht kündigen, weil er ihm dadurch die Möglichkeit zur selbstbestimmten Lebensführung nimmt. Das Grundgesetz (!) – und nicht § 242 BGB – mutet dem Arbeitgeber zu, diese Entscheidung des Arbeitnehmers zu respektieren. Daran ändert die Konstruktion mittelbar/unmittelbar nichts.¹¹⁹ Unmittelbare und mittelbare Horizontalwirkung sind ergebnisäquivalent.¹²⁰ GA *Poiarés Maduro* teilt diese Einschätzung:

*„Hinsichtlich der Abgrenzung der jeweiligen Rechtssphären voneinander mag die mittelbare horizontale Wirkung sich von der unmittelbaren horizontalen Wirkung ihrer Form nach unterscheiden; in der Sache besteht allerdings kein Unterschied.“*¹²¹

Mattias Kumm hat in seiner Studie überzeugend nachgewiesen, dass beide Formen, mittelbare und unmittelbare Drittwirkung zur inhaltsidentischen Konstitutionalisierung des Privatrechts führen.¹²² Pointiert formuliert:

115 Siehe dazu oben § 5 VIII 2.

116 BGHZ 140, 118, 131 ff.

117 BVerfG NJW 2004, 2008.

118 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung = NZA 1994, 1080 (dazu oben § 4 II 4 a)).

119 Siehe daher auch die an die mittelbare Drittwirkung gemünzte Kritik von *Wagner*, *Materialisierung*, in: *Blaurock/Hager*, *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, 13, 65 f.

120 Dazu bereits *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, 481.

121 GA *Poiarés Maduro*, *Schlussanträge v. 23.5.2007*, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 40 (zu den Grundfreiheiten).

122 *Kumm*, 7 *German L.J.* 341, 352-59 (2006).

„With the comprehensive scope of constitutionally protected interests in Germany, private law in Germany is already applied constitutional law.“¹²³

Gerhard Wagner sekundiert: „Privatrecht wird teildentisch mit Verfassungsrecht.“¹²⁴ Letztlich kann man das bereits am Wortlaut der *Lüth*-Entscheidung festmachen. Die Formulierung: „Wenn aber das *Grundrecht* der freien Meinungsäußerung auch in den Privatrechtsverkehr hineinwirkt und sein Gewicht sich hier zugunsten der Zulässigkeit einer Meinungsäußerung auch *dem einzelnen Mitbürger gegenüber geltend* macht, [...]“¹²⁵ ist verräterisch. Das Gericht geht davon aus, dass eine Verfassungsnorm (Art. 5 Abs. 1 GG) gegenüber einem Privaten (den Filmproduzenten und das Vertriebsunternehmen) *wirkt*. Damit akzeptiert es zwangsläufig auch, dass die Grundrechtsnorm den Privaten auch rechtlich *bindet*.¹²⁶ Der einzige Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Horizontalwirkung besteht darin, dass erstere ihre Bindung normtheoretisch logisch erklären kann, während die zweite ein Paradox formuliert: rechtliche Wirkung ohne rechtliche Bindung.

Erklärungsbedürftig ist, warum sich die Konstruktion mittelbarer Horizontalwirkung dennoch durchgesetzt hat. Man wird die Antwort wohl außerhalb des Rechts suchen müssen: „Freiheit“ ist uns als Wert derart eingeschrieben, dass wir einen psychologischen „Widerwillen gegen jegliche unmittelbare Drittwirkung“ entwickeln.¹²⁷ Daher sind wir bereit, uns auf das großartige Täuschungsmanöver der „mittelbaren Drittwirkung“ einzulassen. Wir glauben an den gebetsmühlenartig vorgetragenen Satz, dass „eine umfassende Bindung an die Gleichheitssätze des Art. 3 GG mit einer pluralistischen Gesellschaft unvereinbar wäre“¹²⁸ und übersehen, dass das Problem nicht die „Bindung“ als solche, sondern nur die „umfassende Bindung“ ist. Unmittelbare Horizontalwirkung führt aber nicht zur „umfassenden Bindung“. Der verpflichtete private Akteur ist immer auch Grundrechtsadressat. Schon deshalb *kann* die Bindung keine umfassende sein. Der Private wird *nicht* gebunden *wie* der Staat.¹²⁹ Er bleibt Privater. „Aus diesem Grund sind Befürchtungen, eine unmittelbare Grundrechtsverpflichtung und -berechtigung Privater bewirke eine die Grundrechtsadressaten unzulässig entdifferenzierende und die Privatautonomie untergrabende Ordnung gedankliches Opfer eigener Undifferenziertheit.“¹³⁰ Akzeptiert wird lediglich, dass Gefährdungen für

123 Kumm, 7 German L.J. 341, 359 (2006).

124 Wagner, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 76 (mit kritischer Stoßrichtung).

125 BVerfGE 7, 198, 211 (Hervorhebungen hinzugefügt).

126 Vgl. Ladeur, FS G. Teubner, 2009, 543, 548.

127 Vgl. Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 472.

128 Neuner, Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 160, 169.

129 Statt aller Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 36.

130 Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 275.

grundrechtsrelevante Bereiche auch von Handlungen und Handlungszusammenhängen ausgehen können, die nicht staatlichen Akteuren zuzurechnen sind. Grundrechte bewirken hier eine Bindung Privater.

Grundrechte lassen zwangsläufig offen, wie sich diese Bindung im Privatrechtsverhältnis aktualisiert. Aufgabe der Privatrechtstheorie ist es, Kompatibilitätsregeln zu entwickeln, um die gegenläufigen Autonomiebereiche und deren grundrechtliche Bewertung privatrechtlich einzufangen. Das Modell der unmittelbaren Horizontalwirkung bedarf, um operabel zu sein, einer Konkretisierung. Diese Konkretisierung ist im Ausgangspunkt Aufgabe des Privatrechts:

„In a certain sense, private law is the legal framework that determines the legal relationship between basic human rights as well as the proper balance between conflicting human rights, while considering the public interests. Private law is the expression of restrictions placed on human rights to realise human rights while safeguarding the public interest.“¹³¹

Aharon Barak argumentiert konsequent für eine Mediatisierung der grundrechtlichen subjektiven Rechte durch das Privatrecht. Wenn A den grundrechtlichen Anspruch des B verletzt, ist A gezwungen, im Privatrecht nach einem Rechtsbehelf zu suchen. Ist er vorhanden, erfüllt das Privatrecht seine Konkretisierungsaufgabe. Fehlt ein adäquates Recht, zwingt das in der Verfassung liegende subjektive Recht dazu, einen geeigneten Rechtsbehelf zu schaffen.¹³² „Gegenüber dem verfassungsrechtlich gebotenen Minimalschutz ist das BGB erneut ohne eigenständige Funktion, soweit nicht die Verfassung selbst mehrere Möglichkeiten der gesetzgeberischen Gestaltung eröffnet.“¹³³ Eine einfachgesetzliche Mediatisierung ist wirkungslos, wenn sie gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen verstößt.¹³⁴ Barak nennt dieses Modell ein „strengthened indirect application model“. Es unterscheidet sich vom direkten Anwendungsmodell, indem es kein eigenständiges „Verfassungsprivatrecht“ schafft, sondern das geltende Privatrecht als geeignetes Medium ansieht, verfassungsrechtliche Ansprüche zu behandeln.¹³⁵ Ob der darin enthaltene Vorwurf an die klassischen Ausprägungen des direkten Anwendungsmodells zutrifft, ist zweifelhaft.¹³⁶ Wichtiger ist die Abgrenzung zum normalen indirekten Anwendungsmodell, weil Barak von der Grundrechtsbindung Privater ausgeht:

131 Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 29.

