universität wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Nichtdiskriminierung im Recht der Europäischen Union - Gleichbehandlung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen unter Berücksichtigung des nationalen Gleichbehandlungsrechts“

verfasst von / submitted by

Mag.[a] iur. Eva-Maria Polzer

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2018 / Vienna, 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt / degree programme code as it appears on the student record sheet:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt / field of study as it appears on the student record sheet:	Rechtswissenschaften
Betreut von / Supervisor:	Univ.-Prof.[in] Dr.[in] Verica Trstenjak

Für meine Familie

Franz, Sylvia und Stefanie Polzer

Erika Horvath

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Einleitung 1

A. Die europäischen Vorgaben 5

I. Das Primärrecht der Europäischen Unionsrecht 5

I.1. Die primärrechtlichen Grundlagen von Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Überblick 6

I.1.1. Art 2 EUV 6

I.1.2. Art 3 Abs 3 Unterabs 3 EUV 7

I.1.3. Art 8 AEUV 8

I.1.4. Art 10 AEUV 9

I.1.5. Art 19 Abs 1 AEUV 10

I.1.6. Exkurs: Art 157 AEUV 12

I.1.7. Art 21 Abs 1 GRC 14

I.1.8. Art 23 GRC 16

I.1.9. Art 14 EMRK 17

I.1.10. Art 1 Abs 1 12. ZP zur EMRK 19

I.2. Resümee 20

II. Das Sekundärrecht der Europäischen Union 24

II.1. Die RL 2000/43/EG (sog „AntirassismusRL“) 24

II.1.1. Allgemeines 24

II.1.2 Kapitel I „Allgemeine Bestimmungen“ (Art 1-6) 26

II.1.3. Kapitel II „Rechtsbehelfe und Rechtsdurchsetzung“ (Art 7-12) 35

II.1.4. Kapitel III „Mit der Förderung der Gleichbehandlung befasste Stellen“ (Art 13) 36

II.1.5. Kapitel IV „Schlussbestimmungen“ (Art 14-19) 37

II.2. Die RL 2004/113/EG (sog „DienstleistungsRL“) 38

II.2.1. Allgemeines 38

II.2.2. Kapitel I „Allgemeine Bestimmungen“ (Art 1-7) 40

II.2.3. Kapitel II „Rechtsbehelfe und Rechtsdurchsetzung“ (Art 8-11) 49

II.2.4. Kapitel III „Mit der Förderung der Gleichbehandlung befasste Stellen“ (Art 12) 50

II.2.5. Kapitel IV „Schlussbestimmungen“ (Art 13-19) 51
II.3. Vorschlag für eine RL des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung 51
II.3.1. Allgemeines und Überblick 51
II.3.2. Inhalt des RL-Vorschlags 53
II.3.3. Gründe für die Nichtumsetzung des RL-Vorschlags 56
II.4. Resümee 59
II.4.1. Positive Aspekte der RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG 59
II.4.2. Negative Aspekte und Kritik an den RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG 65

III. Privatautonomie und Diskriminierungsverbote 66
III.1. Einleitung 66
III.2. Definition des Begriffs Privatautonomie 69
III.3. Das Prinzip der Vertragsfreiheit und jenes der Gleichbehandlung aus rechtsphilosophischer Sicht im Überblick 71
III.4. Die betroffenen Rechtspositionen 75
III.5. Resümee 76

IV. Der Einfluss der Diskriminierungsverbote der GRC auf Privatrechtsverhältnisse 90
IV.1. Terminologie und Begrifflichkeit 90
IV.1.1. Drittwirkung 90
IV.1.1.1. Unmittelbare Drittwirkung 91
IV.1.1.2. Mittelbare Drittwirkung 93
IV.1.1.3. Exkurs: Fiskalgeltung der Grundrechte 95
IV.2. Der Anwendungsbereich der GRC 96
IV.2.1. Die Grundrechtsadressaten 96
IV.2.1.1. Die Europäische Union 96
IV.2.1.2. Die Mitgliedstaaten 97
IV.2.2. Privatpersonen als Adressaten europäischer Grundrechte? – Drittwirkung der in der GRC verankerten Grundrechte 102
IV.3. Resümee 103

V. Das EuGH-Urteil *Test-Achats* 113
V.1. Inhalt des Urteils 113

V.1.1. Sachverhalt 113
V.1.2. Vorlagefrage 113
V.1.3. Rechtlicher Rahmen im Überblick 113
V.1.4. Entscheidung des Gerichtshofs 114
V.2. Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* 115
V.3. Auswirkungen des Urteils auf Österreich 119
V.4. Leitlinien zur Anwendung der RL 2004/113 des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der EU in der Rs C-236/09 (*Test-Achats*) 119
V.4.1. Welche Verträge sind betroffen? 120
V.4.2. Weiterhin erlaubte geschlechtsspezifische Versicherungspraktiken 122
V.4.3. Verwendung sonstiger Risikofaktoren 122
V.5. Resümee 123
V.5.1. Kritik am Urteil 123
V.5.2. Kritik an den Schlussanträgen 126
V.5.3. Überlegungen zum Urteil und zu den Schlussanträgen 127

B. Das nationale Recht 132

I. Das österreichische Verfassungsrecht 132
I.1. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Überblick 132
I.1.1. Die verfassungsrechtlichen Rechtsquellen 132
I.1.2. Allgemeines zum Gleichheitssatz gemäß Art 7 B-VG 133
I.1.3. Gleichheit von Mann und Frau 134
I.1.3.1. Allgemeines 134
I.1.3.2. Verfassungsgerichtliche Judikatur zur Geschlechtergleichheit im Bereich Güter und Dienstleistungen 135
I.1.4. Gleichheit von behinderten und nichtbehinderten Menschen 136
I.2. Drittwirkung und staatliche Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten 137
I.2.1. Drittwirkung des Gleichheitssatzes 137
I.2.2. Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten des Staates 138
II. Das einfachgesetzliche Gleichbehandlungsrecht im Bereich Güter und Dienstleistungen 141
II.1. Das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz, „GlBG“) 141
II.2. Die Institutionen 142
II.3. Zivil- und verwaltungsgerichtliche Judikatur zur Diskriminierung im Bereich Güter

und Dienstleistungen 143
III. Resümee 145

C. Zusammenfassung der Forschungsergebnisse 160

Quellenverzeichnis 164
Literaturverzeichnis 164

Judikaturverzeichnis 177
Entscheidungen des EuGH 177
Schlussanträge der Generalanwälte 179
Entscheidungen des EGMR 179
Entscheidungen österreichischer Gerichte 180
HG Wien 180
LG für ZRS Wien 180
LVwG Vorarlberg 180
LVwG Wien 180
OGH 180
VfGH 181
VwGH 183
Entscheidungen deutscher Gerichte 183
BVerfG 183

Sonstige Quellen 184
Erläuterungen zu Rechtstexten 184
Internetbeiträge und -veröffentlichungen 185

Abstract 191

Abkürzungsverzeichnis

AA	Andere Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl L	Amtsblatt der Europäischen Union, Teil L („legislatio“)
Abs	Absatz/Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AdelsaufhG	Adelsaufhebungsgesetz
ADS	Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Deutschland)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
arg	argumentum
Art	Artikel/n
ASBL	Association sans but lucratif/Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht
ASoK	Arbeits- und SozialrechtsKartei
AuR	Arbeit und Recht
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
BG	Bezirksgericht
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGStG	Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz
BlgNR	Beilage/n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BMVIT	Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts
BVG	Bundesverfassungsgesetz
BvR	Dieses Registerzeichen wird beim deutschen Bundesverfassungsgericht für Verfahren über Verfassungsbeschwerden sowie Kommunalverfassungsbeschwerden verwendet.
B-GlBG	Bundes-Gleichbehandlungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz

BZÖ	Bündnis Zukunft Österreich
bzw	beziehungsweise
CMLRev	Common Market Law Review
dAGG	deutsches Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
dBGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
dBGBl	deutsches Bundesgesetzblatt
dGG	deutsches Grundgesetz
dh	das heißt
(D)RdA	(Das) Recht der Arbeit
DSG	Datenschutzgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft/en
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, EG-Vertrag
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europäische Menschenrechtskonvention
endg	endgültig
ERCL	European Review of Contract Law
Erläut	Erläuterungen
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund/-gründe
etc	et cetera
et al	et alii/et aliae/und andere
EU	Europäische Union
EuGH/CJEU	Europäischer Gerichtshof/Court of Justice of the European Union
EUR	Euro
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
eV	eingetragener Verein
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f, ff	folgende, fortfolgende
FD-VersR	Fachdienst Versicherungsrecht
FN	Fußnote
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs

FS	Festschrift
GAW	Gleichbehandlungsanwaltschaft
GBK	Gleichbehandlungskommission
GBK/GAW-G	Gesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft
GK	Große Kammer
GlBG	Gleichbehandlungsgesetz
GLJ	German Law Journal
GmbH & Co KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GP	Gesetzgebungsperiode
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Grundrechtecharta
HAVE	Haftung und Versicherung
HG	Handelsgericht
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iHv	in Höhe von
iS(d)	im Sinne (der/des)
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JRP	Journal für Rechtspolitik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kfl-Bef Bed	VO des BMVIT über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Kraftfahrlinienverkehr
Kfz	Kraftfahrzeug
KLJ	Kings´s Law Journal
KOM	KOM-Dokumente sind Dokumente der Europäischen Kommission und dienen der Kommunikation zwischen Kommission und Öffentlichkeit.
leg cit	legis citatae/der zitierten Vorschrift
LG	Landesgericht

lit	litera/e
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LVwG	Landesverwaltungsgericht
LQR	The Law Quarterly Review
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
MS/en	Mitgliedstaat/en
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖFB	Österreichischer Fußballbund
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖVP	Österreichische Volkspartei
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PKW	Personenkraftwagen
PS	Pferdestärke
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBl	Reichsgesetzblatt
RL/n	Richtlinie/n
Rs/n	Rechtssache/n
Rz	Randziffer/n
S	Seite/n
SEK	SEK-Dokumente waren ursprünglich lediglich interne Arbeitsdokumente der Europäischen Kommission, werden aber auf Anfrage auch dem Einzelnen zur Verfügung gestellt. Es handelt sich um keine offizielle Sammlung.
SEV	Sammlung europäischer Verträge
sog	sogenannt
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
StGBl	Staatsgesetzblatt für den Staat Deutschösterreich/Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
StGG	Staatsgrundgesetz
StV	Staatsvertrag
ua	und andere, unter anderem

uä	und ähnliche
UN	United Nations/Vereinte Nationen
Unterabs	Unterabsatz
Urt	Urteil
USA	United States of America/Vereinigte Staaten von Amerika
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
va	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VersRÄG	Versicherungsrechts-Änderungsgesetz
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO/en	Verordnung/en
VR	Versicherungsrundschau
VwG	Verwaltungsgericht
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer/n
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZP	Zusatzprotokoll/e
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRS	Zivilrechtssachen

Einleitung

In einer Zeit vielfältiger und umfangreicher europäischer Vorgaben haben auch Regelungen bezüglich der Gleichbehandlung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen Eingang in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gefunden. Der Themenbereich Gleichheit und Nichtdiskriminierung scheint dem europäischen Gesetzgeber besonders wichtig zu sein, da er ihn bereits umfassend und detailliert geregelt hat, weshalb der sichtbare Einfluss des Europarechts auf das nationale Gleichbehandlungsrecht in den letzten Jahren immer größer geworden ist.

In dieser Arbeit sollen zunächst die primärrechtlichen Grundlagen von Gleichheit und Nichtdiskriminierung vorgestellt werden, um eine Übersicht über das Reglement auf höchster europarechtlicher Ebene zu erhalten. Dabei sollen die wesentlichen Zielsetzungen des Primärrechts lediglich überblicksmäßig zusammengefasst werden, wobei bereits aus diesen Zielsetzungen die fundamentale Bedeutung sowie der hohe Stellenwert von Gleichheit und Nichtdiskriminierung in der EU deutlich erkennbar ist.

Im Weiteren soll eine umfängliche Kommentierung des sekundären Nichtdiskriminierungsrechts im Bereich Güter und Dienstleistungen unter kontinuierlicher Bezugnahme auf entsprechende EuGH-Judikatur und durch Veranschaulichung durch praktische Beispiele vorgenommen werden. Im Zuge dessen wird ausführlich auf die zwei maßgeblichen RLn sowie einen (noch nicht umgesetzten) RL-Vorschlag eingegangen werden. In diesem Zusammenhang soll zudem die Frage aufgeworfen werden, warum sich der Diskriminierungsschutz der relevanten RLn beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen nur auf die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit bezieht, während andere Unterscheidungskriterien – nämlich Religion oder Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung und Behinderung – völlig unberücksichtigt bleiben.

Auch der III. Teil des österreichischen GlBG widmet sich lediglich der „Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen“, wozu ua der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zählt. Demgegenüber umfassen die Teile I., II. und IV. (Gleichbehandlung in der Arbeitswelt) zusätzlich auch die Merkmale Religion oder Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung[1].

1 Der Schutz vor Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen in Bezug

Aus dem Umstand des Vorliegens verschiedener Schutzniveaus ergibt sich eindeutig eine Rechtsschutzlücke und damit einhergehend Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, was anhand folgender aktueller Beispiele aus der Praxis veranschaulicht werden soll:

- Ein 70-jähriger Pensionist wendet sich mit dem Wunsch nach einer Kreditvergabe an eine Bank. Diese weist den Antrag jedoch mit dem Hinweis auf das (hohe) Alter des potentiellen Kreditnehmers ab. Es sei nämlich nicht sichergestellt, dass er die vollständige Tilgung des Kredits innerhalb einer realistischen Lebenszeit bewerkstelligen könne.[2]

- Ein homosexuelles Pärchen befindet sich auf Wohnungssuche und möchte eine bestimmte Wohnung mieten. Dies wird vom Vermieter jedoch mit der Begründung, er vermiete ausschließlich an Heterosexuelle, abgelehnt.[3]

- Eine muslimische Frau, die kein Kopftuch trägt und akzentfreies Deutsch spricht, wird zu einer Wohnungsbesichtigung eingeladen. Als sie von der Vermieterin nach ihrer Religion gefragt wird, erhält sie einige Tage später eine telefonische Absage.[4]

- In einem Wiener Café wird ein lesbisches Paar wegen eines Kusses des Lokals verwiesen.[5]

Für all diese Sachverhalte besteht weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene ein gesetzlicher Diskriminierungsschutz.[6] Dies bedeutet, dass sich die diskriminierenden Personen in den dargestellten Fallbeispielen im Rahmen des gesetzlich Erlaubten bewegen. Wird hingegen einer dunkelhäutigen Person wegen ihrer Hautfarbe der Zutritt zu einem Lokal verweigert[7] oder eine Frau

---

auf das Merkmal der Behinderung wird im österreichischen Recht durch das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, BGBl I 2013/138, sichergestellt.

2 http://www.finanzratgeber.at/nachrichten/karntner-sparkasse-will-sich-fur-mehr-kredite-fur-altere-einsetzen; http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/4945872/85Jaehrige-zu-alt-fur-eine-Kreditkarte?_vl_backlink=/home/wirtschaft/index.do (alle abgefragt am 7.7.2017).

3 http://www.swity.de/schweinfurt/2015/09/28/schweinfurt-moderne-diskrimierung-homosexuelle-paerchen-auf-wohnungssuche/ (abgefragt am 7.7.2017).

4 http://www.taz.de/!118424/ (abgefragt am 7.7.2017).

5 http://derstandard.at/2000010246927/Wien-Cafeverweis-fuer-Lesben-die-einander-kuessten; http://wien.orf.at/news/stories/2688749/ (alle abgefragt am 7.7.2017).

6 http://oe1.orf.at/artikel/340492 (abgefragt am 7.7.2017).

7 http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=48171 (abgefragt am 7.7.2017).

aufgrund ihres Geschlechts bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung sexuell belästigt[8], zieht dies Schadenersatzansprüche wegen der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung nach sich.

Die genannten Fälle zeigen unmissverständlich, dass das Recht selbst eine Ungleichbehandlung diskriminierter Personen bzw eine Hierarchisierung von Diskriminierungsopfern vornimmt. Trägern der Merkmale Religion, Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung[9] wird die gerichtliche Durchsetzung ihrer Rechte nämlich erheblich erschwert, da es hierfür keine einfachgesetzliche Grundlage gibt. Demgegenüber sind unsachliche Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit sehr wohl vom Diskriminierungsschutz des GlBG umfasst. Seit Längerem wird zwar sowohl in der EU als auch in Österreich eine Ausdehnung des Gleichbehandlungsgebots auf weitere Unterscheidungsmerkmale (sog „Levelling up“) diskutiert. Konkrete Regelungsvorschläge wurden jedoch bis heute nicht gesetzlich umgesetzt.[10] Die Beweggründe dafür sind vielseitig und sollen näher beleuchtet werden.

Einen dieser Beweggründe stellt die Einschränkung der Vertragsfreiheit von Privatpersonen durch privatrechtlich wirkende Diskriminierungsverbote dar. Einen wichtigen Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bildet daher eine umfangreiche Interessenabwägung zwischen dem Prinzip der Privatautonomie und jenem der Gleichheit bzw der Nichtdiskriminierung. In einer ausführlichen Auseinandersetzung mit dem zweifellos bestehenden Spannungsverhältnis soll entschieden werden, welchem Grundprinzip im Kollisionsfall der Vorzug zu geben ist sowie ob und unter welchen Gesichtspunkten Diskriminierungsverbote im Privatrecht gerechtfertigt sein können.

Ein weiteres Ziel dieser Arbeit ist die Untersuchung des Einflusses der Diskriminierungsverbote der GRC auf Privatrechtsverhältnisse. Wie weit gehen die Charta-Grundrechte, welche Wirkung entfalten sie bzw sind sie für das Verhalten Privater überhaupt relevant? Verbieten Art 21 Abs 1 und 23 GRC auch Diskriminierungen durch Privatpersonen oder sollen diese Bestimmungen „lediglich“ vor staatlichen Eingriffen schützen? Im (oben beschriebenen) Fall des homosexuellen Pärchens, welches bei der Wohnungssuche wegen seiner sexuellen Orientierung diskriminiert wird, stellt sich in diesem Kontext die Frage, ob der Vermieter als privater Wirtschaftsteilnehmer verpflichtet ist, nicht gegen Art 21 Abs 1 GRC zu verstoßen. Bejaht man eine solche unmittelbare Drittwirkung von

8 http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=52877 (abgefragt am 7.7.2017).

9 Auf europäischer Ebene fällt auch das Merkmal der Behinderung nicht unter den Diskriminierungsschutz.

10 http://diestandard.at/2000001425898/Gleichbehandlungsanwaeltin-fuer-schnelles-Levelling-up; http://diestandard.at/2000001346007/OeVP-Frauen-Keine-Ausweitung-des-Diskriminierungsschutzes; http://www.wien.gv.at/ma08/infodat/2014/pgl-02130-2014-0001-lat.pdf (alle abgefragt am 7.7.2017).

Grundrechten, hätten die diskriminierten Personen die Möglichkeit, eine privatrechtliche Klage gegen den Vermieter vor einem nationalen Gericht direkt auf Art 21 Abs 1 GRC zu stützen. Geht man allerdings von einer (bloß) mittelbaren Drittwirkung aus, sind nicht Privatrechtssubjekte, sondern ist der Staat Normadressat der Grundrechte. Dieser ist verpflichtet, angemessene Rechtsbehelfe gegen Grundrechtseingriffe durch Private zur Verfügung zu stellen.[11]

Besonderes Augenmerk soll ferner auf die Rechtsprechung des EuGH gelegt werden, da der Gerichtshof in den vergangenen Jahren immer häufiger zur Klärung gleichbehandlungsrelevanter Fragen angerufen wurde. Am Umstand der stets größer werdenden Anzahl gerichtsanhängiger Problemstellungen ist erkennbar, dass das Thema Nichtdiskriminierung zunehmend an Bedeutung gewinnt. Wegen der besonderen Relevanz der Rs *Test-Achats* für die vorliegende Arbeit wird dieses EuGH-Urteil in einem eigenen Kapitel eingehend besprochen werden.

Im Hinblick auf das österreichische Gleichbehandlungsrecht und den darin offensichtlich vorliegenden mangelnden Rechtsschutz für bestimmte Bevölkerungsgruppen steht außer Frage, dass das GlBG geändert werden muss, um ein möglichst einheitliches Schutzniveau sowie rechtliche Gleichstellung zu schaffen. Im Rahmen des letzten Kapitels soll daher ein novellierter Teil III. des GlBG erarbeitet werden. Weiters wird geklärt werden, wie ein Gericht vorzugehen bzw auf welcher Rechtsgrundlage es zu entscheiden hat, wenn es hinsichtlich eines Diskriminierungssachverhaltes in Bezug auf ein nach dem GlBG nicht geschütztes persönliches Merkmal angerufen wird.

Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung der Schlussfolgerungen jedes Kapitels, um die erzielten Forschungsergebnisse nochmals übersichtlich darzustellen.

11 *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013) 144,145.

A. Die europäischen Vorgaben

I. Das Primärrecht der Europäischen Union

Im Unionsrecht wird zwischen primärem und sekundärem Recht unterschieden. Diese Einteilung ist praktisch bedeutsam, da das Primärrecht Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit des Sekundärrechts ist. Das Primärrecht kann sohin auch als „europäisches Verfassungsrecht" bezeichnet werden.[12]

Zum primären Unionsrecht zählen die Gründungsverträge in ihrer geltenden Fassung (EUV[13] und AEUV[14]), einschließlich deren Anlagen, Anhänge und Protokolle, spätere vertragliche Änderungen und Ergänzungen sowie die Beitrittsverträge.[15] Dem Primärrecht gehören weiters die vom EuGH entwickelten, ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze an, wie etwa die rechtsstaatlich gebotenen Garantien des Verwaltungsverfahrens und die auf Art 6 Abs 3 EUV beruhenden Unionsgrundrechte. Schließlich stellen die Prinzipien zur Sicherung des Unionsrechts, die ebenfalls vom EuGH durch seine Rechtsprechung herausgearbeitet wurden, primärrechtliche Rechtsquellen dar. Hierzu zählen ua der Vorrang des Unionsrechts, die unmittelbare Wirkung von RLn sowie der unionsrechtlich begründete Staatshaftungsanspruch bei Verstößen gegen Unionsrecht.[16]

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta, „GRC[17]") wurde durch den Vertrag von Lissabon rechtsverbindlich. Gemäß Art 6 Abs 1 EUV hat die Charta denselben Rang wie die Gründungsverträge der Union[18] und stellt somit eine Quelle des Primärrechts dar. Die in der Charta festgeschriebenen Grundrechte können in Verfahren vor dem EuGH sowie vor nationalen Gerichten bei der Umsetzung und Anwendung von Unionsrecht geltend gemacht werden.[19]

12 *Streinz*, Europarecht[9] (2012) Rz 445.

13 https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_de.pdf (abgefragt am 7.7.2017).

14 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl C 2007/306, 1.

15 *Streinz*, Europarecht[9] Rz 447; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] (2014) Rz 152.

16 *Streinz*, Europarecht[9] Rz 453,458.

17 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2010/83, 389.

