

Katharina Sponholz

**Die unionsrechtlichen
Vorgaben zu den Rechtsfolgen
von Diskriminierungen im
Privatrechtsverkehr**



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 917

Katharina Sponholz

Die unionsrechtlichen Vorgaben
zu den Rechtsfolgen von
Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr



Nomos

promovierende Fakultät: Juristische Fakultät der Europa-Universität Viadrina
Erstberichterstatter: Professor Dr. Breidenbach
Zweitberichterstatter: Professor Dr. Knöfel

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

Zugl.: Frankfurt (Oder), Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4145-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-8439-2 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	13
I.	Das Erwachen eines „schlafenden Riesen“	13
II.	Der europäische Diskriminierungsschutz – ein zu kurz geratener Riese?	14
1. Teil:	Die primärrechtlichen Vorgaben für die Sanktionierung von Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr	15
§ 2	Die Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote im Primärrecht mit privatrechtlicher Relevanz	15
I.	Gewährleistungsgehalte der einzelnen Diskriminierungsverbote	16
1.	Der Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten	16
a)	Diskriminierungsverbote	16
aa)	Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Abgrenzung zu Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft	17
bb)	Spezifische Diskriminierungsformen	20
b)	Beschränkungsverbote	21
c)	Maßregelungsverbot	23
2.	Der Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Diskriminierungsverbots und des Freizügigkeitsrechts	25
II.	Die Bindung Privater an die Grundfreiheiten, an das allgemeine Diskriminierungsverbot und an das Freizügigkeitsrecht	27
1.	Bindung Privater an die Grundfreiheiten	27
a)	Unmittelbare Drittwirkung	28
aa)	Auslegung des Vertrages	29
bb)	Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	30
b)	Mittelbare Drittwirkung	36
c)	Vermittelnde Positionen	36
aa)	Eingriff Dritter in den Marktprozess	37

bb) Differenzierung nach der Eingriffsart	39
2. Bindung Privater an das allgemeine Diskriminierungsverbot und Freizügigkeitsrecht	41
§ 3 Die Sanktionierungsvorgaben für Verstöße gegen die Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot und das Freizügigkeitsrecht	42
I. Rechtsfolgen eines mitgliedstaatlichen Verstoßes gegen die primärrechtlichen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote	42
1. Primärrechtskonforme Anwendung und Derogation nationalen Rechts	42
2. Anpassung „nach oben“	43
3. Unionsrechtliche Staatshaftung	45
II. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen primärrechtliche Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote durch Private	49
1. Die Einbettung der primärrechtlichen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote in das mitgliedstaatliche Privatrecht	50
a) Drittwirkungsproblematik als Ausgangspunkt	50
aa) Der Ansatz des EuGH – unmittelbare Drittwirkung	51
(1) Die Ablehnung einer analogen Anwendung der Rechtsfolgenbestimmungen der Gleichbehandlungsrichtlinien und ihrer mitgliedstaatlichen Umsetzungsregelungen	52
(2) Inanspruchnahme von innerstaatlichen Transmissionsnormen als notwendige Folge der unmittelbaren Drittwirkung	55
(a) Schadensersatzansprüche	55
(b) Abwehransprüche, insbesondere Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche	58
(c) Vertragsnichtigkeit	59
(d) Ablehnung einer unionsrechtlich begründeten Rückabwicklung grundfreiheitenwidriger Verträge	61
(e) Grundfreiheiten als Maßstab der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen	66

(f) Grundfreiheitenkonforme Auslegung von Rechtsgeschäften	67
bb) Der Ansatz der h.L. – mittelbare Drittwirkung	69
b) Vergleich der Lösungen von EuGH und h.L.	72
c) Einwände gegen die Lösungen von EuGH und h.L.	73
2. Eine originär unionsrechtliche Rechtsfolgenbewehrung als vorzugswürdiger Ansatz	75
a) Unionsrechtlicher Schadensersatzanspruch	75
b) Keine Anpassung nach oben oder nach unten/Kontrahierungszwang	81
§ 4 Grundrechte der Europäischen Union	83
I. Der Geltungsgrund der Unionsgrundrechte	83
II. Drittwirkung und Diskriminierungsverbote in der Grundrechtecharta	86
1. Die Unterscheidung zwischen Grundrechten und Grundsätzen	86
a) Art. 20 GRCh (Gleichheit vor dem Gesetz)	89
b) Art. 21 GRCh (Nichtdiskriminierung)	90
aa) Absatz 1	90
bb) Absatz 2	94
c) Art. 23 GRCh (Gleichheit von Frauen und Männern)	95
aa) Absatz 1	95
bb) Absatz 2	96
2. Die Wirkkraft der Chartagrundrechte	97
a) Das konkrete Unionsgrundrecht als Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage der Drittwirkungsproblematik	97
b) Die Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung der unionsgrundrechtlichen Diskriminierungsverbote	97
c) Die mittelbar materielle Drittwirkung der unionsgrundrechtlichen Diskriminierungsverbote als tragfähiges Konzept	102
aa) Die Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung	102
bb) Die Abhängigkeit der mittelbaren Drittwirkung der Unionsgrundrechte von einer materiellen Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben	105
(1) Die Bindung der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts	106

(2) Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte bei der Einschränkung von Grundfreiheiten	114
3. Die Wirkkraft der Charta-Grundsätze	120
III. Die Konsequenzen einer mittelbar materiellen Drittwirkung für die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die unionsgrundrechtlichen Diskriminierungsverbote	121
2. Teil: Die Vorgaben des Sekundärrechts für die Sanktionierung von Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr	125
§ 5 Überblick über die Richtlinien im Antidiskriminierungsrecht	125
I. Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht	126
II. Diskriminierungsschutz im allgemeinen Zivilrechtsverkehr	127
1. Richtlinie 2000/43/EG (sog. Antirassismus-Richtlinie)	128
a) Allgemeines	128
b) Anwendungsbereich	129
c) Der Begriff der Diskriminierung gemäß Art. 2 RL 2000/43/EG	132
aa) Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	132
bb) Belästigung	134
cc) Anweisung zur Diskriminierung	135
dd) Diskriminierung kraft Assoziierung	135
ee) Hypothetische Diskriminierung	138
ff) Mehrfachdiskriminierungen	140
gg) Das Verbot Ungleiches gleich zu behandeln	143
2. Richtlinie 2004/113/EG (sog. Gender-Richtlinie Zivilrecht)	144
3. Zusammenfassung der Vorgaben aus den Richtlinien	145
§ 6 Die Vorgaben der Gleichbehandlungsrichtlinien im Hinblick auf die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	146
I. Angemessene Mittel des Rechtsschutzes	146
II. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Aufhebung diskriminierender Rechts- und Verwaltungsvorschriften	149

III. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Sicherstellung der Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwischen Privaten	152
1. Die Sicherstellungspflicht als Pflicht zur Beseitigung der Wirkung diskriminierender privatautonomer Bestimmungen mit mitgliedstaatlichem Gestaltungsspielraum	152
2. Umfang und Reichweite der Beseitigungspflicht und der Rückgriff auf das nationale Recht	157
a) Teilnichtigkeit	157
b) Umdeutung, ergänzende Vertragsauslegung und geltungserhaltende Reduktion	161
c) Salvatorische Vertragsklauseln	162
d) Die Übertragbarkeit der Nichtigkeitsfolge auf die verschiedenen Formen der Diskriminierung	163
aa) Die Nichtigkeitsfolge bei unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung	163
bb) Die Nichtigkeitsfolge bei Belästigungen und Anweisungen zu einer Diskriminierung	163
3. Die der Kontrolle am Maßstab des Gleichbehandlungsgrundsatzes unterliegenden privatautonomen Handlungen	165
a) Einzel- und Kollektivverträge	165
aa) Verträge	165
bb) Außer- oder vorvertragliche Vertragsstadien	166
cc) Kollektivverträge	168
dd) Einzelverträge	169
b) Vereinbarungen	169
c) Betriebsordnungen	171
d) Statuten von Vereinigungen mit oder ohne Erwerbszweck	172
e) Statuten der freien Berufe und der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen	173
f) Weitere Erscheinungsformen privatautonomen Handelns	173
aa) Realakte	174
bb) Deliktisches Handeln und Verkehrssicherungspflichten	175
cc) Einseitige Rechtsgeschäfte und Gestaltungsrechte	175

(1) Hausverbote	175
(2) Testament	176
(3) Auslobung	176
(4) Gestaltungsrechte	177
dd) Analoge Anwendung der Richtlinien auf Rechtsgeschäfte jeder Art sowie auf jedes privatautonome Handeln	178
ee) Diskriminierung in der Werbung	180
4. Zwischenergebnis	183
IV. Die Präklusion der Ausübung von Rechten des Diskriminierenden	184
V. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Sanktionierung von Diskriminierungen Privater	186
1. Der Begriff der Sanktion als unionsrechtlicher Begriff mit mitgliedstaatlicher Prägung	186
2. Die Verpflichtung zur Sanktionierung als Vorgabe zur Rechtsfolgenbewehrung	189
a) Allgemeiner Sprachgebrauch	189
b) Definition aus der Rechtstheorie	190
c) Anhaltspunkte aus dem primären Unionsrecht	192
d) Anhaltspunkte aus dem Sekundärrecht	193
aa) Verordnungen	193
bb) Richtlinien	194
e) Zwischenergebnis	199
3. Bewehrung mit konkreter Rechtsfolge?	200
4. Die Anforderungen an die Sanktionierung: wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Rechtsfolgen	202
a) Wirksam	204
b) Verhältnismäßig	206
c) Abschreckend	206
5. Die Kompetenz für die Kontrolle der Einhaltung der Sanktionierungsanforderungen	209
VI. Das Verbot der Viktimisierung	212
VII. Spezifizierte Rechtsfolgen	218
1. Anspruch auf Schadensersatz	218
a) Form und Umfang des Schadensersatzes	221
b) Kein Verschuldenserfordernis	228

2. Anspruch auf Anpassung „nach oben“	233
3. Kontrahierungszwang	235
4. Auskunftsanspruch	246
5. Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch	257
3. Teil: Vergleich der Sanktionsvorgaben des Primärrechts mit denen der Gleichbehandlungsrichtlinien	259
4. Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	265
Literaturverzeichnis	279

§ 1 Einleitung

I. Das Erwachen eines „schlafenden Riesen“

Die Gründungsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft erkannten mit – aus heutiger Sicht erstaunlicher – Weitsicht, welche fundamentale Bedeutung der Abbau von Diskriminierungen für das Funktionieren eines Binnenmarktes hat. Der EWG-Vertrag sah dementsprechend spezifische Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Zusammenhang mit dem freien Waren-, Personen- und Kapitalverkehr sowie ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor. Welche Bedeutung die Bekämpfung von Diskriminierungen aus gesellschafts- und sozialpolitischen Motiven für die europäische Integration hat, dass nämlich das Funktionieren des Binnenmarktes in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Gewährleistung von Chancengleichheit für alle Marktteilnehmer steht¹, haben die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (und früher der Europäischen Gemeinschaft) indes erst recht spät erkannt. Erst das bestürzende Ergebnis einer Meinungsumfrage in den Mitgliedstaaten der damaligen Europäischen Gemeinschaft im Jahre 1997, das ein Drittel der Befragten nach eigenen Angaben als „ziemlich rassistisch“ oder „sehr rassistisch“ auswies², offenbarte die dringende Notwendigkeit der Bekämpfung von Diskriminierungen auf breiter Grundlage mit den Mitteln des europäischen Rechts. Mit dem Vertrag von Amsterdam haben die Mitgliedstaaten der damaligen Europäischen Gemeinschaft die erforderliche Kompetenzgrundlage verschafft, geeignete Vorkehrungen treffen zu können, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religi-

1 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit für alle – eine Rahmenstrategie, KOM(2005) 224 endg., S. 2.

2 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Aktionsplan gegen Rassismus, KOM(1998) 183 endg., S. 6.

on oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen (Art. 13 EG/Art. 19 AEUV). Diesen „schlafenden Riesen“³ hat der europäische Gesetzgeber recht schnell erweckt.