132 Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 30.

133 Hager, JZ 1994, 373, 378.

134 Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 277.

135 Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 30 f.

136 Vgl. dazu die umfassende und sorgfältige Einbettung in das Privatrecht bei Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 378 ff.

„Where the right is recognised (in public law), the remedy must also be recognised (in private law): *ibi ius, ibi remedium*“.¹³⁷

Damit ist sein Modell nach hier vertretener Auffassung ein Modell direkter Anwendung. Kennzeichnend dafür ist die Geltung der Grundrechte, die sich vor allem dann realisiert, wenn das Privatrecht nicht damit übereinstimmt: „Wenn eine Grundrechtsverletzung vorliegt, können weder einfach-gesetzliche noch private Regelungen die grundrechtlichen Anforderungen desavouieren.“¹³⁸ Das macht es notwendig, die über das Privatrecht erfolgte Konkretisierung – oder Kompatibilisierung – der verschiedenen Grundrechtskollisionen permanent aus Grundrechtsperspektive kritisch zu hinterfragen.

3. Horizontalwirkung im Unionsrecht

a) Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote

Die unmittelbare Horizontalwirkung ist nicht mehr revolutionär. Sie ist im Unionsrecht fest verankert: Die unmittelbare Horizontalwirkung von Grundfreiheiten und Grundrechten¹³⁹ wird vom Gerichtshof im Wesentlichen anerkannt¹⁴⁰ und gleichzeitig wird die „interventionistische Eigendynamik der unmittelbaren Horizontalwirkung“¹⁴¹ über den Grundsatz der Konkretisierung abgebremst. Das Unionsrecht hat mit den Grundfreiheiten dem einzelnen privaten Akteur subjektive Rechte gegenüber dem Staat¹⁴² eingeräumt und diese subjektiven Rechte in der eigenen autonomen Rechtsordnung mit unmittelbarem Geltungsvorrang vor nationalem Recht¹⁴³ versehen.¹⁴⁴ Die Grundfreiheiten sind Mehrebenennormen.¹⁴⁵ Sie räumen in ihrer Funktion als Diskriminierungsverbot¹⁴⁶ dem einzelnen Marktakteur ein subjektives Recht ein, in allen anderen Mitgliedstaaten der

137 Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Friedmann/Barak-Erez, Human Rights in Private Law, 2001, 13, 31.

138 Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, 265.

139 Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 437 f betont mit Recht die Gemeinsamkeiten beider Institute mit Blick auf die Horizontalwirkung. Zur nach wie vor gebotenen dogmatischen Unterscheidung beider Kategorien siehe Streinz in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 151 Rn. 11 ff.

140 Vgl. aber die differenzierende Analyse bei Herresthal, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 180 ff. Aus methodischer Perspektive nicht überzeugen kann Huber, NJW 2011, 2385, 2388 Fn. 15, nach dem die zahlreichen Entscheidungen, in denen der EuGH von einer Horizontalwirkung der Grundfreiheiten ausgeht, als „Ausnahmen“ die Regel fehlender Horizontalwirkung bestätigen.

141 Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 472 f.

142 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62 – *van Gend & Loos* = Slg. 1963, 3.

143 EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 – *Costa v. E.N.E.L* = Slg. 1964, 1259, 1269 ff.

144 Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 7 Rn. 10 f.

145 Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 718 ff.

146 Zu dieser Funktion Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 95 ff; Schmid, Instrumentalisierung des Privatrechts, 2010, 444 ff; für die Begrenzung auf die Diskriminierungsfunktion: Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 727 ff.

Union wirtschaftlich gleich behandelt zu werden. Die Grundfreiheiten „sollen den unter ihrem Dach koexistierenden Teilrechtsordnungen ihre diskriminierende Wirkung nehmen, ohne die föderale Vielfalt und Unterschiedlichkeit einzuebene[n].“¹⁴⁷ Damit nicht genug. Der Gerichtshof hat das aus den Grundfreiheiten folgende subjektive Recht in der Folgezeit auf private Organisationen und Einrichtungen ausgedehnt.¹⁴⁸ Er hat das im Kern damit begründet, dass „die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse neutralisiert werden könnte, die nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen im Rahmen ihrer rechtlichen Autonomie setzen“¹⁴⁹.

Die Mehrheit der Entscheidungen bezieht sich dabei auf kollektive Maßnahmen von Verbänden¹⁵⁰ oder Gewerkschaften¹⁵¹. Daraus wird gefolgert, dass nur solche Einrichtungen Adressaten der Grundfreiheiten sind, die aufgrund ihres kollektiven Regelwerks die Ausübung der damit vermittelten Freiheiten gefährden könnten. Die individuelle Ausübung von Privatautonomie sei daher nicht Regelungsgegenstand der Grundfreiheiten.¹⁵² Das ist mit der Entscheidung in der *Rs. Angonese* unvereinbar.¹⁵³ Die Südtiroler Sparkasse AG weigerte sich, Herrn

147 Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 721.

148 EuGH, Urt. v. 14.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave & Koch v. AUCI u.a.* = Slg. 1974, 1405 Rn. 17 f, 23 f; EuGH, Urt. v. 14.7.1976, Rs. 13/76 – *Donà v. Mantero* = Slg. 1976, 1333 Rn. 17 f; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman* = Slg. 1995, I-4921 Rn. 83 f; EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139 Rn. 32 ff (jeweils zur Arbeitnehmerfreizügigkeit); EuGH, Urt. v. 19.2.2002, Rs. C-309/99 – *Wouters ua* = Slg. 2002, I-1577 Rn. 120; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 57 ff (zur Niederlassungsfreiheit); EuGH, Urt. v. 11.4.2000, Rs. C-51/96 ua – *Deliège v. Ligue francophone de judo et disciplines associées* = Slg. 2000, I-2549 Rn 47; EuGH, Urt. v. 19.2.2002, Rs. C-309/99 – *Wouters ua* = Slg. 2002, I-1577 Rn. 120 (zum Dienstleistungsverkehr); deutlich zurückhaltender zur Warenverkehrsfreiheit: siehe zwar EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – *Dansk Supermarked A/S v. A/S Imerco*. = Slg. 1981, 181 Rn. 17 („daß Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen dürfen“), dagegen aber EuGH, Urt. v. 1.10.1987, Rs. 311/85 – *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus* = Slg. 1987, 3801 Rn. 30 („Da sich die Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen beziehen, ist nur zu prüfen, ob nationale Bestimmungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden mit diesen Artikeln vereinbar sind.“). Jetzt aber deutlich zugunsten einer Horizontalwirkung: EuGH, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-171/11 – *Fra.bo Spa v. DVGW* = Slg. 2012, I-(n.v.) Rn. 21 ff. Zur unterschiedlichen Bewertung siehe *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 465 Fn. 204; *Schmid*, Instrumentalisierung des Privatrechts, 2010, 525 ff.

149 EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 57.

150 Siehe etwa EuGH, Urt. v. 14.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave & Koch v. AUCI u.a.* = Slg. 1974, 1405, EuGH, Urt. v. 14.7.1976, Rs. 13/76 – *Donà v. Mantero* = Slg. 1976, 1333; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman* = Slg. 1995, I-4921.

151 Siehe EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779.

152 *Wagner*, Materialisierung, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 62 ff.

