

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger  
Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb  
Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit  
Prof. Dr. Burkhard Hess  
Prof. Dr. Abbo Junker  
Prof. Dr. Dirk Looschelders  
Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

*Michael Grünberger*

# Personale Gleichheit

*Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*

Nomos Verlagsgesellschaft

*Der Südtiroler Michael Grünberger studierte Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Nach dem Referendariat, und unterbrochen von einem Studium an der NYU, wurde er in Köln mit einer Arbeit zum Recht des ausübenden Künstlers promoviert. Im Anschluss daran war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an der Universität zu Köln, davon drei Jahre auf einer DFG-geförderten eigenen Stelle. Nach der Habilitation im SS 2011 vertrat er in Heidelberg und Bayreuth. Er erhielt Rufe nach Bayreuth, Innsbruck und Rostock und ist seit 2012 Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht an der Universität Bayreuth.*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Fördervermerk:

Diese Publikation wurde durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (Projekt GR 3476/1-2) finanziell unterstützt.

© 2013 Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Schrift: Sabon 9,3 auf 11,6 pt. Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-0597-9

*For Adrian*



## Vorwort

Freiheit und Gleichbehandlung stehen in einem Spannungsverhältnis. Seine Auflösung zwingt Gesetzgeber und Rechtsanwender aus methodischen Gründen in die Struktur von Grundsatz und rechtfertigungsbedürftiger Ausnahme. Nach herkömmlicher Auffassung ist Freiheit — und damit auch die Privatautonomie — der Grundsatz; Gleichbehandlung die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Ich entwickle hier eine neue Konzeption des Verhältnisses von Gleichbehandlung und Rechtfertigung. Sie erhebt den Anspruch, die Erwartung eines privaten Akteurs, in vergleichbaren Situationen auch gleich behandelt zu werden, situationsgerecht in Einklang zu bringen mit den konkreten Interessen, die der andere private Akteur an der Differenzierung im Einzelfall hat. Diese Aufgabe übernimmt das „Prinzip der personalen Gleichheit“: Danach ist im Ausgangspunkt jede Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Wichtigster Rechtfertigungsgrund ist die Ausübung von Freiheitsrechten. Damit behaupte ich nicht, dass Freiheit als Wert nachrangig ist. Ich glaube aber, dass man die tatsächlich bestehenden gesellschaftlichen Konflikte nicht zutreffend erfassen und lösen kann, wenn man sie nur auf einer abstrakten Prinzipienebene verankert. Das Buch verknüpft sein eigentliches Thema — die Begründung und Verteidigung des Prinzips der personalen Gleichheit — mit einem historisch-kontextualisierenden, einem klassisch-dogmatischen und einem rechtstheoretischen Ansatz zu einer einheitlichen These: Der hier konzipierte Gleichbehandlungsgrundsatz sensibilisiert das Recht für alle Ungleichbehandlungen, die es in seiner Umwelt gibt. Jeder Private kann eine ihn betreffende Ungleichbehandlung als solche rechtlich thematisieren und eine Rechtfertigung dafür verlangen. Damit eröffnet sich ein permanenter rechtlicher Diskurs über die Überzeugungskraft der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist also ein Instrument zur Selbstirritation des Rechts. Damit realisiert sich die politische Funktion der Gleichheitsidee *auch* im Privatrecht.

Die Arbeit lag im Sommersemester 2011 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift vor. Sie ist aus dem gleichnamigen, von der DFG mit einer „eigenen Stelle“ finanzierten Projekt hervorgegangen. Das Manuskript habe ich im Frühjahr 2011 abgeschlossen. Es war von Sommer 2011 bis Sommer 2013 online zugänglich. Mit dem Erscheinen dieses Buches wird das Manuskript aus dem Netz genommen. Das liegt auch daran, dass ich es in wesentlichen Teilen (insbesondere in §§ 1 IV, 5, 6, 8 II 2 und 9) im Winter 2012/13 für die Drucklegung gründlich überarbeitet, gestrafft und teilweise neu geschrieben habe. Die bis Ende 2012 veröffentlichten Entscheidungen und erschienene Literatur sind eingearbeitet. Auf ein Abkürzungsverzeichnis und ein Sachregister habe ich verzichtet: Bei unbekanntenen Abkürzungen hilft das In-

ternet weiter und anhand von Stichwörtern kann sich die Leserin oder der Leser das umfangreiche Buch ohnehin nicht erschließen.

Das Vorwort ist üblicherweise auch der Ort für Danksagungen. Ich denke, dass den Menschen, die mich in den Jahren zwischen der ersten Idee und der Veröffentlichung dieses Buches begleitet und in vielfältiger Weise unterstützt haben, ein persönlicher und deshalb privat zu erstattender Dank gebührt. Sie mögen es mir deshalb nachsehen, wenn ich sie hier nicht nenne. Für zwei Personen möchte ich eine Ausnahme machen: Prof. Dr. *Anja Steinbeck* und Prof. Dr. *Heinz-Peter Mansel*. Sie haben das Projekt von seinen Anfängen bis zum Abschluss des Habilitationsverfahrens intensiv begleitet und es auf jeweils ganz unterschiedliche Weise gefördert. Dafür danke ich ihnen von ganzem Herzen.