II. Der europäische Diskriminierungsschutz – ein zu kurz geratener Riese?

„Wenn einer im Land der Riesen zu kurz gerät, hat er es schwer.“⁴ Die europäischen Regelungen über den Schutz vor Diskriminierungen dürften es besonders schwer haben, wenn man der Annahme Glauben schenkt, diese Regelungen seien in ihren Rechtsfolgenanordnungen zu kurz geraten, weil bezüglich der Ausgestaltung der Sanktionen noch weitreichende mitgliedstaatliche Autonomie bestehe.⁵

In der Tat ist die Durchsetzung bestimmter Ziele mit den Mitteln des Rechts schwierig, möglicherweise auch völlig aussichtslos, wenn die gesetzlich angeordneten Sanktionen nicht zielführend sind oder der Gesetzgeber gar auf die Sanktionierung verzichtet hat. Was das Rechtsfolgenprogramm der Diskriminierungsverbote des Unionsrechts angeht, so fehlt bislang eine ganzheitliche Untersuchung, die nicht nur die Rechtsfolgenvorgaben der Gleichbehandlungsrichtlinien im Privatrechtsverkehr in den Blick nimmt, sondern auch die Sanktionen bei Verstößen gegen primärrechtliche Diskriminierungsverbote. Diese Untersuchung hat zum Ziel, die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen unionsrechtlich vorgegebene Diskriminierungsverbote im Privatrechtsverkehr auszuloten und so einen Beitrag zur Systembildung zu leisten. Dabei wird sich zeigen, dass der europäische Diskriminierungsschutz im Land der Riesen ein Großer ist.

3 *Koukoulis-Spiliotopoulos*, Materieller Geltungsbereich von Art. 13 EG, S. 108 (113).

4 *Holzwarth/Nascimbeni*, Kleiner Riese, großer Zwerg, S. 1.

5 *Zoppel*, Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht, S. 149.

1. Teil: Die primärrechtlichen Vorgaben für die Sanktionierung von Diskriminierungen im Privatrechtsverkehr

§ 2 Die Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote im Primärrecht mit privatrechtlicher Relevanz

Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote sind schon im primären Unionsrecht enthalten. Sie waren bereits in den Römischen Verträgen als ein zentrales Instrument der europäischen Integration erkannt worden. Die primärrechtlichen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote gehören dementsprechend zu den Grundsatznormen⁶ und bilden das Herzstück der Europäischen Rechtsordnung.

Nicht alle Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote haben indes eine unmittelbare privatrechtliche Relevanz. Das gilt etwa für das Verbot der „Steuern“ (Art. 110 AEUV), aber auch für die Art. 40 ff. AEUV (Landwirtschaft und Fischerei) und Art. 90 ff. AEUV (Verkehr).

Für den Privatrechtsverkehr bedeutsam sind vor allem die Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) und das Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV). Darüber hinaus ist nicht von vornherein auszuschließen, dass auch unionsgrundrechtlich begründete Diskriminierungsverbote, wie sie nunmehr auch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verbürgt sind, unter Privaten eine Rolle spielen können. Große praktische Bedeutung weist sicherlich das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts im Hinblick auf das Arbeitsentgelt auf (Art. 157 AEUV). Mit Rücksicht auf die Zielsetzung dieser Untersuchung bleibt dieses spezifisch arbeitsrechtsrelevante Diskriminierungsverbot indes außer Betracht, wenngleich die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu diesem Diskriminierungsverbot besonders ausdifferenziert ist und ihr daher zumindest auch Anhaltspunkte für die folgenden Überlegungen entnommen werden können.

6 Vgl. nur *Meyer*, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht, S. 184 ff. und passim m.w.N.

I. Gewährleistungsgehalte der einzelnen Diskriminierungsverbote

1. Der Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten

a) *Diskriminierungsverbote*

Die Grundfreiheiten dienen in erster Linie der Beseitigung von Hemmnissen im unionsrechtlichen Personen- und Wirtschaftsverkehr mit dem Ziel, einen Binnenmarkt mittels Gewährung eines Anspruchs aller Marktteilnehmer auf diskriminierungsfreien Zugang zu anderen mitgliedstaatlichen Märkten unter gleichzeitiger Beschränkung der staatlichen Regulierungsmöglichkeiten zu etablieren.⁷ Im Ausgangspunkt werden den Grundfreiheiten vorrangig Diskriminierungsverbote entnommen, die das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 AEUV bereichsspezifisch konkretisieren.⁸ Danach ist jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten (sog. unmittelbare oder offene Diskriminierung). Der Anknüpfungspunkt an das Merkmal der Staatsangehörigkeit ist daher ein zentraler Bestandteil des Diskriminierungsbegriffs. Eine mitgliedstaatliche Maßnahme stellt immer dann eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Grundfreiheiten dar, wenn sie entweder direkt an die Staatsangehörigkeit von Personen (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV; Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV), die Herkunft von Kapital und Ware (Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV; Warenverkehrsfreiheit, Art. 34, 35 AEUV) oder an die Staatszugehörigkeit von Gesellschaften (Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV) anknüpft.⁹ Ergibt sich hingegen die Schlechterstellung nicht aus der Anknüpfung an das Merkmal der Staatsangehörigkeit bzw. -zugehörigkeit, sondern aus der Wahl eines anderen, dem Anschein nach neutralen Kriteriums, das indes typischerweise Ausländer im Verhältnis zu Inländern belastet, liegt eine mittelbare bzw. verdeckte Diskriminierung vor.¹⁰ Typischerweise fallen darunter Ungleich-

7 *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 1, 23.

8 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 115; *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 24.

9 *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, S. 17.

10 *Seifert*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, § 39 Rn. 50.

behandlungen, bei denen nachteilige Rechtsfolgen beispielsweise an den Herkunftsort, Sitz oder Wohnort geknüpft werden.¹¹

- aa) Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit in
Abgrenzung zu Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft

Hinsichtlich des Verbots einer Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit kann es zu Überschneidungen mit dem Verbot der Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft kommen, welches durch die Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft¹² (Im Folgenden: Antirassismus-Richtlinie) eingeführt wurde. So kann die Entscheidung eines Vermieters, mit Franzosen einen Mietvertrag nicht abschließen zu wollen, sowohl in den Anwendungsbereich der Antirassismus-Richtlinie (vorausgesetzt es handelt sich um ein Massengeschäft) als auch in den der Dienstleistungsfreiheit und subsidiär ggf. – etwa wenn es an einem wirtschaftlichen Bezug des Leistungsaustauschs fehlt¹³, weil das Mietverhältnis atypische Vertragspflichten beinhaltet – in den Geltungsbereich von Art. 18 AEUV fallen. Das Tabukriterium „Franzosen“ bezeichnet sowohl die rechtliche Zugehörigkeit zu einem Staat (Staatsangehörigkeit) als auch eine Gruppe von Menschen, die eine einheitliche Kultur, Sprache und Geschichte verbindet (Ethnie). Da der Vermieter die Vertragsverweigerung direkt an das Merkmal der Staatsangehörigkeit bzw. Ethnie knüpft, liegt eine unmittelbare Diskriminierung sowohl aus Gründen der Staatsangehörigkeit als auch wegen der ethnischen Herkunft vor.