153 EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139.

Angonese in ein öffentlich ausgeschriebenes Stellenauswahlverfahren aufzunehmen, weil er den im Land Südtirol für den öffentlichen Dienst vorgeschriebenen und in der Privatwirtschaft üblichen Zweisprachigkeitsnachweis nicht vorlegte. Der Nachweis wird aufgrund einer Prüfung erteilt, für die es faktisch notwendig ist, sich längere Zeit vorher in Südtirol aufzuhalten. Darin liegt ein Hindernis für Arbeitnehmer, die ihre Zweisprachigkeit anderweitig nachweisen können, denen aber die Prüfungsbescheinigung fehlt. Der Gerichtshof hat die Sparkasse AG als privaten Arbeitgeber angesehen und entschieden, dass das in Art. 45 Abs. 2 AEUV ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auch für Privatpersonen gilt.¹⁵⁴ GA *Poiães Maduro* hat diese Entscheidung überzeugend damit erklärt, dass Arbeitnehmer diesen diskriminierenden Anforderungen nicht in zumutbarer Weise ausweichen können, weil sie „ihre beruflichen Qualifikationen nicht so einfach ändern oder eine alternative Beschäftigung finden, wie Kaufleute ihre Produktpalette ändern oder alternative Wege für deren Vermarktung finden können.“¹⁵⁵ Mit der Unzumutbarkeit greift der Generalanwalt den klassischen Topos des Nichtdiskriminierungsrechts auf.¹⁵⁶ Daraus entwickelt er einen allgemeinen Lösungsansatz für die Horizontalwirkung:

„Aus alledem folgt, dass die Bestimmungen über den freien Verkehr für die Tätigkeiten privater Akteure gelten, die aufgrund ihrer allgemeinen Wirkung auf die Inhaber der Verkehrsfreiheiten geeignet sind, für diese Personen Beschränkungen bei der Ausübung dieser Freiheiten dadurch aufzustellen, dass ein Hindernis geschaffen wird, das die Betroffenen nicht in zumutbarer Weise umgehen können.“¹⁵⁷

Die Entscheidung in der Rs. *Angonese* stärkt die Auffassung, die dem – gegenüber den speziellen Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten subsidiären¹⁵⁸ – Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV unmittelbare Privatrechtswirkung zuschreibt.¹⁵⁹ Dafür spricht die vom Gerichtshof in der Entscheidungsbegründung

154 EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139 Rn. 36.

155 GA *Poiães Maduro*, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 47.

156 Siehe dazu oben § 6 I 2.

157 GA *Poiães Maduro*, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 48.

158 Dazu *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 48 ff.

159 Siehe *Epiney* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AUEV Rn. 44; *Herresthal*, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 192 ff; *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 468; *Bogdandy* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV Rn. 26 ff; zurückhaltender *Rossi*, EuR 2000, 197, 217 f; ablehnend *Holoubek* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV Rn. 43 ff und *Kingreen* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 24-36 AEUV Rn. 114 ff, der eine Lösung über Art. 101 f AEUV oder die Schutzpflichtendogmatik vorschlägt. Die von *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 468 Rn. 227 zitierte Entscheidung EuGH, Urt. v. 3.10.2000, Rs. C-411/98 – *Ferlini v. Centre hospitalier de Luxembourg* = Slg. 2000, I-8081 ist nicht einschlägig, weil es sich beim Adressaten um eine öffentliche, von Stadt und Staat Luxemburg finanzierte Anstalt handelte.

dung gezogene Parallele zu Art. 157 AEUV.¹⁶⁰ Der Grundsatz der Entgeltgleichheit ist seit der Entscheidung in *Defrenne II* als unmittelbar und horizontal wirkendes Grundrecht der Union anerkannt.¹⁶¹ Diese Parallele ist noch aus anderen Gründen aufschlussreich. Die in den Grundfreiheiten und in Art. 18 AEUV verankerten Diskriminierungsverbote werden regelmäßig als strikt binnenmarktbezogen und damit funktional auf die Verwirklichung integrationspolitischer Ziele angelegte Gleichbehandlungsgebote interpretiert.¹⁶² Art. 18 AEUV sei eine transnationale Integrationsnorm und unterscheide sich daher funktional von den Gleichheitsgrundrechten als supranationalen Legitimationsnormen:¹⁶³ Transnationale Integrationsnormen reagierten auf föderale Gefährdungslagen. Diese bestünden darin, dass ein (Glieder-) Staat den Wettbewerb mit anderen (Glieder-) Staaten zu beeinflussen versuche, indem er seine Angehörigen bevorzuge. Die Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten erklärten daher die Zugehörigkeit zu einem (Glieder-) Staat für unerheblich. Supranationale Legitimationsnormen begrenzten dagegen die Ausübung von Hoheitsgewalt des Grundrechtsadressaten. Gleichheitsgrundrechte sicherten die Behandlung als Gleicher, bei Grundfreiheiten sei dagegen der individuelle Gleichbehandlungsanspruch nur ein Instrument oder Reflex des integrationspolitischen Ziels.¹⁶⁴

Diese Abgrenzung verkennt die gemeinsame Funktion von Gleichbehandlungsgeboten in den Grundrechten und den Grundfreiheiten und kann folglich nicht erklären, warum in Art. 21 Grundrechte-Charta sowohl die Merkmale des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts als auch die Staatsangehörigkeit genannt sind. Letztere wird damit zum inhaltsgleichen grundrechtlichen Diskriminierungsverbot. Beide Kategorien schützen nicht vor staatlichem Handeln, weil es staatliches Handeln ist oder vor kollektivem Handeln, weil es kollektives Handeln ist. Die Gleichbehandlungspflichten sichern jedem Marktbürger „die Teilnehmerrolle am Kommunikationssystem der Wirtschaft, weil ohne diese Garantie das Kommunikationssystem nicht generalisiert werden könnte.“¹⁶⁵ Der Unterschied liegt in der Wahrnehmung: Bei den binnenmarktbezogenen Grundfreiheiten ist deren kommunikative Funktion in der Sache einhellig anerkannt. Sie sind das Paradebeispiel funktionellen Grundrechtsschutzes: Sie ermöglichen die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts (Art. 26 Abs. 2 AEUV), indem sie sicherstellen, dass jeder Marktbürger daran partizipieren kann und damit zur Her-

160 EuGH, Urt. v. 6.6.2000, Rs. C- 281/98 – *Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A.* = Slg. I-4139 Rn. 34.

161 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 (dazu oben § 4 II 3 a)).

162 Vgl. Basedow, ZEuP 2008, 230, 234 ff.; Huster, EuR 2010, 325, 332.

163 Kingreen in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 13 Rn. 3, § 17 Rn. 2 f.; Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 718 ff.