18 EuGH 19.1.2010, C-555/07 (GK), *Kücükdeveci/Deutschland* Rz 22.

19 https://www.bka.gv.at/site/3467/default.aspx (abgefragt am 7.7.2017); Vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon

Durch den Vertrag von Maastricht wurden die vom EuGH entwickelten Unionsgrundrechte ausdrücklich in den EUV einbezogen.[20] Nach Art 6 Abs 3 EUV sind die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, „EMRK[21]“) gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der MSen ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.

I.1. Die primärrechtlichen Grundlagen von Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Überblick

I.1.1. Art 2 EUV:

Der seit 1.12.2009 in Kraft stehende Art 2 Satz 1 EUV enthält einen Katalog an taxativ aufgezählten Werten, auf welchen die Union gründet. Diese Werte stellen materielle Strukturprinzipien der EU dar und entsprechen den „Strukturmerkmalen des freiheitlichen Verfassungsstaates“. Sie beinhalten die wesentlichen Elemente, in welchen sich jeder Unionsbürger wiederfinden kann, und bilden auf diese Weise den „zentralen Kern der Identität der Union“. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um einfache Werte, sondern um oberste und systemprägende Grundsätze (Grundwerte), „auf denen alle anderen aufbauen und denen sie sich unterzuordnen haben“. Ergänzt werden diese Werte durch die in Satz 2 erwähnten wertenden Merkmale einer europäischen Gesellschaftsordnung.[22]

- **Gleichheit als Grundwert der EU**

Der Wert „Gleichheit“ umfasst zwei unterschiedliche Dimensionen, nämlich zum einen die Gleichheit der MSen und zum anderen die Gleichheit der Unionsbürger. In beiden Dimensionen verlangt der Grundsatz, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden muss. Eine Ungleichbehandlung von Gleichem oder eine Gleichbehandlung von Ungleichem ist nur zulässig, wenn sie objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig ist („Gleichheitssatz“), was der EuGH in ständiger Rechtsprechung[23] bereits mehrfach ausgesprochen hat. Daraus resultiert ganz allgemein

war die GRC als allgemeiner Rechtsgrundsatz Teil des Primärrechts der (früheren) EG.

20 *Streinz*, Europarecht[9] Rz 457.

21 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210.

22 *Obwexer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 2 EUV (2011) Rz 5ff.

23 ZB EuGH 5.6.2008, C-164/07, *Wood/Frankreich* Rz 13; 8.1.2008 (GK), C-524/06, *Huber/Deutschland* Rz 75; 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello/Belgien* Rz 31.

ein Verbot unsachgemäßer Differenzierung.[24]

Die Gleichheit der Unionsbürger findet einen ersten Niederschlag in der Verpflichtung des Art 9 Satz 1 EUV, wonach die Union in ihrem gesamten Handeln den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger achtet und ihnen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens ihrer Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen zuteil werden lässt. Ergänzt wird diese Verpflichtung durch den allgemeinen Gleichheitssatz, der nach der Judikatur[25] des EuGH sowohl als allgemeiner Rechtsgrundsatz als auch als Grundrecht zu betrachten ist. Konkretisiert wird der Gleichheitssatz durch diverse primärrechtliche Bestimmungen, wie ua etwa Art 10 und 157 AEUV sowie Art 21 und 23 GRC.[26]

- **Nichtdiskriminierung und Gleichheit von Frauen und Männern als wertende Merkmale der Gesellschaft**

Die meisten wertenden Merkmale stellen lediglich deskriptive Idealvorstellungen dar, nicht so jedoch die Merkmale „Nichtdiskriminierung“ und „Gleichheit der Geschlechter“. Hierbei handelt es sich um grundrechtliche Gewährleistungen, welche zwar inhaltlich, nicht jedoch formal den Werten zuzurechnen sind.[27]

I.1.2. Art 3 Abs 3 Unterabs 2 EUV idF des Vertrages von Lissabon (ex-Art 2 EUV „alt“):

Art 3 EUV beinhaltet jene übergeordneten Ziele, denen sich die EU durch den Vertrag von Lissabon verpflichtet hat. Während diese Ziele als übergeordnete Handlungsapelle angesehen werden können, gelten demgegenüber die Werte des Art 2 EUV als konkrete Handlungsapelle. Die in Art 3 EUV genannten Zielbestimmungen sollen ua die Werte der Union präzisieren.[28]

24 *Obwexer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 2 EUV Rz 23.

25 ZB EuGH 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein/Österreich* Rz 89.

26 *Obwexer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 2 EUV Rz 25.

27 *Obwexer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 2 EUV Rz 38,39.

28 *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 3 EUV (2012) Rz 1ff.

- **Bekämpfung von Diskriminierungen und Gleichstellung von Männern und Frauen als Zielbestimmung der EU**

Verfassungstheoretisch und verfassungsvergleichend sind die Zielbestimmungen des Art 3 EUV mit in mitgliedstaatlichen Verfassungen enthaltenen Staatszielbestimmungen eng verwandt.[29] Staatszielbestimmungen haben eine gewisse Ähnlichkeit mit Grundrechtsbestimmungen, unterscheiden sich von diesen allerdings dadurch, dass sie keine subjektiven Rechte gewährleisten.[30] Zwei von diversen Staatszielbestimmungen im österreichischen Verfassungsrecht bilden Art 7 Abs 1 Satz 4 B-VG im Hinblick auf die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens sowie Art 7 Abs 2 Satz 1 B-VG betreffend die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau.

I.1.3. Art 8 AEUV (ex-Art 3 Abs 2 EGV):

Art 8 AEUV verfolgt zwei Zielrichtungen, nämlich die Beseitigung von Ungleichheiten und die Förderung der Gleichstellung, wobei die Norm gleichzeitig ein Verschlechterungsverbot impliziert. Beide Tatbestände beziehen sich ausschließlich auf Männer und Frauen. Der Wortlaut der Bestimmung könnte jedoch so verstanden werden, dass hier die Bekämpfung auch von anderen Ungleichheiten als jenen zwischen den Geschlechtern gemeint ist. Aus systematischen Gründen ist allerdings davon auszugehen, dass Art 8 AEUV auch in seinem ersten Tatbestand lediglich auf die Beseitigung von Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern in Bezug auf das jeweils andere Geschlecht gerichtet ist. Dagegen ist das Ziel der Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund anderer Merkmale von Art 10 AEUV umfasst.[31]

Aus Art 8 AEUV folgt das Konzept des „Gender Mainstreaming“, nämlich die Einbeziehung der Gleichstellung von Männern und Frauen in alle politischen Bereiche der Union. Es handelt sich hierbei um politische und rechtliche Maßnahmen, die tatsächliche Nachteile ausgleichen und Frauen gegenüber Männern in jenen Gesellschaftsbereichen, in welchen sie nicht im gleichen Ausmaß wie Männer vertreten sind, gezielt bevorzugen sollen. Zudem versteht sich die Bestimmung als Querschnittsklausel, da sie sich auf den gesamten Anwendungsbereich des AEUV und sämtliche

29 *Lengauer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 3 EUV Rz 4.

30 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 90.

31 *Oswald* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 10 AEUV (2012) Rz 5; *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Art 8 AEUV (2013) Rz 24.

Handlungen von EU-Organen bezieht.[32]

Die eher allgemein formulierte Zielbestimmung des Art 8 AEUV beinhaltet einen an die Union gerichteten Handlungsauftrag[33], wobei unter „Union" deren Organe zu verstehen sind. Als Normadressatinnen nicht in Betracht kommen jedoch die MSen.[34] Da der EuGH gemäß Art 13 Abs 1 Unterabs 2 EUV ebenfalls zu den Organen der Union zu zählen ist, bindet Art 8 AEUV auch ihn und stellt eine Interpretationsmaxime für die Auslegung von Unionsrecht dar.[35]

I.1.4. Art 10 AEUV:

Die Zielbestimmung des Art 10 AEUV wurde durch den Vertrag von Lissabon neu eingefügt und ist, wie auch Art 3 Abs 3 Unterabs 2 EUV, mit Staatszielbestimmungen im österreichischen Verfassungsrecht vergleichbar, was bedeutet, dass diese Norm keine unmittelbar anwendbaren durchsetzbaren subjektiven Rechte enthält. Art 10 AEUV verpflichtet die Union zu einer umfassenden Nichtdiskriminierungspolitik, wobei auch hier, wie bereits im Anwendungsbereich des Art 8 AEUV, die Unionsorgane gemeint sind. Sohin hat auch der EuGH Art 10 AEUV als Auslegungsmaßstab zu beachten.[36]

Art 10 AEUV ist, wie auch Art 8 AEUV, als Querschnittsklausel zu betrachten und beinhaltet ebenfalls eine Mainstreaming-Aufgabe. Die Union ist aufgefordert, bei all ihren Handlungen Diskriminierungen aus den in der Bestimmung genannten Gründen zu bekämpfen.[37]

Die Norm enthält eine taxative Aufzählung von acht Merkmalen, aufgrund derer niemand diskriminiert werden darf. Der Diskriminierungsgrund des Geschlechts ist weiter gefasst als die Unterscheidung zwischen männlichem und weiblichem Geschlecht und bezieht sich auch auf Menschen mit uneindeutigen Geschlechtsmerkmalen und Transsexuelle.[38]

---

32 *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 8 AEUV Rz 11,20.

33 *Sporrer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 8 AEUV (2012) Rz 4.

34 Schlussanträge der Generalanwältin *Stix-Hackl* 28.11.2002, C-186/01, *Dory/Deutschland* Rz 68.

35 *Sporrer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 8 AEUV Rz 7.

36 *Oswald* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 10 AEUV Rz 1,19.

37 *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 10 AEUV (2013) Rz 6.

38 *Oswald* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 10 AEUV Rz 11; EuGH 27.4.2006, C-423/04, *Richards/Vereinigtes Königreich* Rz 24.

Die Diskriminierungsgründe Rasse und ethnische Herkunft stellen ein einheitliches Merkmal dar und umfassen neben der Hautfarbe einer Person auch deren Sprache, Kultur sowie die Einhaltung bestimmter Traditionen und Gebräuche. Darüber hinaus kann auch die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit oder einer Volks- oder Stammesgruppe zum Merkmal der ethnischen Herkunft gezählt werden.[39]

I.1.5. Art 19 Abs 1 AEUV (ex-Art 13 EGV):

Art 19 AEUV ist im zweiten Teil „Unionsbürgerschaft und Nichtdiskriminierung" des Vertrages verankert und steht in engem Zusammenhang mit der Zielbestimmung des Art 8 AEUV. Bei Art 19 AEUV handelt es sich um eine Kompetenz- bzw Ermächtigungsnorm für den Rat bzw das Europäische Parlament, sekundärrechtliches Gleichbehandlungsrecht und damit einhergehend Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen zu schaffen.[40] Die Bestimmung selbst normiert kein Diskriminierungsverbot, sondern stellt bloß eine Rechtsgrundlage zum Erlass von Sekundärrecht zur Bekämpfung von Diskriminierungen (aufgrund taxativ aufgezählter Unterscheidungsmerkmale)[41] dar. Ferner hat Art 19 AEUV keine unmittelbare Wirkung, aus dieser Regelung ergeben sich sohin keine subjektiven Rechte oder Pflichten Einzelner.[42] Lediglich aus auf Basis von Art 19 AEUV erlassenen Sekundärrechtsakten lassen sich individuelle Rechte Einzelner ableiten.

Wie oben zu Art 10 AEUV bereits erwähnt, umfasst der Diskriminierungsgrund des Geschlechts nicht nur Männer und Frauen, sondern auch Transsexuelle[43], Transvestiten[44] und Hermaphroditen[45].

39 *Oswald* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 10 AEUV Rz 12.

40 *Sporrer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 19 AEUV (2013) Rz 1,3.

41 *Rossi* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] (2016) Art 21 GRC Rz 10.

42 *Grabenwarter* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 19 AEUV (2010) Rz 6.

43 „Transsexualität" beschreibt den Wunsch eines Menschen, als Angehöriger des anderen anatomischen Geschlechts zu leben und anerkannt zu werden.

44 „Transvestitismus" ist unabhängig von der sexuellen Orientierung und bedeutet das Tragen der Kleidung des anderen Geschlechts. Dies muss jedoch nicht zwingend mit dem Wunsch nach einer Geschlechtsumwandlung einhergehen.

45 „Hermaphroditismus" bezeichnet Menschen, die bei der Geburt männliche und weibliche Geschlechtsmerkmale aufweisen; Vgl in diesem Zusammenhang die Entscheidung BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, mit welcher das deutsche Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit der Eintragung eines dritten Geschlechts im Personenstandsregister aussprach. Das derzeitige deutsche Personenstandsrecht zwinge Menschen mit uneindeutigen oder beiden Geschlechtsmerkmalen zur Registrierung entweder eines männlichen oder eines weiblichen

Die Subsumtion von Personen, die sich einer Geschlechtsumwandlung unterzogen haben (Transsexuelle), unter dieses Diskriminierungsmerkmal wurde vom EuGH bereits in seiner richtungsweisenden Entscheidung *P.*[46] vorgenommen. Die gleichgeschlechtliche Orientierung eines Menschen ist hingegen nicht von diesem Unterscheidungsgrund erfasst, sondern wird in das Merkmal der sexuellen Ausrichtung eingegliedert.[47]

Die UN-Rassendiskriminierungskonvention[48] definiert in ihrem Art 1 Z 1 den Ausdruck „Rassendiskriminierung" und meint damit „jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird". Der Unterscheidungsgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft erfasst mehrere verschiedene Merkmale[49]. Der Terminus „Rasse" bezeichnet eine Gruppe von Menschen mit bestimmten vererbbaren Merkmalen, wie etwa der Hautfarbe. Ferner können auch sprachliche Akzente oder die Einhaltung fremdländischer Sitten, wie beispielsweise das Tragen bestimmter Kleidung, zu diesem Diskriminierungsgrund gezählt werden. Auch der Begriff der ethnischen Herkunft umfasst mehrere Kriterien wie die Sprache, die Abstammung oder die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit.[50]

Auf Grundlage von ex-Art 13 EGV (heute Art 19 AEUV) wurden drei RLn erlassen:

• RL 2000/43/EG des Rates vom 29.7.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (sog „AntirassismusRL"; bezugnehmend auf die Diskriminierungsmerkmale Rasse und ethnische Herkunft)

Geschlechts. Das dGG schütze jedoch auch die geschlechtliche Identität solcher Personen und biete darüber hinaus Schutz vor Diskriminierungen aufgrund deren Geschlechts. Durch die momentane gesetzliche Regelung würden beide Grundrechte verletzt werden, weshalb der deutsche Gesetzgeber bis zum 31.12.2018 verpflichtet ist, eine Neuregelung zu schaffen.

46 EuGH 30.4.1996, C-13/94, *P./Vereinigtes Königreich* Rz 20.

47 *Grabenwarter* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 19 AEUV Rz 30.

48 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung dBGBl II 2004/18.

49 Siehe dazu bereits oben Art 10 AEUV.

50 *Grabenwarter* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 19 AEUV Rz 31,32.

• RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (sog „GleichbehandlungsrahmenRL[51]“; bezugnehmend auf die Diskriminierungsmerkmale Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung)[52]

• RL 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (sog „DienstleistungsRL“; bezugnehmend auf das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht)

Ein weiterer – auf ex-Art 13 EGV basierender – RL-Vorschlag sollte den bereits bestehenden Diskriminierungsschutz außerhalb der Arbeitswelt auch auf die bislang nicht von diesem Schutz umfassten Merkmale Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung ausweiten, nämlich der

• Vorschlag für eine RL des Rates vom 2.7.2008 zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.

I.1.6. Exkurs: Art 157 AEUV (ex-Art 141 EGV; ex-Art 119 EWGV):

Art 157 AEUV bzw ex-Art 141 EGV verfolgte ursprünglich rein wirtschaftspolitische Ziele. Die Verpflichtung zur Leistung gleichen Entgelts für Männer und Frauen sollte Wettbewerbsnachteile jener MSen ausgleichen, die den Grundsatz der Entgeltgleichheit in ihrem innerstaatlichen Recht bereits eingeführt und ihre Industrie dafür mit hohen Lohnkosten belastet haben (insbesondere Frankreich). In der jüngeren Rechtsentwicklung wurde jedoch zunehmend eine sozialpolitische

51 ABl L 2000/303, 16.

52 Die Umsetzung der RL 2000/78/EG erfolgte in Österreich mit dem Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG) erlassen wird und das Behinderteneinstellungsgesetz, das Bundesbehindertengesetz, das Bundessozialamtsgesetz, das Gleichbehandlungsgesetz, das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft sowie das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz geändert werden BGBl I 2005/82. Dieses Gesetz wurde am 10.8.2005 verspätet im BGBl kundgemacht. Gemäß ihres Art 18 wäre die GleichbehandlungsrahmenRL bis zum 2.12.2003 in nationales Recht umzusetzen gewesen.

Zielsetzung von Art 157 AEUV betont.[53] Dies ist auch daran erkennbar, dass sich die Bestimmung im dritten Teil unter Titel X „Sozialpolitik“ des Vertrages befindet.

Da der Grundsatz der Entgeltgleichheit in Abs 1 und 2 die Voraussetzungen für die unmittelbare Wirkung primärrechtlicher Normen erfüllt, räumt er dem Einzelnen Rechte ein. Nach der Rechtsprechung[54] des EuGH sind alle Normen des Unionsrechts, die „rechtlich vollkommen“, dh ohne jede weitere Konkretisierung anwendbar, und unbedingt sind, keine weiteren Vollzugsmaßnahmen erfordern und den MSen keinen Ermessensspielraum lassen, für ihre Adressaten einschließlich Individuen unmittelbar wirksam. Nicht nur die unionalen, sondern auch die nationalen Vollzugsorgane, wie etwa Verwaltungsbehörden und Gerichte, haben sie zu beachten und anzuwenden und wegen des Vorrangs des Unionsrechts entgegenstehendes nationales Recht außer Acht zu lassen.[55] In einfachen Worten ist primäres Unionsrecht dann unmittelbar anwendbar, wenn es „unbedingt und hinreichend genau“ - in der Terminologie des österreichischen Verfassungsrechts „hinreichend bestimmt“ - ist.[56] Art 157 Abs 1 und 2 AEUV sind aufgrund ihrer horizontalen Drittwirkung nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber privaten Arbeitgebern unmittelbar anwendbar und verpflichten diese.[57] Der Grundsatz der Entgeltgleichheit erzeugt sohin subjektive Rechte mit unmittelbarer Wirkung für Dritte[58] und wirkt wegen seines besonderen Bezugs zur Menschenwürde direkt in den Privatrechtsverkehr ein[59]. Jeder Arbeitnehmer kann sich daher - sofern im nationalen Recht keine (passende) Bestimmung vorhanden ist - im Rechtsstreit mit dem privaten Arbeitgeber vor einem nationalen Gericht direkt auf Art 157 Abs 1 und 2 AEUV berufen.

Auf Grundlage von ex-Art 141 Abs 3 EGV (heute Art 157 Abs 3 AEUV) wurde die

- RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (sog „GleichbehandlungsRL[60]“; bezugnehmend auf

53 *Kucsko-Stadlmayer/Kuras* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 157 AEUV (2013) Rz 1,2.

54 Erstmals EuGH 5.2.1963, 26/62, *Van Gend und Loos/Niederlande*.

55 *Streinz*, Europarecht[9] Rz 448.

56 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 143.

57 *Streinz*, Europarecht[9] Rz 1131; EuGH 28.9.1994, C-28/93, V*an den Akker ua/Niederlande* Rz 21.

58 *Kucsko-Stadlmayer/Kuras* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 157 AEUV Rz 19,20.

59 *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57 (60).

60 ABl L 2006/204, 23.

das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht)

erlassen, wodurch zahlreiche bestehende RLn verbunden und eine Neu- sowie Zusammenfassung des Sekundärrechts auf dem Gebiet der Gleichbehandlung im Beschäftigungsbereich bezweckt wurde.[61]

Abs 4 ermöglicht den MSen die Erlassung gesetzlicher Regelungen zur Frauenförderung mit dem Ziel, eine volle und tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben zu erreichen, und stellt gleichzeitig klar, dass solche Regelungen zulässig sind, obwohl sich das Diskriminierungsverbot des Art 157 AEUV auf beide Geschlechter bezieht. Bei den in Abs 4 genannten spezifischen Vergünstigungen handelt es sich um gezielte Maßnahmen, welche zur Zielerreichung grundsätzlich geeignet und verhältnismäßig sein müssen und Frauen im Berufsleben gerade dort unterstützen sollen, wo noch die stärksten Benachteiligungen bestehen. Der Geltungsbereich des Abs 4 beschränkt sich jedoch nicht auf positive Maßnahmen in Bezug auf Frauen, sondern spricht ausdrücklich vom „unterrepräsentierten Geschlecht". Sofern Männer sohin in bestimmten Berufen, wie etwa in sog typischen „Frauenberufen"[62], stark unterrepräsentiert sind, werden sie von jenen spezifischen Vergünstigungen ebenso erfasst.[63] Der EuGH spricht in diesem Zusammenhang von Maßnahmen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende, faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen.[64]

Insgesamt kann Art 157 AEUV als eine der bedeutendsten primärrechtlichen Bestimmungen bezüglich Geschlechtergleichbehandlung betrachtet werden.

I.1.7. Art 21 Abs 1 GRC:

Art 21 Abs 1 GRC verbietet seinem Wortlaut nach ausdrücklich Diskriminierungen aufgrund von 17 demonstrativ (arg „insbesondere") aufgezählten, personenbezogenen Unterscheidungsmerkmalen. Vom Diskriminierungsschutz dieser Bestimmung sind sowohl direkte als auch indirekte

61 *Kucsko-Stadlmayer/Kuras* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 157 AEUV Rz 9.

62 ZB Kosmetikerinnen, Krankenschwestern, Friseurinnen.

63 *Kucsko-Stadlmayer/Kuras* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 157 AEUV Rz 145,155.

64 EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Álvarez/Spanien* Rz 33; 19.3.2002, C-476/99, *Lommers/Niederlande* Rz 32; 11.11.1997, C-409/95, *Marschall/Deutschland* Rz 26.

Diskriminierungen umfasst[65].[66] Den Erläuterungen[67] zu Art 21 GRC zufolge, lehnt sich dessen Abs 1 inhaltlich an Art 19 AEUV, Art 14 EMRK sowie Art 11 der Biomedizinkonvention des Europarates[68] an.

Als Grundrechtsträgerinnen kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht, sofern die Differenzierungsmerkmale auf sie anwendbar sind. Im Hinblick auf juristische Personen ist hierbei etwa an das Vermögen zu denken.[69] Grundrechtsadressatinnen sind gemäß Art 51 Abs 1 Satz 1 GRC die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie die MSen, sofern sie Unionsrecht durchführen. Sie sind va bei ihren rechtsetzenden Tätigkeiten, darüber hinaus aber auch bei ihren vollziehenden und rechtsprechenden Maßnahmen unmittelbar an Art 21 GRC gebunden.[70] Für Private besteht hingegen keine generelle unmittelbare Bindung an die Diskriminierungsverbote des Art 21 Abs 1 GRC, dh sie werden durch das Grundrecht nicht unmittelbar verpflichtet.[71] Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Thematik erfolgt in Kapitel IV.

