

MORITZ ZOPPEL

Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

326

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

326

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Moritz Zoppel

Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht

Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionen

Mohr Siebeck

Moritz Zoppel, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien und der Universidad Complutense de Madrid; Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien; Forschungsaufenthalt am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien; Rechtspraktikant im Sprengel des Oberlandesgerichts Wien; derzeit LL.M. Student an der University of Cambridge.

e-ISBN PDF 978-3-16-153312-9

ISBN 978-3-16-153298-6

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um meine im November 2013 an der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät approbierte Dissertation. Für die Veröffentlichung konnten Literatur und Judikatur bis ins Frühjahr 2014 eingearbeitet werden.

Großer Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Univ.-Prof. i.R. Dr. *Gert Iro*. Er hat mir nicht nur den für diese Arbeit notwendigen Freiraum gewährt, sondern meine Beschäftigung mit den europäischen Bezügen des Privatrechts stets wohlwollend gefördert. Ihm sei auf diesem Weg nicht zuletzt auch für sein Dissertationsgutachten gedankt, von dem ich sehr profitieren konnte. Univ.-Prof. Dr. *Stefan Perner* hat meine Dissertation von der Wiege an betreut und mich in höchstem Maße dabei unterstützt. Ich möchte mich bei ihm von Herzen für zahlreiche Hinweise, Denkanstöße und unzählige konstruktive Gespräche bedanken. Ein besseres Betreuungsverhältnis hätte man sich nicht wünschen können! Univ.-Prof. Dr. *Robert Rebhahn* sei für die Erstellung des Dissertationsgutachtens und viele weiterführende Anregungen gedankt. Herzlich danken möchte ich Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*, der meine ersten Gehversuche in der Wissenschaft begleitet hat und sich stets Zeit für ein aufbauendes Gespräch oder eine anregende Diskussion genommen hat. Das *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* in Hamburg hat mir einen mehrmonatigen Forschungsaufenthalt ermöglicht, von dem ich außerordentlich profitieren konnte. Vor allem Prof. Dr. Dr. h.c. (mult.) *Reinhard Zimmermann* sei dafür gedankt, dass er es mir ermöglicht hat, einige Thesen meiner Dissertation im Rahmen seiner „Aktuellen Stunde“ zur Diskussion zu stellen. Den Direktoren des MPI Hamburg, den Professoren *Jürgen Basedow*, *Holger Fleischer* und *Reinhard Zimmermann* und Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig* vom *Mohr Siebeck Verlag* danke ich für die Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe.

Von Herzen möchte ich mich weiters bei meinen großartigen Kolleginnen und Kollegen am Institut für Zivilrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien bedanken. Besonders hervorzuheben sind Dr. *Philipp Fidler* und Dr. *Reinhard Pesek*. Die angenehme Arbeitsatmosphäre und der freundschaftliche Umgang miteinander haben in unschätzbare Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Wien, im August 2014

Moritz Zoppel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
<i>Kapitel 1: Einleitung und Grundlagen</i>	1
A. Europäische Diskriminierungsverbote im Privatrecht: Die Ausgangssituation	1
B. Entwicklung der Europäischen Diskriminierungsverbote.....	2
I. EU-Verträge und Sekundärrecht	3
II. Grundrechte-Charta.....	7
C. Terminologie	10
I. Binnenmarktbezogene, wettbewerbsrechtliche und gesellschafts- politische Diskriminierungsverbote	10
II. Kategorien von Diskriminierungsverboten im Primärrecht.....	12
III. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung.....	13
IV. Diskriminierungsbegriff des EuGH	14
V. Diskriminierungsbegriff der Antidiskriminierungsrichtlinien	15
D. Gang der Untersuchung	17
<i>Kapitel 2: Privatautonomie und Diskriminierungsverbote</i>	19
A. Problemstellung.....	19
B. Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote	22
I. Kritik an formaler und materialer Konzeption der Vertragsfreiheit.....	25
II. Kompromiss zwischen formaler und materialer Konzeption der Vertragsfreiheit.....	27
III. Vertragsfreiheit und Diskriminierung	30
C. Vertragsrecht und <i>iustitia distributiva</i>	33
D. Legitimationsgründe	36
E. Schutzzumfang	37
F. Zusammenfassung und Würdigung	47