Bayreuth/Köln/New York, August 2013

*Michael Grünberger*

## Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit .....	29
1. Teil: Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts		
§ 2	Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800 .....	71
§ 3	Entstehung, Scheitern und Wiederkehr des modernen Nichtdiskriminierungsrechts .....	116
§ 4	Gleichbehandlungspflichten Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945 .....	222
2. Teil: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme		
§ 5	Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze .....	315
§ 6	Spezielles Nichtdiskriminierungsrecht .....	527
3. Teil: Das Prinzip der personalen Gleichheit		
§ 7	Versuch einer Neukonzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht .....	749
§ 8	Gleichbehandlungspflichten Privater in der Gesellschaft .....	870
§ 9	Personale Gleichheit: Eine rhapsodische Zusammenfassung .....	1039
Literaturverzeichnis .....		1055





## Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit .....	29
I. Der Vorrang der personalen Freiheit im klassischen Privatrechtsverständnis .....	29
1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Steuerungsinstrument hoheitlicher Beziehungen .....	29
2. Privatautonomie als Steuerungsinstrument privatrechtlicher Beziehungen .....	32
3. Gleichbehandlungspflichten im deutschen und europäischen Privatrecht .....	36
a) Allgemeine Gleichbehandlungspflichten .....	36
b) Diskriminierungsverbote im Privatrecht .....	39
(1) Der Einfluss des Unionsrechts .....	40
(2) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) .....	46
4. Nachwirkungen personenrechtlicher Ungleichbehandlungen .....	49
II. Paradigmenwechsel .....	52
III. Personale Gleichheit – Annäherungen an eine Neukonzeption .....	57
IV. Gang der Untersuchung .....	61
1. Vorbemerkung .....	61
2. Skizze des Arbeitsprogramms .....	64

### 1. Teil:

## Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts

§ 2 Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800 .....	71
I. Gleiche Rechtsfähigkeit jeder Person .....	71
1. Gleichheit an „ursprünglichen“ Rechten im jüngeren Naturrecht .....	71
2. Die Neukonzeption der bürgerlichen Gesellschaft .....	73
3. Gleichheit im Privatrecht – Orientierungsversuche .....	74
a) Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht .....	74

b) Systeme der Freiheit: formelle Gleichheit vs. „gänzlicher Gleichheit“ .....	76
c) Systeme der Gleichheit: Jakob Friedrich Fries (1773-1843) ...	79
4. Allgemeine Rechtsfähigkeit als Konzeption gleicher rechtlicher Freiheit .....	82
a) Die Rechtsfähigkeit als Grundbegriff des Privatrechts .....	82
b) Der Vorreiter: Das galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) v. 1798 .....	84
c) Ein Siegeszug im 19. Jahrhundert .....	86
II. Die Frau auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“ .....	88
1. „Gebrochene Gleichheit“ im Eherecht des BGB .....	88
a) Ungleichbehandlung der Ehefrau im BGB v. 1896 .....	89
b) Eine zwiespältige Würdigung – Fortschritt und Beschränkung von Freiheiten zugleich .....	94
2. Brüchige Rechtfertigungsstrategien der Ungleichbehandlung .....	97
a) Verteidigungsstrategien am Beispiel Gottlieb Plancks .....	97
b) „...denn die Frau ist auch ein Mensch“ .....	99
c) Die „hinkende“ Gleichheit als Prinzip des einfachen Rechts ..	101
III. Paradoxien der formalen Rechtsgleichheit .....	106
1. Der Zusammenhang von Rechtsgleichheit und tatsächlichen Ungleichheiten .....	106
2. „Die Abstraction des Rechts von der Individualität des Menschen“ .....	108
3. Ein zweites Gleichheitsproblem .....	110
§ 3 Entstehung, Scheitern und Wiederkehr des modernen Nichtdiskriminierungsrechts .....	116
I. „The negro race had been doomed to slavery“ .....	116
1. Das gebrochene Versprechen der Gleichheit in der Declaration of Independence .....	116
2. Die Verankerung der Sklaverei in der Verfassung von 1787 .....	117
a) Sklavenhandel .....	118
b) Fortdauer des Statusverhältnisses beim Aufenthaltswechsel des Staates? .....	119
(1) Ein ungeklärtes Thema .....	119
(2) Schutzpflicht zugunsten des Masters eines flüchtigen Sklaven .....	120
(3) Sonstiger Aufenthaltswechsel von Sklaven und Schwarzen .....	121
c) Property oder Person? .....	127