164 Huster, EuR 2010, 325, 332.

165 Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, 120 (zum Eigentumsgrundrecht).

stellung neuer Operationen im Wirtschaftssystem beiträgt. Die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit widerspricht der besonderen Struktur des Binnenmarktes: Die Funktionsfähigkeit eines Marktes, der auf die Überwindung nationaler Binnengrenzen angelegt ist, wird mit Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit konterkariert.¹⁶⁶ Damit der Binnenmarkt funktioniert, schützen ihn die Grundfreiheiten als Institution¹⁶⁷ zwangsläufig vor jeder Gefährdung seines Kommunikationszusammenhangs. Für die Grundfreiheiten gilt also in besonderem Maße, dass sie nicht nur die Willensfreiheit des Individuums schützen, sondern dass sie darüber hinaus auch noch eine kollektive Dimension haben.¹⁶⁸ Mit *Luhmann* gesprochen ist die Garantie von Freiheiten nichts anderes als eine Garantie von Kommunikationschancen.¹⁶⁹ Dabei ist es unerheblich, von wem die Gefährdungen dieser Kommunikationsmöglichkeiten ausgehen. „Das bedeutet, dass die Vorschriften über den freien Verkehr unmittelbar für jede Tätigkeit von Privaten gelten, die Dritte effektiv davon abhalten kann, ihre Verkehrsfreiheiten auszuüben.“¹⁷⁰ Das ist beim Staat der Fall, bei kollektiven Maßnahmen von Sportverbänden ebenfalls.¹⁷¹ Das gilt auch für den einzelnen Arbeitgeber. Die unionsrechtliche Privatautonomie wird durch diese Bindung nicht übermäßig beschränkt, weil Art. 18 AEUV Rechtfertigungsmöglichkeiten enthält, die ihrerseits einem strengen Verhältnismäßigkeitsprinzip unterliegen.¹⁷²

b) Gleichheitsgrundrechte

Bei den Grundrechten herrschen dagegen divisionale Grundrechtskonzeptionen¹⁷³ vor. Sie werden ausschließlich als subjektive Rechte des Grundrechtsträgers gegen den die Gesellschaft repräsentierenden Staat aufgefasst. Sie haben aber *auch* eine funktionelle Dimension:¹⁷⁴ Grundrechte stellen nicht autonome Lebensbereiche her. Die Differenzierung in relativ autonome Kommunikationsstrukturen ist

166 Eingehende Argumentation aus klassisch-liberaler Sicht dafür bei *Herresthal*, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 196 ff.

167 Der Begriff wird hier im Anschluss an *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, und nicht im *Schmitt'schen* Sinn gebraucht (dazu oben § 8 III 1 c (3)).

168 *Ladeur/Viellechner*, AVR 46 (2008), 42, 62; *Graber/Teubner*, 18 Oxford J. Legal Studies 61, 66 (1998); weitergehend aber *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 168 ff, der auf systemtheoretischer Grundlage zwischen Menschen- und personellen Grundrechten differenziert und letzteren ausschließlich eine institutionssichernde Funktion zuschreibt (S. 174 f).

169 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 23 (zu den Grundrechten).

170 GA Póiares Maduro, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 43.

171 GA Póiares Maduro, Schlussanträge v. 23.5.2007, Rs. C-438/05 – *Viking Line* = Slg. 2007, I-10779 Rn. 45 mwN.

172 Einzelheiten bei *Herresthal*, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 177, 198 f, 202 f.

173 Zum Begriff *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 165.

174 Dazu grundlegend *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 71 f; vgl. auch *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 174.

ein Ergebnis der jeweiligen Operationen in den Teilsystemen der Gesellschaft. Die Gesellschaften erzeugen sich selbst.¹⁷⁵ Die Sphäre des selbstbestimmten Individuums ist nur einer von vielen Autonomiebereichen in der Gesellschaft, die von Grundrechten geschützt werden. Soziale Ausdifferenzierung in Teilsysteme und Funktionsbereiche bedarf zur Sicherung ihrer Eigenrationalität der Grundrechte. Deren Aufgabe ist es, die Differenzierungen in verschiedene Funktionsbereiche gegenüber den Gefahren zu sichern, die aus den expansiven Tendenzen der jeweiligen anderen Teilsysteme der Gesellschaft („Umwelt“) herrühren. Dabei stand und steht das politische System aufgrund seiner tendenziell expansiven Interventionslogik sowohl in persönliche als auch in wirtschaftliche Autonomiebereiche im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Die Vorratsdatenspeicherung zeigt diese Zusammenhänge: Art. 10 Abs. 1 GG schützt explizit die Vertraulichkeit der Inhalte der Kommunikation und die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs.¹⁷⁶ Zugleich greift die an Diensteanbieter gerichtete Pflicht, Verbindungsdaten zu speichern, in Art. 12 Abs. 1 GG ein.¹⁷⁷ Die Freiheitsgrundrechte schützen damit die Eigenlogiken der jeweiligen Teilsysteme. Gleichheitsgrundrechte stellen dagegen sicher, dass jedes Individuum an den jeweiligen Kommunikationsprozessen in den Teilgesellschaften gleichberechtigt teilnehmen kann. Darin überschneiden sie sich auf Unionsebene mit den Grundfreiheiten als Diskriminierungsverboten: Der Ausschluss von Differenzierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit schränkt die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts ein, weil einem potentiellen Marktakteur seine Teilnehmerrolle verweigert wird. Nach der Logik des Binnenmarktes ist es irrelevant, von wem diese Beschränkung ausgeht. Dasselbe gilt für Gleichbehandlungsgebote. Ungleichbehandlungen verhindern, dass die betroffenen Akteure gleichberechtigt am Markt auftreten können und schränken damit die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts ein. erinnert sei an die Entscheidung in der Rs. *Andersen*, in der der Gerichtshof die Ungleichbehandlung wegen des Alters bei einer Kündigungsabfindung monierte.¹⁷⁸ Die Maßnahme erschwerte bestimmten Arbeitnehmern aufgrund ihres Alters, „die weitere Ausübung *ihrer Rechts, zu arbeiten*, weil sie beim Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis – im Gegensatz zu anderen Arbeitnehmern mit gleich langer Betriebszugehörigkeit – keine Entlassungsabfindung erhalten“¹⁷⁹. Anders formuliert: Die Ungleichbehandlung behinderte sie in ihrer Rolle als Teilnehmer am Arbeitsmarkt, weil eine selbstbestimmte Entscheidung zu ar-

175 *Ladeur*, Staat und Gesellschaft, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, 600, § 18 Rn. 22.

176 BVerfGE 125, 260, Rn. 189.

177 BVerfGE 125, 260, Rn. 294.

178 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 (dazu *Grünberger*, EuZA 2011, 171 ff).

179 EuGH, Urt. v. 12.10.2010, Rs. C-499/08 – *Ingeniørforeningen i Danmark (Andersen)* = Slg. 2010, I-9343 Rn. 45.

beiten, erschwert wurde. Damit wird es dem Arbeitnehmer erschwert, am (Binnen-) Markt in gleichberechtigter Teilnehmerrolle aufzutreten.

Ein Unterschied bleibt freilich bestehen: Die unmittelbare und horizontale Anwendbarkeit des Entgeltgleichbehandlungsgrundsatzes drang in eine neue Dimension vor. Grundfreiheiten erfassen nur grenzüberschreitende Sachverhalte,¹⁸⁰ Grundrechte betreffen auch innerstaatliche Sachverhalte, solange der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist.¹⁸¹ Das wirft vertikale Kompetenzkonflikte in föderalen Mehrebenenmodellen auf.¹⁸² Wird der Gleichbehandlungsgrundsatz in einem föderalen System auf der obersten Ebene verankert und durchgesetzt, hat er das Potential, das bundesstaatliche Kompetenzgefüge zu Lasten der Einzelstaaten nachhaltig zu verändern und auf die Beziehung Staat-Bürger erheblich einzuwirken. Daran scheiterte der erste Entwurf eines modernen Nichtdiskriminierungsrechts in den U.S.A. im 19. Jahrhundert. Der *Supreme Court* hat mit seiner Entscheidung in den *Civil Rights Cases* den *Civil Rights Act* von 1875, einen der wichtigsten Bausteine der *reconstruction*,¹⁸³ aufgrund fehlender Kompetenz des Bundes zur Regelung eines ausschließlich an Private adressierten Gleichbehandlungsgebots als verfassungswidrig beurteilt.¹⁸⁴ Ein ähnliches Problem stellt sich im Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht.