<i>Kapitel 3: Die Rechtsetzungskompetenz nach Art. 19 AEUV</i>	50
A. Allgemein	50
I. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	51
II. Arten von Kompetenzen	53
B. Art. 19 AEUV als Kompetenzgrundlage für Diskriminierungsverbote im Privatrecht	54
C. Mögliche Unionskompetenzen in Verbindung mit Art. 19 AEUV	61
I. Die Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV	62
1. Allgemein	62
2. Binnenmarktkompetenz und Art. 19 AEUV: Zwei mögliche Ansätze	65
3. Lösungsvorschlag für Antidiskriminierungsrichtlinien	71
II. Die Flexibilitätsklausel nach Art. 352 AEUV	73
1. Allgemein	73
2. Flexibilitätsklausel und Art. 19 AEUV	74
3. Lösungsvorschlag für Antidiskriminierungsrichtlinien	78
III. Kompetenz im Bereich der Sozialpolitik	81
D. Zusammenfassung und Ergebnis	82
 <i>Kapitel 4: Die Diskriminierungsverbote der Grundrechte-Charta</i>	 85
A. Problemstellung und Gang der weiteren Untersuchung	85
B. Drittwirkung von Art. 21 GRC	86
I. Grundlagen und Terminologie	86
II. Vergleich der beiden Ansätze	91
III. Zwischenergebnis	93
IV. Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote	94
1. Union	94
2. Mitgliedstaaten	97
3. Rechtsprechung	97
4. Bewertung durch die Literatur	101
5. Stellungnahme	106
V. Drittwirkung der Grundrechte-Charta	109
VI. Interpretation der gesellschaftspolitischen Diskriminierungs- verbote der Grundrechte-Charta	110
C. Öffnungsklauseln in Richtlinien	112
I. Problemstellung	112
II. Öffnungsklauseln und Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC	113
III. Ausmaß der mitgliedstaatlichen Bindung	116
D. Zusammenfassung und Ergebnis	122

<i>Kapitel 5: Sanktionen bei Verstößen gegen Diskriminierungsverbote</i>	124
A. Problemstellung und Gang der weiteren Untersuchung	124
B. Die europarechtlichen Vorgaben	126
I. Die Antidiskriminierungsrichtlinien	126
II. Der Grundsatz der Effektivität und der Äquivalenz	127
III. Judikatur des EuGH	130
IV. Relevanz der Judikatur für privatrechtliche Diskriminierungsverbote	134
V. Das Transparenzgebot bei der Richtlinienumsetzung	135
1. Die zwei Ebenen der Richtlinienumsetzung	137
2. Legislative Umsetzung und Umsetzung durch Rechtsprechung	140
3. Umsetzung der Richtlinien durch bestehende Vorschriften?	142
VI. Ergebnis: Unionsrechtlicher Mindeststandard	146
C. Sanktionsprogramm bei Diskriminierung	149
I. Schadensersatz	149
1. Funktion der Haftung: Schadensersatz als Verhaltenssteuerung	151
2. Das Verschulden	152
3. Ersatz des immateriellen Schadens: Der Diskriminierungsschaden	154
4. Kriterien für den Ersatz und die Bemessung des Diskriminierungsschadens	159
5. Zusammenfassung: Ein schadensersatzrechtlicher Mindeststandard	164
II. Kontrahierungszwang	166
1. Problemstellung und Gang der Untersuchung	166
2. Unionsrechtliche Vorgaben	168
3. Grundvoraussetzungen eines Kontrahierungszwangs: Meinungsstand	170
4. Allgemeiner Kontrahierungszwang bei Diskriminierung	181
5. Besonderer Kontrahierungszwang bei Diskriminierung	184
6. Kontrahierungszwang als effektives Sanktionsinstrument?	194
7. Ergebnis	197
D. Schlussbetrachtung	198
 <i>Kapitel 6: Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	 201
Literaturverzeichnis	207
Entscheidungsverzeichnis	218
Stichwortverzeichnis	220

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARIEL	Austrian Review of International and European Law
Art., Artt.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bsp.	Beispiel
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
CMLRev	Common Market Law Review
dens.	denselben
ders.	derselbe(n)
dies.	dieselbe
ebd.	ebenda
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ed., Eds.	Editor(s)
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELJ	European Law Journal
ELRev	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EP	Europäisches Parlament
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
et al.	et alii, et aliae
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	der, die folgende(n)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
GEKR	(Vorschlag für eine) Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GIBG	Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Österreich)
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
h.A.	herrschende Ansicht
HanseLR	Hanse Law Review
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber(in)
ILJ	Industrial Law Journal
IPR	Internationales Privatrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
JB1	Juristische Blätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JRP	Journal für Rechtspolitik
JZ	JuristenZeitung
KritV	Die Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KSchG	Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden
lit.	littera
m.E.	meines Erachtens
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung
ÖZÖR	Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer

Rs.	Rechtssache(n)
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
Rz.	Randziffer
SA	Schlussantrag, Schlussanträge
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
Tz.	Teilziffer
u.a.	und andere, unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
usw.	und so weiter
verb.	verbundene
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter
WM	Wertpapiermitteilungen
Z.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
Zak	Zivilrecht aktuell
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europäische Studien
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Kapitel 1