3.	Rassistische Legitimationsstrategien ab 1800 .....	131
a)	Die Beschränkung der Sklaverei auf Schwarze .....	131
b)	Die freiheitsrechtlichen Beeinträchtigungen freier Schwarzer ..	133
4.	Fallstudie: Thomas R.R. Cobbs Inquiry into the Law of Negro Slavery .....	134
a)	Sklaverei als soziale Institution .....	137
b)	Sklaverei als moralische Anstalt zur Verbesserung der Schwarzen .....	138
II.	Exkurs: Sklaverei als Rechtsproblem in Deutschland .....	141
1.	Von der Rechtsgeschichte eines erkauften Mohren (1780) zum letzten Sklavenprozess in Deutschland (1854) .....	141
2.	Die Sklaverei als Thema im jüngeren Naturrecht .....	146
III.	Aufstieg und Fall des Nichtdiskriminierungsrechts im 19. Jahrhundert .....	149
1.	Die Wiederentdeckung des Gleichheitsversprechens der Unabhängigkeitserklärung .....	149
2.	Die Reconstruction Amendments und die Civil Rights Acts von 1866, 1870 und 1871 .....	153
a)	„The one pervading purpose: the freedom of the slave race“	153
(1)	Amendment XIII .....	153
(2)	Civil Rights Act 1866 .....	154
(3)	Amendment XIV .....	156
(4)	Amendment XV .....	157
(5)	Gleiche Freiheit durch Recht .....	158
b)	Strategien zur Perpetuierung der Ungleichheit .....	160
(1)	Gleiche Anwendung rassistischen Rechts .....	160
(2)	Civil Rights v. Social Rights .....	162
3.	Die moderne Antwort auf das zweite Gleichheitsproblem: der Civil Rights Act von 1875 .....	164
a)	Die Inklusion Schwarzer in eine von Weißen dominierte Gesellschaft .....	164
b)	Diskriminierungsverbote und ihre Wurzeln in Gleichbehandlungspflichten des Common Law .....	167
c)	Verfassungsrechtliche Legitimation .....	172
4.	Das Scheitern: Die Civil Rights Cases (1883) .....	172
a)	Begrenzung von Gleichbehandlungspflichten auf state action	172
b)	Die Neudefinition von Eigentumsrechten zulasten von Gleichbehandlungspflichten .....	174
c)	„The special favorite of the laws“ .....	176
5.	Equal but separate – Plessy v. Ferguson (1896) .....	179
a)	Die Karriere von „equal but separate“ von 1866 bis 1896 ...	179

b) „The Strange Career of Jim Crow“ .....	182
c) Plessy als Bindeglied zwischen den Civil Rights Cases und Lochner (1906) .....	184
(1) Konsequente Fortführung der Civil Rights Cases in Plessy .....	184
(2) Schutz privatautonomer und Begrenzung staatlicher Diskriminierungen in Lochner .....	188
IV. Renaissance der Diskriminierungsverbote .....	190
1. Brown v. Board of Education (1954) .....	190
2. Reichweite und Grenzen verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr .....	191
a) Burton v. Wilmington Parking Authority (1961) .....	192
b) Bell v. Maryland (1964) .....	192
c) Shelley v. Kraemer (1948) .....	194
d) Das Problem der „unwilling party“ .....	196
3. Wiederkehr des Civil Rights Acts von 1866 .....	198
a) Jones v. Alfred H. Mayer Co. (1968) und das zweite Gleichheitsproblem .....	198
b) Privatrechtliche Auswirkungen: Sullivan v. Little Huntington Park, Inc. (1969) .....	200
c) Von Runyon v. McCrary (1976) zu Patterson v. McLean CreditUnion (1989) .....	201
d) Verfassungsrechtliche Grenzen .....	203
4. Wiederkehr und Ausbau der Civil Rights Gesetzgebung .....	204
a) Der Civil Rights Act of 1964 .....	205
(1) Diskriminierungsverbote bei places of public accomodations (Title II CRA 1964) .....	205
(2) Kompetenzrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten im Bundesstaat .....	207
(3) Freiheitsrechtliche Grenzen von Diskriminierungsverboten .....	211
(4) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (Title VII CRA 1964) .....	214
b) Ein (vorläufiger?) Siegeszug .....	217
5. Zusammenfassung und Ausblick .....	218

§ 4 Gleichbehandlungspflichten Privater als Untersuchungsgegenstand seit 1945 .....	222
I. Gleichbehandlungspflichten zwischen 1945 und 1975 – Kontinuitäten und Umbrüche .....	222
1. Gleichbehandlung als überpositiver Rechtsgrundsatz – Ludwig Raiser (1946/48) .....	224
2. Drittwirkung des Gleichheitsgrundrechts .....	231
a) Das Lüth-Urteil (1958) .....	232
b) Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Hans Carl Nipperdey (1950) .....	235
c) Grundrechte und Zivilrechtsprechung – Günter Dürig (1956)	241
3. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Zivilrecht – Götz Hueck (1958) .....	247
4. Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft – Franz Böhm 1966 .....	254
5. Freiheitsrechtliche Sanktionierung von Diskriminierungsverboten – Jürgen Salzwedel (1966) .....	264
6. Zusammenfassung .....	267
II. Die erste „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten 1976-2000 .....	269
1. Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen – U.S.A. und Großbritannien .....	269
2. Einfluss des Völkerrechts am Beispiel des ICERD .....	273
a) Überblick über die völkerrechtliche Entwicklung auf internationaler Ebene .....	273
b) Ein völkerrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse .....	277
c) Umfang und Ausmaß staatlicher Handlungspflichten .....	279
d) Ein geändertes Stimmungsbild – ICERD-Implementation ab 1990 .....	282
e) Der Weg zum AGG .....	286
3. Einfluss des Gemeinschaftsrechts – Die Richtlinie 76/207/EWG und ihre Umsetzung im deutschen Recht .....	288
a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts .....	288
b) Diskriminierungsschutz im deutschen Arbeitsrecht – eine schwierige Geburt .....	292
c) Verfassungsrechtliche „Adoption“ des § 611a BGB aF .....	297