Der Begriff des Mehrebenenmodells bietet hier einen analytischen Ausweg, um die Debatte zu strukturieren und soviel gemeinsamen Grund wie möglich zu finden.¹⁸⁵ Er ermöglicht eine Beschreibung der zwei wesentlichen Elemente, in denen sich die grundsätzliche Beschränkung staatlicher Souveränität¹⁸⁶ realisiert: (1.) Mit der Übertragung von Hoheitsrechten an die Union, mit ihrer Ausübung durch die Union und gepaart mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird die Kompetenzstruktur im Verhältnis Union-Mitgliedstaat erheblich modifiziert. (2.) Das Verhältnis des Staats zu *seinen* Bürgern wird erheblich diversifiziert: Das vorher bestehende ausschließlich bipolare Bezugssystem Staat-Bürger wird aufgebrochen und von einem tripolaren Bezugssystem Bürger-Staat-Union abgelöst. Das Bundesverfassungsgericht geht im Lissabon-Urteil offensichtlich davon aus, dass dieser Vorgang die Grundrechtsverwirklichung gefährdet. Für

180 Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte, § 7 Rn. 23; Streinz in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 151 Rn. 16.

181 Zu dieser Einschränkung EuGH, Urt. v. 23.9.2008, Rs. C-427/06 – *Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 14 ff (dazu Nettesheim, JZ 2008, 1159 ff); zuletzt EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 – *Åklagare v. Hans Åkerberg Fransson* = Slg. 2013, I-(n.v.).

182 Eingehend dazu Huster, EuR 2010, 325, 327 ff.

183 Grundlegend Foner, *Reconstruction*, 1988.

184 *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3(1883) (dazu oben § 3 III 4).

185 Vgl. Kadelbach, VVDStRL (66) 2007, 9, 10 ff; Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 559, 596; kritisch dazu Robbers, ZSE 2007, 557, 563 f; Kirchhof, Die Europäische Union, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 1023 f.

186 Zur Begriffsbedeutung siehe Haltern, Was bedeutet Souveränität, 2007; Grimm, Souveränität, 2009.

„Sachbereiche, die die Lebensumstände der Bürger, vor allem ihren von den Grundrechten geschützten privaten Raum der Eigenverantwortung und der persönlichen und sozialen Sicherheit prägen, sowie für solche politische Entscheidungen, die in besonderer Weise auf kulturelle, historische und sprachliche Vorverständnisse angewiesen sind, und die sich im parteipolitisch und parlamentarisch organisierten Raum einer politischen Öffentlichkeit diskursiv entfalten“ müsse dem Mitgliedstaat „ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse“ bleiben.¹⁸⁷ Vorbehaltsbereiche für staatliches Handeln sichern nach Auffassung des Gerichts die Bürgerfreiheit vor Eingriffen der Union. Die Staatszentriertheit dieser Argumentation macht das Gericht auf dem anderen Auge blind. Es übersieht die Möglichkeit, dass sich Vorbehaltsbereiche ihrerseits freiheitseinschränkend auswirken können.¹⁸⁸ Stellt man im oben genannten Dreieck die Positionen um und formuliert man es neu als Verhältnis: Bürger-Union-Staat wird ersichtlich, dass die Union der Ausgestaltung des Staat-Bürger-Verhältnisses im Interesse des Bürgers Grenzen setzen kann. Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Grundrechte-Charta „bei der Durchführung des Rechts der Union“ handeln.¹⁸⁹ Die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Maruko* illustriert diesen Vorgang.¹⁹⁰ Wenn das nationale Recht eine Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paarbeziehungen einführt, Arbeitgeber aber bestimmte Entgeltbestandteile an die „Ehe“ knüpfen, bewirkt der unionsrechtliche Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der sexuellen Orientierung, wie er in der Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert ist, eine Freiheitserweiterung des homosexuellen Menschen. Er partizipiert an den Vorteilen, die bisher nur heterosexuellen Paarbeziehungen eingeräumt worden sind. Diese Grundrechtserweiterung ist unmittelbar dem Einfluss des Unionsrechts zuzuschreiben.

Die Entscheidung *Defrenne II*¹⁹¹ ist der entscheidende Beleg für die unmittelbare Grundrechtsgeltung einer vom Wortlaut her lediglich an die Mitgliedstaaten adressierten Norm. Art. 157 AEUV ist ein subjektives Recht des Arbeitnehmers gegenüber jedem Arbeitgeber. Der Europäische Gerichtshof geht seit *Defrenne II* in ständiger Rechtsprechung von einem komplementären Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht aus:¹⁹² Die unmittelbare Wirkung primärrechtlicher Gleich-

187 BVerfGE 123, 267 Rz. 249.

188 Ruffert, DVBl. 2009, 1197, 1207.

189 Dazu vertiefend Preis/Temming, NZA 2008, 1209, 1211 ff.

190 EuGH, Urt. v. 1.4.2008, Rs. C-267/06 – *Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* = Slg. 2008, I-1757; siehe dazu Grünberger, FPR 2010, 203 ff.

191 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 (näher dazu oben § 4 II 3 a)).

192 Siehe zuletzt EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

heitsgrundsätze im Privatrechtsverkehr ist der Grundsatz, der im Sekundärrecht näher präzisiert wird.¹⁹³ Der auch in Privatrechtsverhältnissen geltende Grundsatz der Gleichbehandlung iSd Nichtdiskriminierung ist ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts und mittlerweile in Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta verankert. Das hat der Europäische Gerichtshof für das Alter entschieden.¹⁹⁴ Der grundlegenden Entscheidung in der Rs. *Mangold* wurde vorgehalten, ein „ausbrechender Rechtsakt“¹⁹⁵ zu sein.¹⁹⁶ Nach der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sah man sich darin bestärkt.¹⁹⁷ Das Lissabon-Urteil hat aber seine explosive Kraft nicht entfaltet.¹⁹⁸ Das Bundesverfassungsgericht attestierte dem Europäischen Gerichtshof, keine Rechtsfortbildung *ultra vires* betrieben zu haben.¹⁹⁹ Das war weniger spektakulär als von einigen Beobachtern empfunden,²⁰⁰ weil das gleichheitsrechtliche Kernergebnis der *Mangold*-Entscheidung mit einigem Abstand betrachtet, überzeugen kann. Wie GA *Sharpston* dargelegt hat, war die „Diskriminierung aufgrund des Alters schon immer durch den allgemeinen Gleichheitssatz ausgeschlossen und die Richtlinie 2000/78/EG hat lediglich einen besonderen, detaillierten Rahmen für den Umgang mit dieser Diskriminierung eingeführt.“²⁰¹ Es ist daher folgerichtig, dass der Gerichtshof die zu Unrecht viel gerügte Erfindung²⁰² eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zum Verbot der Altersdiskriminierung in der Rs. *Kücükdeveci* bestätigte.²⁰³ „Jedenfalls