Einleitung und Grundlagen

A. Europäische Diskriminierungsverbote im Privatrecht: Die Ausgangssituation

Wann immer die Europäische Union Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung gesetzt hat, ließen hitzige Debatten in der Literatur nicht lange auf sich warten. Vor allem aus dem deutschsprachigen Raum stoßen der Einsatz des Unionsgesetzgebers im Antidiskriminierungsrecht und die Judikatur des EuGH bisweilen auf starken Gegenwind. Manche sehen den Anfang vom Ende der Privatautonomie kommen¹, andere hören bereits die Totenglocke des Privatrechts läuten², wieder andere fürchten, dass der Totalitarismus erneut Einzug hält,³ und selbst ein Vergleich von Diskriminierungsverboten mit dem Trojanischen Pferd, das die Privatautonomie von innen heraus zerstört, wird nicht gescheut⁴. Die Vielzahl an kritischen und ungewohnt emotionalen Stellungnahmen⁵ spiegelt die Brisanz der Thematik wider. Gleichermaßen wird das Spannungsverhältnis zwischen Gleichheitsrechten und Privatautonomie, das nun auf europäischer Ebene aufs Neue höchst aktuell geworden ist, evident.⁶

Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion über unionsrechtlich determinierte gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote im Privatrecht leisten. Es wird dabei eine europarechtliche Perspektive eingenommen. Die unionsrechtlichen Vorgaben stehen folglich im Vordergrund. Ausgangspunkte bilden Art. 19 AEUV, die auf ihm basierenden Richtlinien und die Grundrechte-Charta. Der Fokus liegt auf dem allgemeinen Privatrecht.

¹ *Picker*, JZ 2002, 880; *ders.*, JZ 2003, 540, 542 fürchtet: „Überwachungs- und Inquisitionskomitees von wahrhaft Robespierre’schem Charakter sollen die neue Moral im Zivilrecht sichern“; *ders.*, in: *Karlsruher Forum* 2004, 7; *von Koppenfels*, WM 2002, 1489.

² „Die Totenglocke des Privatrechts läutet“ ist der Titel eines Beitrages von *Reppen*, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung 11.

³ *Braun*, JuS 2002, 424. Der Titel des Beitrages lautet: „Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär.“

⁴ *Säcker*, ZEuP 2006, 1, 3.

⁵ Ein Überblick findet sich bei *Schöbener/Stork*, ZEuS 2004, 43, 46 ff.

⁶ *Britz*, in: *VVDStRL* 64, Der Sozialstaat in Deutschland und Europa 355, 358 mit drei Erklärungsversuchen zu einer außergewöhnlichen Debatte; *Picker*, JZ 2003, 540 f. merkt treffend an, dass die Diskussion um Diskriminierungsverbote im Privatrecht deutlich heftiger geführt werde, als es dem Temperament von Juristen normalerweise entspreche; siehe auch: *Streinz/Streinz*, EUV/AEUV² Art. 19 AEUV, Rn. 1.

Aufgrund seiner Vorreiterstellung auf dem Gebiet des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht wird – wenn es im Kontext sinnvoll erscheint – auch auf arbeitsrechtliche Entwicklungen eingegangen. Hierbei wird in erster Linie die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes eine Rolle spielen.

Ziel dieser Arbeit ist es, Europäische Diskriminierungsverbote auf ihre „Systemverträglichkeit“ im Privatrecht zu untersuchen. Lassen sich diese mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit vereinbaren oder ist der Unionsgesetzgeber diesbezüglich zu weit gegangen? Die Frage nach der Legitimation der Union auf dem Gebiet des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes stellt sich ebenso aus kompetenzrechtlicher und grundrechtsdogmatischer Perspektive. Die konkrete Wirkung von Diskriminierungsverboten zeigt sich letztlich am deutlichsten an den mit einer Verletzung verbundenen Sanktionen. Ihre unionsrechtlich determinierte Ausformung bildet den abschließenden Teil der Untersuchung.

Bevor das Untersuchungsprogramm an die Problemstellung der Arbeit heranhöhrt, lohnt sich ein kurzer Blick in die Vergangenheit. Es folgen Ausführungen zur Terminologie.

B. Entwicklung der Europäischen Diskriminierungsverbote

Für eine zweckmäßige Untersuchung soll die Entstehungsgeschichte der relevanten primär- und sekundärrechtlichen Bestimmungen sowie der Gleichheitsrechte der Grundrechte-Charta skizziert werden.