4. Gleichheit und differenzierte Gerechtigkeit – Bestandsaufnahme und Ausblick auf die zweite „Expansionsphase“ ab dem Jahr 2000 .....	303
a) Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote .....	304
b) Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht .....	306
c) Vom status quo am Ende der ersten „Expansionsphase“ zum Beginn der zweiten „Expansionsphase“ von Diskriminierungsverboten im Privatrecht .....	311

## 2. Teil:

# Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht – Eine Bestandsaufnahme

§ 5 Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsätze .....	315
I. Allgemeines Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht .....	316
1. Kategorien von Gleichbehandlungspflichten im Arbeitsrecht .....	316
2. Inhalt und Rechtsfolgen .....	318
3. Geltungsgrund .....	320
a) Klassische Begründungsansätze .....	321
b) Gleichbehandlung aufgrund von Selbstbindung .....	323
c) Gleiche Behandlung als Forderung des Billigkeitsgebots .....	324
d) Grundrechtswirkung .....	325
4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	328
a) Ausnahmen vom Anwendungsbereich .....	328
(1) Berücksichtigung der Vertragsabschlussfreiheit .....	328
(2) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsbeendigungsfreiheit? .....	331
(3) Bereichsausnahme zugunsten der Vertragsinhaltsfreiheit? .....	332
b) Ungleichbehandlung .....	335
c) Rechtfertigung .....	338
5. Exkurs: Gleichbehandlung bestimmter Arbeitnehmergruppen ....	343
II. Gleichbehandlung im Verbandsrecht .....	346
1. Kategorien von Gleichbehandlungsgrundsätzen .....	346
a) Diskriminierungsverbot in den Grundfreiheiten .....	346
b) Gleichberechtigungsprinzip .....	347
(1) Abgrenzung zum Gleichbehandlungsgrundsatz .....	347

(2) Exkurs: Die Unzulänglichkeit des Gleichberechtigungsprinzips am Beispiel der Bruchteilsgemeinschaft .....	348
c) Gleichbehandlungsgrundsatz .....	351
2. Inhalt und Rechtsfolgen .....	351
3. Geltungsgrund .....	354
a) Unionsrecht .....	354
b) Nationales Recht .....	358
4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	363
a) Anwendungsbereich .....	363
(1) Persönlicher Anwendungsbereich: Gesellschaft und Gesellschafter? .....	363
(2) Sachlicher Anwendungsbereich: mitgliedschaftlicher Bereich .....	366
(3) Zeitlicher Anwendungsbereich: Vertrags- und Satzungsautonomie .....	368
b) Ungleichbehandlung .....	372
(1) Gleichbehandlungsmaßstäbe .....	372
(2) Arten der Ungleichbehandlung .....	375
c) Sachliche Rechtfertigung .....	377
5. Exkurs zur Wohnungseigentümergeinschaft .....	380
a) Einordnung der Wohnungseigentümergeinschaft .....	380
b) Gleichberechtigungsprinzip im Recht der Wohnungseigentümergeinschaft .....	381
c) Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	382
d) Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	383
III. Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht .....	384
1. Gleichbehandlung als Instrument des Anleger- und Institutionenschutzes .....	384
2. Gleichbehandlungspflichten von Wertpapieremittenten .....	386
a) Geltungsgrund .....	386
b) Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	387
(1) Anwendungsbereich .....	387
(2) Sachliche Rechtfertigung .....	388
(3) Rechtsfolgen .....	390
c) Exkurs: Gleichbehandlung bei Gesamtemissionen .....	391
3. Informationelle Gleichbehandlung am Beispiel des Insiderverbots .....	392



4.	Übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze .....	396
a)	Der allgemeine übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz .....	396
b)	Besondere übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsätze .....	399
(1)	Gleichbehandlungspflichten bei Teilangeboten .....	400
(2)	Pflichtangebot .....	402
5.	Gleichbehandlungspflichten von Finanzintermediären .....	404
6.	Ein allgemeiner kapitalmarktrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz? .....	407
IV.	Gleichbehandlungspflichten im Wettbewerbsrecht .....	411
1.	Gleichbehandlungspflichten und Wettbewerb – Ein exemplarisches Spannungsverhältnis .....	411
2.	Das „Prinzip der Gleichbehandlung“ am Beispiel der Preis- und Konditionenspaltung .....	416
a)	Geltungsgrund .....	416
b)	Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	417
(1)	Eingeschränkter Adressatenkreis: marktbeherrschende Unternehmen .....	417
(2)	Deskriptive Konzeption der Ungleichbehandlung .....	419
(3)	Sachliche Rechtfertigung .....	421
(4)	Wettbewerbsverfälschung .....	423
c)	Legitimation des Prinzips Gleichbehandlung .....	423
3.	Das Diskriminierungsverbot in § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB als allgemeines wettbewerbsrechtliches Gleichbehandlungsgebot ....	424
a)	Verhältnis von Missbrauchs- und „Diskriminierungsverbot“ .....	425
b)	Gleichbehandlung als Grundsatz .....	426
c)	Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung .....	429
(1)	Persönlicher Anwendungsbereich .....	429
(2)	Sachlicher Anwendungsbereich .....	431
(3)	Tatbestandliche Ungleichbehandlung .....	433
(4)	Rechtfertigung der Ungleichbehandlung .....	435
aa)	Grundlagen .....	435
bb)	Rechtfertigungsgrund: Privatautonomie .....	437
(5)	Rechtsfolgen .....	441
4.	Die Aufnahmeverweigerung (§ 20 Abs. 6 GWB) als besonderes Diskriminierungsverbot .....	443
a)	Grundlagen .....	443
b)	Persönlicher Anwendungsbereich .....	446

