

Von formaler zu materialer Gleichheit

Herausgegeben von
STEFAN GRUNDMANN
und JAN THIESSEN

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

79

Mohr Siebeck

Von formaler zu materialer Gleichheit



Von formaler zu materialer Gleichheit

Vergleichende Perspektiven aus Geschichte,
Kranz der Disziplinen und Theorie

herausgegeben von
Stefan Grundmann und Jan Thiessen

Mohr Siebeck

Stefan Grundmann, geboren 1958, Dr. iur., Dr. phil., LL. M. (Berkeley), ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, 2013–2018 beurlaubt für eine Professur für Transnationales Recht am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, seitdem dort part-time. Seine Hauptwerke gelten dem Europäischen Vertragsrecht, dem Vertragsrecht allgemein, dem Europäischen Gesellschaftsrecht, dem Bankrecht, dem Internationalen Recht in seinen verschiedenen Facetten und der Privatrechtstheorie. Er ist Präsident der Society of European Contract Law, der European Law School (Berlin/London/Paris/Rom/Amsterdam) und geschäftsführender Herausgeber der European Review of Contract Law sowie der (deutschen und englischen) Lehr- und Handbuchreihe Ius Communitatis.

Jan Thiessen, geboren 1969, Dr. iur., ist Professor für Bürgerliches Recht, Juristische Zeitgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Seine wesentlichen Forschungsinteressen betreffen die neuere Wirtschaftsrechtsgeschichte insbesondere des 19. und 20. Jahrhunderts und die Juristische Zeitgeschichte seit dem Ersten Weltkrieg, das Recht der Unternehmensnachfolge sowie das Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht mit seinen insolvenzrechtlichen Implikationen.

ISBN 978-3-16-161140-7 / eISBN 978-3-16-161141-4

DOI 10.1628/978-3-16-161141-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomarlingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der Band vereint die Vorträge, die in der Arbeitssitzung der Fachgruppe Grundlagen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung auf deren 37. Tagung am 20. September 2019 in Greifswald gehalten wurden. Ein Vortrag ist in der Einleitung resümiert.

Wie bereits in den bisherigen Sammelbänden – namentlich denjenigen zur Marburger Tagung 2013 (Grundmann/Thiessen [Hrsg.], Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich – Law in the Context of Disciplines, Mohr Siebeck 2015) und zur Bayreuther Tagung 2015 (Grundmann/Thiessen [Hrsg.], Religiöse Werte im Recht – Tradition, Rezeption, Transformation, Mohr Siebeck 2017) – stehen hier erneut Rechtsgeschichte und Rechtslehre nebeneinander. Das Thema „Von formaler zu materialer Gleichheit“ durchlief einerseits eine jahrtausendalte Entwicklung – mit einigen sehr markanten Weggabelungen – und bildet andererseits den komplexen Gegenstand theoretischer Reflexion. Die Sitzung versammelte je drei Referate mit rechtshistorischem bzw. rechtstheoretischem Akzent, wobei insbesondere mit den *geistes-geschichtlich* angelegten Themen auch eine enge Verschränkung beider Stränge angelegt war. Dies galt einerseits für die beiden ersten Themen, mit denen die Geschichte von Gleichheitskonzepten aus primär privatrechtlicher (*Marietta Auer*) und primär verfassungsrechtlicher Perspektive (*Olivier Jouanjan*) seit der französischen Revolution beleuchtet wurde, namentlich auch ihre zeitliche Kontingenz und inhaltliche Entwicklung – hin zur Materialisierung. Das zeichnete dann jedoch auch das primär politologisch-philosophisch ausgerichtete Referat von *Muriel Fabre-Magnan* im zweiten Teil der Tagung aus. Zeitlich am weitesten zurück reichte der Vortrag von *Tilman Reppen*, der sich die Geburt des Gleichheitsgedankens in der frühen Moderne, der Menschen wirklich unterscheidungslos erfasst, zum Thema nahm, namentlich seine Entwicklung im Umgang der sog. Schule von Salamanca (der Menschen- und Völkerrechtsbegründer) mit Fragen der Conquista Südamerikas. Anschließend beleuchteten drei Referate die Fortentwicklung eines formalen Gleichheitskonzepts hin zu einem stärker an die tatsächlichen Grundlagen anknüpfenden, d.h. stärker materialisierenden Gleichheitskonzept aus der Perspektive verschiedener Gesellschaftswissenschaften. In diesem zweiten Teil der Tagung traten deutliche Unterschiede hervor. Das politologisch-philosophisch inspirierte Referat von *Muriel*

Fabre-Magnan ging über die genannte Dichotomie hinaus und sah die Materialisierung stärker zugeschnitten, nach dem Zweiten Weltkrieg spezifisch auf die Menschenwürde zugeschnitten, jedenfalls den Gleichheitssatz als absolut konstituierend. Umgekehrt zeigte das rechtsökonomisch ausgerichtete Referat von *Andreas Engert* deutliche Spannungen zwischen ökonomischem Anreiz- und Effizienzmodell (mit Maximierung von Gesamtwohlfahrt) und Gleichheitssatz auf. Das Referat von *Dan Wielsch* schließlich führte nicht nur von der persönlichen Ebene von Gleichbehandlungsgeboten auf die Ebene systemischer Diskriminierungsanlagen, sondern weiter auch in die digitale Welt, in welcher der Gleichheitsgedanken möglicherweise mit nochmals weitergehenden Herausforderungen konfrontiert ist. Auf systemtheoretischer Grundlage wurden die Wechselwirkungen zwischen Gleichheitsgedanken in Gesellschaft und Recht theoretisch beleuchtet.