Mit dem Vertrag von Amsterdam wurde 1998 eine neue Kompetenzgrundlage (Art. 13 EGV, Art. 19 AEUV nach dem Vertrag von Lissabon) geschaffen. Sie ermöglicht es dem Unionsgesetzgeber, im Rahmen seiner ihm durch die Verträge übertragenen Zuständigkeiten, Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, der Rasse⁷, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Auf der Basis von Art. 19 AEUV wurden bisher drei Richtlinien erlassen, die Diskriminierung aufgrund der Rasse und des Geschlechts untersagen. Für eine weitere besteht ein Kommissionsvorschlag.⁸ Diese Antidiskriminierungsrichtlinien und ihre nationalen Umsetzungsnormen sind wegen ihrer Wirkung *inter privatos* immenser Kritik ausgesetzt.⁹ In manchen Mitgliedstaaten kam es, aus den verschiedensten Motiven, zu Verzögerungen bei der

⁷ Zum umstrittenen Begriff „Rasse“ siehe RL 2000/43/EG (Antirassismus-RL) Erwägungsgrund (6): „Die Europäische Union weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurück. Die Verwendung des Begriffs ‚Rasse‘ in dieser Richtlinie impliziert nicht die Akzeptanz solcher Theorien.“ Dasselbe gilt für die vorliegende Arbeit.

⁸ RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG, RL 2004/113/EG.

⁹ Vgl. Calliess/Ruffert/*Epiney*, EUV/AEUV⁴ Art. 19 AEUV, Rn. 13 f.

Umsetzung.¹⁰ Vor allem in Deutschland wurde rund um die Ausarbeitung eines Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) eine heftige akademische Debatte ausgelöst.

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) normiert in ihrem Titel III eine Vielzahl von Gleichheitsrechten, ähnlich ihrem Vorbild der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Sie ist seit dem Vertrag von Lissabon rechtsverbindlich und steht auf einer Stufe mit dem Primärrecht.

I. EU-Verträge und Sekundärrecht

Diskriminierungsverbote haben in der Union eine lange Tradition. Die Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit (heute Art. 18 AEUV) ist seit jeher verpönt.¹¹ Dieses Diskriminierungsverbot wird wegen seiner fundamentalen Bedeutung für die Union auch gerne als ihr *Leitmotiv*¹² oder ihre *Magna Charta*¹³ bezeichnet. Die Überwindung von Ungleichbehandlungen aufgrund der Nationalität ist elementare Voraussetzung einer Gemeinschaft, deren Ziel die Errichtung eines funktionierenden gemeinsamen Binnenmarktes ist und die ein engeres Zusammenrücken der Völker Europas anstrebt. Der hohe Stellenwert von Art. 18 AEUV¹⁴ wird unmissverständlich klar, wenn man sich vor Augen führt, dass sich der Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht aus eben dieser Bestimmung in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 EUV¹⁵ ableitet.¹⁶

Spricht man von Europäischem Antidiskriminierungsrecht im Zusammenhang mit dem Privatrecht, so ist vor allem die Bestimmung des Art. 19 AEUV bedeutsam. Von ihr leiteten sich Sekundärrechtsakte ab, die wiederum Wirkung im Privatrechtsverhältnis entfalten.

Art. 19 AEUV erlaubt es der Union, innerhalb ihres Wirkungsbereichs tätig zu werden, um Diskriminierung aufgrund einer Vielzahl an Kriterien zu bekämpfen. Anders als die in den Grundfreiheiten enthaltenen Diskriminierungsverbote oder jene des Wettbewerbsrechts zielt Art. 19 AEUV nicht primär auf

¹⁰ Das hatte ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, Deutschland, Finnland, Griechenland und Luxemburg wegen Nichtumsetzung bzw. nicht vollständiger Umsetzung der RL 2000/43/EG und der RL 2000/78/EG zur Folge; der EuGH stellte eine Vertragsverletzung des Vereinigten Königreichs und Nordirlands wegen nicht fristgerechter Umsetzung der RL 2004/113/EG fest.

¹¹ *Leible*, in: Schulze (Hrsg.), *Non-Discrimination in European Private Law* 27.

¹² Grabitz/Hilf/Nettesheim/von *Bogdandy*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 1; Streinz/*Streinz*, EUV/AEUV² Art. 18 AEUV, Rn. 8.

¹³ *Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Rn. 30/3, 30/6.

¹⁴ Ehemals Art. 7 EWGV.

¹⁵ Ehemals Art. 5 EWGV.

¹⁶ EuGH 15.07.1964 Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L*) Slg. 1262, 1269 f.; vgl. dazu Grabitz/Hilf/Nettesheim/von *Bogdandy*, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 1.

die Schaffung und Erhaltung eines freien Binnenmarktes ab.¹⁷ Zum Zeitpunkt der Einführung der Bestimmung in den EGV wurde Diskriminierung bereits seit Jahren durch nationale Regelungen in den Mitgliedstaaten bekämpft. Es erscheint daher die Frage jedenfalls berechtigt, aus welchem Grund es europäischer Regelungen dieser höchst sensiblen Materie bedurfte.¹⁸