c) Ungleichbehandlung .....	447
d) Rechtfertigung .....	448
e) Unbillige Benachteiligung .....	450
5. Gleichbehandlungspflichten im Lauterkeitsrecht .....	451
a) Ausgangspunkt .....	451
b) Gleichbehandlung und Rechtfertigung im Lauterkeitsrecht ...	453
V. Grundsatz der Gleichbehandlung im Insolvenzrecht .....	456
1. Inhalt und Konzeptionen des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	456
2. Geltungsgrund .....	460
a) Billigkeits- und Gerechtigkeitsdenken .....	461
b) Haftungsausgleich unter den Gläubigern .....	461
c) Rückbindung an Art. 3 Abs. 1 GG .....	463
(1) Gleichbehandlung als Korrelat zur Grundrechtsbeschränkung .....	463
(2) Gleichbehandlungspflichten der privaten Akteure im Insolvenzverfahren am Beispiel des Insolvenzplans .....	465
VI. Kontrahierungszwang .....	468
1. Grundlagen .....	468
2. Allgemeiner Kontrahierungszwang .....	471
a) Inhalt und Rechtsfolgen .....	471
b) Geltungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen .....	472
(1) Der leading case – Die Entscheidung Dampfschiffahrtsgesellschaft von 1901 .....	473
(2) Von der Monopolstellung zur Marktmacht .....	474
(3) Öffentliche Zweckbestimmung? .....	475
(4) Öffentliches Angebot und Vertragsneigung .....	476
(5) Allgemeinbedürfnis oder Angewiesenheit? .....	479
c) Ein gleichbehandlungsrechtlicher Erklärungsansatz .....	484
d) Anwendungsbereich .....	487
VII. Gleichbehandlung von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten .....	490
1. Teil- und Gesamtschuld .....	490
2. Erfüllung beschränkter Gattungsschulden .....	492
a) Regelungsproblem .....	492
b) Gesetzliche Lösungsvarianten .....	493
(1) Prinzip der Selbstbestimmung .....	493
(2) Prioritätsprinzip .....	493
(3) Ausgleichsprinzip .....	494
(4) Zufallsprinzip .....	495
(5) Stellungnahme .....	495
c) Verteilungsgrundsätze bei der beschränkten Gattungsschuld .....	495

3.	Notbedarf des Schenkers bei gleichzeitig Beschenkten .....	500
a)	Gleichbehandlung bei der Rückforderung? .....	500
b)	Grenzen des Leistungsverweigerungsrechts .....	502
VIII.	Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der Erbfolge .....	503
1.	Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gewillkürten Erbfolge .....	504
2.	Testierfreiheit und Diskriminierungsverbote .....	506
3.	Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gesetzlichen Erbfolge .....	512
4.	Durchbrechungen der Dichotomie zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge .....	514
IX.	Zwischenergebnis – Zurück in die Zukunft? .....	516
1.	Heterogenität klassischer Legitimationsstrategien .....	516
2.	Warum Gleichbehandlung? .....	521
a)	Gleichbehandlung durch Selbstbindung? .....	522
b)	Gleichbehandlung aufgrund erwarteten Verhaltens .....	524
§ 6	Spezielles Nichtdiskriminierungsrecht .....	527
I.	Das Nichtdiskriminierungsprinzip .....	527
1.	Diskriminierungsverbote als unzureichende Gründe von Ungleichbehandlungen .....	527
2.	Diskriminierungsverbote als rechtliche Reaktion auf soziale Statushierarchien .....	530
3.	Spezielles und allgemeines Nichtdiskriminierungsrecht .....	534
II.	Warum Nichtdiskriminierungsrecht? .....	536
1.	Geltungsgrund .....	536
a)	Nationales Recht .....	537
b)	Unionsrecht .....	538
2.	Legitimationsprobleme .....	541
a)	Das egalitaristische Paradigma des Nichtdiskriminierungsrechts .....	543
(1)	Der Leitstern des Nichtdiskriminierungsrechts: Gleichheit .....	543
(2)	Gleichheitskonzeptionen .....	545
b)	Non-egalitaristische Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts .....	550
(1)	Das Scheitern freiheitsrechtlicher Legitimationsversuche .....	550
(2)	Autonome Konzeptionen des Nichtdiskriminierungsrechts .....	556