Darüber hinaus sind weitere Überschneidungen im Hinblick auf beide Diskriminierungsverbote denkbar. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs stellen sog. Sprachennachweise mittelbare oder versteckte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit dar.¹⁴ Ein solcher Nachweis stellt eine Qualifikation dar, die typischerweise nur oder zumin-

11 *Bittner*, Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht, S. 88.

12 Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG 2000 L 180/22.

13 Zum Erfordernis eines wirtschaftlichen Bezugs als Anwendungsvoraussetzung der Grundfreiheiten vgl. nur *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 820.

14 EuGH, Urteil – Angonese, C-281/98, EU:C:2000:296, Rn. 39, 40, 45.

dest leichter von In- als von Ausländern erfüllt werden kann.¹⁵ Zugleich wird eine derartige Anforderung an Sprachkenntnisse auch von der Antirassismus-Richtlinie als mittelbare Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Herkunft erfasst, soweit sie weder objektiv und nachvollziehbar durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist noch durch angemessene und erforderliche Mittel herbeigeführt wird.^{16, 17} Überschneidungen sind schließlich auch dann denkbar, wenn die Diskriminierung unmittelbar an die Staatsangehörigkeit und nur mittelbar an die Ethnie oder umgekehrt geknüpft wird.

Das Verhältnis zwischen dem Verbot einer Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und dem Verbot einer Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft wäre aber nur dann im Sinne eines Normenkonkurrenzverhältnisses aufzulösen, wenn dem einen Diskriminierungsverbot der Vorrang gegenüber dem anderen gebühren würde. Anhaltspunkte für ein bestimmtes Konkurrenzverhältnis ergeben sich weder aus den Richtlinien noch aus dem Rangverhältnis von Primärrecht und Sekundärrecht. Vielmehr spricht einiges dafür, die beiden Diskriminierungsverbote auf einer Stufe – also nebeneinander – anzusiedeln. Gemäß Art. 3 Abs. 2 RL 2000/43/EG sind Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit nicht von dem Geltungsbereich der Antirassismus-Richtlinie erfasst. Weil die Richtlinie gerade nicht bei unterschiedlichen Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar sein soll, wäre die Verweigerung eines Vertragsabschlusses aufgrund der Staatsangehörigkeit uneingeschränkt zulässig, soweit nicht unmittelbar oder mittelbar eine Diskriminierung wegen der Rasse oder Ethnie gegeben ist.¹⁸ Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Kampf gegen Benachteiligungen aufgrund der Rasse und Ethnie sogar eines der wichtigsten Anliegen der internationalen Gemeinschaft ist und mit der Antirassismus-Richtlinie konkret in der Europäischen Union der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Menschen ver-

15 *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 13 Rn. 22.

16 BAG v. 28.1.2010 – 2 AZR 764/08, NZA 2010, 625 (626).

17 Bericht des Europäischen Parlaments über die Fortschritte in Bezug auf Chancengleichheit und Nichtdiskriminierung in der EU – Plenarsitzungsdokument vom 17.4.2008, A6-0159/2008, Absatz 39.

18 *Pfeiffer*, FS Canaris, 981 (985).

wirklicht werden soll¹⁹, scheint es nachgerade provokativ, wenn Vermieter mit dem Aufruf „Mieter mit Unions-Staatsangehörigkeit bevorzugt“ annoncieren könnten.²⁰ Nachvollziehbar wird ein Nebeneinander der Diskriminierungsverbote erst dann, wenn man sich den jeweiligen persönlichen Anwendungsbereich vergegenwärtigt. Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit werden für Unionsbürger bereits von den Grundfreiheiten und nachrangig von Art. 18 AEUV untersagt.²¹ Allein für den Fall des Fehlens eines grenzüberschreitenden Sachverhalts²² oder für Drittstaatsangehörige, die sich nicht auf die Dienstleistungsfreiheit²³ und Art. 18 AEUV²⁴ berufen können, kommt es darauf an, ob die Benachteiligung aufgrund einer unterschiedlichen Behandlung nach der Staatsangehörigkeit im konkreten Fall zugleich eine nachteilige Unterscheidung aufgrund der Ethnie darstellt.²⁵ Weil aber Unterscheidungen nach der Nationalität zumindest mittelbar zu einer Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft führen, werden letztlich alle Formen von Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit regelmäßig über die Figur der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Ethnie erfasst.²⁶

Ist es prinzipiell möglich, dass Benachteiligungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und Ethnie sowohl in den Anwendungsbereich der Antirassismus-Richtlinie als auch in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen, und nimmt man an, die Diskriminierungsverbote stünden im Verhältnis der Normenkonkurrenz zueinander, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß gegen das jeweilige Diskriminierungsverbot ergeben. Bei einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit kommen Ansprüche aus den Grundfreiheiten in Verbindung mit der nationalen Privatrechtsordnung in Betracht, nach deutschem Privatrecht insbesondere deliktische Ansprüche. Demgegenüber kann der wegen seiner ethnischen Herkunft Diskriminierte allein Ansprüche aus dem zur Antirassismus-Richtlinie ergangenen Um-

19 KOM(1999) 566 endg., S. 2.

20 Pfeiffer, FS Canaris, 981 (1985).

21 Seifert, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, § 39 Rn. 88.

22 Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 407.