Art 21 Abs 1 GRC ist in seiner Gesamtheit unmittelbar anwendbar. Jeder Einzelne kann sohin unmittelbar aus dieser Bestimmung ein subjektives Recht darauf ableiten, nicht wegen eines personenbezogenen Merkmals diskriminiert zu werden. Um das Ziel, möglichst umfassenden grundrechtlichen Schutz zu garantieren, zu erreichen, wurden nicht nur sehr viele personengebundene Merkmale ausdrücklich in Art 21 Abs 1 GRC aufgenommen, sondern der Katalog auch bewusst demonstrativ formuliert. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass der EuGH Ungleichbehandlungen, die in den Anwendungsbereich einer auf Art 19 AEUV basierenden NichtdiskriminierungsRL fallen, nicht unmittelbar am Maßstab des primär- bzw grundrechtlichen Diskriminierungsverbotes, sondern dahingehend prüft, ob eine RL-Verletzung

65 *Rebhahn*, Das Diskriminierungsverbot des Artikels 21 GRC aufgrund des Vermögens als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, JRP 2012, 386 (392,393).

66 *Blanck-Putz/Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) Art 21 Rz 45,46; *Hölscheidt* in *Meyer,* Charta der Grundrechte der Europäischen Union[4] (2014) Art 21 Rz 30,36.

67 ABl C 2007/303, 17.

68 Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin SEV Nr 164.

69 *Rebhahn*, JRP 2012, 392.

70 *Rossi* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 21 GRC Rz 4,5.

71 *Blanck-Putz/Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 21 Rz 75; *Rossi* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 21 GRC Rz 5.

vorliegt.[72] In einem solchen Fall stellt der jeweilige Sekundärrechtsakt den Prüfungsmaßstab dar. Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft etwa bei der Vermietung von Wohnraum werden daher primär am Maßstab der RL 2000/43/EG gemessen. Handelt es sich um Ungleichbehandlungen zwischen Männern und Frauen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen stellt die RL 2004/113/EG den vorrangigen Prüfungsmaßstab dar.[73]

Zum Verhältnis zwischen Art 21 Abs 1 GRC und Art 19 Abs 1 AEUV ist wiederum auf die Erläuterungen zur GRC zu verweisen. Darin wird ausgeführt, dass Art 19 Abs 1 AEUV einen anderen Anwendungsbereich hat und einen anderen Zweck verfolgt als Art 21 Abs 1 GRC, weshalb beide Normen in keinem Widerspruch zueinander stehen und nicht unvereinbar sind. In Art 19 Abs 1 AEUV wird der Union die Zuständigkeit übertragen, Gesetzgebungsakte zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund taxativ aufgezählter Unterscheidungsmerkmale zu erlassen. Solche Rechtsvorschriften können Maßnahmen der Behörden der MSen (sowie die Beziehungen zwischen Privatpersonen) in jedem Bereich innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten der Union umfassen. Demgegenüber wird durch Art 21 Abs 1 GRC keine Zuständigkeit zum Erlass von Sekundärrechtsakten geschaffen. Diese Kompetenz bleibt auf die in Art 19 Abs 1 AEUV genannten Merkmale beschränkt und wird nicht auf die in Art 21 Abs 1 GRC erwähnten verpönten Unterscheidungsgründe erweitert. Im Unterschied zu Art 19 Abs 1 AEUV verbürgt Art 21 Abs 1 GRC ein Unionsgrundrecht, auf das sich der Einzelne unmittelbar berufen kann, ohne dass dafür ein Sekundärrechtsakt erlassen werden müsste.[74]

I.1.8. Art 23 GRC:

Art 23 GRC befindet sich, ebenso wie Art 21 GRC, in Kapitel III „Gleichheit“ der Charta. Nach den Erläuterungen[75] zu Art 23 GRC stützt sich diese Bestimmung auf Art 3 Abs 3 EUV, Art 8 und 157 AEUV. Der sachliche Anwendungsbereich des Gleichheitsgebotes des Satzes 1 bezieht sich auf alle Bereiche, auch wenn auf das Arbeitsleben explizit Bezug genommen wird. Insofern ist Art 23 GRC weiter gefasst als Art 157 AEUV und geht über diesen hinaus. Vom Schutzbereich umfasst sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen.[76] Satz 1 beinhaltet weiters einen Sicherstellungsauftrag. Die Geschlechtergleichheit wird also nicht nur

72 *Blanck-Putz/Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 21 Rz 31,32.

73 *Blanck-Putz/Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 21 Rz 33.

74 *Blanck-Putz/Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 21 Rz 12.

75 ABl C 2007/303, 17.

76 *Blauensteiner/Oswald/Weinhandl* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) Art 23 Rz 11,12.

(passiv) anerkannt und geachtet, sondern es ist (aktiv) dafür zu sorgen, dass sie verwirklicht wird. Ein subjektiver Anspruch auf konkrete Maßnahmen zur Sicherstellung der Geschlechtergleichheit besteht allerdings nicht.[77]

Durch Satz 2 wird die Zulässigkeit positiver Maßnahmen normiert, was der Herstellung umfassender „materieller" Gleichheit dient. Die Bestimmung ist geschlechtsneutral formuliert, da sie ausdrücklich vom „unterrepräsentierten Geschlecht" spricht. Hierbei ist das systematisch benachteiligte Geschlecht, welches nicht immer das weibliche sein muss, gemeint. Auch in dieser Hinsicht hat Art 23 GRC einen weiteren Anwendungsbereich als Art 157 AEUV, da dessen Abs 4 wiederum lediglich die Arbeitswelt erfasst. Art 23 Satz 2 GRC bezieht sich hingegen auf sämtliche Lebensbereiche.[78]

Gemäß Art 51 Abs 1 Satz 1 GRC bindet Art 23 GRC die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie die MSen bei der Durchführung von Unionsrecht. Auch der Sicherstellungsauftrag des Satzes 1 betrifft sowohl die Union als auch die MSen, sofern der Anwendungsbereich der GRC eröffnet ist. Hinsichtlich des Sicherstellungsgebotes kommt der Bestimmung, im Gegensatz zu Art 157 AEUV, keine unmittelbare Drittwirkung zu, da diese nicht bloß Arbeitgeber, sondern gleichsam jede Person treffen würde. Eine mittelbare Grundrechtsbindung Privater besteht allerdings insofern, als die MSen und die Union zur Sicherstellung der Gleichheit verpflichtet und entsprechende Regelungen grundrechtskonform auszulegen sind.[79] Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Thematik erfolgt in Kapitel IV.

I.1.9. Art 14 EMRK:

Schon ihrem Wortlaut nach beinhaltet diese Bestimmung kein allgemeines Gleichheitsgebot, sondern eine beispielhafte (arg „insbesondere") Aufzählung von 13 verpönten Unterscheidungsmerkmalen, aufgrund deren niemand benachteiligt werden darf. Im Vergleich zu anderen, hier genannten, primärrechtlichen Grundlagen, fällt auf, dass einige Diskriminierungsgründe fehlen, wie etwa jene des Altes oder der sexuellen Orientierung. Die Liste des Art 14 EMRK wurde vom EGMR in seiner Rechtsprechung jedoch weiterentwickelt.

77 *Hölscheidt* in *Meyer*, GRC[4] Art 23 Rz 23.

78 *Blauensteiner/Oswald/Weinhandl* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 23 Rz 17,18; *Krebber* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] (2016) Art 23 GRC Rz 4.

79 *Blauensteiner/Oswald/Weinhandl* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 23 Rz 21,22.

(Mittelbare und unmittelbare) Differenzierungen aus diesen Gründen[80] sind daher als sonstige persönliche Eigenschaften, an welche staatliche Regelungen nicht ohne Rechtfertigung anknüpfen dürfen, vom Schutzumfang ebenfalls umfasst.[81]

Art 14 EMRK ist akzessorischer Natur, weshalb er nur in Zusammenhang mit einem anderen Konventionsrecht geltend gemacht werden kann.[82] Normiert wird sohin kein allgemeines Diskriminierungsverbot, sondern lediglich ein solches in Bezug auf die durch die Konvention (und deren Protokolle) gewährleisteten Rechte. Ein in der EMRK garantiertes Menschenrecht muss in seinem Regelungsinhalt zumindest tangiert worden sein, eine Verletzung oder ein Eingriff ist aber nicht erforderlich.[83] Das Bezugsrecht aus der Konvention muss zwar von der Erhebung einer Beschwerde nach Art 14 EMRK mit umfasst sein. Der EGMR kann allerdings feststellen, dass zwar Art 14 EMRK, nicht jedoch auch das Hauptrecht verletzt wurde.

- **Die EMRK in Österreich**

Bei der EMRK handelt es sich um ein Abkommen zwischen den MSen des Europarates aus dem Jahr 1950, abgeändert und ergänzt durch 14 Zusatz- bzw Änderungsprotokolle. Österreich ist der EMRK einschließlich des 1. ZP im Jahr 1985 beigetreten und hat auch die ersten elf sowie das 13. und das 14. ZP ratifiziert. Die gesamte EMRK (inklusive der ratifizierten ZP) steht in Österreich im Verfassungsrang[84], ihr Grundrechtekatalog (Abschnitt I, Art 2-18) ist unmittelbar anwendbar. Die Verletzung eines von der EMRK garantieren Rechtes durch einen Akt der Verwaltung (Bescheid, Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt) ist daher vor dem zuständigen VwG und in der Folge vor dem VfGH nach Art 144 B-VG geltend zu machen. Erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges ist eine Beschwerde an den EGMR zulässig.[85]

80 Zur Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung EGMR 19.2.2013 (GK), 19010/07, *X ua/Österreich*; 24.7.2003, 40016/98, *Karner/Österreich*; 22.10.1981, 7525/76, *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*; Zur Diskriminierung aufgrund des Alters EGMR 10.6.2010, 25762/07, *Schwizgebel/Schweiz* (eine Altersdiskriminierung wurde vom Gerichtshof in diesem Fall verneint).

81 *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[6] (2016) § 26 Rz 12.

82 *Rebhahn*, JRP 2012, 390.

83 *Schweizer* in *Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention Art 14 (2007) Rz 2,47f.

84 BVG vom 4.3.1964 BGBl 1964/59.

85 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 129,131.

I.1.10. Art 1 Abs 1 12. ZP zur EMRK:

Art 1 Abs 1 des am 1.4.2005 in Kraft getretenen 12. ZP zur EMRK normiert einerseits einen allgemeinen Gleichheitssatz, andererseits ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich jener (demonstrativ aufgezählten) Unterscheidungsgründe, die auch in Art 14 EMRK enthalten sind. Der bedeutendste Unterschied zwischen diesen beiden Bestimmungen liegt darin, dass sich das in Art 1 Abs 1 12. ZP zur EMRK erwähnte Verbot nicht nur auf die in der Konvention garantierten Rechte, sondern auch auf solche bezieht, die durch die Rechtsordnungen der MSen gewährleistet sind. Mit dem Wegfall der Akzessorietät stellt die Betroffenheit eines Konventionsrechts keine Voraussetzung mehr dar, weshalb der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots, welcher nunmehr gänzlich unabhängig von den Rechten der EMRK ist, erheblich erweitert wird.[86]

Das 12. ZP zur EMRK wurde in Österreich, wie auch beispielsweise in Deutschland, Frankreich oder Italien, bislang (noch) nicht ratifiziert.[87] Viele MSen des Europarates stehen einer Ratifizierung eher skeptisch gegenüber und erblicken va in der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbotes die Hauptschwierigkeit. Der EGMR war in der Vergangenheit zwar recht großzügig, wenn es darum ging, Sachverhalte dem Regelungsinhalt eines Konventionsrechts zuzuordnen und auf diese Weise Art 14 EMRK zur Anwendung zu bringen. Hinsichtlich bestimmter Rechtsgebiete, wie etwa dem Sozialversicherungs- oder dem Steuerrecht, in welchen der Gleichheitsgrundsatz eine große Rolle spielt, hat der Gerichtshof allerdings bisher eher Zurückhaltung geübt. Ob er diese nach In-Kraft-Treten des 12. ZP zur EMRK weiterhin aufrechterhalten kann, erscheint fraglich.[88] Es besteht sohin Unsicherheit über die genauen Auswirkungen, den konkreten Inhalt und den garantierten Schutz dieses Protokolls.[89]

Am 27.3.2014 wurde von den Grünen ein Entschließungsantrag betreffend die Ratifizierung des 12. ZP zur EMRK im Nationalrat eingebracht.[90] In der Sitzung des Menschenrechtsausschusses des Nationalrates vom 24.6.2014 wurde dieser Antrag jedoch mit den Stimmen der Regierungsfraktion (auf unbestimmte Zeit) vertagt. In ihrer äußerst knappen Begründung führten SPÖ, ÖVP und FPÖ

86 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK[6] § 26 Rz 40,41.

87 Siehe zum Ratifikationsstand http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=14/02/2015&CL=GER (abgefragt am 7.7.2017).

88 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK[6] § 26 Rz 41.

89 *Schweizer* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK Art 14 Rz 155.

90 http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/A/A_00332/imfname_344020.pdf (abgefragt am 7.7.2017).

aus, man wolle zusätzliche Belastungen des EGMR sowie Rechtswegsverlängerungen vermeiden.[91] Nach derzeitigem Stand sieht es so aus, als würde eine Ratifizierung des 12. ZP zur EMRK noch länger auf sich warten lassen, obwohl Österreich einer der ersten Staaten war, der das Protokoll am 4.11.2000 unterzeichnet hat.

I.2. Resümee

Wie aus den vorgenannten primärrechtlichen Bestimmungen eindeutig zu erkennen ist, haben Gleichheit und Nichtdiskriminierung in der EU einen sehr hohen Stellenwert und gelten, gemeinsam mit anderen Werten, als zentraler Kern der Identität der Union. Der Gleichheitssatz ist nach der Judikatur des EuGH nicht nur als allgemeiner Rechtsgrundsatz, sondern auch als Grundrecht zu betrachten, was der Gerichtshof etwa in der Rs *Sayn-Wittgenstein*[92] bekräftigte. Das Verbot jeglicher Diskriminierung kann ebenfalls als elementares Grundprinzip der Union betrachtet werden. Diese versteht sich als Wirtschafts- und Wertegemeinschaft, in welcher Diskriminierungen als Gefahr für demokratische Gesellschaften und den sozialen Zusammenhalt angesehen werden.[93]

Als eines ihrer wesentlichen Ziele erachtet die EU die Bekämpfung und Beseitigung von Ungleichheiten und verpflichtet sich zu diesem Zweck zu einer aktiven und umfassenden Nichtdiskriminierungs- bzw Gleichstellungspolitik (Mainstreaming-Aufgabe), wobei alle ihre Organe miteinbezogen werden (Querschnittsmaterie). Die immense Bedeutung von Gleichheit und Nichtdiskriminierung kommt zudem durch den Umstand, dass die Union in der Vergangenheit bereits zahlreiche GleichbehandlungsRLn (sowohl im Bereich des Arbeitslebens als auch außerhalb dieser Materie) erlassen hat, zum Ausdruck. Mit Art 19 Abs 1 AEUV (sowie Art 157 Abs 3 AEUV für die Arbeitswelt) besteht ferner eine primärrechtliche Grundlage zum Erlass weiterer sekundärrechtlicher Akte auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung. Diese Themenschwerpunkte wurden sohin ausdrücklich zu einer Unionsaufgabe erklärt.

Die dynamische Rechtsentwicklung im Bereich der Gleichbehandlung und des Diskriminierungsschutzes hat auch zu einer entsprechenden Weiterentwicklung der Judikatur des

91 Parlamentskorrespondenz Nr 604 vom 24.6.2014 http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2014/PK0604/ (abgefragt am 7.7.2017).

92 EuGH 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein/Österreich*.

93 *Wladasch/Liegl*, Positive Maßnahmen http://bim.lbg.ac.at/files/sites/bim/PositiveMassnahmenDownload.pdf (7, Stand Oktober 2009).

EuGH geführt. Das Vorliegen einer umfassenden Rechtsprechung zu verschiedenen Diskriminierungsfragen zeigt die große praktische Bedeutung dieser Thematik. Hinsichtlich des Diskriminierungsgrundes Geschlecht hat wohl das Urteil in der Rs *Test-Achats*[94] betreffend die Berücksichtigung des Risikofaktors Geschlecht in Versicherungsverträgen besonderes Aufsehen erregt.[95] Ebenfalls in Bezug auf das Unterscheidungsmerkmal des Geschlechts (iVm jenem der sexuellen Orientierung) erblickte der Gerichtshof in der Rs *Léger*[96] in einer französischen gesetzlichen Regelung, welche homo- und bisexuelle Männer dauerhaft vom Blutspenden ausschließt, eine Diskriminierung. Als weitere richtungsweisende EuGH-Entscheidungen (betreffend den Unterscheidungsgrund Behinderung) sind die Urteile *Coleman*[97] und *Kaltoft*[98] zu nennen. In der Rs *Coleman* stellte der EuGH fest, dass auch eine Diskriminierung durch Assoziierung in bestimmten Fällen vom Diskriminierungsschutz erfasst ist. Die Entscheidung *Kaltoft* betraf die Abgrenzung zwischen Krankheit und Behinderung im Hinblick auf die Adipositas eines Arbeitnehmers. Der Gerichtshof sprach aus, dass Fettleibigkeit (im Wesentlichen) dann eine Behinderung iSd RL 2000/78/EG darstellen und somit vom Diskriminierungsschutz dieser RL umfasst sein kann, wenn sie eine Einschränkung mit sich bringt, die den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindern kann.[99] Erst kürzlich sorgte ein weiteres EuGH-Urteil, nämlich jenes in der Rs *Achbita*[100], bezugnehmend auf das persönliche Kriterium der Religion bzw der Weltanschauung, für Aufregung. In dieser Rs erkannte der Gerichtshof, dass das Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuches, das sich aus einer internen Regelung eines privaten Unternehmens ergibt, die das sichtbare Tragen jedes religiösen, philosophischen oder politischen Zeichens am Arbeitsplatz verbietet, keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion bzw der Weltanschauung iSd RL 2000/78/EG darstellt. Aus einem solchen Verbot kann zwar eine mittelbare Diskriminierung resultieren, diese kann jedoch durch ein rechtmäßiges Ziel, wie etwa die Verfolgung einer Politik der politischen, philosophischen und religiösen Neutralität durch den Arbeitgeber im Verhältnis zu seinen Kunden,

94 EuGH 1.3.2011 (GK), C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien*.

95 *Sporrer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 19 AEUV Rz 47,48.

96 EuGH 29.4.2015, C-528/13, *Léger/Frankreich*.

97 EuGH 17.7.2008 (GK), C-303/06, *Coleman/Vereinigtes Königreich*.

98 EuGH 18.12.2014, C-354/13, *Kaltoft/Dänemark*.

99 Der Begriff der Behinderung wurde in der Vergangenheit bereits in diversen EuGH-Entscheidungen definiert, so zB in EuGH 22.5.2014, C-356/12, *Glatzel/Deutschland* Rz 45; 18.3.2014 (GK), C-363/12, *Z./Irland* Rz 76; 11.4.2013, C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark/Dänemark* Rz 38, und steht im Einklang mit dem Beschluss 2010/48/EG des Rates vom 26.11.2009 über den Abschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft, ABl L 2010/23, 35.

100 EuGH 14.3.2017 (GK), C-157/15, *Achbita/Belgien*.

sachlich gerechtfertigt sein.

Die Bezugnahme auf jene Gruppen, welche Diskriminierungsschutz genießen, ist historisch zu erklären. Die Vergangenheit hat gezeigt, aufgrund welcher Merkmale die häufigsten Diskriminierungen erfolgen, weshalb jene Merkmale auch das größte Schutzniveau aufweisen. Es ist dies zum einen die Gruppe der Frauen, deren Kampf um Gleichbehandlung va in Europa den historisch längsten darstellt und welche gleichzeitig auch die größte Gruppe der Benachteiligten bildet. Zum anderen sind Angehörige des Unterscheidungsmerkmals der ethnischen Herkunft bzw der Hautfarbe seit jeher besonders häufig von Diskriminierungen betroffen.[101] Die Unterscheidungsgründe Alter und sexuelle Orientierung gelten verhältnismäßig als eher jüngere verpönte Merkmale, was auch daran zu erkennen ist, dass sie in Art 14 EMRK – wobei die Konvention bereits im Jahr 1950 unterzeichnet wurde – nicht enthalten sind. Dieser „Lücke" wird jedoch zum einen durch die dynamische Rechtsprechung des EGMR Rechnung getragen, zum anderen durch den Umstand, dass die Liste des Art 14 EMRK offen formuliert ist. Auch Art 21 Abs 1 GRC enthält bloß eine demonstrative Aufzählung geschützter Diskriminierungsmerkmale, weshalb die Möglichkeit besteht, diesen Katalog jederzeit um weitere verpönte Gründe zu erweitern. Insgesamt hat die Union also jene Merkmale, bei welchen historisch gesehen der größte Handlungsbedarf gegeben war, aufgegriffen und unter (Diskriminierungs-)Schutz gestellt, gleichzeitig jedoch auch die Gelegenheit geschaffen, sofern dies beispielsweise durch gesellschaftliche Veränderungen nötig sein sollte, weitere Unterscheidungsgründe hinzuzufügen.

Wichtig zu erwähnen ist überdies die Tatsache, dass die relevanten primärrechtlichen Grundlagen nicht nur auf Diskriminierungsabwehr, sondern auf (faktische) Gleichheit abzielen, was mE über die bloße Abwehr hinausgeht. Diskriminierungsverbote sind stets negativ formuliert und knüpfen an bestimmte Merkmale an. Demgegenüber ist das Gleichheitsgebot positiv formuliert und bedeutet einerseits Rechtsanwendungsgleichheit (Gleichheit vor dem Gesetz) und andererseits Chancengleichheit. Letztere bezeichnet das Recht auf eine gerechte Verteilung von Zugangs- und Lebenschancen, unabhängig von persönlichen, individuellen Eigenschaften, etwaigen Beeinträchtigungen oder der Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlichen Gruppe. Ein Werkzeug zur Herstellung von Chancengleichheit können etwa positive Maßnahmen sein.[102]

101 *Wladasch*, Equality/Diversity – Gleichheit und Ungleichheit (2015) 7,8.

102 *Wladasch/Liegl*, Vielfalt und Chancengleichheit im Betrieb http://bim.lbg.ac.at/sites/files/bim/VielfaltUndChancengleichheitImBetrieb.pdf (10, Stand Oktober 2010).

Die Zulässigkeit positiver Maßnahmen ist primärrechtlich abgesichert, was aus Art 8 und 157 Abs 4 AEUV (die zuletzt genannte Bestimmung bezieht sich ausschließlich auf die Arbeitswelt) sowie Art 23 GRC eindeutig hervorgeht. Positive Maßnahmen sind nicht als Abweichung vom Gleichheitsgrundsatz, sondern vielmehr als Mittel zu dessen Realisierung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu verstehen.[103] Das Primärrecht selbst definiert den Begriff der positiven Maßnahmen jedoch nicht, weshalb auf die ständige Rechtsprechung[104] des EuGH zu verweisen ist. Danach handelt es sich hierbei um all jene Maßnahmen, mit welchen man den Auswirkungen vergangener Benachteiligungen sowie bestehender Diskriminierungen entgegenwirken und die Chancengleichheit von Männern und Frauen fördern will.[105]

103 *Sporrer* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 8 AEUV Rz 12.

