

§ 8 Gleichbehandlungspflichten Privater in der Gesellschaft

I. Gerechtigkeit und Gleichheit in Moral, Politik und Recht

Spricht man in moralphilosophischen Diskursen von „Gleichbehandlung“ oder „Gleichheit“, wird man unausweichlich auf die Verbindung zur „Gerechtigkeit“ stoßen.¹ *Stefan Gosepath* schrieb beispielsweise ein ganzes Buch über den begrifflichen und normativen Zusammenhang von Gerechtigkeit und Gleichheit²: „Gleichheit ist der Inbegriff von Gerechtigkeit.“ Auf die Frage: „Why equality?“³ lautet die Antwort: Weil „Gleichheit“ gerecht ist.⁴ „Gleichheit ist die vorrangige normative Idee der Moderne.“⁵ Damit ist – und das muss man gerade in juristischen Diskursen immer wieder betonen⁶ – weder „Gleichsein, erst recht nicht Gleichmachen, aber auch nicht Gleichverteilung“ gemeint, sondern „die gleichmäßige Berücksichtigung von allen“.⁷ Die Idee, dass jede Person gleich viel zählt und insoweit als Gleiche zu behandeln ist, ist der gemeinsame Referenzpunkt der egalitaristischen und einiger nicht-egalitarischer⁸ Theorien politischer Moral (erster Gleichheitsbegriff).⁹ *Rawls* verlangt beispielsweise den „Schleier des Nichtwissens“ als prozedurale Voraussetzung des Urzustands, um sicherzustellen, dass die Agenten als freie und gleiche Personen zu einem gerechten Ergebnis kommen können.¹⁰ Auch *Habermas*’ vermeintlich rein prozedurales Diskursprinzip setzt die personale Gleichheit der am Diskurs Teilnehmenden als substantielles Prinzip voraus.¹¹ *Rainer Forst* beleuchtet auf derselben Ebene den Bedeutungskern der Gerechtigkeit von seinem Gegenbegriff her: der Willkür, und sieht den Grundimpuls der Gerechtigkeit daher in dem „Grund-Recht auf Rechtfertigung“, das er als prozedurales Prinzip mit substantiellem Inhalt ausgestaltet.¹² *Dworkin* führt seine liberale Gesellschafts- und Rechtstheorie auf den Grundsatz gleicher Ach-

1 Siehe *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 2005, V 5 et seq. 1130a ff; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000, 34 f; *Radbruch*, *Rechtsphilosophie* (1932), 2003, 34-37; zum Gleichheitsbezug prozeduraler Gerechtigkeitstheorien näher *Tschentscher*, *Prozedurale Theorien*, 2000, 56 ff. Ein knapper Überblick zum Thema bei *Mahlmann*, *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie*, 2008, 440 ff.

2 *Gosepath*, *Gleiche Gerechtigkeit*, 2004, 9 ff.

3 *Sen*, *Inequality Reexamined*, 1995, 11.

4 Grundlegende und frühe Kritik daran bei *Kelsen*, *Was ist Gerechtigkeit?*, 2000, 35 und *Lucas*, 40 *Phil.* 296 (1965).

5 *Menke*, *Spiegelungen der Gleichheit*, 2004, 22, der diese Behauptung allerdings problematisiert (siehe S. 27 ff).

6 Vgl. dazu oben § 4 I 2 c).

7 *Menke*, *Spiegelungen der Gleichheit*, 2004, 22.

8 Zur modernen Egalitarismuskritik, die dieses Bild in Frage stellt, unten § 8 II 5.

9 *Gosepath*, *Gleichheit in Habermas’ und Dworkins Theorien der Gerechtigkeit*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal*, *Freiheit, Gleichheit und Autonomie*, 2003, 94.

10 *Rawls*, *Political Liberalism*, 2005, 22 ff.

11 Dazu oben § 7 I 2 c).

12 *Forst*, *Recht auf Rechtfertigung*, 2007, 91.

tung und gleichen Respekts zurück, die jeder Person geschuldet werden.¹³ Auch eine dezidiert nicht-egalitaristische Theorie wie der Libertarismus (*libertarianism*) von *Robert Nozick*¹⁴ basiert auf einem egalitaristischen Fundament. Die Theorie muss nämlich angeben, wie die Freiheiten unter den Personen verteilt werden. Die klassische Antwort darauf lautet: jeder hat gleiche Freiheiten. Gleichheit wird darin also zum Verteilungsmuster von Freiheiten.¹⁵ Das kann nur überzeugen, wenn Gleichheit als ein Referenzpunkt dieser Gerechtigkeitstheorie akzeptiert wird.