23 Pache, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, § 10 Rn. 140.

24 Grabitz/Hilf/Nettesheim-von Bogdandy, Art. 18 AEUV Rn. 30.

25 Seifert, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, § 39 Rn. 88.

26 Pfeiffer, FS Canaris, 981 (1986).

setzungsgesetz herleiten. Der deutsche Gesetzgeber hat die Antirassismusrichtlinie insbesondere im AGG umgesetzt.²⁷ Für den privatrechtlichen Verkehr kommt insbesondere § 21 AGG zentrale Bedeutung zu. Danach kann Beseitigung (§ 21 Abs. 1 S. 1 AGG), Unterlassung (§ 21 Abs. 1 S. 2 AGG) und Schadensersatz (§ 21 Abs. 2 AGG) vom Diskriminierenden verlangt werden. Aus der Richtlinie selbst ergeben sich aufgrund des Verbots der sog. „unechten“ oder „negativen“ Horizontalwirkung²⁸ keine Ansprüche, unabhängig davon, ob die Richtlinie selbst Ansprüche im privatrechtlichen Sinne überhaupt statuiert. Allerdings ist die Richtlinie für die Auslegung des nationalen Umsetzungsgesetzes maßgebend²⁹, so dass die Richtlinienziele mittelbar auf das nationale Recht einwirken.

Die vorstehende Problematik verdeutlicht ausschnittsweise, welche fundamentale Bedeutung die Einordnung einer Diskriminierung im Hinblick auf das inkriminierte Merkmal für die Bestimmung der Rechtsfolgen hat.

bb) Spezifische Diskriminierungsformen

In Anlehnung an die Gleichbehandlungsrichtlinien, die auch hypothetische Diskriminierungen, Diskriminierungen kraft Assoziierung und Anweisungen zu einer Diskriminierung unter den Tatbestand der Diskriminierung fassen³⁰, ist zu überlegen, ob solche Diskriminierungsformen auch von den Grundfreiheiten erfasst sind. Dem Wortlaut des AEUV zufolge werden diese Formen der Diskriminierung nicht ausdrücklich verboten. Allerdings wirken diese Diskriminierungsformen ganz ähnlich wie unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen. Im Verhältnis Mitgliedstaat-Bürger bejahte der Gerichtshof bereits den Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, als eine Regierung eine Kampagne zur Förderung des Absatzes und des Kaufs nationaler Erzeugnisse im Inland durchgeführt hat.³¹ In der Sache ging es um die Frage, ob eine nur mittelbare Beeinträchtigung des in-

27 Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14.8.2006, BGBl. I, 1897, geändert durch Gesetz vom 2.12.2006, BGBl. I, 2742.

28 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 395, Fn. 341, 344 m.w.N.

29 Schiek-*dies.*, § 1 AGG Rn. 1.

30 Vertiefend ab S. 98ff.

31 EuGH, Urteil – „Buy Irish“, C-249/81, EU:C:1982:402, Rn. 29, 39.

nergemeinschaftlichen Handels im Sinne einer Zurechnung des Verhaltens eines Privaten zum Staat bei einer entsprechenden hoheitlichen Empfehlung oder Anweisung für einen Grundfreiheitenverstoß ausreicht. Solche Zurechnungsfragen sind auch und gerade im Privatrechtsverhältnis bedeutsam. So kann etwa ein Vermieter einen Makler entsprechend anweisen, mit Franzosen nicht in Vertragsverhandlungen zu treten. Wertungsmäßig kann eine solche privatautonome Anweisung nicht anders zu behandeln sein wie eine hoheitliche Empfehlung. Der praktischen Wirksamkeit der primärrechtlichen Diskriminierungsverbote ist nur dann genügt, wenn von ihrem Anwendungsbereich nicht nur der „Diskriminierungstäter“, sondern auch der „Anstifter“ und „Gehilfe“ zu einer Diskriminierung erfasst sind.

b) *Beschränkungsverbote*

Obwohl sich bereits aus dem Wortlaut der Normen über die Grundfreiheiten neben dem Diskriminierungsverbot auch ein Beschränkungsverbot entnehmen ließe (vgl. Art. 34, Art. 49 Abs. 1; Art. 56 Abs. 1, Art. 63 Abs. 1, 2 AEUV), hat der Gerichtshof erst schrittweise den Grundfreiheiten auch ein Beschränkungsverbot entnommen.³² In seiner vorerst nur auf die Warenverkehrsfreiheit bezogenen Leitentscheidung *Dassonville* sieht der EuGH als Maßnahme gleicher Wirkung „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“.³³ In Anlehnung an die Warenverkehrsfreiheit hat der Gerichtshof auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit frühzeitig ein Beschränkungsverbot angenommen.³⁴ Darunter fallen alle Anforderungen, die geeignet sind, die Tätigkeit des Leistenden zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.³⁵ Im Gegensatz dazu legte der Gerichtshof die Niederlas-

32 *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 30.

33 EuGH, Urteil – *Dassonville*, C-8/74, EU:C:1974:82, Rn. 5.

34 *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Randelzhofer/Forsthoff*, Art. 56/57 AEUV Rn. 97 ff.

35 EuGH, Urteil – *van Binsbergen*, C-33/74, EU:C:1974:131, Rn. 10 ff.; EuGH, Urteil – *Säger*, C-76/90, EU:C:1991:331, Rn. 12; EuGH, Urteil – *Gebhard*, C-55/94,

sungsfreiheit lange Zeit grundsätzlich nur als Diskriminierungsverbot aus.³⁶ Erst ab den 1990er Jahren etablierte der EuGH auch diesbezüglich ein Beschränkungsverbot.³⁷ Ungeachtet des abweichenden Wortlauts der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV („Abschaffung jeder [...] unterschiedlichen Behandlung [...] sind verboten“) im Vergleich zu den anderen Grundfreiheiten („Beschränkungen [...] sind [...] verboten“, vgl. Art. 49 Abs. 1, Art. 56 Abs. 1, Art. 63 Abs. 1, 2 AEUV) wurde auch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer von einem Diskriminierungsverbot hin zu einem Beschränkungsverbot weiterentwickelt. In der Rechtssache *Bosman* hat der Gerichtshof erstmals einen Eingriff in die Freizügigkeit der Arbeitnehmer unabhängig von einer Benachteiligung grenzüberschreitender Vorgänge angenommen.³⁸ Allerdings handelt es sich in jener Fallkonstellation nicht um einen Zuzugs-, sondern um einen Wegzugsfall, für den schon naturgemäß kein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Betracht kommt. Daraus folgt aber nicht zugleich, der Arbeitnehmerfreizügigkeit sei auch in Zuzugsfällen ein Beschränkungsverbot zu entnehmen.