- 193 EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne v. SABENA (Defrenne II)* = Slg. 1976, 455 Rn. 54; zu weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH siehe *von Roetteken*, AGG, § 1 AGG Rn. 21 h, 22, 34 ff.
- 194 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 20.
- 195 Der Begriff geht zurück auf die Maastricht-Entscheidung des BVerfG, vgl. BVerfGE 89, 155, 188 und bezieht sich letztlich auf *ultra-vires*-Akte der Union, wie das Gericht jetzt im Lissabon-Urteil auch formuliert, vgl. BVerfGE 123, 267 Rn. 240 f.
- 196 *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Strein*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, 17 ff.
- 197 *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Strein*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, Vorwort: „Wenn das Bundesverfassungsgericht in diesem eindeutigen Fall nicht einschreitet, ist nicht zu sehen, wann es dann „Halt“ rufen würde oder überhaupt noch könnte. Es hat oft genug die Lippen gespitzt; es wird Zeit auch einmal zu pfeifen.“
- 198 Vgl. *Thym*, Der Staat 48 (2009), 559, 586.
- 199 BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 67 ff.
- 200 Siehe dazu *Frenz*, EWS 2010, 401 ff; *Fuchs*, ZESAR 2011, 3 ff.
- 201 GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 42 ff; so auch *Huster*, EuR 2010, 325, 334 ff.
- 202 GA Geelhoed, Schlussanträge v. 16.3.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eures Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 52 ff; GA Mazák, Schlussanträge v. 15.2.2007, Rs. C-411/05 – *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* = Slg. 2007, I-8531 Rn. 87 ff; *Thüsing*, ZIP 2005, 2149 ff; *Preis*, NZA 2006, 401 ff; *Reichold*, ZESAR 2006, 55 ff; *Riesenhuber*, 3 ERCL 62 (2007); *Strein/Herrmann*, RdA 2007, 165 ff; positiv dagegen etwa *Colmer*, NZA Beilage 2008, 66, 70 ff; GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 28 ff.
- 203 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 20.

die Gleichheitssätze des EU-Rechts lassen sich in ihrer Wirkung nicht mehr auf das vertikale Verhältnis zwischen Privaten und Hoheitsgewalt beschränken“.²⁰⁴

c) Konkretisierungsmodell

Der Gerichtshof verankert das Verbot der Diskriminierung wegen der verpönten Merkmale in einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts. Die Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG konkretisieren diesen Grundsatz.²⁰⁵ Dieser Vorgang der Grundrechtskonkretisierung ist für ein Regime unmittelbarer Grundrechtswirkung besonders interessant. Seine ursprüngliche Funktion in der *Mangold*-Entscheidung bestand darin, die für die konkrete Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes notwendigen Kriterien zu liefern.²⁰⁶ Anders formuliert: Die Richtlinie konkretisiert das, was aufgrund des allgemeinen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung ohnehin und unabhängig von der Richtlinie gilt.²⁰⁷ Sie wird deshalb aber nicht entbehrlich.²⁰⁸ Gerade weil feststeht, dass der allgemeine Gleichheitssatz auch die Gleichbehandlung unabhängig vom Alter umfasst, ist eine Ermächtigungsnorm wie Art. 18 AEUV erforderlich, um eine Grundlage für detaillierte gesetzgeberische Maßnahmen zu schaffen.²⁰⁹ Das Sekundärrecht liefert den inhaltlichen Prüfungsmaßstab des allgemeinen Rechtsgrundsatzes und geht als spezielle Regelung dem subsidiären Grundrecht vor. Lediglich dort, wo der primärrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ausreichend konkret ist – wie bei Art. 157 AEUV – stützt sich der Gerichtshof unmittelbar auf den Grundsatz und nicht auf die konkretisierende Richtlinie.²¹⁰ An der grundsätzlich nur vertikalen²¹¹ und nur in bestimmten Konstellationen horizontalen Richtlinienwirkung²¹² im Privatrechtsverhältnis ändert das nichts.²¹³ Die Existenz der Richtlinie erklärt aber das Geltungsproblem des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrechtsverhältnis:²¹⁴ Private Akteure sind

204 *Classen/Nettesheim* in: Oppermann/Classen/Nettesheim, § 17 Rn. 30.

205 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

206 *Skouris* in: Merten/Papier, Handbuch Grundrechte, § 157 Rn. 24.

207 So die vom BVerfG NZA 2010, 995 Rn. 70 angebotene Interpretationsmöglichkeit.

208 Verkannt von *Huber*, NJW 2011, 2385, 2389 f.

209 GA Sharpston, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-427/06 – *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 50.

210 Vgl. dazu *Sagan*, ZESAR 2011, 412, 414.

211 Dazu EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 46; EuGH, Urt. v. 5.10.2004, Rs. C-397/01 ua – *Pfeiffer ua. v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.* = Slg. 2004, I-8835 Rn. 108 f mwN.

212 Vgl. dazu von *Damwitz*, JZ 2007, 697, 703 ff; allgemein zur horizontalen Richtlinienwirkung *Mörsdorf*, EuR 2009, 219 ff.

213 Zutreffend insoweit *Waltermann*, EuZA 2010, 541, 549; eingehende Begründung bei *Mörsdorf*, EuR 2009, 219, 234 f.

214 Anders *Waltermann*, EuZA 2010, 541, 549 f, der darin lediglich eine Regelung der Normkollision sieht.

aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes Träger subjektiver Rechte sowohl gegenüber dem Staat wie auch gegenüber nicht-staatlichen Rechtssubjekten. Dafür ist Voraussetzung, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der privatrechtliche Sachverhalt in den persönlichen, zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich einer Richtlinie fällt. Dieser kommt damit – kompetenzrechtlich gesprochen – die Funktion eines Türöffners zum Unionsgrundsatz zu. Das gab Anlass, skeptisch nachzufragen, ob „tatsächlich alleine eine Richtlinie, die in Privatrechtsverhältnissen niemals unmittelbar gilt, den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen und damit die Türe zu einer Bindung Privater an Grundrechte aufstoßen können [soll], deren Inhalt sich wiederum aus der Richtlinie selbst ergibt?“²¹⁵ Die Frage ist schief gestellt. Es ist nicht die Richtlinie, die einen sekundärrechtlichen Rahmen zur Verwirklichung des primärrechtlichen Grundsatzes schafft.²¹⁶ Der primärrechtliche Grundsatz bindet die Mitgliedstaaten nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Grundrechte-Charta).²¹⁷ Dieser kann aufgrund der jeweiligen Gleichbehandlungsrichtlinie eröffnet sein. Er kann sich aber auch aus einer anderen Vorschrift des primären oder sekundären Unionsrechts ergeben. Das war beispielsweise die Konstellation in der Rs. *Mangold*: Dort folgte bereits aus einer anderen Richtlinie, dass § 14 TzBfG aF im Anwendungsbereich des Unionsrechts lag. Ist das mitgliedstaatliche Handeln nur von der einschlägigen Richtlinie erfasst, ist sie zwangsläufig der einzig in Betracht kommende Türöffner.