An die Gleichheit als Fundament normativer Gerechtigkeitstheorien schließt sich eine zweite Frage an: „Equality of what?“¹⁶ Hier entwickeln die Gerechtigkeitstheorien Konzeptionen von Gleichheit in Bezug auf einen Gegenstand, der von ihnen als elementar angesehen wird.¹⁷ Gestritten wird über diesen Gegenstand,¹⁸ also über die „Währung der Gleichheit“.¹⁹ Dieser zweite Gleichheitsbegriff ist offen für mehrere Konzeptionen, wobei sich *Freiheit* und *Gleichheit* iSv Gleichverteilung als die beiden traditionellen Alternativen herausgestellt haben.²⁰ Ist dem ersten Gleichheitsbegriff genügt, wenn man Gleichheit als gleiche Freiheiten interpretiert? Oder muss man sicherstellen, dass es auch tatsächlich gleiche Freiheiten sind? Oder lassen sich Freiheiten erst vor dem Hintergrund von gleich verteilten gesellschaftlichen Ressourcen legitimieren? *Nozick* ist ein dezidiertes Vertreter der ersten Konzeption. Gegenstand der Gleichheit sind nur die Freiheiten im Ausgangspunkt. Sobald sichergestellt ist, dass jedem gleiche Freiheiten eingeräumt worden sind, hat sich die Bedeutung von Gleichheit als Gerechtigkeitsmaßstab erschöpft. Ordnet der Staat dennoch Gleichbehandlung an, ist das eine freiheitsfeindliche und daher abzulehnende Intervention.²¹ Die übrigen eingangs skizzierten Positionen ermöglichen dagegen staatliche Intervention, unterscheiden sich aber vor allem darin, wie sie diese Maßnahme legitimieren. *Habermas* beispielsweise verzichtet auf die diskursive Begründung von Verteilungskriterien und beschränkt den Diskurs letztlich darauf, dass sich die Beteiligten ein Recht auf „das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten“ einräumen, einen gleichen Status als *citoyen* sichern und dafür

13 *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1978, 182, 271 ff; *Dworkin*, Law's Empire, 1986, 295 ff; *Dworkin*, A Matter of Principle, 1986, 181 ff.

14 *Nozick*, Anarchy, State and Utopia, 1974.

15 Ausführlich dazu *Sen*, Inequality Reexamined, 1995, 19 ff.

16 *Sen*, Inequality Reexamined, 1995, 11.

17 Instruktiv der Überblick bei *Kersting*, Theorien sozialer Gerechtigkeit, 2000, 34 ff.

18 *Sen*, Inequality Reexamined, 1995, 12.

19 Dazu *Cohen*, 99 Ethics 906 (1989).

20 *Gosepath*, Gleichheit in Habermas' und Dworkins Theorien der Gerechtigkeit, in: Pauer-Studer/Nagel-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 94, 95.

21 Eine ausgearbeitete Theorie mit Bezug auf das Nichtdiskriminierungsrecht hat *Epstein*, Forbidden Grounds, 1992, 15 ff vorgelegt.

sorgen, dass alle diese Rechte chancengleich nutzen können.²² Rawls räumt der Begründung gleicher Freiheiten in der Grundstruktur der Gesellschaft ebenfalls Vorrang²³ ein.²⁴ In seinem zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz²⁵ schlägt er mit dem Prinzip der Chancengleichheit und dem Differenzprinzip aber zwei explizit egalitaristische und für die Gestaltung der Grundstruktur der Gesellschaft moralisch verbindliche Verteilungskriterien vor. Dem Grundsatz der Chancengleichheit liegt ein materiales Verständnis zugrunde: Der formale Grundsatz gleicher Freiheiten wird um den Aspekt ergänzt, dass alle auch eine faire Chance haben, tatsächlich von ihnen Gebrauch zu machen. *Dworkin* geht dagegen von einem umfassenden und komplizierten egalitaristischen Verteilungsprinzip aus, das er „Ressourcengleichheit“ nennt²⁶ und in dem Freiheit kein eigenständiges politisches Ideal mehr ist, sondern zu einem Aspekt von distributiver Gleichheit wird.²⁷