Mittlerweile gewährleisten alle Grundfreiheiten auch ein Beschränkungsverbot.³⁹ Im Vergleich zum Diskriminierungsverbot kommt dem Beschränkungsverbot eine eigenständige Bedeutung allerdings nur dann zu, wenn es um unterschiedslos angewandte und wirksame Maßnahmen geht, die gleichwohl geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen. Dass auch nicht diskriminierende – also unterschiedslose – Maßnahmen verboten sein sollen, ergibt sich aus dem Vertragstext nur für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit ausdrücklich (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 AEUV „sind alle Beschränkungen [...] verboten“). Für die anderen Grundfreiheiten hat der Gerichtshof diesen Grundsatz erstmals im Rahmen der

EU:C:1995:411, Rn. 37; EuGH, Urteil – *de Coster*, C-17/00, EU:C:2001:651, Rn. 29 f.

36 *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Forsthoff*, Art. 49 AEUV Rn. 88.

37 EuGH, Urteil – *Daily Mail*, C-81/87, EU:C:1988:456; EuGH, Urteil – *Vlassopoulou*, C-340/89, EU:C:1991:193, Rn. 15; EuGH, Urteil – *Kraus*, C-19/92, EU:C:1993:125, Rn. 32; EuGH, Urteil – *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, Rn. 37.

38 EuGH, Urteil – *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, Rn. 92 ff.; *Nettesheim*, NVwZ 1996, 342 (343, 344).

39 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 486.

Warenverkehrsfreiheit entwickelt, wonach auch Handelsregelungen, die unterschiedslos für ausländische und inländische Produkte gelten, als Maßnahme gleicher Wirkung einzustufen sind.⁴⁰ Das Beschränkungsverbot erfasst demnach unterschiedslose Regelungen, während das Diskriminierungsverbot auf unterscheidende Maßnahmen beschränkt ist.

Um einer uferlosen Ausdehnung entgegenzutreten, wurde der extensive Beschränkungs-begriff erstmals im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit durch die *Keck*-Entscheidung⁴¹ und deren Folgerechtsprechung wieder eingeschränkt.⁴² Danach sind Regelungen bestimmter, nicht dem Marktzutritt und der Marktdurchdringung dienender „vertriebsbezogener Verkaufsmodalitäten“ nicht von der Warenverkehrsfreiheit erfasst, wenn sie unterschiedslos wirken.⁴³ Zwar ist bisher noch ungeklärt, ob diese Rechtsprechung auch auf die anderen Grundfreiheiten anwendbar ist. Der Grundgedanke ist jedoch auch bei den anderen Grundfreiheiten fruchtbar zu machen, wenn es darum geht, den weiten Anwendungsbereich näher einzuzugrenzen. Handelt es sich folglich um eine unterschiedslos wirkende (neutrale und universale) Beschränkung, die alle Wirtschaftsteilnehmer betrifft, und steht nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der wirtschaftlichen Betätigung in Rede, liegt kein Verstoß gegen eine Grundfreiheit vor.⁴⁴

c) Maßregelungsverbot

Eines der Hauptanliegen der Europäischen Union ist es, jegliche Formen von Diskriminierungen zu beseitigen und ihnen vorzubeugen. Insoweit wurde frühzeitig erkannt, dass eine Teilhabe am wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben häufig Vorbedingung für eine erfolgreiche soziale Eingliederung ist.⁴⁵ Eine derartige Teilhabe ist aber nur dann gesichert,

40 EuGH, Urteil – *Cassis de Dijon*, C-120/78, EU:C:1979:42, Rn. 6-15.

41 EuGH, Urteil – *Keck*, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905.

42 von der Groeben/Schwarze/Hatje-Müller-Graff, Art. 34 AEUV Rn. 251 ff. m.w.N.; Streinz-Schroeder, Art. 34 AEUV Rn. 41-44.

43 *Köndgen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, § 6 Rn. 25; *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 100.

44 *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 100 m.w.N.

45 KOM(1999) 566 endg., S. 5.

wenn den Diskriminierten keine weiteren Benachteiligungen erwarten – auch dann nicht, wenn er gegen eine diskriminierende Handlung Rechtsschutz sucht. Dementsprechend sehen denn auch die Gleichbehandlungsrichtlinien allesamt ein spezifisches Maßregelungs- bzw. Viktimisierungsverbot vor, das die Durchsetzung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot absichern soll.⁴⁶ Die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote umfassen entsprechende Regelungsvorgaben demgegenüber nicht, wohl weil die EWG-Gründungsstaaten die Problematik der Viktimisierung im Zusammenhang mit einer Diskriminierung noch nicht erkannten. Indes ist ein den Vorgaben der Gleichbehandlungsrichtlinien entsprechendes Viktimisierungsverbot auch im Zusammenhang mit den primärrechtlichen Diskriminierungsverboten teleologisch gut begründbar mit der Folge, dass der Einzelne vor Benachteiligungen zu schützen ist, die als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung eines Verstoßes erfolgen.

Grundlage dieser erweiternden teleologischen Auslegung ist die sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV für die Mitgliedstaaten ergebende Verpflichtung, die volle Wirksamkeit der Normen des Unionsrechts zu sichern und einen effektiven Schutz der dem Einzelnen durch das Unionsrecht verliehenen Rechte zu gewährleisten. Ein primärrechtliches Viktimisierungsverbot effektuiert diese praktische Wirksamkeit der primärrechtlichen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote, weil so sichergestellt ist, dass primärrechtlicher Diskriminierungsschutz in Anspruch genommen wird und nicht allein davon abgesehen wird, weil um eine weitere Zurücksetzung (Viktimisierung) wegen der Inanspruchnahme der Schutzvorschriften zu fürchten ist. Zudem trägt nur ein weitgefaster und in die Zukunft hineinreichender Schutz vor Diskriminierungen und Benachteiligungen zur sozialen und wirtschaftlichen Integration und zur Verwirklichung der Vertragsziele aus Art. 3 EUV bei.