Einmal mehr ist der Gesellschaft für Rechtsvergleichung herzlich dafür zu danken, dass sie die Fachgruppensitzung ermöglichte und die Publikation unterstützte, ebenso wie dem Verlag Mohr Siebeck, namentlich Herrn Matthias Spitzner, für die umsichtige Betreuung bei der Drucklegung.

Berlin/Florenz im Sommer 2021

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Stefan Grundmann</i>	
Von formaler zu materialer Gleichheit. Kernlinien historisch und multidisziplinär	1
<i>Tilman Reppen</i>	
Die gleiche Menschennatur. Einige Annäherungen an die Gleichheit im Recht	31
<i>Marietta Auer</i>	
Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit	67
<i>Muriel Fabre-Magnan</i>	
L'égale dignité des êtres humains. Les fondements philosophiques et méthodologiques du droit privé	89
<i>Andreas Engert</i>	
Gleichheit zwischen Effizienz und Verteilung. Rechtsökonomische Perspektiven	101
<i>Dan Wielsch</i>	
Gleichheitsdimensionen im Privatrecht. Übersetzungen zwischen Recht, Gesellschaft und Technik	125
Autorenverzeichnis	159

Von formaler zu materialer Gleichheit

Kernlinien historisch und multidisziplinär

Stefan Grundmann

I. Hinführung zu Gleichheit, Geschichte und Gesellschaftstheorie	1
II. Geschichtliche Etappen der Materialisierung	7
1. Rahmen und Ausgangspunkt	7
2. Gleichheit als Mensch – frühe Neuzeit (<i>Repgen</i>)	9
3. Gleichheit vor dem Gesetz – zwei Jahrhunderte Gleichheitskonzept der Gegenwart (<i>Auer, Jouanjan</i>)	11
III. Materialisierung von Gleichheit und Gesellschaftstheorie	13
1. Materialisierung – Annäherung auf dem Wege der Dogmatik	14
2. Materialisierung – von Gleichheit, von Freiheit (<i>Auer</i>)	16
3. Materialisierung durch Ausweitung unverbrüchlicher allgemeiner Gleichheitsrechte	19
a) Theorie und Idee der Gerechtigkeit (<i>Rawls, Sen</i>)	19
b) Gleiche Menschenwürde („L'égale dignité des êtres humains“, <i>Fabre-Magnan</i>)	21
4. Materialisierung durch Analyse gesellschaftlicher Auswirkungen	23
a) Soziologisch-systemtheoretische Theorie der Gleichheit – Übergang von der Akteurs- zur Systembetrachtung, namentlich im digitalen Zeitalter (<i>MacKinnon, Wielsch</i>)	24
b) Ökonomische Theorie der Gleichheit – Gesamtwohlfahrtsverluste durch pauschale Ungleichbehandlung? (<i>Becker, Engert</i>)	26
IV. Schlussfolgerungen	28

I. Hinführung zu Gleichheit, Geschichte und Gesellschaftstheorie

Gleichheit – der Gleichheitssatz, die Gleichheitssätze – wirken im Recht in mindestens drei Ausprägungen: gleichzeitig als *Rechtsnorm* (etwa Art. 3 GG, Titel III. [Art. 20–26] EU Grundrechte-Charta) wie auch – entsprechend

dem Verständnis von Grundrechten – als überwölbendes *Rechtsprinzip*¹ und nicht zuletzt über gut zwei Jahrtausende sogar als ultimative *ratio* und *Ziel selbst des Rechts* – wenn man denn mit *Aristoteles* Gleichheit als die Essenz von Gerechtigkeit sieht.² Trotz dieser vielschichtig-umfassenden

¹ Wohl am prominentesten mit globaler Wirkung für die Unterscheidung zwischen Rechtsnormen („rules“) und Rechtsprinzipien („principles“), beide mit rechtlich bindendem Charakter, die Prinzipien jedoch grundlegender die Werte selbst bestimmend und offener ausgelegt, auch stärker als Wertungen internalisiert und damit Leitprinzipien bei der Rechtsanwendung, doch auch bei der weiteren Rechtsetzung: *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, bes. S. 81–130 et passim; im deutschen Schrifttum früh und vor allem *Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956 (4. Aufl. 1990); heute etwa *Möllers*, *ERCL* 2018, 101, zu Prinzipien am Beispiel von Privatautonomie und Vertragsfreiheit; zu Grundrechten als Rechtsprinzipien vor allem Prinzipientheorie – als Alternative zum Konzept der praktischen Konkordanz des BVerfG – vgl. (teils als Kritik): *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1985, bes. S. 77–87 (auf der Grundlage der *Dworkin'schen* Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln, Konkretisierung erst in der Kollision und daher allenfalls bedingte Vorrangrelation und prima facie Ergebnisse); *Poscher*, *Theorie eines Phantoms – die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*, *ReWiss* 2010, 349; *Klement*, *Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt – Robert Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik*, *JZ* 2008, 756.