Derartige moralphilosophische Gerechtigkeitsdiskurse stellen das positive Recht vor erhebliche Herausforderungen: Unter welchen Kriterien ist eine soziale Norm, die das Verhalten von Menschen gegenüber anderen Menschen regelt, nicht nur eine Moralnorm, sondern genügt zugleich auch den „Eigengesetzlichkeiten“²⁸ des Rechts?²⁹ Die Transformation einer moralischen Verhaltenspflicht zu einem rechtlichen Gebot verändert nicht nur den Geltungsgrund der Pflicht, sondern bewirkt damit auch, dass sie von einem Kommunikationszusammenhang ohne legitimierte Zwangsmittel (Moral) in ein System mit genuin rechtlich legitimierten Zwangsmitteln verpflanzt wird.³⁰ Das erklärt einige Stellungnahmen im Entstehungsprozess des AGG, die ein moralisches Gebot zur Nichtdiskriminierung bejahen, ein „strikt überwachtetes Diskriminierungsverbot auch im Be-

22 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1994, 155 ff; zur Analyse und Kritik vgl. *Gosepath*, Gleichheit in Habermas' und Dworkins Theorien der Gerechtigkeit, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 94, 97 ff.

23 Zum Vorrang des ersten vor dem zweiten Grundsatz siehe *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 38 ff, 53 ff.

24 *Rawls*, A Theory of Justice (Rev. Ed. 1975), 1999, 171 ff, 474 ff. Das erste Gerechtigkeitsprinzip lautet jetzt: „Each person has the same indefeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all“, *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 42 (im Wortlaut abweichend *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 5).

25 Der Grundsatz lautet jetzt: „Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and, second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society (difference principle); siehe *Rawls*, Justice as Fairness, 2001, 42 f; *Rawls*, Political Liberalism, 2005, 6.

26 Siehe *Dworkin*, 10 Phil & Pub. Aff. 283 (1981); wieder abgedruckt in *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 65 ff.

27 *Dworkin*, 73 Iowa L. Rev. 1-2 (1987), wieder abgedruckt in *Dworkin*, Sovereign Virtue, 2000, 120 ff. Ein knapper Überblick und eine Kritik der Gleichheits-Freiheitsrelation bei *Gosepath*, Gleichheit in Habermas' und Dworkins Theorien der Gerechtigkeit, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal, Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, 94, 107 ff.

28 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, III.

29 Grundlegend *Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 355 ff; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2000.

30 Zu dieser Unterscheidung *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 64 f.

reich des Privatrechts“ jedoch ablehnten.³¹ Hier trafen ganz offensichtlich unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen aufeinander. Juristische Argumentation steckt in solchen Fällen in einer Zwickmühle: Eigentlich müsste der Jurist, der „den Boden des positiven Rechts unter seinen Füßen verliert, weil es um dessen Änderung geht, [...] mit Gerechtigkeit argumentieren können – und kann es nicht, weil die Idee der Gerechtigkeit auf Urteile über gleich und ungleich relativiert worden ist, die ihrerseits logisch abhängig sind von Interessen-, Wertungs- oder Funktionsentscheidungen“.³² *Gabriele Britz* hat daher vorgeschlagen, solchen Fragestellungen konsequent auszuweichen.³³ Das scheitert spätestens dann, wenn moralische Pflichten in rechtliche Verhaltensgebote transformiert worden sind.³⁴ Dann müssen wir als Juristen dazu juristische Antworten finden. In Gleichbehandlungsfragen müssen wir es permanent, die Normen lassen uns keine Wahl: „Vergleichbarkeit“, „Öffentlichkeit“, „Privatsphäre“, „Massengeschäft“, „sachlicher Grund“, „Angemessenheit“ – das sind nur einige Begriffe im dogmatischen Kontext des Gleichbehandlungsrechts. Im Verfassungsrecht ist man sich darüber im Klaren, dass die Anwendung des Gleichheitssatzes nur auf der Grundlage einer entsprechenden Verfassungstheorie konsistent erfolgen kann, die die Querbezüge zu moralphilosophischen Diskursen nicht ignoriert.³⁵ Die Grundrechtsdogmatik ist daher „an der systeminternen Herstellung von Gerechtigkeit [...] unter expliziter Bezugnahme auf rechtsphilosophische Gerechtigkeitskonzepte“³⁶ beteiligt. Dasselbe gilt aufgrund der strukturellen Parallele³⁷ auch für den an Private adressierten Gleichbehandlungsgrundsatz. Gleichbehandlungsrechte sind in ihrer Struktur davon unabhängig, ob der Adressat der Staat oder eine Privatperson ist.³⁸ Das Gleichheitsproblem tritt immer dann auf, wenn eine Ungleichbehandlung erfolgt.³⁹ Das Gleichheitsproblem besteht darin, dass die vorgenommene Differenzierung falsch sein kann.⁴⁰ Erst wenn die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden kann, fordert das Gleichbehandlungsrecht die gleiche Behandlung. Das ist sein normativer Gehalt.⁴¹