46 Art. 9 RL 2000/43/EG; Art. 10 RL 2004/113/EG; Art. 11 RL 2000/78/EG; Art. 24 RL 2006/54/EG.

2. Der Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Diskriminierungsverbots und des Freizügigkeitsrechts

Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hat in seiner allgemeinen Form normativen Ausdruck in Art. 18 AEUV gefunden. Wie auch die Grundfreiheiten gebietet das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV eine Gleichbehandlung von EU-Ausländern mit Inländern in allen unionsrechtlich geregelten Situationen.⁴⁷ Ausweislich des Wortlautes der Norm gilt das Diskriminierungsverbot allerdings nur „unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages“. Damit gehen die spezielleren Diskriminierungsverbote aus den Grundfreiheiten dem allgemeinen Diskriminierungsverbot vor.⁴⁸ Art. 18 AEUV enthält allein ein Diskriminierungsverbot⁴⁹, was sich sowohl auf unmittelbare als auch auf mittelbare Diskriminierungen erstreckt. Bloße Beschränkungen werden – im Unterschied zu den Grundfreiheiten – von dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nicht erfasst.⁵⁰

Die Gewährleistungen der Grundfreiheiten und des allgemeinen Diskriminierungsverbotes werden gewissermaßen vervollständigt durch das Freizügigkeitsrecht, das Art. 21 AEUV garantiert. Die Personenverkehrsfreiheiten verleihen den Unionsbürgern nicht nur ein Recht auf Gleichbehandlung, sondern auch ein Recht auf Freizügigkeit. Trotz der extensiven Interpretation der Grundfreiheiten durch den Gerichtshof im Interesse eines funktionierenden Binnenmarktes⁵¹, ist das so verstandene Begleitrecht grundsätzlich an die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit und an die Voraussetzungen der jeweiligen Grundfreiheit gekoppelt.⁵² Im Gegensatz dazu verleiht Art. 21 Abs. 1 AEUV allen Unionsbürgern ein allgemeines

47 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 723; *Pache*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht, § 10 Rn. 48; *Grabitz/Hilf/Nettesheim-von Bogdandy*, Art. 18 AEUV Rn. 6.

48 EuGH, Urteil – *Porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, Rn. 11; EuGH, Urteil – *Lyyski*, 40/05, EU:C:2007:10, Rn. 33.

49 *Streinz-ders.*, Art. 18 AEUV Rn. 18, 56.

50 EuGH, Urteil – *Keck*, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, EU:C:1993:905, Rn. 8; *Grabitz/Hilf/Nettesheim-von Bogdandy*, Art. 18 AEUV Rn. 12.

51 *Giegerich*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht, § 9 Rn. 36.

52 *Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte, S. 92.

und gemeinsames Recht auf Ein- und Ausreise, Aufenthalt, Bewegung und Verbleib im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten – allein aufgrund ihres Unionsbürgerstatus.⁵³ Wie bei den Grundfreiheiten ist aber auch hier ein Bezug zum sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts erforderlich. Rein nationale Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug werden von dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nicht erfasst.

Im Unterschied zu den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot enthält Art. 21 Abs. 1 AEUV seinem Wortlaut nach keine Anhaltspunkte, welche Art von Beeinträchtigungen geschützt werden sollen. Allein das Schutzgut – die Freizügigkeit – ist benannt. Teilweise wird angenommen, Art. 21 AEUV enthalte ein Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot.⁵⁴ Würde das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht auch Diskriminierungen verbieten, so wäre gleichsam das Verhältnis zu Art. 18 AEUV zu hinterfragen. Ist davon auszugehen, dass Art. 21 AEUV im Verhältnis zu Art. 18 AEUV *lex specialis* ist, so verbliebe für das allgemeine Diskriminierungsverbot praktisch kein Anwendungsbereich mehr. Dies widerspräche bereits dem allgemeinen Auslegungsgrundsatz, wonach jede Norm so auszulegen ist, dass ihr ein Anwendungsbereich verbleibt. Auch ist dieses Ergebnis nicht mit der Entstehungsgeschichte des allgemeinen Diskriminierungsverbotes vereinbar. Art. 18 AEUV (ex-Art. 7 EWG-Vertrag) war bereits in den Römischen Verträgen enthalten und als einzige Norm unmittelbar anwendbar. Eine Verdrängung dieser wichtigen Norm durch Art. 21 AEUV, welcher seinerseits erst mit dem Vertrag von Amsterdam in die Verträge aufgenommen wurde, ist dementsprechend abzulehnen. Der EuGH geht denn auch zu Recht davon aus, dass sich Art. 18 AEUV und Art. 21 AEUV ergänzen.⁵⁵ Art. 18 AEUV enthält ein Diskriminierungsverbot ohne darüber hinaus auch ein Beschränkungsverbot zu gewährleisten, während Art. 21 AEUV nur ein Beschränkungsverbot statuiert.⁵⁶ Für die Ermittlung des Prüfungsmaßstabs muss deshalb zwischen beschränkenden Maßnahmen des Aufnahmestaats

53 Calliess/Ruffert-Kluth, Art. 21 AEUV Rn. 4; Streinz-Magiera, Art. 21 AEUV Rn. 4; Ziekow, in: Dörr (Hrsg.), Ein Rechtslehrer in Berlin, 101 (104, 105).

54 Vgl. dazu Domröse/Kubicki, EuR 2008, 873 (882 f.); Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht Rn. 777 f. jeweils m.w.N.

55 EuGH, Urteil – Grunkin und Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, Rn. 18.

56 Streinz-ders., Art. 18 AEUV Rn. 18.

und des Herkunftsstaats differenziert werden.⁵⁷ Handelt es sich um eine sog. Zuzugskonstellation, bei der die beeinträchtigende Maßnahme vom Aufnahmestaat ausgeht, ist ausschließlich Art. 18 AEUV als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Art. 21 Abs. 1 AEUV kann in dieser Konstellation allein dafür herangezogen werden, den Anwendungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbotes zu begründen.⁵⁸ Handelt es sich hingegen um eine Beschränkung des Herkunftsstaates, also um eine sog. Wegzugskonstellation, ist die Maßnahme allein an Art. 21 AEUV zu messen.⁵⁹

II. Die Bindung Privater an die Grundfreiheiten, an das allgemeine Diskriminierungsverbot und an das Freizügigkeitsrecht

1. Bindung Privater an die Grundfreiheiten

An das Recht der Europäischen Union gebunden sind zuerst die Mitgliedstaaten. Aber „entscheidendes Kriterium, um zu klären, welche Wirkungen eine Gemeinschaftsnorm im innerstaatlichen Recht erzeugt, sind nicht die in der Norm bezeichneten Adressaten, sondern ist die Rechtsnatur der Norm, die der Gerichtshof unter Berufung auf Geist, System und Wortlaut der Bestimmung selbst auslegt“.⁶⁰ Dementsprechend kann der Kreis der Normadressaten mittels systematischer und teleologischer Auslegung erweitert sein.⁶¹

Private können sich gegenüber einem Mitgliedstaat auf „rechtlich vollkommene“ und damit unmittelbar anwendbare Vorschriften des Unionsrechts berufen (sog. vertikale Wirkung).⁶² Verstößt eine nationale Norm gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht (z.B. Grundfreiheiten), muss es unangewendet bleiben.⁶³ Dies folgt aus dem Anwendungsvorrang des

57 *Domröse/Kubicki*, EuR 2008, 873 (873 ff.); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 766.