104 ZB EuGH 30.9.2004, C-319/03, *Briheche/Frankreich* Rz 22; 28.3.2000, C-158/97, *Badeck ua/Deutschland* Rz 19; 17.10.1995, C-450/93, *Kalanke/Deutschland* Rz 18.

105 *Sturm*, Positive Diskriminierungen in der Arbeitswelt, DRdA 2003, 481.

II. Das Sekundärrecht der Europäischen Union

Unter sekundärem Unionsrecht ist das von den Organen der EU nach Maßgabe der Verträge erlassene Recht zu verstehen. Da sich die Rechtsetzungskompetenz der EU-Organe aus den Gründungsverträgen, also dem Primärrecht, ergibt, wird das Sekundärrecht auch als abgeleitetes Unionsrecht bezeichnet.[106] Die wichtigsten Rechtsquellen des Sekundärrechts enthält Art 288 AEUV, der zwischen RLn, VOen, Beschlüssen, Empfehlungen und Stellungnahmen unterscheidet. VOen haben allgemeine Geltung. Sie sind in all ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem MS. Während Empfehlungen und Stellungnahmen nicht verbindlich sind, sind es Beschlüsse in all ihren Teilen. Sofern sie lediglich an bestimmte Adressaten (Individuen oder MSen) gerichtet sind, sind sie nur für diese verbindlich.

Gemäß Art 288 Abs 3 AEUV sind RLn für jene MSen, an die sie gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen allerdings den innerstaatlichen Stellen die Auswahl der Form und der Mittel zur Erreichung dieses Ziels. Die Konstruktion der RL ist ein Kompromiss zwischen den Erfordernissen einheitlichen Rechts innerhalb der Union und weitestmöglicher Bewahrung nationaler Eigentümlichkeiten. RLn-Kompetenzen sind daher insbesondere in solchen Sachbereichen vorgesehen, in welchen es um Angleichungen, nicht jedoch notwendig um Vereinheitlichung nationalen Rechts geht.[107] Nach österreichischem Verfassungsrecht kommen für die Umsetzung von RLn als Rechtssatzformen Verfassungsgesetze, einfache Gesetze und VOen auf Bundes- und Landesebene in Betracht.[108]

II.1. Die RL 2000/43/EG (sog „AntirassismusRL[109]“)

II.1.1. Allgemeines:

Anlass der Aufnahme des Art 13 in den EGV (heute Art 19 AEUV) mit dem Vertrag von Amsterdam, auf dessen Grundlage die RL 2000/43/EG erlassen wurde, waren ua zunehmende

106 *Streinz*, Europarecht[9] Rz 4.

107 *Streinz*, Europarecht[9] Rz 474,475.

108 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 150.

109 RL 2000/43/EG des Rates vom 29.7.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 2000/180, 22.

Fremdenfeindlichkeit und die Furcht vor einem Rechtsruck in Europa[110], was va im Vorfeld der EU-Osterweiterung als Bedrohung des Fortschritts der Europäischen Integration angesehen wurde. Dass das Maßnahmenpaket zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung[111] derart schnell Rat und Europäisches Parlament passierte, war auch eine Reaktion auf die Wahlen in Österreich, die zu einer Regierungsbeteiligung der FPÖ[112] und zu diplomatischen Distanzierungen einiger MSen führten. In dieser Situation verfolgte die portugiesische Ratspräsidentschaft ehrgeizig das Ziel einer zügigen Verabschiedung rechtlicher Regelungen gegen Rassismus, wozu die RL 2000/43/EG zählte.[113]

In ihrem Vorschlag für eine RL des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft vom 25.11.1999[114] betonte die Europäische Kommission die außerordentlich große Bedeutung des Kampfes gegen Rassismus und Intoleranz. Dieser Kampf ist eines der wichtigsten Anliegen der internationalen Gemeinschaft und steht seit Jahrzehnten im Mittelpunkt der internationalen Zusammenarbeit, da das Phänomen der Rassendiskriminierung im täglichen Leben in Europa immer noch große Präsenz hat. Mit umfassenden Nichtdiskriminierungsgesetzen kann die Einstellung der Menschen jedoch nachhaltig beeinflusst werden. Aus diesem Grund haben die internationale Gemeinschaft und die MSen der EU in den vergangenen Jahrzehnten das rechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung von Rassismus massiv ausgebaut. Es gibt inzwischen eine Vielzahl internationaler Rechtstexte, die entweder speziell dem Themenschwerpunkt Rassismus gewidmet sind oder sich im Kontext des Schutzes der Menschenrechte mit diesem Thema befassen. Den handelnden Akteuren war es besonders wichtig, die Bekämpfung von Rassismus zu einer Querschnittsmaterie der gesamten europäischen Politik zu machen.[115]

110 *Schmölzer*, Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes: Die verpasste Chance einer echten Reform, juridikum 2013, 165 (167).

111 Dieses Maßnahmenpaket bestand aus der AntirassismusRL 2000/43/EG vom 29.7.2000, der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG vom 27.11.2000 sowie dem Beschluss 2000/750/EG des Rates vom 27.11.2000 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001-2006), ABl L 2000/303, 23.

112 Im Februar 2000 kam erstmals auf Bundesebene eine Koalition zwischen ÖVP und FPÖ, auch bekannt unter „schwarz-blaue Koalition“, zustande.

113 *Schiek*, Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ - Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, AuR 2003, 44 (44).

114 KOM(1999) 566 endg.

115 KOM(1999) 566 endg 2,3.

Mit der AntirassismusRL sollte ein solides Fundament für eine erweiterte EU geschaffen werden, da im Zuge des Erweiterungsprozesses neue Kulturen und weitere ethnische Minderheiten Eingang in die Union fanden. Zur Verhinderung sozialer Spannungen sowohl in den „alten" als auch in den neuen MSen sowie zum Aufbau einer Gemeinschaft, die von gegenseitiger Achtung und Toleranz gegenüber Angehörigen anderer Rassen und ethnischer Gruppen getragen wird, musste auf europäischer Ebene ein gemeinsamer Rahmen für die Bekämpfung und den Abbau von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit festgelegt werden.[116]

Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft waren zum Zeitpunkt der Präsentation des vorliegenden RL-Vorschlages im November 1999 bereits in allen MSen verboten. Es bestanden jedoch erhebliche Unterschiede hinsichtlich des Geltungsbereichs, der inhaltlichen Ausgestaltung sowie der Durchsetzbarkeit der entsprechenden innerstaatlichen Vorschriften. Mit der AntirassismusRL sollte der bestehende nationale Schutz verstärkt, ausgeweitet und ergänzt werden.[117] Dies sollte durch die Festlegung eines Rahmens von Mindestvorschriften[118], mit welchen Ungleichbehandlungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft untersagt werden, erreicht werden. Darüber hinaus sollte mit dem RL-Vorschlag die Festschreibung eines Mindestmaßes an Rechtsschutz für Diskriminierungsopfer innerhalb der EU festgeschrieben werden.[119]

Die nationalen europäischen Systeme des Nichtdiskriminierungsrechts wurden va durch die RLn aus dem Jahr 2000 – nämlich die RLn 2000/43/EG und 2000/78/EG – erheblich beeinflusst. Alle MSen haben seitdem entweder neue Gesetze erlassen oder vorhandene Rechtsnormen grundlegend geändert.[120]

II.1.2. Kapitel I „Allgemeine Bestimmungen" (Art 1-6):

Zweck der AntirassismusRL ist nach dem Wortlaut ihres Art 1 die Schaffung eines Rahmens zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft im Hinblick

116 KOM(1999) 566 endg 5.

117 KOM(1999) 566 endg 4.

118 In diesem Zusammenhang ergibt sich aus Art 6 AntirassismusRL, dass diese dem Instrument der Mindestharmonisierung unterliegt.

119 KOM(1999) 566 endg 2,6.

120 *Benecke*, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Rechtsvergleich_europ_Systeme_zum_AntidiskrRecht.pdf?__blob=publicationFile (8, Stand August 2010).

auf die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in den MSen. Die RL leistet einerseits einen Beitrag zur Gewährleistung des Diskriminierungsverbots als ein Grund- und Menschenrecht.[121] Andererseits dient sie zugleich als Mittel zur Erreichung weiterer – auch wirtschaftlicher – Ziele, wie etwa ein hohes Beschäftigungsniveau sowie ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Anhebung des Lebensstandards und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt, die Solidarität sowie die Freizügigkeit.[122] Nichtsdestotrotz hat die grundrechtliche Begründung im Bereich dieser RL deutlichen Vorrang vor der wirtschaftlichen.[123]

Anders als das Primärrecht definieren diverse sekundärrechtliche Rechtsakte, wie ua die vorliegende AntirassismusRL, den Begriff der Diskriminierung. Art 2 enthält Legaldefinitionen hinsichtlich der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung sowie der Belästigung.

Demnach liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person aufgrund ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Vereinfacht ausgedrückt ist eine unmittelbare Diskriminierung dann gegeben, wenn gerade anhand des verbotenen Kriteriums (unsachgemäß) unterschieden wird.[124] In diesem Zusammenhang ist auch auf die ständige Rechtsprechung[125] des EuGH zu verweisen, wonach der Gerichtshof eine unmittelbare Diskriminierung dann bejaht, wenn gleiche Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden, vorbehaltlich einer objektiven Rechtfertigung.

Da die AntirassismusRL im Wesentlichen keine Rechtfertigungsgründe für eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft vorsieht[126], handelt es sich um

121 ErwGr 2,3.

122 ErwGr 9 Satz 1.

123 *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht (2009) 227.

124 *Zoppel*, Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht (2015) 13.

125 ZB EuGH 1.3.2011 (GK), C-236/09, *Test-Achats/Belgien* Rz 28; 16.12.2008 (GK), C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine/Frankreich* Rz 23; 11.7.2006 (GK), C-313/04, *Egenberger/Deutschland* Rz 33.

126 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet Art 4 AntirassismusRL für den Bereich der Arbeitswelt. Demnach steht es den MSen offen, durch nationale Regelungen Differenzierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft zuzulassen, wenn eines dieser Merkmale eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt. Die Europäische Kommission nennt im RL-Vorschlag etwa den Fall eines Schauspielers, der aus Gründen der Authentizität einer bestimmten Rasse oder ethnischen Gruppe angehören soll oder jenen Fall, in welchem im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit persönliche Dienstleistungen für Angehörige einer bestimmten ethnischen Gruppe zu erbringen sind und dies am effektivsten von einem Angehörigen dieser Gruppe geleistet werden kann,

ein absolutes Diskriminierungsverbot.[127]

Die RL spricht von mittelbarer Diskriminierung, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können. Bei mittelbarer Diskriminierung wird eine Unterscheidung zwar nach einem an sich neutralen Kriterium vorgenommen, faktisch kommt es jedoch zu einer Ungleichbehandlung aufgrund eines verpönten Merkmals. Die Prüfung, ob eine Diskriminierung vorliegt, muss daher über den Wortlaut der jeweiligen Regelung hinausgehen und sich mit deren tatsächlichen Folgen auseinandersetzen.[128]

Folgende Beispiele sollen den Begriff der mittelbaren Diskriminierung verdeutlichen:

- Den Bewohnern sozial benachteiligter Stadtteile werden bestimmte Dienstleistungen, wie etwa der Abschluss von Bankgeschäften oder Versicherungsverträgen (zB Hausratsversicherungen) verweigert. Da Migranten statistisch gesehen häufiger in solchen Stadtteilen leben, gehören sie zur benachteiligten Gruppe.[129]

- Das Erfordernis eines österreichischen Kontos für die Anmietung einer Wohnung könnte eine mittelbare Diskriminierung darstellen, da dieses Erfordernis eher ausländische als inländische Mitbürger an der Anmietung hindern wird.[130]

Um einen Nachteil feststellen zu können, bedarf es einer Vergleichsbasis, da die Vergleichbarkeit der Sachverhalte stets die Grundvoraussetzung einer unzulässigen Diskriminierung bildet. Ein Vergleich zwischen jenen Personen, die benachteiligt, und jenen, die nicht benachteiligt werden, ist sohin immer vorzunehmen. Eine zuverlässige Möglichkeit des Nachweises einer mittelbaren Diskriminierung stellen statistische Daten dar.[131] Im Ergebnis muss die mittelbare der unmittelbaren

KOM(1999) 566 endg 9.

127 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 16.

128 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 13.

129 http://www.agg-ratgeber.de/mittelbare-diskriminierung.php?lang=de (abgefragt am 7.7.2017).

130 https://www.wko.at/Content.Node/Service/Wirtschaftsrecht-und-Gewerberecht/Verwaltungs--und-Verfassungsrecht/Verwaltungsrecht-allgemein/Gleichbehandlung_beim_Zugang_zu_Dienstleistungen.html (abgefragt am 7.7.2017).

131 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG (2009) § 5 Rz 101,102.

Diskriminierung jedenfalls weitgehend gleichkommen.[132] Ferner ist es irrelevant, ob der Urheber der neutralen Vorschriften oder Verfahren deren praktische Folgen vorhersehen bzw einschätzen konnte oder sie gar beabsichtigt hat.[133]

Trotz der formellen Gleichstellung von mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung besteht ein – nicht geringfügiger – Unterschied. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nämlich nicht verletzt, wenn die betreffenden neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein legitimes Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sind (Ausnahmetatbestand; relatives Diskriminierungsverbot). Demnach ist es ein Tatbestandsmerkmal der mittelbaren Diskriminierung, dass diese nicht sachlich gerechtfertigt ist. Ist dieses Negativkriterium nicht erfüllt, liegt eben schon begrifflich keine Diskriminierung vor.[134] Die Ausdehnung des Gleichheitsgrundsatzes auf die Bekämpfung mittelbarer Diskriminierung ist richtig und unerlässlich, da sie die viel häufigere Erscheinungsform der Diskriminierung darstellt.[135]

Unter dem Begriff der Belästigung versteht die RL unerwünschte Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft einer Person stehen, und bezwecken oder bewirken, dass die Würde dieser Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Verhaltensweisen der Belästigung können verschiedenste Formen annehmen, wie beispielsweise verbale Äußerungen (zB Witze) und Gesten, das Verfassen, Zeigen und Verbreiten von schriftlichen Äußerungen, E-Mails, SMS, Zeichnungen (zB Karikaturen), Bildern oder sonstigem Material sowie körperliche Übergriffe. Diese Verhaltensweisen müssen stets mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft einer Person in Zusammenhang stehen. Der geforderte Zusammenhang ist etwa im Fall der Äußerung „Wir verkaufen nicht an Ausländer“ zu bejahen.[136] Um in den Anwendungsbereich der RL zu fallen, müssen jene Verhaltensweisen schwerwiegend sein und die Schaffung eines allgemein gestörten oder feindseligen Klimas bewirken.[137]

Der Zweck der RL, nämlich die Bekämpfung von Rassismus, gebietet, will sie erfolgreich sein, eine

132 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 13.

133 KOM(2008) 426 endg.

134 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 16.

135 *Stalder*, Spannungsfelder und Perspektiven der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, JRP 2002, 227 (229).

136 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 34 Rz 7.

137 KOM(1999) 566 endg 7.

möglichst weite Auslegung der geschützten Merkmale Rasse und ethnische Herkunft.[138] Der Rechtsprechung des EuGH in der Rs *Coleman*[139] folgend, sind vom (weiten) Schutzumfang der RL nicht nur Personen umfasst, die selbst Träger der geschützten Merkmale Rasse oder ethnische Herkunft sind. Der Schutz wird nämlich auch auf solche Personen ausgedehnt, die in einem Naheverhältnis zu jener Person, die das diskriminierende Merkmal aufweist, stehen. Der Begriff „Naheverhältnis" geht über familiäre Beziehungen hinaus und erstreckt sich auch auf ein auf persönlicher Freundschaft oder Schutzbefohlenheit basierendes Naheverhältnis. Ein solches Verhältnis bezieht sich nicht nur auf bestehende rechtliche Verpflichtungen (zB Fürsorgepflichten der Eltern für ihre Kinder oder zwischen Ehegatten), sondern auch auf allgemein verständliche soziale und moralische Beistandspflichten. Erfasst sind demnach Angehörige, Lebenspartner und Freunde, aber ebenso etwa das Verhältnis zwischen Lehrern und Schülern. Bei Arbeitskollegen ist nicht von Vorneherein vom Vorliegen eines persönlichen Naheverhältnisses auszugehen. Ob ein solches gegeben ist, ist stets im konkreten Einzelfall zu beurteilen.[140] Arbeitskollegen können jedoch in einem derart persönlichen Naheverhältnis stehen, wenn zwischen ihnen eine bestimmte persönliche Bindung gegeben ist. Flüchtige Bekanntschaften fallen jedenfalls nicht in den Schutzbereich.[141] Eine andere Auslegung der AntirassismusRL würde deren Wirksamkeit beeinträchtigen. Die Diskriminierung wegen der Beziehung einer Person zu einem Menschen mit einem bestimmten geschützten Merkmal wird als „Diskriminierung durch Assoziierung" (*„discrimination by association"*) oder „drittbezogene Diskriminierung" bezeichnet.[142]

In der Rs *Coleman* handelte es sich um eine Arbeitnehmerin, die aufgrund der Behinderung ihres minderjährigen Kindes vom Arbeitgeber unmittelbar diskriminiert und belästigt wurde. Der EuGH stellte in seiner Entscheidung fest, dass das in der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG enthaltene Diskriminierungsverbot nicht auf Personen mit einer Behinderung beschränkt ist. Der Gleichbehandlungsgrundsatz der RL gilt nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern bezieht sich auf die in der RL genannten Diskriminierungsgründe.[143] Die GleichbehandlungsrahmenRL soll Diskriminierungen wegen des Merkmals der Behinderung in der Arbeitswelt schlechthin und nicht nur dann verhindern, wenn der benachteiligte Arbeitnehmer selbst behindert ist. Der weitreichende RL-Zweck ist vielmehr, jede Form der Diskriminierung aus

138 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 34 Rz 8.

139 EuGH 17.7.2008 (GK), C-303/06, *Coleman/Vereinigtes Königreich*.

140 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 32 GlBG-Novelle 2011 Erläuterungen.

141 *Rosenmayer/Sacherer*, Gleichbehandlungsgesetz 2011, ZAS 2011, 52 (58).

142 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 34 Rz 9.

143 EuGH 17.7.2008 (GK), C-303/06, *Coleman/Vereinigtes* Königreich Rz 38.

Gründen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf zu bekämpfen.[144] Eine andere Auslegung würde die Wirksamkeit der RL beeinträchtigen.[145]

Die Rechtsprechung in der Rs *Coleman* ist zwar zur RL 2000/78/EG und zum Diskriminierungsmerkmal der Behinderung ergangen, gilt jedoch auch im Hinblick auf alle übrigen Unterscheidungsmerkmale und ist nicht auf die Arbeitswelt beschränkt[146], da Diskriminierungen durch Assoziierung weit verbreitet sein und hinsichtlich aller geschützten Merkmale auftreten können. Dies soll anhand dreier Beispiele veranschaulicht werden:

- Ein Vermieter weigert sich, einer Frau eine Wohnung zu vermieten, weil ihr Ehemann dunkelhäutig ist.[147]

- Einer Personengruppe wird der Zugang zu einem Nachtclub verweigert, weil ein Mitglied dieser Gruppe von der Volksgruppe der Roma abstammt.[148]

- Eine Schülergruppe möchte mit ihrem Lehrer eine Theateraufführung besuchen. Hierbei wird einem Schüler wegen seiner ethnischen Zugehörigkeit der Zugang zur Veranstaltung verwehrt.[149]

In den genannten Fällen liegt eine Diskriminierung auch dann vor, wenn eine Person zwar Zugang zu Gütern und Dienstleistungen erhalten würde, der Person, zu der ein persönliches Naheverhältnis besteht, dies jedoch aufgrund eines verpönten Merkmals verweigert wird. Jene Personen, die ein solches Merkmal nicht aufweisen, werden wegen der Erfüllung familiärer, sozialer oder beruflicher Pflichten ebenfalls an der Inanspruchnahme der Dienstleistung gehindert und daher diskriminiert. Aus der Notwendigkeit der Pflichterfüllung leitet sich die Diskriminierung ab.[150]

Das in Rede stehende EuGH-Urteil gilt als richtungsweisende Entscheidung im Bereich der

144 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 34 Rz 9.

145 EuGH 17.7.2008 (GK), C-303/06, *Coleman/Vereinigtes* Königreich Rz 51.

146 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 32 GlBG-Novelle 2011 Rz 5.

147 http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=51148 (abgefragt am 7.7.2017).

148 *Waddington*, Schutz für Familie und Freunde: Bekämpfung von Diskriminierungen durch Assoziierung, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2007/5, 13 (14).

149 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 32 GlBG-Novelle 2011 Erläuterungen.

150 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 32 GlBG-Novelle 2011 Erläuterungen.

drittbezogenen Diskriminierung und steht im Einklang mit der Ansicht der Europäischen Kommission. In ihrem Jahresbericht zu Gleichbehandlung und Antidiskriminierung aus dem Jahr 2005 stellte die Kommission nämlich fest, dass der Schutz der RLn 2000/43/EG und 2000/78/EG auch für jeden gilt, der diskriminiert wird, weil er mit einer Person einer bestimmten Rasse oder ethnischen Herkunft, Religion, sexuellen Ausrichtung usw in Verbindung steht.[151] Sofern es sohin zu einer Diskriminierung durch Assoziierung (auch) außerhalb der Arbeitswelt, etwa im Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen kommt, gilt der Schutz der AntirassismusRL.

Letztlich ist auch die Anweisung zur Diskriminierung einer Person aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft als Diskriminierung iSd AntirassismusRL anzusehen. Der Begriff „Anweisung“ wird in der RL allerdings nicht definiert. Der Zweck dieser Bestimmung liegt eindeutig in der Erweiterung des Diskriminierungsschutzes. Dieser soll va nicht dadurch umgangen werden können, dass der Urheber der eigentlichen Diskriminierung eine andere Person, die Adressatin der Anweisung ist, folgenlos vorschieben kann. Dem Ziel eines erweiterten Diskriminierungsschutzes folgend, muss auch der Begriff der Anweisung weit verstanden werden. Sohin fällt darunter nicht nur die Anweisung im engeren Verständnis von Weisung, Anordnung oder Befehl, sondern jegliche Bestimmung eines Dritten zur Vornahme einer Diskriminierung. Je nach Lage des Einzelfalles kann daher auch eine bloße Aufforderung oder sonstige Einflussnahme darunter fallen.[152]

Der sachliche Geltungsbereich des Diskriminierungsverbotes bezieht sich zum einen auf diverse Formen von Beschäftigung, Beruf und Erwerbstätigkeit (Art 3 Abs 1 lit a-d), zum anderen auf die Bereiche Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung sowie den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich des Wohnraums (lit e-h). Auf diese Weise soll die Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften, die allen Menschen – ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft – eine Teilhabe ermöglichen, gewährleistet werden.[153]

Hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs erstreckt sich die RL auf alle Personen im

151 *Europäische Kommission*, Gleichbehandlung und Antidiskriminierung – Jahresbericht 2005 http://www.mittendrinundaussenvor.de/fileadmin/bilder/EUMC-JB-2005.pdf (8, Stand April 2005).

152 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 5 Rz 152,153.