III. Diskriminierungsmerkmale .....	559
1. Rasse und ethnische Herkunft .....	561
a) Soziale Konzeption des „Rassebegriffs“ .....	562
b) Ethnische Herkunft .....	564
c) Nationale Herkunft? .....	567
2. Geschlecht .....	569
a) Dilemma der Differenz .....	569
b) Dichotomie oder Vielfalt der Geschlechter? – Intersexualität, Transsexualität und Homosexualität .....	571
3. Religion und Weltanschauung .....	574
a) Ein freiheits- oder gleichheitsrechtlicher Schutz? .....	575
b) Definitionsprobleme .....	577
c) Das Problem mit der Weltanschauung .....	580
4. Sexuelle Ausrichtung .....	582
a) Sexuelle Ausrichtung oder sexuelle Identität? .....	582
b) Was wird geschützt: Status oder Verhalten? .....	583
5. Behinderung .....	585
a) Zwei Konzeptionen von Behinderung .....	585
b) Zweistufige Prüfung .....	587
6. Alter .....	589
7. Mehrfachdiskriminierung .....	595
IV. Der Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote – Ein Fall missglückter „praktischer Konkordanz“ .....	600
1. Sachlicher Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots .....	601
a) Überblick über das System der Richtlinien und des AGG ....	601
b) Zugang zu Leistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen .....	603
c) Modifikationen des sachlichen Anwendungsbereichs in § 19 AGG .....	605
(1) Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse .....	606
aa) Fälle mit vergleichbaren Bedingungen .....	606
bb) Vielzahl von Fällen .....	607
cc) Ohne Ansehen der Person .....	609
(2) Privatrechtliche Versicherung .....	614
(3) Bereichsausnahme im Näheverhältnis .....	615
2. Persönlicher Anwendungsbereich .....	616
a) Beschäftigungsrechtliches Benachteiligungsverbot .....	616

b) Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot .....	619
(1) Aktivlegitimation .....	619
aa) Diskriminierung in Dreiecksverhältnissen .....	620
bb) Angenommenes Diskriminierungsmerkmal .....	623
(2) Passivlegitimation .....	624
aa) Zurechnungsprobleme .....	624
bb) Nachfrager als Normadressaten? .....	626
V. Benachteiligungs-/Diskriminierungstatbestand .....	631
1. Tatsächliche Diskriminierungskategorien .....	631
a) Von der präferenzbedingten zur statuserhaltenden Diskriminierung .....	631
b) Statistische Diskriminierung .....	635
c) Intrinsische und instrumentale Diskriminierung .....	641
2. Rechtliche Diskriminierungskategorien .....	645
a) Unmittelbare Benachteiligung/Diskriminierung .....	646
(1) Ungleiche Behandlung .....	647
(2) Vergleichbare Situation .....	648
(3) Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal .....	652
b) Mittelbare Benachteiligung/Diskriminierung .....	656
(1) Überblick über die Konzeption der mittelbaren Diskriminierung .....	656
(2) Warum mittelbare Diskriminierung? .....	657
(3) Ungleiche Behandlung .....	661
(4) Sachliche Rechtfertigung .....	664
c) Belästigung und sexuelle Belästigung .....	666
d) Anweisung zur Benachteiligung/Diskriminierung .....	669
VI. Rechtfertigungsmöglichkeiten von Benachteiligungen/ Diskriminierungen .....	670
1. Grundlagen .....	670
2. Rechtfertigungsgründe im beschäftigungsrechtlichen Diskriminierungsverbot .....	674
a) Überblick über das System der Rechtfertigungsgründe .....	674
b) Besonderer Freiheitsschutz: Die Privilegierung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften .....	675
c) Diskursive Legitimation von Ungleichbehandlungen wegen des Alters .....	678
(1) Legitime Gründe .....	680
(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	682
d) Allgemeiner Freiheitsschutz: Ungleichbehandlungen aufgrund beruflicher Anforderungen .....	685
(1) Grenzen legitimer Gründe .....	686

(2) Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	688
(3) Rechtfertigung der Anknüpfung an Präferenzen Dritter? .....	690
aa) Gleichheitssensitive Berücksichtigung von Drittpräferenzen .....	691
bb) Drittpräferenzen und Stereotype .....	693
3. Rechtfertigungsgründe des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots .....	695
a) Allgemeiner Rechtfertigungsgrund .....	696
(1) Prüfungsstruktur .....	696
(2) Rechtfertigung intrinsischer Diskriminierungen .....	697
(3) Begrenzung der expansiver Tendenzen ökonomischer Eigenrationalität .....	698
b) Rechtfertigung geschlechtsbedingter Differenzierungen in Versicherungsverträgen .....	702
c) Rückausnahme bei Schwanger- und Mutterschaft .....	704
d) Nivellierung der Rechtfertigungsanforderungen bei sonstigen Versicherungsverträgen .....	705
e) Besonderer Rechtfertigungsgrund bei der Wohnraumvermietung .....	706
f) (Fast) Keine Rechtfertigung einer „Rassendiskriminierung“ ..	706
g) Positive Maßnahmen .....	707
(1) Überblick .....	707
(2) Nichtdiskriminierung zwischen principle und policy .....	708
(3) Dialektik der Gleichbehandlung .....	710
VII. Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung .....	713
1. Säulen der Durchsetzung des Nichtdiskriminierungsprinzips im europäischen Mehrebenensystem .....	713
a) Nichtigkeit diskriminierender Maßnahmen und Beseitigung ihrer ungleichen Auswirkungen .....	714
b) Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen .....	716
c) Schutz vor Viktimisierung .....	719
d) Prozessuale Aspekte der Rechtsdurchsetzung .....	721
(1) Beweislastverteilung .....	721
(2) Individuelle und kollektive Rechtsverfolgung .....	724
2. Freiheit und Gleichheit im Konflikt – Abwägungsrelevanz auf Rechtsfolgenebene? .....	726
a) Beseitigungsanspruch und Kontrahierungszwang .....	726
b) Entschädigungsanspruch .....	731