² Zum Konzept des *Artstoteles* von Gerechtigkeit als Verwirklichung von Gleichheit vgl. näher *Röhl*, *Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung*, 1992, S. 11f. Hier zentral die Nikomachische Ethik, insbes. 1129–1133. Zum Konzept der Gerechtigkeit (und jedenfalls dem Streben nach ihr) als zentraler Zielbestimmung für Recht über Jahrtausende hinweg vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 11. Aufl. 2020, § 9 (S. 214–257); exemplarisch zum Gleichheitssatz als Gerechtigkeitsatz auch BVerfGE 3, 58 (135): „Dieser [der Gleichheitssatz, Anm.] bedeutet für den Gesetzgeber die allgemeine Weisung bei steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken, Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln“. Bei *Robbers*, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip*, 1980, S. 163 findet sich eine Liste aller Entscheidungen des BVerfG (bis Bd. 48), die sich auf Gerechtigkeit berufen. Am prominentesten nach dem NS-Unrechtsregime und bei seiner Aufarbeitung: *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *SJZ* 1946, 105 („Radbruch'sche Formel“) (Recht, das nicht einmal nach Gleichheit strebt, verliert Rechtscharakter). Eher nur von nebensächlicher Bedeutung ist im vorliegenden Kontext die Frage, ob nicht insofern konsequentialistische Theorien und Zielbestimmungen für Recht seit den 1960er Jahren eine Verschiebung gebracht haben. Zu konsequentialistischen Konzepten von Recht vgl. immer noch lesenswert *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995; sowie *Kirchner*, *Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode*, *Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur reziproken methodischen Annäherung von Ökonomik und Rechtswissenschaft*, *Festschrift für H.-B. Schäfer* 2008, S. 37; *Mathis*, *Consequentialism in Law*, in *Mathis* (Hrsg.), *Efficiency, Sustainability and Justice to Future Generations*, 2011, S. 3 ff. (und auch das ganze Buch).

Bedeutung von Gleichheit – dem Gleichheitssatz, den Gleichheitssätzen – im und für das Recht und dem gleichsam überwölbenden Charakter des Konzepts bedeuten und bedeuteten Gleichheit und Gleichheitssätze radikal Unterschiedliches zu verschiedenen Zeitpunkten in der geschichtlichen Entwicklung (vgl. nur unten II.) und werden sie auch im Kranz der Disziplinen sehr unterschiedlich gesehen (vgl. paradigmatisch unten III.).

Wohl kein anderes allgemeines Rechtskonzept – oder allenfalls noch die Freiheit – hat die Geschichte des Guten und des Richtigen in der Gesellschaft vergleichbar und ähnlich kontrovers bewegt wie Gleichheit und Gleichheitssatz bzw. -sätze. Schon die Brüderlichkeit (*Fraternité*) – später *Solidarité* und im 20. Jahrhundert die *Social Justice* – hat und haben, soweit man die christliche, grundsätzlich nicht verrechtlichte Barmherzigkeit nicht als weitgehend wesensgleiche Vorläuferin verstehen will,³ eine viel jüngere Geschichte. Als gelebtes politisches und rechtliches Postulat wirkt die *Solidarité* vergleichbar machtvoll erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und vollends gar erst im 20. Jahrhundert.⁴ Gleichheit und Freiheit, als die beiden großen –

³ So die heute wohl ganz überwiegende Sicht, vgl. etwa *Habermas*, Why The Necessary Cooperation Does Not Happen: Introduction To A Conversation Between Emmanuel Macron and Sigmar Gabriel on Europe's Future (3/2017): „Solidarity is not the same thing as charity.“ (erhältlich unter <https://www.socialeurope.eu/pulling-cart-mire-renewed-case-european-solidarity>).