Bereits die Römer Verträge von 1957 (EWGV) enthielt mit den Artt. 7, 40 Abs. 2 und 119 Regelungen zur Bekämpfung von Diskriminierung. Art. 7 EWGV entspricht dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der Nationalität in Art. 18 AEUV. Dieses Diskriminierungsverbot ist bis heute die Interpretationsmaxime für alle weiteren Bestimmungen der EU-Verträge.¹⁹ Bei Art. 40 Abs. 2 EWGV handelte es sich um ein Diskriminierungsverbot im Rahmen der gemeinsamen Agrarmarktorganisation (Art. 40 Abs. 2 AEUV). Die Geschichte der Union ist daher seit ihren Anfängen auch eine Geschichte der Antidiskriminierung.²⁰

Art. 119 EWGV ist in Hinblick auf den privatrechtlichen Diskriminierungsschutz von besonderem Interesse. Er schreibt den Mitgliedstaaten vor, den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Leistung von Frauen und Männern zu verwirklichen. Die Bestimmung entspricht weitestgehend den Abs. 1 und 2 des heutigen Art. 157 AEUV. Während der Verhandlungen des EWGV kristallisierten sich zwei Lager bezüglich der Frage heraus, ob der Vertrag auch eine sozialpolitische Dimension haben sollte. Allen voran vertrat Frankreich den Standpunkt, dass dies zwingend notwendig sei.²¹ Aufgrund des französischen Engagements wurde Art. 119 in den EWGV aufgenommen. Bei genauerer Betrachtung wird augenscheinlich, dass nicht primär sozialpolitische Ziele verfolgt wurden.²² Vielmehr befürchtete Frankreich Wettbewerbsverfälschungen zugunsten anderer Mitgliedstaaten, deren nationales Recht keine derartige Regelung, die gleiches Entgelt bei gleicher Arbeit für Männer und Frauen vorschreibt, vorsieht.²³ Die französische Regierung befürchtete, dass Unternehmen in Mitgliedstaaten abwandern würden, in denen sie von „billiger“ weiblicher Arbeitskraft profitieren könnten. Ein Motiv für die Einführung von Diskriminierungsverboten war damit von Beginn an wirtschaftlicher Natur.²⁴ Mittlerweile ist freilich die sozialpolitische Dimension des Grundsatzes der Entgelts-

¹⁷ Siehe dazu weiter unten, unter: C.I.

¹⁸ *Chalmers/Davies/Monti*, *European Union Law*², 536.

¹⁹ *Grabitz/Hilf/Nettesheim/von Bogdandy*, *EUV/AEUV*, Art. 18 AEUV, Rn. 1.

²⁰ So *Perner*, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht* 174.

²¹ *Bell*, *Anti-Discrimination Law and the European Union* 6 ff.

²² *Kingreen*, in: *Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten*³ § 17 Rn. 6.

²³ *Bell*, *Anti-Discrimination Law and the European Union* 8 ff.; *Chalmers/Davies/Monti*, *European Union Law*², 537; *Schwarze/Rebhahn*, *EU-Kommentar*³ Art. 157 AEUV, Rn. 1; *Lengauer*, *ARIEL* 1999, 369, 376.

²⁴ *Chalmers/Davies/Monti*, *European Union Law*², 537; *Fredman*, *Discrimination Law* 24 ff.

gleichheit klar ins Zentrum gerückt.²⁵ Die ökonomische Funktion trat vor allem bedingt durch die Judikatur des EuGH²⁶ in den Hintergrund. Dieser will Art. 157 AEUV klar als sozialpolitische Vorschrift verstanden wissen.²⁷

In der ersten Hälfte der Neunzigerjahre des 20. Jahrhunderts wurden Stimmen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft laut, die eine Erweiterung der Kompetenz im Bereich des Antidiskriminierungsrechts forderten. Besonders das Europäische Parlament und zahlreiche NGOs machten sich für dieses Anliegen stark.²⁸ Es wurde darauf hingewiesen, dass Diskriminierung die Freizügigkeit behindere, und daher gefordert, dass die 1993 durch den Vertrag von Maastricht eingeführte Unionsbürgerschaft um eine soziale Dimension erweitert werde.²⁹ Die Mitgliedstaaten standen einem sehr allgemeinen Diskriminierungsverbot zunächst skeptisch gegenüber – dies nicht zuletzt aufgrund der aus den Schwierigkeiten beim Ratifizierungsprozess des Vertrags von Maastricht gezogenen Lehren. Es wurde zumindest erwartet, dass das Vereinigte Königreich³⁰ sich gegen ein derartiges Diskriminierungsverbot aussprechen werde.³¹ Dennoch geht aus dem Bericht einer vom Rat unter dem Vorsitz Spaniens eingesetzten Reflexionsgruppe hervor, dass der Großteil der Vertreter der Mitgliedstaaten eine Bestimmung, die ein allgemeines Diskriminierungsverbot einführt, für erforderlich hielt. Grund hierfür war vor allem das politische Kalkül, dass die Akzeptanz der Gemeinschaft in der Bevölkerung größer würde, wenn man sich klarer zu Grund- und Menschenrechten positionierte. Neben einer offiziellen Verurteilung von Fremdenfeindlichkeit schlug daher die Reflexionsgruppe die Einführung eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes vor.³²

Unter irischer Ratspräsidentschaft und auf Vorschlag der vorangegangenen italienischen Ratspräsidentschaft wurde schließlich 1996 ein Entwurf (Dubliner Entwurf) für eine allgemeine Antidiskriminierungsbestimmung vorgelegt:

²⁵ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Langefeld, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV, Rn. 3.