VIII. Zwischenergebnis: Das „Störpotential“ des speziellen Nichtdiskriminierungsrechts .....	736
1. Berücksichtigung sozialer Kontexte ungleicher Freiheitsausübung .....	738
a) Funktion der Diskriminierungsverbote .....	738
b) Materiale Gleichheit .....	739
c) Diskriminierungskategorien .....	740
d) Sanktionen .....	740
2. Sicherung und Begrenzung der Umweltrationalitäten .....	740
a) Gleichheit und Wettbewerb .....	741
b) Festlegung des Anwendungsbereichs – Eine fehlgeschlagene Grenzziehung .....	741
c) Bedeutung von Rechtfertigungsdiskursen .....	743
3. Konsequenz: Mehr Gleichheitsdenken im Privatrecht .....	745

### 3. Teil:

## Das Prinzip der personalen Gleichheit

§ 7 Versuch einer Neukonzeption des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Privatrecht .....	749
I. Überblick .....	749
1. Strukturprinzipien des geltenden Rechts .....	749
a) Ungleichbehandlung und Rechtfertigungsstrukturen im geltenden Recht .....	749
b) Rechtsfolgen .....	754
(1) Ausgangspunkt .....	754
(2) Rechtsfolgen der jeweiligen Gleichbehandlungspflichten im Überblick .....	755
(3) Gemeinsamkeiten .....	758
2. Normentheoretische Einordnung und Funktionen des Prinzips personaler Gleichheit .....	759
a) Funktionen des Prinzips der personalen Gleichheit .....	759
(1) Funktionsvielfalt .....	759
(2) Deskriptives Modell und Legitimationsgrundlage .....	760
(3) Normative Funktion .....	762
b) (K)ein Fall der Prinzipientheorie .....	763
c) Prozeduraler oder substantieller Grundsatz? .....	767
II. Einheitsmodell des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	774
1. Verfassungs- und unionsrechtliche Vorbilder .....	775

2.	Übertragbarkeit auf das Privatrecht .....	780
a)	Eine Parallele zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	780
b)	Kein kategorischer Unterschied zwischen Gleichbehandlungsgeboten und Diskriminierungsverboten ...	781
(1)	Zwei unterschiedliche Phänomene? .....	781
(2)	Ein Fall ausgleichender Gerechtigkeit? .....	784
(3)	Die Gleichheitsblindheit ausgleichender Gerechtigkeit ...	785
(4)	Sozialschutznorm oder Gleichbehandlungsrecht? .....	787
c)	Zusammenfassung .....	790
III.	Ungleichbehandlung .....	791
1.	Elemente der Ungleichbehandlung iwS .....	791
2.	Vergleichbarkeit der Situation .....	793
3.	Ungleichbehandlungsgebot? .....	798
4.	Benachteiligung .....	801
IV.	Rechtfertigung .....	802
1.	Im Zentrum des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	802
2.	Rechtfertigungsgrund Freiheitsrechte .....	804
a)	Freiheit und Gleichheit im Konflikt .....	804
b)	Drei Lösungsmodelle .....	807
(1)	Vorrangmodell .....	810
(2)	Tatbestandsmodell .....	816
(3)	Rechtfertigungsmodell .....	823
3.	Rechtfertigungskontinuum .....	824
a)	Eine freiheitsrechtliche Konzeption der Rechtfertigung .....	824
b)	Der elementare gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard ...	830
c)	Gesteigerte Kontrolldichte zum Schutz gleicher Freiheit .....	832
d)	Diskriminierungsmerkmale als Anknüpfungsverbote .....	835
e)	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....	835
f)	Verweis auf Freiheitsrechte .....	840
(1)	Schutz der ethischen Person .....	840
(2)	Schutz des Marktverhältnisses? .....	841
g)	Zusammenfassung .....	849
4.	Bestimmung der Diskriminierungsmerkmale .....	849
a)	Verfassungsrechtliche Grenzen einfachrechtlicher Ausgestaltung von Diskriminierungsverboten .....	851
b)	Systematisierungsversuche .....	856
(1)	Askriptive vs. verhaltensbezogene Merkmale? .....	858
(2)	Unveränderbare vs. Veränderbare Merkmale? .....	859
(3)	Allgemeines vs. besonderes Merkmal? .....	860
(4)	Kombinationslösung .....	861
5.	Zusammenfassung .....	864