⁴ Zu Solidarität als gesellschaftliches und als Rechtskonzept, besonders in Frankreich und Deutschland, etwa *Bayertz* (Hrsg.), Solidarität: Begriff und Problem, 3. Aufl. 2020 (1. Aufl. 1998); *Bude*, Solidarität: Die Zukunft einer großen Idee, 2019; *Carigiet*, Gesellschaftliche Solidarität: Prinzipien, Perspektiven und Weiterentwicklung der sozialen Sicherheit, 2001; *Gerhards/Lengfeld/Ignácz/Kley/Priem*, How strong is European Solidarity? Working Paper No. 37 (2018) FU Institut für Soziologie (Kriterienbildung und empirische Erhebung); *Hondrich/Koch-Arzberger*, Solidarität in der modernen Gesellschaft, 1992; *Lahusen/Grasso* (Hrsg.), Solidarity in Europe – Citizens' Responses in Times of Crisis, 2018; *Reisz*, Solidarität in Deutschland und Frankreich: Eine politische Deutungsanalyse; Politische Vierteljahresschrift 47, 704–705 (2006). Zu Social Justice als gesellschaftliches und als Rechtskonzept bahnbrechend *Pound*, Social Justice and Legal Justice (Social Justice and Legal Justice (address before the Allegheny County Bar Ass'n at Pittsburg, April 5, 1912), 75 Central Law Journal 455 (1912); und heute etwa: *Atkinson*, Social Justice and Public Policy, 1983; *Damjanovic*, The EU market rules as social market rules: why the EU can be a social market economy, CMLR 50 (2013) 1685; *Droel*, What is Social Justice, 2011; *Frederking*, Reconstructing Social Justice, 2014; *Pérez-Garzón*, What is social justice? A new history of its meaning in the transnational legal discourse, (2019) 43 Revista Derecho del Estado 67; und aus der jüngeren EU-Rechtssetzungsagenda namentlich: Communication from the Commission – Europe 2020, COM(2010) 2020 final; Communication from the Commission [on] social enterprises ..., COM(2011) 682 final; EU Commission, The European Pillar of Social Rights Action Plan, 12/2020; EU-Richtlinien-Vorschlag zu Mindestlöhnen, COM(2020) 682 endg.; aber auch Art. 3 Abs. 3 EUV

frühen – Postulate der beiden wegweisenden Menschenrechtsdeklarationen am Beginn der Gegenwart verkündet, stehen zweifelsohne in einem Spannungsverhältnis zueinander und werden daher auch im Folgenden und in vielen der Beiträge punktuell oder breiter zusammengedacht.⁵

Wenn festgestellt wurde, dass wohl kein anderes allgemeines Rechtskonzept (außer vielleicht die Freiheit) die Geschichte des Guten und des Richtigen in der Gesellschaft vergleichbar bewegt habe wie Gleichheit und Gleichheitssätze, so sei hierfür einerseits auf den Kern zentraler Disziplinen verwiesen, andererseits auf die erschütternde Wahrheit und Rohheit der Geschichte. Bezogen auf die philosophisch-ethische Grundlegung als die eine Kerndisziplin stellt sich die große Frage, wie zwei – aus heutiger Sicht – so fundamental unterschiedliche Standpunkte zusammenkommen konnten: dass einerseits am Anfang der Ethik und Betrachtung von Gerechtigkeit – bei *Aristoteles* – ein Verständnis von Gerechtigkeit als der Verwirklichung der Gleichheit steht, also das Verständnis, dass sich jede Gerechtigkeit in der Gleichheit der Mitglieder einer Rechte- und Pflichtengemeinschaft zu manifestieren habe (unten II.1.), dass andererseits jedoch in Sklaverei, Entrechtung der Frau und auch jedes Fremden nicht einmal ansatzweise ein ethisches oder Gerechtigkeitsproblem gesehen wurde (unten II.2.). Ähnlich spannungs-, ja konfliktbeladen wie in diesem philosophischen Strang als dem herausragenden Strang zur Normativität des moralisch Guten (jedenfalls in annähernd den ersten beiden Jahrtausenden) stellt sich das Verhältnis zur Gleichheit auch in der Ökonomik dar. Und dies ist immerhin derjenige gesellschaftswissenschaftliche Strang, den viele Beobachter heute als den dominanten in der Betrachtung von Lebenswirklichkeit sehen. Denn nicht Gleichbehandlung, sondern Maximierung der Gesamtwohlfahrt als Effizienzziel wird herkömmlich und (trotz kritischer oder differenzierender Stimmen) überwiegend auch heute als letztgültiger Maßstab gesehen.⁶ In

und Titel IV der EU-Grundrechte Charta („Solidarität“); Gesamtüberblicke (namentlich auch zur zeitlichen Verortung) etwa bei: *Mückenberger*, Eine europäische Sozialverfassung?, EuR 2014, 369.

⁵ Wohl am stärksten scheint dieses Spannungsverhältnis auf in den Beiträgen: *Auer*, Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit, unten S. 67; *Engert*, Gleichheit zwischen Effizienz und Verteilung – rechtsökonomische Perspektiven, unten S. 101.

⁶ Für die klassische Ausrichtung von Ökonomik, namentlich von Marktbeziehungen, an der Zielvorgabe Gesamtwohlfahrt (total welfare) und möglichst effizienter Verfolgung derselben, vgl. etwa *Kronman/Posner*, The Economics of Contract Law, 1979, Einleitung S. 1–2 (oberster Bewertungsmaßstab: „wealth of society“); *Posner*, Wealth Maximization Revisited, 2(1) Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 85 (1985). Entscheidend

der Ökonomik wird zwar versucht, beide Ziele als (teils) gleichlaufend zu verstehen. In der letzten Konsequenz wird jedoch ein Vorrang des Gesamtwohlfahrtsziels postuliert (und erscheinen Überlegungen, mit denen ein Gleichlauf beider Ziele dargetan werden soll, zum Teil doch eher „konstruiert“, um eine allzu offene Fundamentaldiskrepanz zu gesellschaftlich stark konsentierten Entwicklungen in Fragen von Gleichheitskonzepten zu vermeiden). Zwei Leitdisziplinen hatten also sehr lange oder haben ihre Schwierigkeiten mit einer Gleichheit, wie sie heute in westlichen rechtsstaatlich-demokratischen Gesellschaften als normatives Leitbild gesehen wird.