31 *Picker*, JZ 2003, 540; ähnlich auch *Ladeur*, 3 German L.J. Tz 3 (2002); näher zu diesem Aspekt der Debatte *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 396 ff.

32 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 133 f.

33 *Britz*, VVDStRL (64) 2005, 355, 396 ff, die hier für eine weitestgehende Zurückhaltung der Rechtswissenschaft plädiert.

34 Siehe *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, 174 f.

35 Dazu vorbildlich *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Rn. 24 ff.

36 *Schulte*, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, 76.

37 Dazu oben § 7 II.

38 Siehe *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 199 [auch abgedruckt in *Somek*, Der Staat 43 (2004), 425 ff].

39 Dazu *Simons*, 65 B.U. L. Rev. 387 (1985).

40 *Huster* in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 32.

41 *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, 199.

II. Juristische Gerechtigkeit

1. Lösungsmodell I: Formale Gleichheit

a) Geschlossenheit und informationelle Offenheit des Rechts

Lässt sich dieser Gehalt auch im Recht – und nicht nur in der Moral – auf die gleiche Gerechtigkeit, auf Gerechtigkeit als Gleichheit zurückführen? Der Versuch, Gerechtigkeit als Gleichheit zu übersetzen, führt im Rechtssystem zwangsläufig zur Paradoxie. *Kelsen* hat das demonstriert: (1.) „Die Behauptung, daß alle Menschen gleich seien, steht zu den Tatsachen in offenkundigem Widerspruch.“ (2.) „[S]ie kann nur bedeuten, daß die tatsächlich vorhandenen und nicht zu leugnenden Ungleichheiten für die Behandlung der Menschen irrelevant seien.“ (3.) „Wenn überhaupt keine Ungleichheiten zu berücksichtigen sind, sind alle und ist alles gleich.“ (4.) Das führt „zu absurden Konsequenzen“. (5.) Deshalb sollen nur Gleiche gleich und Ungleiche ungleich behandelt werden. (6.) Das ist „überhaupt keine Forderung der Gerechtigkeit, sondern der Logik.“ Es ist die „Konsequenz des generellen Charakters jeder Norm.“ (7.) „[W]enn eine bestimmte Behandlung erfolgen soll, ist daher in jedem Falle unter den gleichen Bedingungen die gleiche Behandlung“ bei der Anwendung dieser Norm gesollt.¹ Gleichheit als Gerechtigkeitsmaßstab verflüchtigt sich also zur Gleichheit vor dem Gesetz.²

Luhmann wollte es nicht dabei belassen, dass die Gerechtigkeit „zu einer moralischen oder politischen Idee [degeneriert], die in den Entscheidungsprogrammen der Rechtswelt keine Entsprechung hat.“³ Die Rettung der Gerechtigkeit für das Recht setzt ihre Transformation voraus: Sie schrumpft zum Instrument der „Selbstkontrolle des Rechtssystems“.⁴ Damit reagiert das Recht auf das Problem der Komplexität moderner Gesellschaften, weil es sie systemintern auf adäquate Komplexität beschränkt.⁵ Die spezifisch juristische Gerechtigkeit ist „Konsistenz des Entscheidens“⁶ und bezieht sich ausschließlich auf das Rechtssystem als Ganzes⁷. Gerechtigkeit wird im Recht „in der Form der Regel, gleiche Fälle gleich (und folglich: ungleiche Fälle ungleich) zu entscheiden“, mit der Gleichheit verbunden.⁸ Darin sieht *Luhmann* die Antwort auf das Problem der Gerechtigkeit. Dieses stelle sich nämlich erst beim Entscheiden mehrerer Fälle nacheinander

1 *Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 355, 390 ff.

2 *Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, 355, 396.

3 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 167.

4 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 217 f.

5 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 142 ff.

6 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 227.

7 *Luhmann*, Rechtstheorie 1973, 131, 146.

8 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 227.