²⁶ Erstmals: EuGH 08.04.1976 Rs. 43/75 (Defrenne II) Rn. 8 ff.

²⁷ Schwarze/Rebhahn, EU-Kommentar³ Art. 157 AEUV, Rn. 1.

²⁸ Im Detail siehe Bell/Waddington, ILJ 25/4 (1996), 320 ff.; Bell, MJECL 6 (1999), 1, 5 ff.; Stalder, Antidiskriminierungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 13 EG-Vertrag – unter besonderer Berücksichtigung der Rassismusbekämpfung und des Minderheitenschutzes – 3 ff.

²⁹ Bell, MJECL 6 (1999), 1, 5 ff.; Barnard, ILJ 26/3 (1997), 275, 280.

³⁰ Die Regierung des Vereinigten Königreichs war der Auffassung, dass Diskriminierung besser auf nationaler Ebene bekämpft werden könne und die Gemeinschaft jedenfalls nicht das richtige Forum für Grundrechtsbestimmungen sei; vgl. dazu Flynn, CMLRev 36 (1999), 1127, 1130 f.; Stalder, Antidiskriminierungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 13 EG-Vertrag – unter besonderer Berücksichtigung der Rassismusbekämpfung und des Minderheitenschutzes – 4 f.

³¹ Flynn, CMLRev 36 (1999), 1127, 1129 ff.

³² Flynn, CMLRev 36 (1999), 1127, 1130 ff. unter Berufung auf den Bericht der Reflexionsgruppe (Reflex 10) SN 509/95.

„Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages kann der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um im Anwendungsbereich dieses Vertrages Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit, der sozialen Herkunft, der Glaubenszugehörigkeit, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu verbieten.“

Uneinigkeit bestand zunächst bezüglich der Personengruppen, die durch die neue Diskriminierungsklausel geschützt werden sollten. Die Regierung der Niederlande schlug vor, die Merkmale Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung zu streichen. Vor allem wurde befürchtet, dass ein Gleichbehandlungsgebot von behinderten Menschen schwerwiegende ökonomische Folgen nach sich ziehen könnte. Dies stieß – erwartungsgemäß – auf große Empörung seitens des Europäischen Parlaments und von NGOs.³³ Der Dubliner Entwurf wurde daher in der Revisionskonferenz von Amsterdam beinahe wortgetreu in den Gemeinschaftsvertrag aufgenommen.³⁴ Art. 13 EGV wurde, abgesehen von der Veränderung der Rechtsstellung des Parlaments im Rechtssetzungsverfahren, unverändert durch den Vertrag von Lissabon als Art. 19 in den AEUV integriert.³⁵

Auf Art. 19 AEUV wurden bisher in den Jahren 2000 und 2004 drei Richtlinien gestützt, für eine vierte, allgemeine Antidiskriminierungsrichtlinie liegt ein Entwurf der Kommission vor.³⁶

Die RL 2000/43/EG (Antirassismus-RL) sowie die RL 2004/113/EG (Unisex-RL), die Beschränkungen des Zugangs zu Gütern und Dienstleistungen aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft bzw. des Geschlechts untersagen, sind für das allgemeine Zivilrecht von besonderer Bedeutung. Sie waren deswegen auch bei ihrer Umsetzung Zielscheibe herber Kritik.³⁷

Die Antirassismus-RL verbietet Diskriminierung aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft. Der sachliche Geltungsbereich erfasst abgesehen vom Arbeitsleben den Sozialschutz, Leistungen der sozialen Sicherheit, soziale Vergünstigungen, die Bildung und den Zugang zu Waren und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Dies schließt den Wohnraum mit ein. Die Mitgliedstaaten können nur in einem sehr engen Rahmen Regelungen

³³ Bell, MJECL 6 (1999), 1, 6 ff.; Stalder, Antidiskriminierungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 13 EG-Vertrag – unter besonderer Berücksichtigung der Rassismusbekämpfung und des Minderheitenschutzes – 6.

³⁴ Es wurde Diskriminierung wegen der „sozialen Herkunft“ gestrichen und der Begriff „Glaubenszugehörigkeit“ durch „Religion und Weltanschauung“ ersetzt.