Fast noch eindringlicher stellen sich die Wahrheit und die Rohheit der Geschichte dar. Fast ist man geneigt zu konstatieren, dass der Fundamentalverstoß gegen Gleichheitsprinzipien über Jahrtausende hinweg geradezu die dunkelsten Seiten der Geschichte kennzeichnet: (i) Sklaverei, später Leibeigenschaft; (ii) mehr oder weniger weitreichende Entrechtung oder „nur“ Benachteiligung eines ganzen Geschlechts, weit verbreitet offen und direkt, in anderen Fällen auch „nur“ subtil-systemisch vermittelt; und (iii) die Bekämpfung bis hin zur Ausrottung des Fremden (von Ausländern bis hin zu anderen Ethnien, bezeichnet als Rassen, häufig verknüpft mit dem Kriterium der anderen Religion). Dies sind drei Eingriffe in den Gedanken der Gleichheit und Gerechtigkeit, die tiefer kaum ausfallen konnten und Jahrhunderte und Jahrtausende der Geschichte prägten, mit weltweiten Kriegen, mit Völkermord und von täglicher Grausamkeit durchzogen. Kaum ein anderes ethisches Postulat war so massenhaftem, systematischem und teils sogar von Überzeugung getragenen Verstoß ausgesetzt wie Gleichheit und Gleichheitssatz. Wohl kein anderes allgemeines Rechtskonzept hat daher – wie gesagt – die *Geschichte* des Guten und des Richtigen in der Gesellschaft vergleichbar bewegt wie Gleichheit und Gleichheitssatz. Und gleiches gilt für wahre *Kerndisziplinen* ihrer Betrachtung – vielleicht weniger unmittelbar erschütternd, jedoch nicht weniger wichtig für den wissenschaftlichen, auch rechtswissenschaftlichen Diskurs.

ist vor allem, dass Umverteilung als unerheblich für diese Gleichung gesehen wird, etwa: *Hirshleifer*, *Price Theory and Applications*, 1976, S. 287; *Williamson*, *Peak-load pricing and optimal capacity under indivisibility constraints*, 56 *American Economic Review* 810, bes. 813 (1966) („society is indifferent to the income redistribution“); ausführlich etwa *Gómez-Pomar*, *European Contract Law and Economic Welfare: A View from Law and Economics*, in *Grundmann* (Hrsg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, 2008, S. 215, bes. 228–236; sowie – besonders pointiert – *Kaplow/Shavell*, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 *The Journal of Legal Studies* 667 (1994); Diskussion bei *Grundmann*, in *Grundmann/Micklitz/Renner*, *New Private Law Theory – a Pluralist Approach*, 2021, chapter 11.

Aus diesem Grunde liegt es nahe, sich zentraler Determinanten in der geschichtlichen Entwicklung und in der disziplinen Umschau zu versichern, stark kondensiert und verknüpft. Dies ist Ziel des vorliegenden Bandes und der Einführung zu den Kernlinien – historisch und multidisziplinär, weil es unangemessen wäre, das Konzept nur von einer oder auch zwei Disziplinen her zu sehen.⁷ Dabei ist – trotz der Breite im Kranz der konsultierten Disziplinen, deren Vergleich zudem noch mit einem Vergleich über die historischen Etappen hinweg kombiniert wird – eine Form von Beschränkung unverkennbar: Man kann (auch) für den Gleichheitssatz Gesellschaftstheorie oder Rechtsgeschichte mit der Dogmatik ins Verhältnis setzen und wird dabei konstatieren, wie radikal verschieden die Bruchlinien verlaufen.⁸ Das ist auch für die Konkretisierung, die Frage nach der Tauglichkeit im praktischen Fall unverzichtbar und wichtig. Vorliegend ist dennoch die Dogmatik recht weitgehend auszublenden und – gleichsam komplementär – eine Skizze zu den Kernentwicklungen über die Jahrtausende – primär einige zentrale Umbruchsmomente – aus der Vogelflugperspektive zu entwerfen, dies kombiniert mit dem, was Gesellschaft insgesamt – im Spiegel ihrer zentralen wissenschaftlichen Disziplinen – von Gleichheit denkt. All dies wird – wie in einem Brennglas – bezogen auf die zentrale Frage: Ist Gleichheit nur formal oder stärker material verbürgt? Dabei wird „materiale“ Gleichheit – in Abgrenzung zu „formaler“ Gleichheit – verstanden als weitergehende *tatsächliche* Realisierung von Gleichheit (zwischen als gleich Eingordnetem). Mit einem Abstellen auf dieses Kernkriterium wird dem wohl allgemeinen Verständnis gefolgt,⁹ namentlich im deutschen Schrifttum, wo diese Unterscheidung besonders intensiv entwickelt wurde.¹⁰