153 ErwGr 12.

öffentlichen und privaten Bereich, einschließlich öffentlicher Stellen. Folglich werden durch sie natürliche und juristische Personen zur Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gleichermaßen verpflichtet. Im Hinblick auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sind nur öffentlich stattfindende, also keine rein privaten, Transaktionen von der RL umfasst. Dies wird auf den vierten ErwGr der RL gestützt, wonach der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleiben soll. Als Beispiele für öffentliche bzw nicht rein private Transaktionen kommen etwa der Zugang zu Bars, Restaurants, Hotels, Clubs sowie die Versorgung mit Bank- und Finanzdienstleistungen in Betracht. Die Abgrenzung, wann ein Gut/eine Dienstleistung öffentlich zugänglich ist und wann es/sie privat erbracht wird, kann im Einzelfall schwierig sein. Es ist darauf abzustellen, ob zB eine Dienstleistung nur für einen bestimmten Personenkreis gedacht ist, weil es sich um eine nicht öffentlich zugängliche Veranstaltung privaten Charakters handelt, oder ob ein allgemeiner Zugang eröffnet ist. Ferner besteht kein Zwang zur Bereitstellung von für die Öffentlichkeit bestimmten Gütern und Dienstleistungen. Sofern sie jedoch für die Öffentlichkeit bereitgestellt werden, muss der freie Zugang zu ihnen gewährleistet sein. Die RL will also gleiche Möglichkeiten der Marktteilnahme aller Bürger sicherstellen.[154]

Zum geschützten Personenkreis der RL zählen alle Personen des öffentlichen und privaten Bereichs, also wiederum natürliche und juristische Personen. Im Einklang mit dem 13. ErwGr der RL soll das Diskriminierungsverbot auch auf Drittstaatsangehörige angewandt werden, jedoch Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und bestehende Vorschriften über Einreise und Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen und deren Zugang zu Beschäftigung und Beruf unberührt lassen.[155]

Art 5 normiert die Zulässigkeit positiver Maßnahmen oder *affirmative actions*, um tatsächliche Gleichstellung in der Praxis zu gewährleisten und Benachteiligungen aus der Vergangenheit oder der Gegenwart aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft zu verhindern oder auszugleichen. Die Normierung positiver Maßnahmen ist nach der RL jedoch nicht geboten, sondern lediglich erlaubt.[156] Der Begriff der positiven Maßnahmen bedeutet, dass über bloße Nichtdiskriminierung hinaus auch aktiv, also positiv, Maßnahmen ergriffen werden sollen, um Ungleichbehandlungen und

154 *Stalder*, JRP 2002, 232.

155 *Stalder*, JRP 2002, 232.

156 *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht" der EU – Bestandsaufnahme und Kritik in FS Doralt (2004) 511 (522).

ihren Folgen entgegenzuwirken.[157] *Affirmative actions* überschreiten also das reine Diskriminierungsverbot bzw setzen sich über dieses hinweg, indem sie eine unterschiedliche Behandlung aufgrund eines verpönten Merkmals explizit zulassen.[158] Da langjährigen und anhaltenden Benachteiligungen bestimmter Bevölkerungsgruppen nicht allein mit dem gesetzlich verankerten Recht auf Nichtdiskriminierung begegnet werden kann, sind positive Maßnahmen erforderlich, um volle Chancengleichheit herzustellen.[159] Solche Maßnahmen gelten allerdings nicht als Diskriminierung, da sie lediglich dazu dienen sollen, die Unterrepräsentation gesellschaftlicher Gruppen in bestimmten Situationen auszugleichen.[160]

Der Einsatz positiver Maßnahmen kann auf allen denkbaren Ebenen für unterschiedliche Adressaten in vielfältigen Lebensbereichen sinnvoll und notwendig sein, sofern eine reale Ungleichheit nachgewiesen werden kann. Die Ermittlung von (statistischen) Daten zur Feststellung von systematischen oder strukturellen Diskriminierungen gewinnt daher aus Gründen der Legitimation immer mehr an Bedeutung. *Affirmative actions* müssen deshalb kontinuierlich begleitet bzw überwacht und in regelmäßigen Abständen evaluiert werden. Nur so kann überprüft werden, ob sie den gewünschten Erfolg erzielen oder neue Anpassungen erforderlich sind. Sie enden, sobald das Ziel der tatsächlichen Gleichstellung erreicht ist. Sofern sie über dieses Ziel hinausgehen, stellen sie positive Diskriminierungen dar, welche mit der RL nicht vereinbar sind.[161] Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, die Mitgliedern einer bestimmten Gruppe im Verhältnis zu Mitgliedern anderer Gruppen einen automatischen und unbedingten Vorrang, der ausschließlich in der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe begründet ist, einräumen.[162]

In Art 6 werden Mindestanforderungen festgelegt. Nach dem Günstigkeitsprinzip des Abs 1 steht es den MSen frei, günstigere als die in der RL vorgesehenen Vorschriften einzuführen oder beizubehalten. Die Umsetzung der RL darf jedoch nicht als Rechtfertigung für die Absenkung des in den MSen bereits bestehenden Schutzniveaus herangezogen werden (Verschlechterungsverbot

157 *Raasch*, Positive Maßnahmen – Eine Einführung, in *Heinrich-Böll-Stiftung* (Hrsg), Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity (2010) 12.

158 *Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte*, Positive Maßnahmen http://bim.lbg.ac.at/de/positive-massnahmen (abgefragt am 7.7.2017).

159 KOM(2006) 643 endg 8.

160 *Stalder*, JRP 2002, 230.

161 *Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte*, Positive Maßnahmen http://bim.lbg.ac.at/de/positive-massnahmen (abgefragt am 7.7.2017).

162 KOM(2006) 643 endg 9.

gemäß Abs 2). Die AntirassismusRL verfolgt sohin das Konzept der Mindestharmonisierung. Demnach setzt sie lediglich verbindliche Mindeststandards, von welchen jeder MS zugunsten der Normunterworfenen abweichen kann, indem er ein höheres als das von der RL vorgesehene Schutzniveau einführt.[163]

II.1.3. Kapitel II „Rechtsbehelfe und Rechtsdurchsetzung“ (Art 7-12):

Im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten von Diskriminierungsopfern bestimmt Art 7, dass Ansprüche nicht nur auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg, sondern auch in Schlichtungsverfahren geltend gemacht werden können. Die Einrichtung von Schlichtungsstellen steht den MSen grundsätzlich frei, wobei die Geltendmachung von Ansprüchen aus der RL auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg jedenfalls sicherzustellen ist. Ferner wird durch die RL die Möglichkeit geschaffen, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in der RL zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können. Jene Nichtregierungsorganisationen müssen nach den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen der RL zu sorgen. Dieses Beteiligungsrecht für Nichtregierungsorganisationen soll die Belastung des Einzelnen hinsichtlich der Durchsetzung des weitgehend in der Form von individuellen Ansprüchen konkretisierten Gleichbehandlungsgrundsatzes verringern und zugleich die Zivilgesellschaft an dessen fortschreitender Verwirklichung teilhaben lassen. Aus diesem Grund sieht die RL in Art 12 auch den institutionalisierten Dialog der MSen mit solchen Nichtregierungsorganisationen vor.[164]

Im Allgemeinen gilt für den Zivilprozess der Grundsatz, dass eine Partei, die eine Behauptung aufstellt, diese auch beweisen muss.[165] Als Beweismaß verlangt Art 8 allerdings die Glaubhaftmachung[166]. Der Kläger muss sohin im Rechtsstreit das Vorliegen eines Diskriminierungstatbestandes (bloß) glaubhaft machen, während dem Beklagten der Beweis[167], dass

163 *Stürner*, Das Konzept der Vollharmonisierung – eine Einführung, in *Stürner* (Hrsg), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010) 3 (4).

164 *Thomasberger*, Neues Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2004, 285.

165 KOM(2008) 426 endg 11.

166 Wer eine tatsächliche Behauptung bloß glaubhaft zu machen hat, muss den Richter von ihrer überwiegenden Wahrscheinlichkeit überzeugen.

167 Für den Entlastungsbeweis des Beklagten gilt das Regelbeweismaß der vollen richterlichen Überzeugung.

kein diskriminierendes Verhalten gesetzt wurde, obliegt. Erst wenn dem Kläger die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung gelungen ist, verlagert sich die Beweislast auf den Beklagten. Die RL verfolgt beweisrechtlich das Ziel, den Kläger von der Notwendigkeit des vollen Beweises für das Vorliegen einer Diskriminierung zu entlasten und eine angemessene Verteilung der Beweislast zwischen den Prozessparteien herbeiführen. Hiermit wird der schwierigen Situation des Klägers Rechnung getragen, keine Einsicht in die Motive des vom Beklagten gesetzten Verhaltens zu haben und regelmäßig auch kaum in der Lage zu sein, diesbezügliche Beweismittel beizubringen[168], da diese sich oftmals in den Händen des Klägers befinden[169].

II.1.4. Kapitel III „Mit der Förderung der Gleichbehandlung befasste Stellen" (Art 13):

In Art 13 ist (im Zusammenhang mit ErwGr 24) die innerstaatliche Einrichtung sog *specialised* oder *independent bodies* vorgesehen. Hierbei handelt es sich um unabhängige Stellen, deren Aufgabe darin besteht, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu fördern, zu analysieren und zu beobachten. Zu diesem Zweck müssen diese Stellen die Zuständigkeit haben, von Benachteiligungen betroffene Personen unabhängig zu beraten und zu unterstützen, unabhängige Untersuchungen zum Thema Diskriminierung durchzuführen, unabhängige Berichte zu veröffentlichen und unabhängige Empfehlungen zu allen Aspekten, die mit diesem Thema in Zusammenhang stehen, vorzulegen. Solche Einrichtungen sind in Österreich für den Bereich der Privatwirtschaft die GBK und die GAW.[170]

Die GAW ist beim Bundeskanzleramt eingerichtet und für die kostenfreie (Rechts-)Beratung und Unterstützung von Personen, die von Diskriminierung betroffen sind, zuständig. Sie untersucht Fälle, bemüht sich um eine einvernehmliche Lösung und hat die Möglichkeit, einen Fall der GBK vorzulegen. Im Gegensatz zu zahlreichen anderen europäischen Nichtdiskriminierungsstellen wird der GAW nicht das Recht eingeräumt, Betroffene in Gerichtsverfahren zu vertreten, in solchen zu intervenieren oder strategisch im eigenen Namen Klage zu erheben.[171]

Die GBK ist der GAW formell weder nach- noch untergeordnet. Ihr obliegt die unparteiische

168 *Klicka*, Beweismaß und Beweislast bei Diskriminierungstatbeständen, ZAS 2009, 186 (188,190).

169 KOM(2008) 426 endg 11.

170 *Thomasberger*, DRdA 2004, 285; ErläutRV 307 BlgNR 22. GP 6,7.

171 *Schmölzer*, juridikum 2013, 169ff.

Behandlung von Diskriminierungsfällen nach dem GlBG, die Erstattung von Gutachten sowie die Durchführung von Einzelfallprüfungen. Verfahren vor der GBK resultieren in (nicht verbindlichen) Vorschlägen zur Verwirklichung der Gleichbehandlung und Aufforderungen zur Beendigung der Diskriminierung. Die GBK ist allerdings keine eigenständige Behörde, sondern organisatorisch dem Bundeskanzleramt zugeordnet. Sie kann sohin keine materiellrechtlichen Bescheide erlassen. Im Gegensatz zu Bescheiden sind die Entscheidungen der GBK auch nicht vollstreckbar. Ihre Mitglieder werden von Ministerien bzw Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite entsendet und üben ihre Tätigkeit ehrenamtlich aus.[172]

II.1.5. Kapitel IV „Schlussbestimmungen“ (Art 14-19):

Die Bestimmung des Art 15 beinhaltet die Verpflichtung, im Falle eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, geeignete Sanktionen festzulegen. Welche Art von Sanktionen gegen diskriminierende Personen ergriffen werden soll, bleibt jedoch den MSen überlassen.[173] Sanktionen können auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen und müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, was der EuGH bereits mehrfach in ständiger Judikatur[174] ausgesprochen hat. In der Rs *Feryn*[175] hat der Gerichtshof zudem festgehalten, dass Art 15 den MSen zum einen die Pflicht auferlegt, in ihre innerstaatlichen Rechtsordnungen Maßnahmen aufzunehmen, die hinreichend wirksam sind, um das Ziel der RL zu erreichen. Zum anderen haben sie dafür Sorge zu tragen, dass diese Maßnahmen vor den nationalen Gerichten tatsächlich geltend gemacht werden können, damit der gerichtliche Rechtsschutz effektiv und wirksam ist.

Gemäß Art 16 wäre die RL 2000/43/EG bis zum 19.7.2003 in innerstaatliches Recht umzusetzen gewesen. Österreich ist dieser Verpflichtung allerdings nicht nachgekommen und wurde vom EuGH wegen nicht fristgerechter Umsetzung in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art 226 EGV verurteilt[176]. Das Urteil hatte für Österreich jedoch kaum Konsequenzen, da lediglich festgestellt wurde, dass die RL nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist umgesetzt wurde und die Republik weiters „bloß“ die Verfahrenskosten zu tragen hatte.[177] Die österreichische Rechtslage wurde erst

172 *Schmölzer*, juridikum 2013, 170,171.

173 *Stalder*, JRP 2002, 234.

174 ZB EuGH 26.9.2013, C-418/11, *Texdata Software GmbH/Österreich* Rz 50; 3.5.2005 (GK), C-387/02 ua, *Berlusconi ua/Italien* Rz 65; 30.9.2003, C-167/01, *Inspire Art Ltd/Niederlande* Rz 62.

175 EuGH 10.7.2008, C- 54/07, *Feryn/Belgien* Rz 37.

176 EuGH 4.5.2005, C-335/04, *Kommission/Österreich*.

177 *Schöpfer*, Versäumnisse des Staates bei der Bekämpfung des Rassismus in Österreich, juridikum, 2005, 174.

mit der Novelle[178] des GlBG und des GBK/GAW-G vom 1.7.2004 (verspätet) an den Regelungstatbestand der AntirassismusRL angepasst.

II.2. Die RL 2004/113/EG (sog „DienstleistungsRL[179]“)

II.2.1. Allgemeines:

Auf europäischer Ebene besteht seit Langem eine Vielzahl von Rechtsvorschriften hinsichtlich des Verbots geschlechtsbedingter Diskriminierungen auf dem Gebiet Beschäftigung und Beruf, Arbeitsmarkt sowie verwandter Bereiche. Es ist jedoch offenkundig, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts nicht nur in der Arbeitswelt, sondern auch in vielen anderen Bereichen des täglichen Lebens häufig stattfinden. Der Vorschlag für eine RL des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vom 5.11.2003[180] war der erste von der Europäischen Kommission vorgelegte RL-Vorschlag, der ausschließlich auf die Gewährleistung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen außerhalb des Arbeitsmarktes abzielte.[181] Demgegenüber enthält die AntirassismusRL 2000/43/EG ein Diskriminierungsverbot (aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft) sowohl für die Arbeitswelt als auch ua für den Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Die Kommission stellte im in Rede stehenden RL-Vorschlag fest, dass auf dem Gebiet des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen kaum systematisch diskriminierende Praktiken vorliegen. Wesentlich häufiger kommt es in diesem Zusammenhang jedoch zu Benachteiligungen aufgrund eines spontanen Verhaltens von Einzelpersonen, wenn nämlich etwa ein Gut oder eine Dienstleistung den Angehörigen des einen Geschlechts vorenthalten oder zu ungünstigeren Konditionen als den Angehörigen des anderen Geschlechts angeboten wird. Eine solche Behandlung stellt oftmals ein Hindernis für die soziale und wirtschaftliche Integration der

178 Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz – GlBG) erlassen und das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung von Frau und Mann im Arbeitsleben (Gleichbehandlungsgesetz) geändert werden BGBl I 2004/66.

179 RL 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl L 2004/373, 37.

180 KOM(2003) 657 endg.

181 KOM(2003) 657 endg 3,4.

betroffenen Person dar.[182]

Besonderes Augenmerk legte die Kommission auf die Verhinderung geschlechtsspezifischer Diskriminierungen im Bereich privater Versicherungen, da es durchaus üblich war, Männern und Frauen Versicherungsprodukte zu unterschiedlichen Konditionen anzubieten. Dabei wurden versicherungsmathematische Faktoren nach dem Geschlecht differenziert, um das Risiko der Versicherung von Männern und Frauen in verschiedenen Sparten des Versicherungsmarktes getrennt zu berechnen. Dies erfolgte insbesondere bei Lebens-, Kranken- sowie Kfz-Versicherungen und bei der Berechnung von Renten. Zu den Faktoren, die hier berücksichtigt wurden, zählten nicht nur die Unterschiede in der durchschnittlichen Lebenserwartung, sondern auch verschiedene Verhaltensmuster (va in der Kfz-Versicherung) oder ein unterschiedliches Konsumverhalten (in der Krankenversicherung). Aber nicht in jedem MS gab es unterschiedliche geschlechtsabhängige Versicherungstarife. In Frankreich etwa kamen bereits vor Erlassung der DienstleistungsRL sog „Unisex-Tarife“ in der privaten Kranken-, Renten- und Lebensversicherung zur Anwendung. In anderen MSen, darunter Österreich und Deutschland, war dies nicht der Fall und die Versicherungsunternehmen differenzierten nach dem Geschlecht.[183]

Nach Ansicht der Kommission sollte die vorgeschlagene RL eine einheitliche und wirksame Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im gesamten Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraumes sicherstellen. Einige MSen wendeten zum Zeitpunkt der Vorlage des RL-Vorschlags im November 2003 den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen in ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften bereits an. Dies erfolgte allerdings in höchst unterschiedlicher Art und Weise. Die DienstleistungsRL sollte daher bestehende Diskrepanzen im Recht der MSen ausgleichen und Lücken füllen. Weiters wurde eine Rahmen-RL gewählt, um lediglich Mindestanforderungen festzulegen und den MSen einen möglichst großen Handlungsspielraum zu ermöglichen. Jene MSen, die sohin ihren Bürgern ein höheres als das in der RL vorgesehene Schutzniveau garantierten, sollten dieses auch beibehalten dürfen.[184] [185]

182 KOM(2003) 657 endg 6.

183 KOM(2003) 657 endg 7.

184 Dies kommt in Art 7 DienstleistungsRL zum Ausdruck, wonach diese dem Konzept der Mindestharmonisierung folgt.

185 KOM(2003) 657 endg 13.

II.2.2. Kapitel I „Allgemeine Bestimmungen“ (Art 1-7):

Die DienstleistungsRL dient gemäß ihres Art 1 der Schaffung eines Rahmens für die Bekämpfung geschlechtsspezifischer Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zur Umsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in den MSen.

Was unter den Begriffen „Güter“ und „Dienstleistungen“ zu verstehen ist, lässt sich aus ErwGr 11 der RL ableiten. Demnach sind unter „Güter“ all jene iSd den freien Warenverkehr betreffenden Bestimmungen des EGV (heute Art 28ff AEUV) zu verstehen. Der Terminus „Dienstleistungen“ umfasst jene iSd ex-Art 50 EGV (heute Art 57 AEUV). Gemäß Art 57 AEUV handelt es sich bei Dienstleistungen iSd Verträge um Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Als Dienstleistungen gelten insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Die Begriffe „Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ sind genauso auszulegen wie im Anwendungsbereich der RL 2000/43/EG und umfassen den Zugang zu Gebäuden, die für die Öffentlichkeit zugänglich sind, weiters alle Arten von Wohnungen, einschließlich Mietwohnungen und Hotelunterkünften, Dienstleistungen in den Bereichen Banken, Versicherungen und sonstige Finanzdienstleistungen, Transportmittel sowie Dienstleistungen sämtlicher Berufssparten und Branchen.[186]

Art 2 beinhaltet Begriffsbestimmungen für die Termini unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, Belästigung sowie sexuelle Belästigung, wobei diese Definitionen mit jenen in den RLn 2000/43/EG und 2000/78/EG übereinstimmen.[187] Es kann daher im Wesentlichen auf die diesbezügliche Kommentierung zu den in der AntirassismusRL enthaltenen Legaldefinitionen verwiesen werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass es sich bei den verpönten Merkmalen der AntirassismusRL um jene der Rasse und der ethnischen Herkunft handelt. Demgegenüber verbietet die DienstleistungsRL ausschließlich Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts.

Eine unmittelbare Diskriminierung ist demnach gegeben, wenn eine Person aufgrund ihres

186 KOM(2003) 657 endg 15,16.

187 KOM(2003) 657 endg 16.

Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Das Geschlecht selbst ist hierbei Anknüpfungspunkt für die Unterscheidung. Die Definition der unmittelbaren Diskriminierung beruht auf dem sog „Vergleichspersonenkonzept". Demnach wird die Diskriminierung anhand eines Vergleichs des Beschwerdefalls mit einem anderen Fall festgestellt. Ergänzt wird dieses Konzept durch das hypothetische Element „erfahren würde"[188], weshalb auch die Heranziehung einer hypothetischen Vergleichsperson möglich ist.

Dem Tatbestandselement „in einer vergleichbaren Situation" kommt hierbei eine besondere Bedeutung zu, weil bestimmte Waren und Dienstleistungen aufgrund der physischen Unterschiede von Männern und Frauen nur den Angehörigen eines Geschlechts angeboten werden können.[189] Somit liegt beispielsweise bei unterschiedlichen Gesundheitsdienstleistungen für Männer und Frauen, welche auf körperliche Unterschiede der Geschlechter zurückzuführenden sind, keine Diskriminierung vor, weil es sich eben auch nicht um vergleichbare Situationen handelt.[190] Demgegenüber könnte beim Angebot eines Frauenbadetages eine unmittelbare Diskriminierung erblickt werden. In diesem Zusammenhang wird durch ErwGr 17 der RL jedoch klargestellt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen nicht dazu führt, dass bestimmte Einrichtungen Männern und Frauen in jedem Fall zur gemeinsamen Nutzung zur Verfügung gestellt werden müssen, sofern dabei nicht die Angehörigen des einen Geschlechts besser gestellt werden als die des anderen. Wenn also ein Schwimmbad sowohl einen Männer- als auch einen Frauenbadetag anbietet, liegt bereits tatbestandlich keine Diskriminierung vor. Einer Rechtfertigung würde allerdings der Umstand, dass ein Badetag lediglich für ein Geschlecht vorgesehen ist, bedürfen.[191]

Die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betrifft in den überwiegenden, in der Praxis vorkommenden Fällen das biologische Geschlecht, es sind jedoch auch andere Fallkonstellationen denkbar. So wird auch die Benachteiligung von Transsexuellen unter die geschlechtsbedingte Diskriminierung subsumiert, weil jede Form der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts vom Diskriminierungsverbot der DienstleistungsRL umfasst ist.[192]

188 *Riesenhuber/Franck*, Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, EWS 2005, 245 (247).

189 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 40c Rz 1.

190 ErwGr 12.

191 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 247.

192 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 5 Rz 13,14.

Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein legitimes Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich. MaW spricht man von mittelbarer Diskriminierung, wenn sich die Anwendung äußerlich neutraler Vorschriften, Kriterien oder Verfahren für ein Geschlecht faktisch nachteilig auswirken kann.[193] Nachteilige Wirkungen äußerlich neutraler Kriterien können beispielsweise die Körpergröße oder die Hochschulreife einer Person betreffen.[194] Zur Darlegung dieser nachteiligen Wirkungen können insbesondere – aber nicht ausschließlich[195] – Statistiken dienen.[196]

Eine mittelbare Diskriminierung ergibt sich erst nach einer zweistufigen Prüfung. Die erste Prüfstufe betrifft die Darlegung der Verwendung benachteiligender neutraler Kriterien. In einem zweiten Schritt ist festzustellen, ob die vermutete Diskriminierung objektiv gerechtfertigt ist.[197] Hierbei handelt es sich nicht um eine Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung, sondern um eine tatbestandsausschließende Rechtfertigung der verwendeten neutralen Merkmale. Eine mittelbare Diskriminierung ergibt sich daher immer erst aus dem Zusammenspiel von benachteiligenden neutralen Kriterien und dessen fehlender Rechtfertigung.[198]

Eine geschlechtsbezogene mittelbare Diskriminierung im Zusammenhang mit Gütern und Dienstleistungen würde etwa vorliegen, wenn das Ausleihen von Schlittschuhen in einer Eislaufhalle ausschließlich bis zu Schuhgröße 41 möglich ist. Hierbei handelt es sich zwar um eine Behinderung des Zugangs zu einer Dienstleistung, die nicht unmittelbar an das Geschlecht anknüpft. Es ist jedoch offensichtlich, dass Männern hierdurch typischerweise stärker die Möglichkeit, die Eislaufhalle zu benutzen, genommen wird. Eine sachliche Rechtfertigung dieser äußerlich neutralen Beschränkung ist nicht zu erkennen.[199] Des Weiteren kommt es nicht auf die

193 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 247.

194 *Riesenhuber*, Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, in *Leible/Schlachter* (Hrsg), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht (2006) 123 (133).

195 ErwGr 15 AntirassismusRL.

196 *Riesenhuber*, Arbeitsrecht 177.

197 *Riesenhuber*, Arbeitsrecht 177.

198 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 247.

199 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 247.

Diskriminierungsabsicht des Urhebers der mittelbaren Diskriminierung an.

Hinsichtlich der Kommentierung der Termini Belästigung sowie Diskriminierung durch Assoziierung kann vollinhaltlich auf die korrespondierenden Ausführungen zur AntirassismusRL verwiesen werden. Eine geschlechtsbezogene Diskriminierung durch Assoziierung im Bereich Güter und Dienstleistungen ist etwa vorstellbar, wenn einem Pärchen die Reservierung eines Hotelzimmers verweigert wird, weil ein Partner transsexuell ist, der andere jedoch nicht. Einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unterliegt nicht nur die transsexuelle Person, auch der nicht transsexuelle Partner wird durch Assoziierung diskriminiert.

Der Begriff der sexuellen Belästigung bedeutet jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in verbaler, nichtverbaler oder physischer Form äußert und bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Die sexuelle Belästigung, welche ebenfalls als Diskriminierung definiert ist, unterscheidet sich von der „einfachen" Belästigung durch den Umstand, dass es sich um ein nicht erwünschtes Verhalten „sexueller Natur" handeln muss. Wiederum ist erforderlich, dass durch diese Verhaltensweise eine Verletzung der Würde der betroffenen Person bezweckt oder bewirkt wird.[200]

Sexuelle Belästigung setzt ein der sexuellen Sphäre zugehöriges Verhalten voraus. Am ehesten ist ein Verhalten[201] dann der sexuellen Sphäre zuzurechnen, wenn es das biologische Geschlecht der betroffenen Person oder deren Intimsphäre anspricht. Die in Frage kommenden Erscheinungsformen sind vielfältig und reichen vom Erzählen freizügiger Witze, anzüglichen – sei es auch in „Komplimente" verpackte – Bemerkungen über die Figur der betroffenen Person oder deren sexuelles Verhalten im Privatleben bis hin zu unerwünschten Einladungen mit eindeutiger Absicht, dem Versenden einschlägiger E-Mails oder SMS, dem Konfrontiertwerden mit pornografischen Bildern oder Texten, „zufälligen" Körperberührungen, „Begrapschen", „Po-Kneifen", aufgedrängten Küssen, erzwungenen Umarmungen, dem Versprechen bestimmter Vorteile bei sexueller Willigkeit oder der Androhung bestimmter Nachteile bei sexueller Verweigerung.[202]

200 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 248.

201 Auch dieser Begriff ist weit auszulegen. Darunter fallen zB körperliche Handlungen, Äußerungen, Gesten etc.

202 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 6 Rz 20.

Als Beispiele sexueller Belästigung im Bereich Güter und Dienstleistungen nennt die Kommission im RL-Vorschlag etwa Belästigungen von Mietern durch Vermieter oder von Verkäufern durch Einkäufer, wobei sexuelle Gefälligkeiten als Gegenleistung für einen Vertragsabschluss verlangt werden.[203] Diese Beispiele sind nicht unplausibel, denkt man an eine durch Wohnungsnot begründete faktische Machtstellung des Vermieters oder eine durch einen kompetitiven Markt begründete Machtstellung des Einkäufers.[204]

Art 4 formuliert den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, wonach unmittelbare sowie mittelbare Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, Belästigungen sowie sexuelle Belästigungen und schließlich Anweisungen zu unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung verboten sind. Wie bereits die AntirassismusRL definiert auch die DienstleistungsRL den Begriff der Anweisung nicht. Diesbezüglich kann wiederum auf die entsprechende Kommentierung zur AntirassismusRL verwiesen werden. Durch den Tatbestand der Anweisung soll va verhindert werden, dass sich ein Geschäftsherr hinter seinen Gehilfen versteckt.[205]

Demgegenüber erlaubt Art 4 Abs 5 als zulässige Ausnahme – im Gegensatz zur AntirassismusRL – unterschiedliche Behandlungen nach dem Geschlecht, wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen, und die Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sind. Als legitime Ziele nennt ErwGr 16 ua folgende Beispiele: die Einrichtung einer Zufluchtsstätte (etwa Frauenhäuser) für Opfer sexueller Gewalt oder der Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens. Hierzu erwähnt ErwGr 16 beispielhaft die Vermietung von Wohnraum durch den Eigentümer in jener Wohnstätte, in der er selbst wohnt. Ein weiteres legitimes Ziel betrifft nach ErwGr 16 die Vereinsfreiheit. Demnach liegt keine Diskriminierung vor, wenn die Mitgliedschaft in privaten Klubs nur den Angehörigen eines Geschlechts offen steht.

Diskriminierung kann also nach der DienstleistungsRL gerechtfertigt sein. Zu beachten ist allerdings, dass hierbei hinsichtlich der verschiedenen Diskriminierungsformen zu unterscheiden ist. Für die Fälle der mittelbaren Diskriminierung enthält nämlich Art 2 lit b bereits einen Tatbestandsausschließungsgrund, sofern die verwendeten neutralen Kriterien zur Erreichung eines

203 KOM(2003) 657 endg 16.

204 *Riesenhuber/Franck*, Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529 (532).

205 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 248.

legitimen Ziels erforderlich sind.[206] Im Vergleich dazu handelt es sich beim Rechtfertigungstatbestand des Art 4 Abs 5 um eine Rechtfertigung der unmittelbaren Diskriminierung.

Vom Geltungsbereich der RL sind nach deren Art 3 alle Personen umfasst, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden. Die RL gilt sohin für Güter und Dienstleistungen, die sowohl von der öffentlichen Hand als auch von Privaten angeboten werden. Erst die Beschränkung auf solche Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit – also einem unbestimmten Personenkreis – zur Verfügung stehen, soll in gewissem Maße den privaten rechtsgeschäftlichen Bereich ausklammern.[207] So werden Unternehmungen, die in einem rein privaten Kontext stattfinden, wie beispielsweise die Vermietung einer Ferienwohnung an ein Familienmitglied, von der RL nicht erfasst.[208]

Vom Geltungsbereich explizit ausgenommen sind der Inhalt von Medien und Werbung, der Bereich der Bildung sowie alle Arten von Beschäftigung und Beruf. Die Ausklammerung von Medien und Werbung erfolgte hauptsächlich, um Kollisionen mit der Pressefreiheit zu vermeiden. Von der RL nicht betroffen sind daher „Pin up-Girls“ in Zeitungen und Zeitschriften sowie sexuell provozierende Posen in der Werbung. Die Ausnahme des staatlichen und privaten Bildungswesens wird damit begründet, dass die Geschlechtertrennung in diesem Bereich für den Unterrichtserfolg förderlich sein kann. Der Ausschluss von Beschäftigung und Beruf erklärt sich aus dem Umstand, dass auf diesem Gebiet bereits umfassende Nichtdiskriminierungsregelungen in anderen Rechtsakten erlassen wurden.[209]

Entsprechend dem Vorbild der RL 2000/43/EG lässt Art 6 positive Maßnahmen zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen in der Praxis, mit welchen geschlechtsspezifische Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden sollen, ausdrücklich zu. Als Beispiele für positive Maßnahmen nennt die Kommission in den Erläuterungen zum

206 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 248.

207 *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 529,530.

208 KOM(2003) 657 endg 15.

209 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 246.

RL-Vorschlag etwa die Einführung besonderer Darlehen für weibliche Unternehmer zu besonderen Zinssätzen oder Konditionen und die Bereitstellung spezieller Unterstützungs- und Beratungsangebote für Unternehmerinnen. Dadurch könnte der Nachteil, dass Frauen es traditionell schwerer haben, Risikokapital zu beschaffen und Unterstützung für die Realisierung ihrer Geschäftsideen zu finden, ausgeglichen werden.[210] Da *affirmative actions* mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung an sich nicht vereinbar sind, ist deren Zulässigkeit nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gegeben. Daher ist zu belegen, dass positive Maßnahmen erforderlich sind und auf den Ausgleich eines spezifischen Nachteils abstellen. Des Weiteren müssen sie zeitlich befristet sein und dürfen nur so lange in Kraft bleiben, als dies zur Beseitigung des betreffenden Problems notwendig ist.[211]

Wie bereits die AntirassismusRL legt auch die DienstleistungsRL in Art 7 lediglich Mindestanforderungen fest und wählt damit den Weg der Mindestharmonisierung. Demnach darf die Umsetzung der RL nicht zu einer Absenkung des Schutzniveaus in Bezug auf Geschlechtsdiskriminierungen im Bereich Güter und Dienstleistungen in den MSen führen (Verschlechterungsverbot nach Abs 2). Günstigere als die in der RL vorgesehenen Vorschriften dürfen von den MSen jedoch eingeführt oder beibehalten werden (Günstigkeitsprinzip gemäß Abs 1).

- **Versicherungsmathematische Faktoren**

Art 5 enthält Bestimmungen bezüglich versicherungsmathematischer Faktoren, wobei zu beachten ist, dass die RL nur für private, freiwillige und von Beschäftigungsverhältnissen unabhängige Versicherungen und Rentensysteme gilt[212]. Nach Abs 1 haben die MSen – in Realisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes[213] – dafür zu sorgen, dass bei den nach dem 21.12.2007 neu abgeschlossenen Verträgen die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führt (sog „Unisex-Tarife“). Da die Anwendung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren in den genannten Bereichen weit verbreitet war, wurde eine Übergangsfrist gesetzt, um

210 KOM(2003) 657 endg 17; *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 248.

211 KOM(2003) 657 endg 17; *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 535.

212 ErwGr 15 letzter Satz.

213 *K. Korinek*, Geschlechtsspezifische Tarife im Versicherungsrecht sind unzulässig, ÖZW 2011, 50 (53).

eine abrupte Umstellung des Marktes zu vermeiden.[214]

Ein Hauptanliegen der RL-Initiative lag darin, die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Versicherungsprämien und -leistungen zu untersagen. Ein dahingehender Grundsatz wurde in Art 5 Abs 1 verankert.[215] In der Begründung des RL-Vorschlags legte die Kommission ausführlich ihre Argumente dar. Demnach hätten einschlägige Studien gezeigt, dass das Geschlecht nicht das maßgebliche Kriterium für die Bestimmung der Lebenserwartung sei. Vielmehr würden andere Faktoren, wie etwa Ernährungsgewohnheiten und Rauchen, soziale sowie Umwelteinflüsse, Beschäftigung bzw Arbeitslosigkeit, Familienstand etc, eine weitaus bedeutendere Rolle spielen. Die Lebensweise könne daher als ausschlaggebender Umstand betrachtet werden, der eine wesentlich größere Auswirkung auf die individuelle Lebenserwartung habe als das Geschlecht. Klammere man die oben erwähnten uä Gesichtspunkte aus, betrage der rein biologisch bedingte Unterschied in der durchschnittlichen Lebenserwartung von Männern und Frauen zwischen null und zwei Jahre. Die zunehmende Diskrepanz in der Lebenserwartung zwischen der männlichen und der weiblichen Bevölkerung sei sohin nicht auf biologische Unterschiede zurückzuführen. Das Geschlecht an sich sei kein aussagekräftiger Indikator für die Lebenserwartung, trotzdem werde es von Versicherungsunternehmen bei der Berechnung unterschiedlicher Prämien und Leistungen herangezogen.[216] Nach Ansicht von *Looschelders* würden die von der Kommission genannten Faktoren der Versicherungstechnik allerdings nicht genügen. Zum einen seien sie nämlich für die Versicherungsunternehmen nur schwer feststellbar (zB Ernährungsgewohnheiten, Alkohol- oder Drogenkonsum), zum anderen seien sie mehr oder weniger häufigen Änderungen unterworfen und damit sogar manipulierbar (etwa Beschäftigung bzw Arbeitslosigkeit, Familienstand oder Wohnort).[217]

Versicherungsgesellschaften seien zwar – so die Kommission in der Begründung des RL-Vorschlags weiter – grundsätzlich frei in der Festsetzung ihrer Tarife, dies jedoch ausschließlich innerhalb eines durch die Verträge und einschlägige RLn vorgegebenen Rahmens. Diese Tariffreiheit sei sohin dem Grundrecht auf Gleichbehandlung von Männern und Frauen unterzuordnen. Eine unterschiedliche

214 ErwGr 18; *Darakhchan*, Die Unzulässigkeit nach Geschlecht differenzierender Prämienbeiträge im Versicherungswesen, in *Neuwirth/Greif* (Hrsg), Work in Progress (2012) 55 (56).

215 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 249.

216 KOM(2003) 657 endg 7,8.

217 *Looschelders*, Das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in *Leible/Schlachter* (Hrsg), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht (2006) 141 (149); So auch *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 534.

Behandlung aufgrund versicherungsmathematischer Faktoren, welche unmittelbar auf dem Geschlecht beruhe, sei mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar und stelle daher eine Diskriminierung dar.[218]

Da die Bestimmung des Art 5 Abs 1 ausdrücklich auf das Geschlecht Bezug nimmt, ist die Verwendung von Faktoren, die lediglich mittelbar zu einer Ungleichbehandlung der Geschlechter führen, weiterhin zulässig. So kann etwa ein Lebensversicherer von Betreibern von Risikosportarten höhere Prämien verlangen, selbst wenn dies überwiegend Männer betreffen sollte.[219]

Problematisch ist die Berücksichtigung des Faktors Lebenserwartung, der insbesondere für die Kalkulation von Lebens- und Rentenversicherungen eine Rolle spielt. In diesem Zusammenhang ist es nicht zulässig, das Geschlecht stellvertretend für die Lebenserwartung heranzuziehen. Erlaubt ist hingegen die Verwendung anderer Kriterien, wie beispielsweise gesellschaftliche und wirtschaftliche Einflüsse, Lebensstil sowie Suchtmittelkonsum, zur Bestimmung der Lebenserwartung.[220]

Im Gesetzgebungsverfahren hatte sich gezeigt, dass das Verbot der Verwendung des Geschlechts als versicherungsmathematischer Faktor umstritten war. Der EU-Ministerrat hatte den RL-Vorschlag auf seiner Sitzung vom 4.10.2004 zunächst sogar abgelehnt. Politisch sollte jedoch grundsätzlich die Bereitschaft zur Annahme des Vorschlags signalisiert werden, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass unterschiedliche Versicherungstarife für Männer und Frauen auch weiterhin zulässig sein sollten, wenn sie auf relevanten statistischen Daten beruhen.[221] Um ein Scheitern des gesamten RL-Vorhabens abzuwenden, einigte man sich – auch auf Betreiben Österreichs hin[222] – auf die Einführung einer Ausnahmebestimmung.[223] In Abweichung zu Abs 1 konnten die MSen nun doch gemäß Abs 2 als lex specialis vor dem 21.12.2007 beschließen, weiterhin proportionale Unterschiede bei Prämien und Leistungen zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Diese Ausnahme war jedoch nur für jene MSen zulässig, deren nationales Recht die Regelung der Geschlechtsneutralität bei

218 KOM(2003) 657 endg 9.

219 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 249.

220 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 249.

221 *Wandt*, Geschlechtsabhängige Tarifierung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2004, 1341 (1341).

222 *St. Korinek*, Umsetzung der Gleichbehandlungs-RL: „Unisextarife“ und Versicherungen, ecolex 2006, 549.

223 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 249.

Versicherungsprämien und -leistungen bislang noch nicht vorsah.[224] Von der Option des Art 5 Abs 2 haben alle (damals) 27 MSen hinsichtlich einzelner oder aller Versicherungsarten Gebrauch gemacht.[225] Die MSen hatten ferner die Kommission zu informieren und sicherzustellen, dass genaue Daten in Bezug auf die Berücksichtigung des Geschlechts als bestimmender versicherungsmathematischer Faktor erhoben, veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden.

Ebenfalls nach Art 5 Abs 2 sollte diese Möglichkeit fünf Jahre nach dem 21.12.2007 überprüft werden, wobei einem Bericht der Kommission Rechnung zu tragen war. Jene MSen, die von der Ausnahmemöglichkeit des Abs 2 Gebrauch gemacht haben, durften den Versicherern allerdings gestatten, diese Ungleichbehandlung unbefristet zu praktizieren, da die RL keine Bestimmung über die Anwendungsdauer dieser Unterschiede enthielt.[226] Österreich hat von der Ermächtigung des Abs 2 mit dem VersRÄG 2006[227] Gebrauch gemacht und Geschlechtertarife zugelassen (§ 9 Abs 2 4 VAG).[228]

In seinem Urteil in der Rs *Test-Achats* hat der EuGH die Regelung des Abs 2 jedoch mit Wirkung ab dem 21.12.2012 für ungültig erklärt, da eine solche Bestimmung, die es den betreffenden MSen gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen unbefristet aufrechtzuerhalten, der Verwirklichung des mit der RL 2004/113/EG verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwiderläuft und mit Art 21 und 23 GRC unvereinbar ist. Auf diese Entscheidung wird in Kapitel V. ausführlich eingegangen werden.

II.2.3. Kapitel II „Rechtsbehelfe und Rechtsdurchsetzung“ (Art 8-11):

Hinsichtlich des Rechtsschutzes normiert Art 8 Abs 1 die Verpflichtung der MSen zur Sicherstellung der Beschreitungsmöglichkeit des Gerichts- und/oder Verwaltungsweges für Diskriminierungsopfer. Gleichzeitig steht es den MSen jedoch auch frei, alternativ dazu Schlichtungsverfahren einzurichten. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass Schlichtungsverfahren den Zugang zu Gerichts- oder Verwaltungsverfahren nicht versperren sollen,

224 ErwGr 19.

225 Stellungnahme der Kommissionsvizepräsidentin und Justizkommissarin *Reding* vom 1.3.2011, MEMO/11/123 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-123_en.htm?locale=en (abgefragt am 7.7.2017).

226 *K. Korinek*, ÖZW 2011, 52.

227 Versicherungsrechts-Änderungsgesetz 2006 BGBl I 2006/95.

228 *Perner*, Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig, ÖJZ 2011, 333 (333).

weshalb sie daher wohl nur als Vorschaltverfahren ausgestaltet sein dürfen.[229] Der Rechtsschutz muss auch dann offen stehen, wenn das Verhältnis, während dessen die Diskriminierung erfolgt sein soll, bereits beendet ist.[230] Zu denken wäre hierbei etwa an eine Kundin, die ihren Vertrag mit einem Fitnessstudio bereits gekündigt hat.[231] Nach Abs 2 ist weiters sicherzustellen, dass Diskriminierungsopfern der entstandene Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss. Der Schadenersatz darf im Vorhinein nicht durch eine Höchstgrenze beschränkt werden.[232]

In Bezug auf die in Art 8 Abs 3 erwähnten Verbände, Organisationen und sonstigen juristischen Personen, die ein rechtmäßiges Interesse an der Einhaltung der RL-Bestimmungen haben, sowie im Hinblick auf die Beweislastregel des Art 9 und den Dialog mit einschlägigen Interessengruppen gemäß Art 11 kann auf die oben dargestellten, korrespondierenden Ausführungen zur AntirassismusRL verwiesen werden, da es sich um nahezu idente Regelungen handelt.

II.2.4. Kapitel III „Mit der Förderung der Gleichbehandlung befasste Stellen" (Art 12):

Art 12 verankert (im Zusammenhang mit ErwGr 25) die Pflicht der MSen, eine oder mehrere Stellen zu bezeichnen, deren Aufgabe darin besteht, die Verwirklichung der Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu fördern, zu analysieren und zu beobachten. Jene Stellen sollen zudem Diskriminierungsopfer dabei unterstützen, ihrer Beschwerde wegen einer Diskriminierung nachzugehen. Weiters sollen sie unabhängige Untersuchungen durchführen, unabhängige Berichte veröffentlichen und Empfehlungen vorlegen. Die nach der DienstleistungsRL (wie auch nach der AntirassismusRL) erforderlichen unabhängigen Spezialeinrichtungen für Diskriminierungsfragen (*specialised* oder *independent bodies*) stellen in Österreich für den Bereich der Privatwirtschaft die GBK und die GAW dar.[233]

229 *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 532.

230 So bereits EuGH 22.9.1998, C-185/97, *Coote/Vereinigtes Königreich*.

231 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 250.

232 *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 532.

233 *Thomasberger*, Änderungen des Gleichbehandlungsgesetzes und des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes, RdA 2008, 458 (460).

II.2.5. Kapitel IV „Schlussbestimmungen“ (Art 13-19):

Hinsichtlich der Rechtsfolgen, die ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz haben kann, enthält die RL keine konkreten Vorgaben, weshalb deren Regelung den MSen überlassen bleibt. Art 14 bestimmt dazu – ebenso wie Art 15 AntirassismusRL – lediglich, dass die Sanktionen, welche auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.[234]

Gemäß Art 17 war die RL bis spätestens 21.12.2007 in innerstaatliches Recht umzusetzen. In Österreich erfolgte die (fristgerechte) Umsetzung für den Bereich der Versicherungen durch das VersRÄG 2006[235], mit dem das VersVG 1958 und das VAG geändert wurden.[236] Für die Bereiche außerhalb des Versicherungswesens trat die Novelle[237] des GlBG und des GBK/GAW-G erst mit 1.8.2008 in Kraft. In diesem Fall wurde aber – im Gegensatz zur RL 2000/43/EG – kein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich eingeleitet und die verspätete RL-Umsetzung blieb gänzlich sanktionslos.