Im Ergebnis laufen die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote und der Gleichbehandlungsgrundsatz parallel. Der Zweck des Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht wie bei den Grundfreiheiten darin, die Teilnehmerrolle des Einzelnen in den Kommunikationsprozessen des Binnenmarkts sicherzustellen. Grundrechtliche Gleichbehandlungsgebote zeichnen sich allerdings durch ein hohes Abstraktionsniveau aus. Vor allen Dingen können sie die gegenseitigen Autonomiebereiche der jeweiligen Grundrechtsträger nicht selbstständig abgrenzen. Dafür bedarf es der Berücksichtigung von Freiheitsrechten. Die Aufgabe der Richtliniengebung ist es, den notwendigen Kompatibilisierungsvorgang prozedural einzufangen. Damit wird das Gewaltenteilungsproblem der unmittelbaren Horizontalwirkung gelöst. Dieses spielt auf der Ebene der Union auch im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten eine Rolle. Die Union kann ohne ausreichende Kompetenzgrundlage keine Diskriminierungsverbote etwa für Ungleichbehandlungen

215 Höpfner, ZfA 2010, 449, 467.

216 So aber Mörsdorf, EuR 2009, 219, 237.

217 Dazu EuGH, Urt. v. 23.9.2008, Rs. C-427/06 – *Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH* = Slg. 2008, I-7245 Rn. 14 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 23 ff; zuletzt EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 – *Åklagare v. Hans Åkerberg Fransson* = Slg. 2013, I-(n.v.) Rn. 18 ff.

aufgrund von Krankheit schaffen, die das Bürger-Bürger Verhältnis regeln.²¹⁸ Art. 19 und Art. 157 AEUV sind insoweit abschließend. Aus der Konkretisierungsthese folgt der Anwendungsvorrang der Richtlinie im Verhältnis zum Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Richtlinie sperrt den unmittelbaren Rückgriff auf den Gleichbehandlungsgrundsatz. Damit ist das Problem der Verdopplung der subjektiven Rechte gelöst. Das subjektive Recht auf Nichtdiskriminierung des Einzelnen folgt aus der Umsetzung der Richtlinie im nationalen Recht. Der Inhalt dieses Rechts ist vom Gleichbehandlungsgrundsatz geprägt, weil er zwischen den Privatrechtsakteuren gilt. Das wirkt sich aus, wenn die Konkretisierungskette bricht, weil das nationale Recht²¹⁹ oder die Richtlinienbestimmung²²⁰ unwirksam ist. In diesen Fällen folgt das subjektive Recht auf Gleichbehandlung unmittelbar aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

4. Kompatibilisierung von Autonomiebereichen

Das Unionsrecht liefert damit ein brauchbares Modell, die unmittelbare Horizontalwirkung von Diskriminierungsverboten methodisch zu verarbeiten. Daraus kann man für die hier untersuchte Frage nach der unmittelbaren Horizontalwirkung der verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze Rückschlüsse ziehen. Das Prinzip der personalen Gleichheit konkretisiert als Metaregel privatrechtlicher Gleichbehandlungspflichten das unmittelbar in den Grundrechten wurzelnde Recht auf Gleichbehandlung: Für das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht, soweit es Richtlinien der Union umsetzt, folgt der unmittelbare Grundrechtsbezug aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Rs. *Mangold* und *Kücükdeveci*²²¹. Für die autonomen Diskriminierungsmerkmale des deutschen Rechts folgt es aus der Bindung Privater an Art. 3 Abs. 1 GG (Alter, sexuelle Orientierung) bzw. Art. 3 Abs. 3 GG (Religion, Weltanschauung,²²² Behinderung), die sich letztlich immer als eine unmittelbare Bindung herausstellt. Für die allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze lässt sich Art. 3 Abs. 1 GG fruchtbar machen. Das entspricht im Wesentlichen auch der tatsächlichen Handhabung dieser Grundsätze.²²³ Unklar ist, ob insoweit im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch der allgemeine unionsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch greift.²²⁴

218 Vgl. dazu EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-13/05 – *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* = Slg. 2006, I-6467 Rn. 55 ff.

219 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 50 f.

220 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773.

221 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21 ff.

222 Dazu oben § 6 II 3 c).

223 Siehe dazu oben § 5 I 3 d), II 3 b).

224 Dazu oben § 5 II 3 a).

Das Prinzip personaler Gleichheit enthält einen *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung. Dieser ist Konsequenz der (unmittelbaren) Horizontalwirkung von Gleichbehandlungsgrundrechten des europäischen Mehrebenensystems im Privatrechtsverhältnis. Damit wird begründungsbedürftig, wann und warum Private andere Private nicht gleich behandeln. Man *darf* private Akteure zwar an die grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze binden. Man darf sie aber inhaltlich nicht *wie* staatliche Akteure binden. Das hat selbst die klassische Variante der unmittelbaren Drittwirkungslehre niemals vertreten.²²⁵ Dagegen spricht schon, dass sie auch Grundrechtsträger sind. Die Freiheit selbstbestimmten Handelns (Autonomie) ist nämlich ebenfalls Gegenstand der (unmittelbaren) Horizontalwirkung. Damit die Gleichheitsgrundrechte im Privatrechtsverkehr sinnvoll angewendet werden können, ist ihre situationsadäquate und kontextbezogene Reformulierung notwendig.²²⁶ Das setzt voraus, den Grundrechtskonflikt auch in seiner institutionellen Dimension wahrzunehmen. Nach traditionellem Verständnis steht auf der einen Seite ein privater Akteur als Grundrechtsstörer und auf der anderen Seite ein privates Individuum, dessen Grundrechte verletzt sind.²²⁷ Das verleitet dazu, nur die individuellen Handlungen einzelner Unternehmen, Arbeitgeber oder Anbieter für die Diskriminierung verantwortlich zu machen. Der grundrechtliche Schutz gegen Diskriminierungen wird dann auf einen Konflikt zwischen privaten Individuen reduziert. Das würde zu kurz greifen. Das zeigt sich besonders eindringlich bei den instrumentalischen Diskriminierungen.²²⁸ Sie bilden ein systemisches Geflecht rationaler Differenzierung.²²⁹ Die Gefahr dieses institutionalisierten Verhaltens besteht gerade darin, dass es seine Eigenrationalität konsequent betreibt, ohne dabei die Eigenrechte seiner sozialen und humanen Umwelt ausreichend zu respektieren. In ihrer institutionellen Dimension stellen Grundrechte daher zwei elementare Anforderungen an gesellschaftliche Kommunikationsprozesse:

- „1. Fremd- und Selbstbeschränkung ihrer expansiven Tendenzen
- 2. Sensibler Ausgleich zwischen ihrer Eigenrationalität und den als Umweltanforderungen intern reformulierten ‘Eigenrechten’ ihrer Umwelt.“²³⁰

225 Dazu oben § 4 I 2 c).

226 Vgl. *Graber/Teubner*, 18 Oxford J. Legal Studies 61, 70 (1998).

227 Vgl. die Beschreibung des „divisionalen Grundrechtskonzepts“ bei *Teubner*, *Der Staat* 45 (2006), 165 ff.

228 Zum Begriff oben § 6 V 1 c).

229 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung, 2001, 20 ff. Ich bevorzuge diesen Begriff im Vergleich zur anonymen Matrix kommunikativer Prozesse (*Teubner*, *Der Staat* 45 (2006), 161, 177 ff), weil die Kommunikationsprozesse durchaus auf Akteure (Unternehmen) zurückzuführen sind und nur in ihrem Zusammenspiel die besondere Gefahr realisieren.

230 *Teubner*, *Der Staat* 45 (2006), 161, 169 f.