58 EuGH, Urteil – *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, Rn. 32 ff.

59 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 767.

60 Schlussanträge *GA Trabucchi* – *Defrenne II*, C-43/75, EU:C:1976:39.

61 *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, S. 98.

62 *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 23; vgl. auch EuGH, Urteil – *Van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1.

63 Statt aller *Wiedmann*, AnwBl. 2007, 326 (326).

Unionsrechts.⁶⁴ Ist demnach die Bindung der Mitgliedstaaten – einschließlich des (Privatrechts-) Gesetzgebers und der (Zivil-) Gerichte – an unmittelbar anwendbares Unionsrecht zu bejahen⁶⁵, ist damit noch nicht gesagt, ob in einem rein privatrechtlichen Rechtsverhältnis die Bestimmungen des Unionsrechts unmittelbare Wirkung entfalten. Einigkeit besteht im Ausgangspunkt insoweit, als dass das Unionsrecht auch in Privatrechtsverhältnissen eine Rolle spielen muss, weil sich sonst die volle Wirksamkeit des Unionsrechts nicht verwirklichen ließe.⁶⁶ Höchst umstritten ist indes, inwieweit Private an die Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot und das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht gebunden sind und auf welche Grundlage eine solche Bindung zu stützen ist.⁶⁷ In Anlehnung an die Drittwirkungsproblematik der deutschen Grundrechte haben sich auch im Rahmen der Grundfreiheiten zwei Lösungskonzepte herausgebildet: die unmittelbare (dazu a) und mittelbare Drittwirkung (dazu b) der Grundfreiheiten.⁶⁸

a) Unmittelbare Drittwirkung

Aufgrund der Qualifikation der Unionsverträge als zumindest im Ausgangspunkt völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten können nach völkerrechtlicher Dogmatik bereits unmittelbare Rechte und Pflichten der Bürger untereinander begründet werden.⁶⁹ Zwar erzeugen völkerrechtliche Verträge vorrangig Pflichten gegenüber den vertragsschließenden Staaten oder sonstigen Völkerrechtssubjekten, es ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch Private unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden.⁷⁰ Die Art. 101 ff. AEUV zeigen, dass auch die Unionsverträge direkt unmittelbare Verpflichtungen Privater kennen. Danach sind Unternehmen und Un-

64 *Wiedmann*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, Kap. 2 Rn. 55-56.

65 *Riesenhuber*, *Europäisches Vertragsrecht*, § 3 Rn. 97.

66 *Wiedmann*, *AnwBl.* 2007, 326 (327).

67 *Bachmann*, *AcP* 210 (2010), 424 (465 m.w.N.).

68 *Franck*, in: Tietje (Hrsg.), *Beiträge zum Europa- und Völkerrecht*, 1 (5); *Bachmann*, *AcP* 210 (2010), 424 (437).

69 *Herresthal*, in: Neuner (Hrsg.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, 177 (179).

70 *Remmert*, *JURA* 2003, 13 (14).

ternehmensvereinigungen bestimmte wettbewerbsbeeinträchtigende Verhaltensweisen untersagt. Ob auch den Grundfreiheiten, dem allgemeinen Diskriminierungsverbot und dem unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrecht eine unmittelbare Wirkung unter Privaten zuteilwird, hängt maßgeblich davon ab, ob auch diese primärrechtlichen Regelungen gerade diese Bindung vorsehen oder aber zumindest eine hinreichende Legitimation durch den Gerichtshof für eine dahingehende Rechtsfortbildung besteht, Privatverhältnisse unmittelbar an den Grundfreiheiten zu messen.⁷¹

aa) Auslegung des Vertrages

Zugunsten einer unmittelbaren Drittwirkung wird stets der offene Wortlaut des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union im Rahmen der Grundfreiheiten bemüht. Dem Wortlaut der Regelungen über die Grundfreiheiten kann keine Begrenzung lediglich auf Hoheitsträger als Verpflichtete entnommen werden.⁷² Zwar wird auch keine Bindung Privater an die Grundfreiheiten ausdrücklich normiert, eine solche wird aber auch nicht explizit ausgeschlossen.⁷³

Der EuGH hat schon frühzeitig Private unmittelbar an das Verbot der Entgelt differenzierung nach dem Geschlecht gemäß Art. 157 AEUV gebunden.⁷⁴ Weil den Grundfreiheiten im System der Unionsverträge hingegen eine noch grundlegendere Bedeutung zukommt als Art. 157 AEUV, könnte man aus einem Erst-Recht-Schluss auch eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten begründen.⁷⁵ Da aber Art. 157 AEUV keine Grundfreiheit darstellt, hinkt dieser Vergleich.⁷⁶ Für eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten wird zum Teil auf das allgemeine Diskriminierungsverbot verwiesen. Denn wenn schon Art. 18 AEUV Private rechtlich binden kann, so müsse das erst recht für die Grundfreiheiten gel-

71 *Herresthal*, in: Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 177 (179).

72 EuGH, Urteil – Angonese, C-281/98, EU:C:2000:296, Rn. 30.

73 *Remmert*, JURA 2003, 13 (14).

74 EuGH, Urteil – Defrenne II, C-43/75, EU:C:1976:56, Rn. 31; EuGH, Urteil – Angonese, C-281/98, EU:C:2000:296, Rn. 34.

75 *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 94-98.

76 *Remmert*, JURA 2003, 13 (14).