§ 8 Gleichbehandlungspflichtigen Privater in der Gesellschaft .....	870
I. Gerechtigkeit und Gleichheit in Moral, Politik und Recht .....	870
II. Juristische Gerechtigkeit .....	874
1. Lösungsmodell I: Formale Gleichheit .....	874
a) Geschlossenheit und informationelle Offenheit des Rechts ...	874
b) Wiedereintritt der materialen Gerechtigkeit in das Recht ....	880
2. Lösungsmodell II: Gerechtigkeitsdichotomien .....	883
a) Gleichbehandlung zwischen ausgleichender und verteilender Gerechtigkeit .....	883
b) Kritik der Gerechtigkeitsdichotomie .....	886
3. Lösungsmodell III: Juristische Kontexte der gleichen Gerechtigkeit .....	892
a) Soziale Adäquanz juristischer Gerechtigkeit .....	892
b) Gleichheit als Zugangsregel .....	894
c) Vorrang der Eigenrationalität des Privaten? .....	899
4. Gerechtigkeit als Gleichheit .....	902
a) Das Gleichbehandlungsinteresse jeder Person .....	902
b) Warum Gleichbehandlung? .....	904
(1) Moralischer Anspruch auf Behandlung als Gleicher .....	906
(2) Präsomption der Gleichbehandlung .....	910
(3) Freiheit als Wahrung der Gleichheit .....	912
c) Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen .....	913
(1) Spezifikum der negativen Freiheitsrechte .....	913
(2) Gleichbehandlung als „Recht auf Rechtfertigung“ .....	918
(3) Schleier des Nichtwissens .....	919
5. Verteidigung gegen die Egalitarismuskritik .....	922
6. Zusammenfassung .....	927
III. Freiheitsrechtliche Einwände gegen Gleichbehandlungspflichten	
Privater .....	931
1. Privatautonomieargument .....	931
a) Unfreiheitsvermutung? .....	931
b) Gleichbehandlungsrecht als Ausdruck der Materialisierung?	936
c) Kompetentielle Freiheit .....	941
(1) Konstitutive Freiheitsbegründung durch Recht .....	943
(2) Die Wiederkehr der „natürlichen Freiheit“ .....	947
(3) Rechtsinstitut Privatautonomie? .....	950
(4) Privatautonomie im multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis .....	954
aa) Abwehrrechtliche Konstruktion .....	954
bb) Schutzpflichtendimension .....	960

cc) Ausgestaltungsmodell .....	962
2. Gleichbehandlung und die Trennung von Recht und Moral .....	967
3. Gleichbehandlung und die Trennung von Staat und Gesellschaft .....	973
a) Kein Tugendterror des Rechts .....	973
b) Staat vs. Gesellschaft oder öffentlich vs. privat? .....	975
(1) Privatrechtsgesellschaft? .....	975
(2) Machtungleichgewicht? .....	977
(3) Privatsphäre .....	980
(4) Räumliche oder dezisionale Privatheit? .....	983
4. Effizienzargument .....	986
a) Präferenzautonomie .....	986
b) Vertrauen auf den Marktmechanismus? .....	991
c) Rationale Diskriminierung .....	995
d) Zwischenergebnis .....	998
5. Zusammenfassung .....	1000
IV. Gleichbehandlung und Grundrechtsunmittelbarkeit im Privatrechtsverkehr .....	1004
1. Die Suche nach dem Geltungsgrund .....	1004
2. Das Problem der Horizontalwirkung .....	1009
a) Nichtanwendungsmodell .....	1012
b) Eingriffsmodell .....	1013
c) Indirektes Anwendungsmodell .....	1014
d) Direktes Anwendungsmodell .....	1018
3. Horizontalwirkung im Unionsrecht .....	1022
a) Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote .....	1022
b) Gleichheitsgrundrechte .....	1026
c) Konkretisierungsmodell .....	1031
4. Kompatibilisierung von Autonomiebereichen .....	1033
 § 9 Personale Gleichheit: Eine rhapsodische Zusammenfassung .....	 1039
 Literaturverzeichnis .....	 1055



## § 1 Einleitung: Personale Freiheit und personale Gleichheit

### I. Der Vorrang der personalen Freiheit im klassischen Privatrechtsverständnis

#### 1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Steuerungsinstrument hoheitlicher Beziehungen

Der moderne Staat basiert auf der Grundannahme, dass sich die einzelnen Menschen im Gemeinwesen als freie und gleiche Personen begegnen.<sup>1</sup> Die Aufgabe, Freiheit und Gleichheit aller Personen zu gewährleisten, übernimmt das Recht. Das Gebot der Gleichbehandlung von Personen ist ein elementarer Bestandteil liberaler und demokratischer Rechtsordnungen<sup>2</sup> und in den Verfassungen vieler Staaten verankert. Das grundlegende Gebot der Gleichheit aller Menschen ist das charakteristische Merkmal normativer Ordnungen, die Unterscheidungen nicht mehr ohne weiteres akzeptieren, sondern ein Rechtfertigungsgebot dafür errichten.<sup>3</sup> Gleichheit ist die Grundidee des modernen Rechts.<sup>4</sup> Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz solcher Ordnungen lässt sich in zwei Bestandteile zerlegen: den allgemeinen Gleichheitssatz (*principle of equal treatment*) und das Diskriminierungsverbot (*principle of non-discrimination*). Der allgemeine Gleichheitssatz erlaubt die unterschiedliche Behandlung von wesentlich Gleichem nur, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht.<sup>5</sup> Diskriminierungsverbote bewirken, dass bestimmte persönliche Merkmale wie etwa Rasse und ethnische Herkunft oder das Geschlecht eines Menschen grundsätzlich nicht Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung sein dürfen (*suspect classifications*) und daher als möglicher Rechtfertigungsgrund einer ungleichen Behandlung aus-

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

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

3 *Huster*, EuR 2010, 325.

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

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