Was das konkret bedeutet, lässt sich anhand geschlechtsdifferenzierender Prämissen und Leistungen in der Versicherung beispielhaft erklären.²³¹ Diese Differenzierung ist im ökonomischen System rational und effizient. Der erzielte Informationsgewinn beruht auf stereotypen Annahmen über Personen und auf Zuschreibungen von Eigenschaften, die das konkrete Individuum nicht aufweisen muss. Diese Kommunikation im Wirtschaftssystem bewirkt negative Externalitäten. Sie ist eine Missachtung der Persönlichkeit des Einzelnen, weil er Opfer falscher Zuschreibungen wird und ihm die Möglichkeit genommen wird, sich nach eigenen Vorstellungen zu präsentieren.²³² Anders formuliert: Es kommt zur Kollision einer expansiv angelegten Kommunikation des Wirtschaftssystems mit einem personalen Grundrecht, das dem Einzelnen in seiner Hülle als Rechtsperson einen Autonomieraum selbstbestimmter Kommunikation einräumt.²³³ Das Wirtschaftssystem greift über und bestimmt die Darstellung von Personen. Darin liegt eine Gefährdung der Freiheit des Menschen. Freiheit und Würde „bezeichnen Grundbedingungen des Gelingens der Selbstdarstellung eines Menschen als individuelle Persönlichkeit.“²³⁴ Nur indem er sich als Interaktionspartner *selbst darstellen kann* gewinnt er selbstbewusste Individualität.²³⁵ „Der Mensch gewinnt seine Individualität als Persönlichkeit nur im sozialen Verkehr, indem auf seine Selbstdarstellung, sei es durch Konsens, sei es durch Dissens, eingegangen wird.“²³⁶ Diese Möglichkeit verweigert ihm die ökonomische Kommunikation im Wirtschaftssystem. Das zwingt zu dessen Fremdbeschränkung über Grundrechte, damit die „Kommunikationschance“²³⁷ der Person geschützt bleibt. Die Kollision unterschiedlicher Rationalitäten wird mit den grund- und einfachrechtlichen Diskriminierungsverboten gelöst: „Eine Funktion von Diskriminierungsverboten ist es darum, zu vermeiden, dass auf Empfängerseite mittels typischer Diskriminierungsmerkmale automatisch und stereotyp erzeugte Persönlichkeitsbilder den Blick auf die „wahren Eigenschaften“ einer Person versperren.“²³⁸ Sie zwingen das Gegenüber zu einem aufwendigeren Prozess der Fremdbildkonstruktion.²³⁹ Damit wird das „Eigenrecht“ der Umwelt im Wirtschaftssystem zur Geltung ge-

231 Zu ihrer rechtlichen Behandlung EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773. Dazu oben § 6 VI 3 b) und § 8 II 1 b); umfassend zum Problem zuletzt *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung, 2010.

232 Grundlegend dazu *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007.

233 Vgl. zum Begriff des personalen Grundrechts *Teubner*, Der Staat 45 (2006), 161, 181.

234 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 61.

235 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 61.

236 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 61 f.

237 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 23.

238 *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, 55.

239 *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, 55 f.

bracht. Daraus erklärt sich die horizontale Wirkung unions- und verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote gegenüber Versicherungsunternehmen.²⁴⁰

Diese Horizontalwirkung muss privatrechtlich operationalisiert werden. Das kann mit einem Modell geleistet werden, das dem Grundsatz der subsidiären Horizontalwirkung folgt. *Bachmann* hat ein solches Modell für die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten vorgeschlagen.²⁴¹ Davon übernehme ich nur den Begriff. *Bachmann* versucht sich erneut an einer Tatbestandslösung und unterscheidet zwischen marktkonformen und marktversperrendem Verhalten. Tatbestandsmodelle führen aber im Gleichbehandlungsrecht nicht weiter.²⁴² Rechtfertigungsmodelle stellen die adäquate prozedurale Struktur zur Verfügung, um den Konflikt der jeweiligen Autonomiebereiche sichtbar zu machen.²⁴³ Das Prinzip personaler Gleichheit bietet sich daher als geeignetes Modell an, die Kollision freiheitsrechtlich und gleichbehandlungsrechtlich geschützter Interessen zu regeln. Es stellt die notwendige Kompatibilisierungsnorm zur Behandlung der konfligierenden Autonomiebereiche der betroffenen gesellschaftlichen Rationalitäten bereit. Die Kombination des verfassungsrechtlich begründeten *prima facie* Gleichbehandlungsanspruchs mit der ebenfalls verfassungsrechtlich vorzusehenden freiheitsrechtlich konzipierten Rechtfertigung, schafft eine Kollisionsregel für unterschiedliche Handlungslogiken. Der *prima facie* Anspruch auf Gleichbehandlung räumt dem ungleich Behandelten ein subjektives Recht auf Rechtfertigung ein. Dieses subjektive Recht konkretisiert den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch. Zugleich stellt es eine differenzierende Rechtfertigungsstruktur bereit, die es dem ungleich Behandelnden ermöglicht, die Gründe für seine Entscheidung in den Diskurs einzuführen. Damit sperrt es den unmittelbaren Rückgriff auf Art. 3 GG. Es füllt daher eine Lücke, die sich im geltenden Recht immer dann auftut, wenn ein Sachverhalt weder von den Anwendungsbereichen der anerkannten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze noch vom speziellen Nichtdiskriminierungsrecht erfasst wird. Die *Hohenzollernfall* ist dafür das prominenteste Beispiel. Der Bundesgerichtshof musste über § 138 BGB auf Art. 3 Abs. 3 GG zurückgreifen.²⁴⁴ Aufgrund der seit der *Lüth*-Entscheidung anerkannten Horizontalwirkung musste das Gericht die letztlich unmittelbare²⁴⁵ Wirkung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote akzeptieren und war dann gezwungen in eine Rechtfertigungsprüfung einzutreten. Das Prinzip

240 Eine eingehende Begründung der Drittgerichtetheit gleichheitsrechtlicher Inhalte im Versicherungsrecht – wenn auch vom Standpunkt der mittelbaren Drittwirkung – bei *Richter*, Gleichbehandlungs-pflichten in der Privatversicherung, 2010, 176 ff, 197 ff.

241 *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 473.

242 Siehe § 7 IV 2 b) (2).

243 Dazu oben § 7 IV 2 b) (3).

244 BGHZ 140, 118, 131 ff.

245 Dass es sich um einen Fall unmittelbarer Horizontalwirkung handelt, stellt *Gutmann*, NJW 2004, 2347, 2349 anhand der nachfolgenden Entscheidung BVerfG NJW 2004, 2008 mit Recht fest.

der personalen Gleichheit hat das Potential diese amorphe Konstruktion („§ 138 BGB iVm Art. 3 Abs. 3 GG“)²⁴⁶ abzulösen. Es gibt dem Rechtsanwender eine Kollisionsregel zur Hand, die das Verhältnis der betroffenen Grundrechte privatrechtlich konkretisiert. Damit stellt es die notwendige Infrastruktur zur Verfügung, um das – verfassungsrechtlich ohnehin erforderliche – allgemeine Nichtdiskriminierungsrecht entwickeln zu können. Es ergänzt die in erster Linie auf die Durchsetzung privater Präferenzen eingestellten subjektiven Rechte mit gleichbehandlungsrechtlichen Zugangsregeln. Die damit verbundene Konstitutionalisierung²⁴⁷ ist nach meiner Auffassung kein beklagenswerter „Autonomieverlust des Privatrechts“²⁴⁸, sondern die Konsequenz der Pluralität von unterschiedlichen privaten Autonomien, die ein Verfassungsrecht privater Regelungssysteme erforderlich macht.²⁴⁹ Das Prinzip personaler Gleichheit ist die zeitgemäße Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem.

246 Vgl. dazu kritisch *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, 369.

247 Zur Konstitutionalisierung allgemein siehe *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, 222 ff und speziell des Privatrechts siehe *Kumm*, 7 German L.J. 341 (2006).

248 *Wagner*, Materialisierung, in: *Blaurock/Hager*, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 77.

249 Dazu eingehend *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, 242 ff.