³⁵ Vgl. Schwarze/Holoubek, EU-Kommentar³ Art. 19 AEUV, Rn. 1; Lenz/Borchardt/Lenz, EU-Verträge⁵ Art. 19 AEUV, Rn. 1 ff.

³⁶ Streinz/Streinz, EUV/AEUV² Art. 19 AEUV, Rn. 23.

³⁷ Der sachliche Anwendungsbereich der Antirassismus-RL erfasst allerdings noch andere Materien. Siehe weiter unten. Die RL 2000/78/EG (sogenannte Rahmen-RL) ist für das Arbeitsrecht einschlägig, basiert aber auch auf Art. 19 AEUV.

vorsehen, die eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft nicht als Diskriminierung verstehen. Diese Möglichkeit besteht, wenn es sich beim betreffenden Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen bei ihrer Ausübung um eine entscheidende und wesentliche Voraussetzung handelt. Einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund für direkte³⁸ rassistische Diskriminierung sieht die Richtlinie nicht vor.³⁹

Die Unisex-RL untersagt Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Versorgung mit und dem Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Art. 3 Abs. 1 schränkt den Anwendungsbereich auf jene Güter und Dienstleistungen ein, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und ohne Ansehen der Person angeboten werden.

Es geht der Sache nach um den Schutz vor Geschlechterdiskriminierung bei, in der Terminologie des deutschen AGG, Massengeschäften. Dabei handelt es sich, nach § 19 AGG, um Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (oder privatrechtliche Versicherungen zum Gegenstand haben). Die RL 2004/113/EG kennt, anders als die Antirassismus-RL, einen generellen Rechtfertigungstatbestand. Art. 4 Abs. 5 sieht eine Diskriminierung als gerechtfertigt an, die unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einem legitimen Ziel folgt. Die unionsrechtlichen Vorgaben laufen daher klar auf eine unterschiedliche Schutzintensität von sexistischer und rassistischer Diskriminierung hinaus.⁴⁰ Die Antirassismus-RL sieht weder eine Beschränkung auf Massengeschäfte vor, noch lässt sich rassistische Diskriminierung in weitem Maße rechtfertigen.

II. Grundrechte-Charta

In den Gründungsverträgen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sucht man vergebens nach Grund- und Menschenrechten. Das ist nicht weiter verwunderlich, war es doch erklärtes Ziel der Gemeinschaft die Integration der Völker Europas durch den Zusammenschluss ihrer nationalen Märkte zu erreichen.⁴¹

Der Schwerpunkt lag daher unzweifelhaft auf der *wirtschaftlichen Integration*. Berührungspunkte mit menschenrechtssensiblen Materien hielt man für wenig wahrscheinlich.⁴² Die frühe Rechtsprechung des EuGH zeichnet sich

³⁸ Siehe C.III.

³⁹ Vgl. dazu *Mahlmann*, ZEuS 2002, 414.

⁴⁰ MüKoBGB/*Thüsing*, I⁶ § 19 AGG, Rn. 11.

⁴¹ *von Bogdandy*, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa 71.

⁴² *Goldsmith*, CMLRev 38 (2001), 1201, 1202; *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht 13 ff.

daher – mag dies auch dogmatisch nachvollziehbar sein⁴³ – durch mangelnde Grundrechtssensibilität aus.⁴⁴

Mit dem Urteil in der Rechtssache *Stauder*⁴⁵ wurde die zurückhaltende Position des EuGH korrigiert. Gegenständlich ging es um die Verteilung von Butter an Sozialhilfeempfänger zu vergünstigten Preisen. Das Gemeinschaftsrecht verpflichtete in seiner deutschen und niederländischen Sprachfassung die Mitgliedstaaten dazu, dafür Sorge zu tragen, dass Begünstigte nur dann Butter erhalten sollten, wenn sie einen „auf ihren Namen ausgestellten Gutschein“ vorweisen konnten. In anderen Sprachfassungen (Französisch und Italienisch) war allerdings lediglich von einem „individualisierten Gutschein“ die Rede. Der Kläger brachte vor, dass es mit seinen Grundrechten unvereinbar sei, seine Identität gegenüber dem Verkäufer preisgeben zu müssen. Auch das mit der Rechtssache befasste Verwaltungsgericht Stuttgart hatte Zweifel und legte die Frage schließlich dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. In *Stauder* stellt der Gerichtshof klar, dass der am wenigsten belastenden Sprachfassung der Vorzug zu geben sei.⁴⁶ Anschließend folgt ein für die Urteilsbegründung nicht erforderlicher⁴⁷, für den europäischen Grundrechtsschutz allerdings fundamentaler Satz: „Bei dieser Auslegung enthält die streitige Vorschrift nichts, was die in den allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, enthaltenen Grundrechte der Person in Frage stellen könnte.“⁴⁸