⁷ Zu meinem Verständnis von einer modernen (pluralistischen) Rechtstheorie, die in einem reichen Kranz von Disziplinen gründet – und aus heuristischen, normativen und ontologischen Gründen in solch einem reichen Kranz von Disziplinen zwingend gründen *muss* –, ausführlicher *Grundmann/Micklitz/Renner*, Privatrechtstheorie 2015 (bes. Einleitung), und noch zugespitzter: *Grundmann/Micklitz/Renner* (vorige Fn., ebenfalls bes. Einleitung); *Grundmann*, Pluralistische Privatrechtstheorie – Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie als normatives Desiderat („normativer Pluralismus“), *RabelsZ* 85 (2022) im Erscheinen.

⁸ *Grundmann*, Gleichheit zwischen Dogmatik und Sozialtheorie, *Festschrift für Singer* 2021, im Erscheinen. Wichtige Erkenntnisse und Passagen zu diesem Spannungsverhältnis aus diesem Beitrag sind im vorliegenden Text unter anderem Vorzeichen integriert.

⁹ Etwa in diesem Band: *Auer*, S. 67 (68–71 – mit Kritik); allgemeiner die Nachweise nächste Fn. zu *Canaris*, *Grünberger* und *Renner*.

¹⁰ Wirkmächtige Erzählungen bei *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* – unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 3. Aufl. 2016 (1. Aufl. 1967), S. 586 ff.; *Canaris*, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materia-*

II. Geschichtliche Etappen der Materialisierung

1. Rahmen und Ausgangspunkt

Der kurze Abriss zur Geschichte der Gleichheit kann nach dem Gesagten nur in Form einer Vogelflugperspektive auf ein paar Kernmomente erfolgen – im Buch, und erst recht in der Einführung. Der Fokus liegt dabei jeweils auf der Frage danach, wo Übergänge von einem stärker formalen und zugleich engeren Verständnis von Gleichheit zu konstatieren sind zu einer stärker materialen Verbürgung – oder auch umgekehrt. Die Kernmomente sind aus dieser Perspektive folgende drei.

Der erste ist vor allem implizit angesprochen, als Annäherung in der Darstellung zur „gleichen Menschnatur“ (*Repgen*) und als Basis bzw. Hintergrund in den stark geistesgeschichtlich, teils philosophisch angelegten Beiträgen zu (den letzten) „zwei Jahrhunderten Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit“ (*Auer*) und zur „Gleichheit in der Menschenwürde“ („Égale dignité des êtres humains“, *Fabre-Magnan*). Gemeint ist die Entwicklung des ersten wegweisenden Konzepts von Gleichheit bei *Aristoteles*, das Antike und Mittelalter prägte wie kein Zweites und auch heute noch sehr einflussreich erscheint. Während *Aristoteles* nämlich Gerechtigkeit – bezogen auf die Person – zwar als eine individuelle Tugend verstand, sah er doch in der Sache das Streben nach Gleichbehandlung und ihrer Verwirklichung als den Kern von Gerechtigkeit und setzte beide – objektiviert und jedenfalls im Grundsatz – einander gleich.¹¹ Dabei prägte bereits er die Formel – für den allgemeinen Gleichheitssatz, bei ihm jedoch ohnehin allgemein formuliert –, dass Gleiches gleich zu behandeln sei, Ungleiches hingegen ungleich. Für *Aristoteles* liegt dabei der Maßstab für Gleichheit und Ungleichheit im (Maß des) Verdienst(es) um die Gesellschaft (geometrische bzw. proportionale Gleichheit). Im vorliegenden Zusammenhang (Buch wie Einführung) steht die Gleichheits- und Gerechtigkeitslehre *Aristoteles* aus zwei Gründen nicht im Vordergrund und muss sie mit ihren – wichtigen – weiteren Un-

lisierung“, AcP 200 (2000) 273; kritisch zu beiden *Rückert*, in: Historisch-Kritischer Kommentar-BGB, Band 1, 2003, vor § 1: Das BGB und seine Prinzipien, Rn. 93 ff., 105; heute im Kern wie die Erstgenannten: *Grünberger*, Personale Gleichheit – der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013, bes. S. 52–57, 106–115; und in diesem Band: *Auer*, S. 67 (68–71 und 78–81); zum größeren gesellschaftstheoretischen Kontext etwa *Renner*, in *Grundmann/Micklitz/Renner* (oben Fn. 7), Kapitel 10; aus philosophisch-soziologischer Sicht prägnante These und Zusammenfassung bei: *Habermas*, *Paradigms of Law*, *Cardozo Law Review* 1995–1996, 771.

¹¹ Hierzu und zum Folgenden vgl. die Nachweise oben Fn. 2 zu *Aristoteles* und seiner Gleichheits- und Gerechtigkeitsphilosophie.

terscheidungen nicht weiter vertieft werden. Zum einen hat – wie *Reppen* aufzeigt – *Aristoteles* (und allgemeiner: die Antike) zur Gleichheit im Status, die über die jüngsten Jahrhunderte hinweg im Zentrum der politischen und rechtlichen Entwicklung zum Gleichheitssatz stehen sollte, gerade nichts oder wenig beigetragen – namentlich eine Entrechtung von Sklaven, Frauen und auch Fremden als im Einklang mit seinem Gleichheitskonzept gesehen, weil sämtlich im Verdienst *ungleich* zu Männern der eigenen Polis oder des eigenen Königreichs.¹² Zum anderen – und mit dem Ersten zusammenhängend – erscheint bei ihm die Problematik nicht zentral, dass Gleichheitssätze teils nur formal wirken, für die Lebenswirklichkeit also zu konstatieren ist, dass diese hinter einer tatsächlichen Gleichbehandlung zurückbleibt und dass deswegen eine Materialisierung diskutiert werden sollte – namentlich mit möglichen Mitteln zu einer stärkeren auch tatsächlichen Verbürgung von Gleichheit. Letzteres bildet jedoch das Leitthema der vorliegenden Abhandlung und Sammlung (dazu auch noch unter III.1. und 2.).

Die wohl wichtigsten Entwicklungen in der Geschichte des Gleichheitssatzes über *Aristoteles* hinaus betreffen dann einerseits in der Tat die „personale Gleichheit“ (*Grünberger*) oder – wohl inhaltsgleich – die „Gleichheit im Status“ (*Reppen*) und andererseits das Ringen um die Legitimationsquelle für den Gleichheitssatz als Rechtssatz und Grundrecht – nicht nur Tugend- und Moralsatz (wie bei *Aristoteles*): namentlich die Verortung dieser Wirkung als Rechtssatz in der Natur, namentlich Menschnatur, oder aber im Gesetz. Beide Entwicklungen fallen einerseits in die Zeit der beginnenden Neuzeit (die erste Hälfte des 16. Jahrhunderts, unten 2.) und andererseits in die Zeit der beginnenden Gegenwart, in den Jahren um 1800, die *Koselleck* plastisch als die Sattelzeit der Menschheitsgeschichte bezeichnete (u. a. mit US-amerikanischer Unabhängigkeitserklärung und Verfassung und französischer Menschenrechtserklärung)¹³ (unten 3.).

¹² Vgl. hierzu zentral die Nikomachische Ethik, insbes. 1129–1133; kritisch hierzu etwa *MacKinnon*, *KritV* 1994, 363, 364 f. Zu den angesprochenen sonstigen – wichtigen – Unterscheidungen in *Aristoteles* Gleichheits- und Gerechtigkeitskonzept vgl. Nachweise oben Fn. 2.

¹³ Die Kernüberlegung geht dahin, dass die drei oder vier Dekaden vor und um 1800 begrifflich (aber auch in den gesellschaftlichen Entwicklungen, namentlich auch der politischen Philosophie) so grundlegende Neuorientierungen sahen, dass sie – und nicht ein einzelner Zeitpunkt – den Eintritt in die Gegenwart markierten: vgl. *Koselleck*, Einleitung, in *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, 1972 ff., Bd. 1, S. XIII–XXIII; *Koselleck* (Hrsg.), *Historische Semantik und Begriffsgeschichte*, 1979; dazu etwa *G. Motzkin*, *On the notion of historical (dis)continuity: Reinhart Kosellecks construction of the Sattelzeit*,

2. Gleichheit als Mensch – frühe Neuzeit (Reppen)

Dramatischer könnte die Gleichheits- und nach heutiger Sicht auch Gerechtigkeitslücke beim Vater von Ethik, Gerechtigkeits- und Gleichheitsdenken, *Aristoteles*, nach dem Gesagten kaum ausfallen – als bei der personalen Gleichheit, der Gleichheit im Status oder (wohl am präzisesten) der Gleichheit aufgrund Menschseins. Das Postulat, dass Menschen auch im personalen Status – kraft ihres Menschseins – gleich zu behandeln seien, hat nämlich eine gänzlich andere, viel jüngere Wurzel und Geschichte als *Aristoteles'* Ethik – und hier geht der Anfang der Neuzeit um Lichtjahre über selbst die aufgeklärteste attisch-hellenische Ethik und Philosophie hinaus: Während schon im Urchristentum, bei *Paulus*, Anlagen zur Gleichbehandlung auch im Status zu finden sind (Gleichbehandlung und „Bruderschaft“ im Glauben, noch nicht im staatsbürgerlichen und zivilen Leben), wird Gleichheit im personalen Status – gegründet in dem von allen geteilten Charakter als Mensch, dem Menschsein – erstmals als politisches und als Rechtspostulat wirklich begründet und verfochten in der Schule von Salamanca, in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts. Gegründet ist das Postulat hier dann in einem christlich motivierten menschbezogenen Gleichheitsbild, entwickelt vor allem in den Predigten und Schriften von *Antón Montesino* und *Francisco de Vitoria*.¹⁴ Dies ist eine vielleicht überraschende, jedoch sehr weitgehend ausgebildete Frühform und damit letztlich sogar die Grundlage des modernen Antidiskriminierungsrechts. Als Gegenstand zielt die Argumentationslinie im konkreten Falle primär auf die Fremdheit, Ausländereigenschaft oder Ethnie (in der Geschichte allzu häufig als Rasse [fehl-]definiert). Sie ließe sich freilich unschwer auf Geschlecht und – natürlich – auf Leibeigenschaft und Sklaverei übertragen. Im Falle der süd- und mittelamerikanischen Bevölkerung kommen Letztere de facto im gelebten sog. *Encomienda*-System ohnehin hinzu (trotz gegenteiliger zugrundeliegender Rhetorik).