Dogmatisch wurde vom Gerichtshof *nicht* der Weg einer unmittelbaren Anwendung der nationalen Grundrechte der Mitgliedstaaten beschritten, sondern er erkannte diese lediglich als Rechtserkenntnisquellen an. Aus ihnen können folglich ungeschriebene Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze geschöpft werden.⁴⁹

Der EuGH hat diese Rechtsprechung und ihre Begründung⁵⁰ beibehalten und mehrfach bestätigt.⁵¹ Sie fand schließlich Eingang in das Primärrecht. So schreibt Art. 6 Abs. 3 EUV fest, dass Grundrechte, wie sie sich aus den

⁴³ Der EuGH wies Rügen, die sich auf nationale Grundrechte stützen grundsätzlich als unzulässig zurück. *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten³ § 1 Rn. 26 geht davon aus, dass die Position des EuGH dogmatisch zwingend war, weil er weder nationale Vorschriften auslegen, noch sie gegenüber dem Gemeinschaftsrecht anwenden konnte.

⁴⁴ *Kühling*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht², 662 ff.; *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten³ § 1 Rn. 26 ff.

⁴⁵ EuGH 12.11.1969 Rs. 29/69 (*Stauder*).

⁴⁶ EuGH 12.11.1969 Rs. 29/69 (*Stauder*) Rn. 4.

⁴⁷ Vgl. *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten³ § 1 Rn. 27.

⁴⁸ EuGH 12.11.1969 Rs. 29/69 (*Stauder*) Rn. 7.

⁴⁹ *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten³ § 1 Rn. 29 ff.

⁵⁰ Für diese waren die SA von *Römer* 12.11.1969 Rs. 29/69 (*Stauder*) von zentraler Bedeutung; vgl. auch *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten³ § 1 Rn. 29.

⁵¹ Siehe vor allem EuGH 17.12.1970 Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*); 13.12.1979 Rs. 44/79 (*Hauer*) Rn. 20 ff., 32; 13.07.1989 Rs. 5/88 (*Wachauf*) Rn. 17.

gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als *allgemeine Grundsätze* Teil des Unionsrechts sind. In der Rechtssache *Nold* erkennt der Gerichtshof wenig später neben den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen auch die EMRK als Rechtserkenntnisquelle an.⁵²

Trotz der Anerkennung von Grundrechten, die auf den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und der EMRK aufbauen und im Primärrecht eine gewisse Absicherung gefunden haben, wollte der Ruf nach einem eigenen, europäischen und vor allem niedergeschriebenen Grundrechtskatalog nicht verstummen.⁵³ Das Ergebnis ist die GRC, die im Jahr 2000 auf dem Europäischen Rat von Nizza feierlich proklamiert wurde.⁵⁴ Der Grundrechtskatalog war anfangs nicht rechtsverbindlich. Erst Art. 6 Abs. 1 EUV in seiner Fassung des Vertrags von Lissabon legt fest, dass die Grundrechte-Charta anerkannt wird und mit den Verträgen auf einer Stufe steht.

Die Bestimmungen des Titel III (Gleichheitsrechte; Artt. 20–26) sind – wegen ihrer Wirkung auf das Privatrecht – hier von besonderem Interesse. Für die vorliegende Untersuchung ist Art. 21 GRC von zentraler Bedeutung. Als Kernbestand des III. Titels untersagt Art. 21 Abs. 1 GRC jegliche Diskriminierung, insbesondere aufgrund des Geschlechts, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, genetischer Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Art. 21 Abs. 2 GRC wiederholt das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, das sich bereits in Art. 18 AEUV findet.

Die Gleichheitsrechte in Artt. 23–26 GRC sollen vor allem eine Präzisierung und Verstärkung von Art. 21 GRC bewirken.⁵⁵ So ist die Gleichheit von Männern und Frauen im Bereich der Arbeit und des Arbeitsentgelts sicherzustellen (Art. 23 GRC) und die Rechte der Kinder (Art. 24 GRC), älterer Menschen (Art. 25 GRC) und von Menschen mit Behinderungen (Art. 26 GRC) sind zu achten. Zudem wird normiert, dass die Union die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen achtet (Art. 22 GRC).

⁵² EuGH 14.05.1974 Rs. 4/73 (*Nold*) Rn. 13.

⁵³ Siehe *Goldsmith*, CMLRev 38 (2001), 1201, 1202 ff.; *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten³ § 1 Rn. 36; *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht 15 ff.

⁵⁴ Zur Entstehungsgeschichte im Detail siehe: *de Burca*, ELRev 26 (2001), 126, 128 ff.; *Streinz/Streinz*, EUV/AEUV², Vor GR-Charta, Rn. 1 ff.; zum Verlauf des Grundrechtskonvents: *Neisser*, in: Duschanek/Griller (Hrsg.), Grundrechte für Europa 5 ff.

⁵⁵ Vgl. *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht 17.