So offensichtlich diese Entwicklung im Rückblick im modernen Antidiskriminierungsrecht mündet – und nicht erst im Naturrecht und Auf-

Contributions to the History of Concepts 145 (2005). Jedenfalls in der Frage des Wirkgrundes des Gleichheitssatzes kann solch eine fundamentale Neubewertung in der Tat konstatiert werden (unten 3.).

¹⁴ Vgl. grundlegend Reppen, Die gleiche Menschnatur – einige Annäherungen an die Gleichheit im Recht, unten S. 31 (mit scharfer Gegenüberstellung einerseits der christlich inspirierten Argumentationslinien aus der Gottgleichheit aller Menschen, auch ihrer Entwicklung hin zu einer Rechtsnorm, und andererseits derjenigen – etwa im *usus modernus* –, die antik inspiriert blieben); Kernidee ist, dass die „Person [nicht mehr] zur bloßen Sache erniedrigt“ wird; primär ideengeschichtlich *Siedentop*, Die Erfindung des Individuums. Der Liberalismus und die westliche Welt, 2015.

klärungsgedankengut ihren Anfang nimmt, wie *Reppen* herausarbeitet –, so wichtig sind doch auch zentrale Unterschiede zum modernen Verständnis einer Gleichheit im Status. Dabei erscheint es weniger wichtig, dass die Legitimationsgrundlage biblisch ist – die Gottgleichheit des Menschen, aller Menschen –, denn – wie *Reppen* ebenfalls herausarbeitet – aus dieser Überlegung wird ein Rechtssatz und zwar einer, der auch rechtlich sanktioniert wird. Diskriminierung indigener Urbevölkerung (vor allem Enteignung, Entrechtung und Versklavung) wird als Todsünde und weltliches Unrecht verstanden, und – weil Todsünde nach der spätscholastischen Restitutionslehre nur durch *tätige* Reue getilgt werden kann – erwachsen aus dem Verstoß in der Rechtsfolge auch rechtliche Restitutionspflichten und -ansprüche hinsichtlich der Güter, die ursprünglich in indigenem Eigentum standen.

So wichtig diese Konstruktion, so hat sie doch eine zentrale Beschränkung – als m.E. besonders wichtigen Unterschied gerade aus Sicht des 20. Jahrhunderts: Diese Beschränkung ergibt sich daraus, dass in dieser Argumentationslinie die Menschnatur der indigenen Bevölkerung positiv bewiesen werden musste, namentlich damit, dass die fragliche Kreatur nach dem Ebenbilde Gottes geschaffen sei, also die Person Gesellschaft schaffen und ihre Umwelt sinnvoll gestalten können müsse (was in den südamerikanischen Reichen wie dem der Azteken oder der Inkas offensichtlich der Fall war). Und dahin gingen Argumentations- und Beweisansatz in den Predigten und Schriften von *Antón Montesino* und *Francisco de Vitoria*. Folglich ist in diesem Konzept die Menschnatur nicht allein durch die menschliche Abstammung dargelegt (das Konzept war auch ohne diesen noch weiteren Schritt schon revolutionär genug und wurde ja auch nur auf einen besonders krassen Fall angewandt – noch mehr wäre wohl kaum denkbar gewesen). Ein Punkt ist immerhin noch wichtig: Christlicher Glaube wurde gerade nicht gefordert, d.h. nicht als konstituierend für das Menschsein postuliert. Während mit diesem Argumentationsansatz jüdisches Leben in der NS-Zeit durchaus und offensichtlich als diskriminierungsresistent hätte verstanden werden können (also unschwer unter *Montesinos* und *de Vitorias* Verdikt zu fassen), wäre das bei sog. lebensunwerten (menschlichen) Leben, das ebenfalls massenweise ausgelöscht wurde, nicht so selbstverständlich gewesen. Zudem wäre bei weniger offensichtlicher vollständiger Entrechtung – etwa im Verhältnis der Geschlechter zueinander – nicht notwendig dahin argumentiert worden, dass hier eine Kreatur nicht gemäß ihrem Wesen – geschaffen nach dem Ebenbilde Gottes – als „gleich“ behandelt werde. Insoweit geht das moderne Antidiskriminierungsrecht – in der universellen Annahme des Menschseins als Grundlage der Gleichheit im Status, aber wohl auch in der