II.3. Vorschlag für eine RL des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung[238]

II.3.1. Allgemeines und Überblick:

Nach Erlassung dreier auf ex-Art 13 EGV (heute Art 19 AEUV) basierender RLn[239] war es der Europäischen Kommission ein Anliegen, bestehende Lücken im EU-Nichtdiskriminierungsrecht zu schließen bzw dieses zu vervollständigen, da es in vielen Bereichen nach wie vor zu Benachteiligungen kam. Jene Bereiche waren zB der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und

234 *Danzl*, Die geschlechtsabhängige Tarifierung (2010) 41.

235 BGBl I 2006/95.

236 *Danzl*, Tarifierung 48,49.

237 Bundesgesetz, mit dem das Gleichbehandlungsgesetz und das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft geändert werden BGBl I 2008/98.

238 KOM(2008) 426 endg.

239 Hierbei handelt es sich um die AntirassismusRL 2000/43/EG, die GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG und die DienstleistungsRL 2004/113/EG.

Dienstleistungen, einschließlich Wohnraum, Bildung sowie Sozialschutz.[240] Diskriminierte Personen konnten daher oftmals weniger an Gesellschaft und Wirtschaft teilhaben.[241] Es hat sich gezeigt, dass der Rechtsrahmen auf europäischer Ebene einen wesentlich umfangreicheren Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, als wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung gewährleistete.[242]

Der zum Zeitpunkt der Präsentation des RL Vorschlags am 2.7.2008 bestehende rechtliche Diskriminierungsschutz auf europäischer Ebene in den verschiedenen Rechtsgebieten soll anhand der folgenden Tabelle[243] veranschaulicht werden. Wie aus dieser Tabelle ersichtlich, ist der Diskriminierungsschutz in Bezug auf das Unterscheidungsmerkmal der Rasse bzw der ethnischen Herkunft am umfangreichsten.

Merkmal / **Rechtsgebiet**	**Rasse bzw ethnische Herkunft**	**Religion bzw Weltan-schauung**	**Behinder-ung**	**Alter**	**Sexuelle Ausrichtung**	**Geschlecht**
Arbeitswelt	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Güter und Dienstleistungen	**Ja**	**Nein**	**Nein**	**Nein**	**Nein**	**Ja**
Allgemeine Bildung	Ja	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein
Sozialschutz	Ja	Nein	Nein	Nein	Nein	Ja

Als geeignetes und effektives Mittel, um dieses Rechtsschutzgefälle zu beseitigen, erschien eine weitere RL nach dem Vorbild der RLn 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG, wobei der Vorschlag zu dieser im Jahr 2008 präsentiert wurde. Ziel des in Rede stehenden RL-Vorschlags war nach dessen Art 1 die Festlegung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den MSen außerhalb der Arbeitswelt.

240 ErwGr 9 des RL-Vorschlags, KOM(2008) 426 endg 15.

241 KOM(2008) 426 endg 5.

242 SEK(2008) 2181 2.

243 Siehe dazu die Tabelle im Begleitdokument zum RL-Vorschlag, SEK(2008) 2181 3.

II.3.2. Inhalt des RL-Vorschlags:

Der vorliegende RL-Vorschlag knüpft inhaltlich weitgehend an die in dieser Arbeit bereits behandelten RLn an. Im Folgenden soll daher lediglich auf die Unterschiede näher eingegangen und auf die Gemeinsamkeiten bloß verwiesen werden.

Die Definition des Gleichbehandlungsgrundsatzes entspricht jener der bestehenden RLn nach ex-Art 13 EGV (heute Art 19 AEUV).[244] Verboten sind demnach gemäß Art 2 des RL-Vorschlags unmittelbare sowie mittelbare Diskriminierungen (diese können unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein), Belästigungen sowie Anweisungen zur Diskriminierung.

Eine interessante Bestimmung stellt Art 2 Abs 7 dar, wonach „die MSen bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen[245] verhältnismäßige Ungleichbehandlungen zulassen können, wenn für das fragliche Produkt die Berücksichtigung des Alters oder einer Behinderung ein zentraler Faktor bei der auf relevanten und exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist“.

Nach den Erläuterungen zum RL-Vorschlag können die Kriterien Alter und Behinderung bei bestimmten Finanzdienstleistungsprodukten wesentliche Elemente der Risikobewertung und somit des Preises darstellen. Würde die Berücksichtigung dieser beiden Faktoren völlig untersagt werden, müssten die zusätzlichen Kosten vom übrigen Pool der Versicherten getragen werden. Dies hätte höhere Gesamtkosten sowie eine geringere Deckung der Verbraucher zur Folge.[246]

Bereits die bisherigen RLn nach ex-Art 13 EGV (heute Art 19 AEUV) sahen Ausnahmen vom Verbot der unmittelbaren Diskriminierung vor.[247] So lässt etwa Art 4 AntirassismusRL Differenzierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft für den Bereich der Arbeitswelt explizit zu, wenn eines dieser Merkmale eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt. Darüber hinaus erlaubt auch Art 4 Abs 5 DienstleistungsRL unterschiedliche Behandlungen, wenn die ausschließliche oder vorwiegende Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen für die Angehörigen eines Geschlechts durch ein legitimes Ziel

244 KOM(2008) 426 endg 7.

245 Nach ErwGr 15 des RL-Vorschlags zählen hierzu Versicherungs-, Bank- und andere Finanzdienstleistungen, KOM(2008) 426 endg 16.

246 KOM(2008) 426 endg 9.

247 KOM(2008) 426 endg 8.

gerechtfertigt ist und die Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sind.

Die in Rede stehende Norm des Art 2 Abs 7 des RL-Vorschlags entspricht jedoch inhaltlich eher jener des Art 5 Abs 2 DienstleistungsRL, welche vom EuGH in der Rs *Test-Achats* für ungültig erklärt wurde, weil sie sowohl mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen als auch mit Art 21 und 23 GRC unvereinbar war. Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob Art 2 Abs 7 des RL-Vorschlags eine sinnvolle Ausnahme vom Verbot der unmittelbaren Diskriminierung darstellt, oder dem Gleichbehandlungsgrundsatz ebenso wie Art 5 Abs 2 DienstleistungsRL widerspricht.

Zu dieser Frage geht etwa *Mönnich* – Art 2 Abs 7 des RL-Vorschlags entsprechend – trotz des Urteils in der Rs *Test-Achats* von der weiteren Zulässigkeit der Heranziehung der Faktoren Alter und Behinderung bei der Tarifierung von Versicherungsverträgen aus, solange damit keine Diskriminierung einhergeht. So argumentiert sie hypothetisch, dass der EuGH, sollte er jemals mit der Frage der Rechtmäßigkeit einer Prämiendifferenzierung aufgrund des Alters oder einer Behinderung im Versicherungswesen befasst werden, sich gegen ein Verbot einer solchen Differenzierung aussprechen würde. Den Grund dafür erblickt die Autorin zum einen in praktischen Erwägungen, da jedenfalls die Lebensversicherung in ihrer derzeitigen Form nicht mehr betrieben werden könnte, wenn eine Unterscheidung nach dem Alter verboten wäre. Zum anderen komme der Gleichheit von Männern und Frauen, welche in der Rs *Test-Achats* im Fokus stand, auf primärrechtlicher Ebene eine wesentlich bedeutendere Stellung als dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters oder einer Behinderung zu.[248] Die Europäische Kommission nennt in den Erläuterungen zum RL-Vorschlag sowie in dessen ErwGr keine Beispiele zu Art 2 Abs 7. Für Differenzierungen nach dem Alter sprechen jedoch bei Versicherungsverträgen stärkere sachliche Gründe als bei Kreditverträgen.[249] Bei Letztgenannten müsste nämlich – wie von Art 2 Abs 7 gefordert – durch exakte statistische Daten belegt werden, dass ältere Kreditnehmer aufgrund ihres hohen Alters die vollständige Rückzahlung eines Kredits innerhalb einer realistischen Lebenszeit nicht mehr bewerkstelligen können. Ob eine solche Annahme tatsächlich statistisch nachgewiesen werden kann, erscheint fraglich.

Beim Geltungsbereich nach Art 3 des RL-Vorschlags handelt es sich um denselben wie bei der

248 *Mönnich*, Unisex-Tarife für Versicherungen: Die EuGH-Entscheidung vom 1. März 2011 – ein Jahr später, VR 2012 H 3, 20 (24,25).

249 *Looschelders* in *Leible/Schlachter* 148.

AntirassismusRL, ohne den Bereich Beschäftigung und Beruf. Das Diskriminierungsverbot gilt sohin für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf

- Sozialschutz, soziale Sicherheit und Gesundheitsdienste,
- soziale Vergünstigungen,
- Bildung sowie
- den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum.

Hinsichtlich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sind nur berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten vom Geltungsbereich umfasst. Transaktionen zwischen Privatpersonen, die als solche handeln, fallen sohin nicht darunter. Die Vermietung eines Zimmers in einem Privathaus und die Vermietung von Hotelzimmern müssen also nicht auf die gleiche Weise behandelt werden.[250] Ebenso wie im Anwendungsbereich der Antirassismus[251]- sowie der DienstleistungsRL[252], gilt das Diskriminierungsverbot des gegenständlichen RL-Vorschlags nur für öffentlich stattfindende, also keine rein privaten Transaktionen. Dies wird in ErwGr 17 mit dem Schutz des Privat- und Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte begründet.

Bezüglich der übrigen, im RL-Vorschlag enthaltenen Bestimmungen, etwa hinsichtlich der Zulässigkeit positiver Maßnahmen, des Rechtsschutzes, der Beweislastumkehr sowie der Sanktionen im Falle eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, kann vollinhaltlich auf die Kommentierung der Antirassismus- sowie der DienstleistungsRL verwiesen werden.

250 KOM(2008) 426 endg 9.

251 ErwGr 4 AntirassismusRL.

252 Art 3 Abs 1 DienstleistungsRL.

II.3.3. Gründe für die Nichtumsetzung des RL-Vorschlags:

- **Europäisches Parlament**

Die Gründe für die Nichtumsetzung des RL-Vorschlags sind vielseitig und führten im Europäischen Parlament zu heftigen Diskussionen[253]. Sehr häufig wurde etwa das Argument, der RL-Vorschlag verstoße gegen das Subsidiaritätsprinzip[254], vorgebracht. Das Rechtsgebiet der Nichtdiskriminierung außerhalb der Arbeitswelt falle nicht in die Kompetenz des EU-Gesetzgebers und solle daher auf nationaler und nicht auf europäischer Ebene behandelt werden. Die Gegner dieser Ansicht führten allerdings ins Treffen, dass der in Rede stehende RL-Vorschlag auf der Rechtsgrundlage von ex-Art 13 EGV (heute Art 19 AEUV) basiere und daher mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht in Widerspruch stehe.

Des Weiteren wurde kritisiert, der RL-Vorschlag bringe eine überbordende Regulierung mit sich, schaffe die Möglichkeit übermäßiger Einmischung in den privaten Bereich und greife zu sehr in die Entscheidungs- sowie die Vertragsfreiheit der Bürger ein. Wirtschaftliche Interessen würden unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Hierzu wurde für den Bereich Güter und Dienstleistungen das Beispiel einer christlichen Druckerei genannt. Diese werde durch den RL-Vorschlag gezwungen, einen Auftrag anzunehmen, wonach Material gedruckt werden solle, welches gegen den religiösen Glauben des Druckers verstoße. Diesem müsse es jedoch freistehen, sein Geschäft nach seinem Gewissen zu führen. Der RL-Vorschlag trage daher nicht dazu bei, Diskriminierungen abzubauen, sondern solche zu erzeugen. Als weiteres Fallbeispiel nannten diverse Parlamentsabgeordnete die versuchte Wohnungsanmietung durch politische Extremisten, etwa rechts- oder linksradikale Gruppierungen (in Bezug auf das Diskriminierungsmerkmal der

253 Siehe dazu die Plenardebatten im Europäischen Parlament vom 1.4.2009 http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090401&secondRef=ITEM-014&language=DE&ring=A6-2009-0149 sowie die Stimmerklärungen vom 2.4.2009 http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090402&secondRef=ITEM-010&language=DE&ring=A6-2009-0149#4-159 und http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090402&secondRef=ITEM-010&language=DE&ring=A6-2009-0149#4-272 (alle abgefragt am 7.7.2017).

254 Nach dem Subsidiaritätsprinzip des Art 5 Abs 3 EUV darf die Union in jenen Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Ebene der MSen nicht ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu erreichen sind.

Weltanschauung, Anm). Nach Umsetzung des RL-Vorschlags seien Eigentümer bzw Vermieter nicht mehr in der Lage, solche Geschäftsabschlüsse abzulehnen. Die Vertragsfreiheit sei ein wichtiger Grundwert, den es ebenso zu schützen gelte, wie jenen der Nichtdiskriminierung. Es müsse den Bürgern unbenommen bleiben, ihre Vertragspartner frei und unabhängig von gesetzlichen Vorgaben zu wählen. Diesem Argument wurde entgegengehalten, dass das Prinzip der Vertragsfreiheit zwar von essentieller Bedeutung sei, die Grundrechte der Gleichheit und Nichtdiskriminierung jedoch als höherwertiger anzusehen seien.

Darüber hinaus wurde besonders häufig die erhebliche Bürokratie angesprochen, die auf EU-Ebene bereits ausgeübt werde und durch eine neue RL noch verstärkt werden würde. In diesem Zusammenhang werde zudem eine Klagsflut bzw eine exzessive Beschreitung des Gerichtswegs befürchtet. Auch dieser Argumentation wurde entgegengesetzt, dass die RL keine neuen Strukturen oder neuen bürokratischen Stellen erforderlich mache, sondern nur die Anwendung bereits vorhandener Regelungen erweitere.

Die Befürchtung einer ausufernden oder missbräuchlichen Klagserhebung ist mE nicht nachvollziehbar, da es sich hierbei zum einen lediglich um eine Vermutung handelt. In keinem jener MSen, welche einen horizontalen Diskriminierungsschutz in ihren nationalen Rechtsordnungen vorsehen[255], hat sich diese Sorge bislang bewahrheitet bzw wurde durch entsprechende Statistiken untermauert. Zum anderen stellt die Beschreitung des Gerichtsweges im Hinblick auf die damit verbundenen Kosten und den ungewissen Ausgang des Verfahrens für viele Betroffene ein Hemmnis dar. Darüber hinaus ist der Umstand, dass diskriminierte Personen ihre Rechte gerichtlich geltend machen, eher zu begrüßen als abzulehnen, da Klagserhebungen faktische Diskriminierungen aufzeigen und daher zu einer Änderung diskriminierender Strukturen führen können.[256]

Außerhalb des Bereichs Güter und Dienstleistungen wurde va von Mitgliedern (christlich-)konservativer und liberaler Parlamentsfraktionen besonders häufig eingewendet, der RL-Vorschlag untergrabe die Garantie der Freiheiten religiöser Gemeinschaften und Bildungseinrichtungen. So müsse etwa christlichen Schulen weiterhin die Aufnahme von Schülern unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung ihrer Identität und Grundprinzipien gestattet sein. Hinsichtlich der Religionsfreiheit wurde das Beispiel eines Krippenspiels in einer Schule ins Treffen geführt. Dieses sei vom Schulleiter erstmals mit der Begründung der Anwesenheit

255 Hierzu zählen im Wesentlichen etwa Deutschland, Dänemark und Schweden.

256 *Schmölzer*, juridikum 2013, 167,168.

nicht-christlicher Schüler verboten worden. Durch diese Vorgehensweise und den damit verbundenen Wunsch, eine Diskriminierung zu vermeiden, sei eine andere geschaffen worden.

Letztlich wurde bezüglich Homosexualität ausgeführt, dass diese eine Option sei, welche der Privatsphäre angehöre. Sie sei zwar auf keinen Fall zu bestrafen, jedoch auch nicht zu schützen. Im Falle der Forderung einer *„biblischen Annäherung an die Homosexuellenehe, könnten streitsüchtige Aktivisten der Schwulenrechte einen Verstoß anführen“*.

Die Befürworter des RL-Vorschlags warfen dessen Gegnern vor, populistische und irreführende Panikmache zu betreiben und Menschen, die Träger der Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung sind, ihre Rechte bewusst vorenthalten zu wollen. Der gegenständliche RL-Vorschlag verteidige die Menschenwürde und verfolge das Ziel, die bestehende Hierarchie der Diskriminierungsgründe, für welche es im Übrigen keine vernünftige Erklärung gebe, abzubauen. Eine Ungleichbehandlung durch das Gesetz selbst sei nicht weiter hinnehmbar. Den Bürgern Europas müsse vielmehr ein Instrument in die Hand gegeben werden, mit welchem sie ihre Rechte würden durchsetzen können. Sofern dies nicht geschehe, würden sie weiterhin als „Bürger zweiter Klasse“ betrachtet werden.

- **Rat der Europäischen Union**

Der RL-Vorschlag wurde zwar im Europäischen Parlament in geänderter Fassung gebilligt, fand allerdings im Anschluss nicht die erforderliche Einstimmigkeit im Rat. Einige MSen stellten auch im Jahr 2016 nach wie vor die Notwenigkeit des Vorschlags in Frage, da er ihrer Ansicht nach die nationalen Zuständigkeiten in bestimmten Punkten verletze und im Widerspruch zu den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit[257] stehe. Offene Fragen bestehen auch weiterhin hinsichtlich des allgemeinen Geltungsbereichs der vorgeschlagenen RL. Manche MSen lehnen nämlich die Einbeziehung des sozialen Schutzes und der Bildung in den Geltungsbereich ab. Des Weiteren wurden Bedenken bezüglich der praktischen, finanziellen und rechtlichen Auswirkungen des Vorschlags geäußert. Auch unter niederländischem Ratsvorsitz im ersten Halbjahr 2016 konnte keine Einstimmigkeit erzielt werden, da weitere Beratungen vonnöten seien.[258]

257 Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher in Art 5 Abs 4 EUV verankert ist, dürfen die Maßnahmen der Union nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen.

258 *Rat der Europäischen Union*, Sachstandsbericht zum RL-Vorschlag

II.4. Resümee

II.4.1. Positive Aspekte der RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG:

Diskriminierung ist allgegenwärtig und findet in den verschiedensten Lebensbereichen sowie sämtlichen gesellschaftlichen Schichten statt. Europäische Akteure sahen sich daher zu Recht veranlasst, gezielte rechtliche Handlungen zu setzen, um den schädlichen Auswirkungen von Diskriminierung entgegenzuwirken. Auch außerhalb der Arbeitswelt waren rechtliche Regelungen nötig, da es zum einen in vielen Bereichen des täglichen Lebens häufig zu unsachlichen Ungleichbehandlungen kam und immer noch kommt und zum anderen vor Erlassung der gegenständlichen RLn keinerlei rechtlicher Schutz vorhanden war. Doch warum müssen öffentliche bzw nicht rein private Transaktionen überhaupt Regelungen unterstellt werden? Offenbar ist es notwendig, die Bevölkerung „anzuleiten", sich objektiv richtig zu verhalten. Ohne diese Regelungen würden Diskriminierungen wohl noch viel häufiger vorkommen und den Bürgern würde eine gleiche Marktteilnahme erschwert oder gar verhindert werden.

Das Konzept der im europäischen Privatrecht schon seit Jahrzehnten bestehenden arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote diente als Vorbild für jene im Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, welche mit der RL 2000/43/EG erstmals in einem europäischen Rechtstext verankert wurden. Der Geltungsbereich der AntirassismusRL betrifft zwar auf der einen Seite diverse Formen von Arbeit, Bildung und sozialer Sicherung, auf der anderen Seite jedoch auch die Versorgung mit allgemein zugänglichen Gütern und Dienstleistungen. Demgegenüber verlässt die DienstleistungsRL den Bereich des Arbeits- und Sozialrechts vollständig[259] und widmet sich ausschließlich dem Zugang zu Gütern und Dienstleistungen.[260]

Sehr begrüßenswert erscheint die in einem europäischen Rechtstext erstmalige Definition der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie der Belästigung in der RL 2000/43/EG (und der RL 2000/78/EG).[261] Der Terminus der sexuellen Belästigung wurde durch die RL 2004/113/EG definiert. Auch die Anweisung zur Diskriminierung ist nach den RLn verboten, der Begriff wird allerdings nicht näher konkretisiert. Mit der Legaldefinition in den RLn-Texten haben die MSen

https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXV/EU/10/73/EU_107322/imfname_10637244.pdf (Stand 3.6.2016).

259 Die DienstleistungsRL gilt gemäß Art 3 Abs 4 ausdrücklich nicht für den Bereich Beschäftigung und Beruf.

260 *Riesenhuber* in *Leible/Schlachter* 124,125.

261 *Stalder*, JRP 2002, 235.

eine konkrete begriffliche Vorgabe erhalten, weshalb keine Umsetzungsschwierigkeiten wegen nicht hinreichender sprachlicher Formulierungen entstanden sind.[262] Gemeinsam mit der durch den EuGH entwickelten Rechtsprechung zur Diskriminierung durch Assoziierung sowie durch die formelle Gleichstellung aller Arten von Ungleichbehandlung bieten die RLn einen äußerst weiten Schutzumfang.

Im Anwendungsbereich der AntirassismusRL gibt es – außer gemäß Art 4 in eingeschränktem Maße für den Bereich der Arbeitswelt – keine Rechtfertigung für eine unmittelbare Diskriminierung (absolutes Diskriminierungsverbot). Demgegenüber lässt die DienstleistungsRL nach Art 4 Abs 5 jedwede unterschiedliche Behandlung nach dem Geschlecht ausdrücklich zu, wenn diese durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die eingesetzten Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sind. Durch diese Regelung soll eine eng auszulegende Ausnahme geschaffen werden, wonach in bestimmten sachlich gerechtfertigten Fällen eine Dienstleistung oder ein Gut ausschließlich oder überwiegend entweder Frauen oder Männern vorbehalten werden kann.[263] Die RL nennt hierfür in ErwGr 16 diverse Beispiele, welche allesamt sinnvoll sind. Zu denken ist etwa in erster Linie an die Einrichtung von Zufluchtsstätten für Personen gleichen Geschlechts (zB Frauenhäuser). Der Schutz von Opfern sexueller oder häuslicher Gewalt stellt ein legitimes Ziel dar, zu dessen Erreichung eine Schutzeinrichtung, welche nur für Frauen zugänglich ist, geschaffen werden darf. Eine solche Einrichtung ist zunächst geeignet, das Schutzziel zu erreichen, indem sie Gewaltopfern die Möglichkeit bietet, der Gewalt zu entkommen. Weiters ist sie als Mittel zur Zielerreichung einerseits angemessen – dh durch den Ausschluss von Männern vom Zutritt zu dieser Einrichtung nicht überschießend – und andererseits auch erforderlich, um Frauen einen adäquaten Schutz zu garantieren.[264]

Im Falle der Frauenfitness ist es erforderlich, dass die Männerdiskriminierung im Hinblick auf den Fitnesskurs als verhältnismäßiges Mittel zu einem legitimen Zweck gerechtfertigt wird. Eine solche Rechtfertigung kann mit der Erwägung, dass das geschlechtsspezifische Angebot dem Schutz des sittlichen Empfindens dient, begründet werden.[265]

In diesem Zusammenhang muss angemerkt werden, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung beim

262 *Stalder*, JRP 2002, 235.

263 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 40d Rz 1.

264 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 40d Rz 1.

265 *Riesenhuber* in *Leible/Schlachter* 138.

Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen nicht bedeutet**,** dass Einrichtungen Männern und Frauen in jedem Fall zur gemeinsamen Nutzung bereitgestellt werden müssen, sofern dabei nicht Angehörige des einen Geschlechts besser gestellt sind als die des anderen. Dies bedeutet etwa, dass daher das Anbieten einer getrennten Sauna bzw eines Damen- oder Herrenfriseurs für Frauen und Männer zulässig ist. Das Anbieten einer gemischten Sauna bzw eines für Männer und Frauen gleichermaßen zugänglichen Friseurbetriebs ist somit von der DienstleistungsRL nicht zwingend geboten.[266]

Als weiteres legitimes Ziel, welches eine Unterscheidung nach dem Geschlecht rechtfertigt, nennt die RL das Grundrecht der Vereinsfreiheit. So können etwa Differenzierungen, wie die Zugänglichkeit zu Lokalen oder Veranstaltungen nur für Vereinsmitglieder, aufgrund der Vereinsfreiheit als rechtmäßiges Ziel qualifiziert werden.[267]

Letztlich sei noch auf den in ErwGr 16 der RL angeführten Fall der Vermietung von Wohnraum durch den Eigentümer in jener Wohnstätte, in der er selbst wohnt, hingewiesen. Eine Frau, die ein Zimmer in ihrer Wohnung vermieten möchte, soll die Möglichkeit haben, hierbei ausschließlich potentielle weibliche Mieter anzusprechen. Sofern durch die Bereitstellung von Wohnraum ein besonderes Nahe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien begründet wird, liegt keine Diskriminierung vor, da in einer solchen Konstellation der Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Eigentümers/Vermieters besonders stark ist.[268]

Die Ausklammerung des rein privaten Bereichs vom Diskriminierungsverbot ist mit dem Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens zu erklären. Dem ist zuzustimmen, da dieser höchstpersönliche Bereich besonders schutzwürdig und ebenso grundrechtlich[269] abgesichert ist. Auch Befürworter weitgehender Diskriminierungsverbote sprechen sich dafür aus, den höchstpersönlichen Bereich jedenfalls freizustellen.[270] Insgesamt gewährleistet die DienstleistungsRL durch Ausnahmen vom Anwendungsbereich sowie durch die Möglichkeit der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen, dass der Schutz der Privatsphäre und anderer Rechtsgüter durch das Diskriminierungsverbot nicht übermäßig eingeschränkt wird.[271]

266 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 40d Rz 3.

267 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 33 GlBG-Novelle 2011 Rz 2.

268 *Hopf/Mayr/Eichinger*, GlBG § 36 GlBG-Novelle 2011 Rz 10; ErläutRV 938 BlgNR 24. GP 10.

269 Sowohl Art 7 GRC als auch Art 8 EMRK beinhalten das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.

270 *Riesenhuber* in *Leible/Schlachter* 137 mwN.

271 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 251.

Der in den RLn vorgesehenen Möglichkeit der Erlassung positiver Maßnahmen ist mE optimistisch gegenüberzutreten, da es nicht realisierbar ist, jahrzehntelangen und beharrlichen Ungleichbehandlungen bestimmter Bevölkerungsgruppen allein mit dem gesetzlich verankerten Recht auf Nichtdiskriminierung zu begegnen[272]. Vielmehr ist es wichtig, zu veranschaulichen, dass aktiv Maßnahmen ergriffen werden können, um Benachteiligungen bewusst entgegenzutreten und volle Chancengleichheit herzustellen. Als (mögliche) Beispiele für positive Maßnahmen im Bereich Güter und Dienstleistungen sind etwa zu nennen:

- die Kreditvergabe an benachteiligte Personengruppen unter vergünstigten Konditionen[273]

- Förderquoten bei der Wohnungsvergabe[274]

- ausschließliche oder gesonderte Besuchszeiten für strukturell Benachteiligte; darunter fallen beispielsweise Frauenlokale, Frauenbuchläden, Frauenfreizeit- und Bildungseinrichtungen, Bars für Homosexuelle sowie exklusive Besuchszeiten in Schwimmbädern und Saunen für Frauen oder ältere Menschen[275]

Runggaldier wirft die Fragen auf, ob positive Maßnahmen und Gleichbehandlung einen Gegensatz darstellen und wie rechtliche Gleichheit mit dem Ziel der tatsächlichen Gleichheit koordiniert werden kann. In der öffentlich-rechtlichen Lehre werde die Förderung realer Gleichheit durch Ausgleich und Angleichung der Lebensbedingungen zwar grundsätzlich als zulässig erachtet, da sie in vielen Fällen der Herstellung jener Chancengleichheit diene, welche die Menschen in die Lage versetze, von ihren unterschiedlichen Fähigkeiten den bestmöglichen Gebrauch zu machen und ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Der Preis dafür könne jedoch oftmals eine Einschränkung der rechtlichen Gleichbehandlung der davon Betroffenen sein. Die Rechtsgleichheit könne demnach zu einer Schranke der Herstellung tatsächlicher Gleichheit werden. Es seien daher ausgewogene

272 KOM(2006) 643 endg 8.

273 So bereits die Europäische Kommission in den Erläuterungen zum Vorschlag zur RL 2004/113/EG, KOM(2003) 657 endg 17.

274 *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Forschung der ADS auf einen Blick: Positive Maßnahmen http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Factsheets/factsheet_positive_Massnahmen.pdf?__blob=publicationFile (1, abgefragt am 7.7.2017).

275 *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG https://www.uni-hamburg.de/gleichstellung/download/expertise-positive-massnahmen.pdf (29, Stand 28.6.2010).

Leistungen anzustreben, wobei eine Abwägung zwischen dem Bedürfnis nach Gleichheit und den Auswirkungen auf die davon betroffenen Grundrechtspositionen, nämlich Rechtsgleichheit und Freiheitsrechte, notwendig erscheine. Letztlich ginge es um das „rechte Maß".[276]

Die durch das Primärrecht sowie die EuGH-Judikatur begründete Absicherung der Zulässigkeit positiver Maßnahmen[277] führt zu einer Rechtfertigung von Maßnahmen, welche insbesondere historisch begründete Benachteiligungen ausgleichen und Chancengleichheit im gesellschaftlichen Leben herbeiführen sollen. Da dies jedoch eine Diskriminierung konkret betroffener Einzelner hervorrufen kann, müssen positive Maßnahmen zeitlich und in ihren Auswirkungen begrenzt gehalten werden. Sie dürfen va nicht auf die Begründung oder Verfestigung neuer gesellschaftlicher Privilegien hinauslaufen.[278]

Hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung verleihen die Regelungen zum Rechtsschutz, zur Beweislast sowie zu den Sanktionen den RLn erst die notwendige Durchsetzungskraft einer europaweiten Nichtdiskriminierungspolitik. Die Durchsetzung der Rechte Diskriminierter soll auf dem Gerichts-und/oder Verwaltungsweg sowie zusätzlich oder alternativ im Schlichtungsweg erfolgen können. Eine Geltendmachung der verletzten Rechte setzt jedoch nicht voraus, dass das Verhältnis, während dessen sich die Diskriminierung ereignet hat, noch besteht. Es wird also auf eine abstrakte Prüfung verletzter Rechte, losgelöst von einem bestehenden Vertragsverhältnis, abgestellt.[279]

Welche Art von Sanktionen gegen diskriminierende Personen ergriffen werden kann, bleibt den MSen überlassen. Voraussetzung für die ordnungsgemäße Umsetzung der RLn ist allerdings, dass die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen umfassen dürfen, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind und ihrerseits durchgesetzt werden können. Die Wirksamkeit einer Sanktion ist zB erfüllt, wenn die MSen die Möglichkeit der finanziellen Entschädigung wählen.[280] Die Einführung eines Strafschadenersatzes, welcher über die Kompensation hinaus ein Sanktionselement enthält, schreiben die RLn allerdings nicht vor, da es ausdrücklich um „Ausgleich oder Ersatz" geht.[281]

276 *Runggaldier* in FS Doralt 521.

277 Siehe dazu bereits oben S 23.

278 *Runggaldier* in FS Doralt 522.

279 *Stalder*, JRP 2002, 233.

280 *Stalder*, JRP 2002, 234.

281 *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 532.

Die (idente) Bestimmung über die Beweislast(umkehr) in Art 8 AntirassismusRL und Art 9 DienstleistungsRL sieht im Wesentlichen folgende Regelung vor: Wenn der Kläger Tatsachen glaubhaft macht, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, so muss der Beklagte beweisen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt wurde. Der Beklagte muss sohin nicht nur einen Anschein erschüttern, sondern den Gegenbeweis führen.[282] Diese Norm stellt wohl die kritischste Bestimmung der RLn dar. *Riesenhuber* etwa bezeichnet sie als „Achillesferse des Rechtsschutzes". Sie sei zwar einerseits zur effektiven Durchsetzung der Diskriminierungsverbote wesentlich[283], da Diskriminierungsopfer oftmals auf Beweisvergünstigungen angewiesen seien, um nicht eine (möglicherweise wiederholt demütigende) Niederlage vor Gericht zu erleiden. Andererseits sei jedoch gerade in der Verpflichtung, die Reinheit der eigenen Motivation beweisen zu müssen, eine erhebliche Einschränkung der Freiheit des Einzelnen zu erblicken.[284] In diesem Zusammenhang geht *Riesenhuber* noch einen Schritt weiter und beschreibt Fälle, in welchen sogar „der reinste Vermieter" alle Auswahlgespräche in Hinkunft vorsorglich nicht mehr alleine, sondern ausschließlich in Gegenwart von Zeugen führen werde, da er nie wisse, ob nicht das Ergebnis seiner Mieterwahl am Ende eine Diskriminierung vermuten lassen könnte.[285] Für *Runggaldier* stellt sich zudem die Frage, ob die Regelung über die Beweislast nicht überschießend, also unverhältnismäßig, ist, da jede Person das Recht haben müsse, einen Vertragspartner nach ihrer freien und nicht weiter überprüfbaren Wahl auszusuchen.[286]

Nach gegenteiliger – zutreffender – Ansicht sind Beweislastregeln zu begrüßen, welche weltweit Anwendung finden, um die mit Diskriminierungen einhergehenden prozessualen Schwierigkeiten bewältigen zu können. In einer Gesellschaft, in der Ungleichbehandlungen keine Ausnahme, sondern in ihrer gesamten Bandbreite Alltag sind, ist eine Norm, die beim Vorliegen objektiver Indizien die Beweislast für das Fehlen einer Diskriminierung den Handelnden aufbürdet, nur folgerichtig.[287]

282 *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 532.

283 *Riesenhuber* in *Leible/Schlachter* 135,136.

284 *Riesenhuber/Franck*, EWS 2005, 250.

285 *Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in *Riesenhuber/Nishitani* (Hrsg), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? (2011) 19 (56).

286 *Runggaldier* in FS Doralt 520.

287 *Baer*, „Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? ZRP 2002, 290 (293,294).

II.4.2. Negative Aspekte und Kritik an den RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG:

Zusammenfassend sei zunächst nochmals darauf hingewiesen, dass die beiden in Rede stehenden RLn lediglich vor Diskriminierungen in Bezug auf die Unterscheidungsmerkmale Geschlecht und ethnische Herkunft beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen schützen. Sie bieten sohin keinen Schutz vor unsachlichen Ungleichbehandlungen aufgrund der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Orientierung in diesem Bereich.

Die größten Kritikpunkte an den RLn sind aus meiner Sicht deren Unvollständigkeit bzw der Umstand, dass sie bloß lückenhaften Diskriminierungsschutz gewährleisten, sowie die durch sie hervorgerufene Hierarchisierung der Diskriminierungsgründe. Konkret bedeutet dies, dass etwa im Gastgewerbe Frauen und Männern wegen ihres Geschlechts der Zutritt zu einem Lokal nicht verweigert werden darf, Lesben und Schwulen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung hingegen schon.[288] Weiters ist es möglich, einer Person die Vergabe eines Darlehens zu verweigern, weil sie homosexuell ist, nicht jedoch, weil sie dunkelhäutig ist.[289] Demgegenüber sind solche Ungleichbehandlungen bzw Differenzierungen im Bereich der Arbeitswelt in vollem Umfang verboten und vollständig vom Diskriminierungsschutz umfasst.

Zu fragen ist, wie bzw ob sich diese unterschiedlichen Schutzniveaus vernünftigerweise rechtfertigen lassen, da die Betroffenen meist aufgrund angeborener bzw nicht veränderbarer Merkmale, zB Behinderung oder Alter, diskriminiert werden. Bei anderen Persönlichkeitsmerkmalen, wie etwa der sexuellen Orientierung, besteht zwar theoretisch eine Veränderbarkeit, doch liegt in der Regel faktisch eine irreversible Prägung vor.[290] MaW werden die betroffenen Personen schlechter gestellt oder ausgeschlossen, weil sie sind, wie sie sind, und damit zu „Bürgern zweiter Klasse“ gemacht. Für dieses Rechtsschutzdefizit gibt es zum einen keine nachvollziehbare Erklärung, zum anderen ist es nicht nur rechtlich, sondern auch sozialpolitisch äußerst bedenklich.[291]

---

288 *Schmölzer*, juridikum 2013, 166,167.

289 Plenardebatten im Europäischen Parlament vom 1.4.2009 http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090401&secondRef=ITEM-014&language=DE&ring=A6-2009-0149 (erste Wortmeldung *Kathalijne Buitenweg*; abgefragt am 7.7.2017).

290 *Neuner*, JZ 2003, 62.

291 *Schmölzer*, juridikum 2013, 167.

III. Privatautonomie und Diskriminierungsverbote

III.1. Einleitung

Das Verhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit als individuelle Rechte ist seit jeher juristisch umstritten und Inhalt wiederkehrend aufkommender Diskussionen. Die Geschichte zeigt, dass die Freiheit als subjektiver Anspruch auf Selbstbestimmung dominiert. Demgegenüber wird die Gleichheit zwar als selbstverständliche Prämisse im Hinblick auf die allgemeine Geltung rechtsstaatlicher Normen akzeptiert. Sofern Gleichheit allerdings als Verbot der Benachteiligung von Menschen und Verletzung ihres Anspruchs auf Respekt und Menschenwürde zu betrachten ist, muss sie immer wieder aufs Neue behauptet und erkämpft werden.[292]

Bei genauerer Betrachtung der Gründe für die Nichtumsetzung des RL-Vorschlags vom 2.7.2008 fällt ein Argument auf, welches in den Plenardebatten im Europäischen Parlament besonders häufig ins Treffen geführt wurde. Es handelt sich hierbei um die Frage, ob der RL-Vorschlag zu sehr in die Entscheidungs- bzw Vertragsfreiheit der Bürger eingreifen und ein Levelling up die Privatautonomie des Einzelnen noch weiter beschneiden würde. Dieses Argument wurde auch in der Literatur vielfach aufgegriffen – viele Autoren[293] stehen einer Ausweitung des Diskriminierungsschutzes generell skeptisch gegenüber und befürchten gar den Anfang vom Ende der Privatautonomie[294] sowie damit einhergehend den Verlust der persönlichsten aller Freiheitsrechte[295]. Für *Picker* etwa stellen Diskriminierungsverbote in der Privatrechtsordnung einen systemgefährdenden Fremdkörper dar. Freiheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnungen

292 *Baer*, ZRP 2002, 290.

293 ZB *Picker*, Anti-discrimination as a Program of Private Law? GLJ 2003, 771; *Ladeur*, The German Proposal of an „Anti-Discrimination"-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann, GLJ 2002/5; *Repgen*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in *Isensee* (Hrsg), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007) 11; *Isensee*, Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in *Isensee* (Hrsg), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007) 239; *Reichold*, Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit – arbeitsrechtliche Erfahrungen mit Diskriminierungsregeln, JZ 2004, 384; *Majer*, Das Ende der Privatautonomie? Zum Kontrahierungszwang bei allgemein dem Publikum zugänglichen Leistungen, JR 2015, 107; Eine Ausweitung des Diskriminierungsschutzes befürworten zB *Baer*, ZRP 2002, 290; *Vennemann*, The German Draft Legislation On the Prevention of Discrimination in the Private Sector, GLJ 2002/3; *Winkler*, The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism? A Response to Karl-Heinz Ladeur, GLJ 2002/6.

294 *Picker*, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie? JZ 2002, 880 (880).

295 *Baer*, ZRP 2002, 290.

seien Diskriminierungen systemimmanent, also im System quasi enthalten. Die Freiheit zur Ungleichbehandlung bei der Vertragspartnerwahl sei Ausdruck der Privatautonomie und damit ein Grundprinzip des Privatrechts.[296] Diskriminierungsschutz im Privatrecht habe – historisch betrachtet – zu einer der massivsten Systemänderungen in Europa seit der französischen Revolution geführt.[297]

Doch bereits vor der Präsentation des RL-Vorschlags durch die Europäische Kommission im Jahr 2008 wurde – insbesondere im deutschsprachigen Schrifttum[298] – (teilweise massive) Kritik an den RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG geäußert[299]. Bezüglich der AntirassismusRL weist *Runggaldier* darauf hin, dass diese zwei Ziele verfolge. Zum einen solle niemand aufgrund bestimmter Merkmale Nachteile erleiden und vom Markt (zB dem Wohnungsmarkt) ausgeschlossen werden. Zum anderen gehe es um die Herbeiführung einer völligen (dh faktischen) Gleichstellung hinsichtlich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Beide Zielsetzungen würden auf den ersten Blick durchaus begrüßenswert erscheinen. Da die RL 2000/43/EG allerdings nicht nur das staatliche Handeln, sondern darüber hinaus (über entsprechende staatliche Umsetzungsvorschriften) auch Privatpersonen binde, komme es unweigerlich zu einer problematischen Beschneidung der Privatautonomie.[300]

Riesenhuber/Franck vermissen im Anwendungsbereich der DienstleistungsRL das Vorliegen eines Schutzbedürfnisses. Es sei im Bereich Güter und Dienstleistungen nicht zu erkennen, dass der Markt einem Geschlecht den Zugang zu ihm erschweren oder verweigern würde. Auch der Europäischen Kommission sei es in ihrem Vorschlag[301] zur RL 2004/113/EG nicht gelungen, konkrete Problemfälle außerhalb der umstrittenen Problematik der versicherungsmathematischen Faktoren und des Zugangs zu Risikokapital aufzuzeigen. Das in der RL enthaltene Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im allgemeinen Vertragsrecht sei daher mangels Vorliegens eines

296 *Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm? JZ 2003, 540 (544).

297 *Neuner*, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in *Leible/Schlachter* (Hrsg), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht (2006) 73 (74) mwN.

298 *Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in *Enders et al* (Hrsg), Der Sozialstaat in Deutschland und Europa (2005) 355 (FN 3).

299 ZB *Adomeit*, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622; *Säcker*, „Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes, ZRP 2002, 286; *Braun*, Übrigens: Deutschland wird wieder totalitär; JuS 2002, 424; *Fahr*, Deutschland wird wieder totalitär – Echo, JuS 2002, 727; *Globig*, „Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? ZRP 2002, 529.

300 *Runggaldier* in FS Doralt 518,519.

301 KOM(2003) 657 endg.

Schutzbedürfnisses mit dem – primärrechtlich verankerten – Grundsatz der Privatautonomie unvereinbar.[302]

Im hier interessierenden Diskurs treffen unzweifelhaft zwei sehr bedeutsame Grundprinzipien aufeinander, nämlich die Privatautonomie und das Verbot der Diskriminierung.[303] Letzteres ist va dann von Bedeutung, wenn jemand am Markt offen auftritt, da die Öffentlichkeit der Schauplatz des Güteraustausches ist und nur dort eine generelle Ausgrenzung droht.[304] Während das Selbstbestimmungsrecht der Privatrechtsakteure zu den ungeschriebenen Grundsätzen des Unionsrechts[305] zählt[306], ist der Diskriminierungsschutz ebenfalls ein fundamentaler Rechtsgrundsatz des Primärrechts und darüber hinaus Gegenstand zahlreicher sekundärrechtlicher Rechtsakte.[307]

Im Folgenden soll auf das vorliegende Spannungsverhältnis näher eingegangen und geklärt werden, welchem Grundprinzip im Kollisionsfall der Vorzug zu geben ist. Das in diesem Zusammenhang ebenfalls relevante EuGH-Urteil in der Rs *Test-Achats* wird an anderer Stelle eingehend beleuchtet.

Wichtig zu erwähnen ist, dass im Verhältnis zwischen MS bzw EU und Bürger das Gebot der Gleichbehandlung zu den elementaren Rechtsmaximen zählt[308]. Der Gleichheitsgrundsatz gilt für jede Art von Staatstätigkeit, bindet also Gesetzgebung und Vollziehung gleichermaßen, und steht in Österreich selbst dem Verfassungsgesetzgeber nur in äußerst beschränkter Art und Weise zur Disposition.[309] Die Beziehungen der Bürger untereinander werden hingegen von den Beteiligten selbst definiert. Demgemäß kann grundsätzlich jeder frei bestimmen, mit wem und zu welchen Konditionen er rechtsgeschäftliche Beziehungen aufnehmen möchte[310].[311]

302 *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 537,538.

303 *Britz* in *Enders et al* 357; *Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, 105 (106); *Vennemann*, GLJ 2002/3, 2.

304 *Neuner*, JZ 2003, 63.

305 Ähnlich EuGH 5.10.1999, C-240/97, *Spanien/Kommission* Rz 99.

306 *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in *Badura/Scholz* (Hrsg), Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag (1993) 873 (890).

307 *Neuner*, JZ 2003, 59,60.

308 Vgl EuGH 15.1.2002, C-55/00, *Gottardo/Italien* Rz 34.

309 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 22; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] (2015) Rz 1349.

310 *Vennemann*, GLJ 2002/3, 2.

311 *Neuner*, JZ 2003, 57; *Neuner*, Protection against Discrimination in European Contract Law, ERCL 2006, 35 (37).

In diesem Zusammenhang macht *Picker* darauf aufmerksam, dass der Grundsatz der Gleichheit aller Menschen, welcher seit Jahrhunderten eine Säule der europäischen Demokratien darstelle, im Begriff sei, auf neuen Bedeutungsfeldern neue Aktualität zu gewinnen. Er ziele nämlich nicht mehr nur auf die Bindung des Staates ab, sondern darüber hinaus auch auf die Bindung der Bürger im Verhältnis zueinander. Zweifelhaft sei jedoch, ob der Staat seine „offizielle" Moral auch dem privaten Bürger aufdrängen dürfe und das Privatrecht der richtige rechtliche Ort sei, um die angestrebte moralisch „bessere Welt" zu erreichen.[312]

III.2. Definition des Begriffs Privatautonomie

Unter dem Begriff Privatautonomie ist die Kompetenz, Privatrechtsverhältnisse zu begründen und diese nach eigenem Willen – also nach Willkür – und in eigener Verantwortung selbst zu gestalten[313], zu verstehen.[314] Die Privatautonomie bildet das Kernelement des Privatrechts und äußert sich va in der Vertragsfreiheit.[315] Auch in nationaler Hinsicht stellt das Prinzip der Privatautonomie das Leitmotiv des österreichischen Vertragsrechts dar.[316]

Die Wirtschaftsverfassung der EU ist auf eine offene Marktwirtschaft ausgelegt. Eine Grundanforderung an ein privatwirtschaftlich organisiertes System ist die Gewährleistung der Privatautonomie.[317] Im Bereich der GRC stellt die unternehmerische Freiheit gemäß Art 16 GRC einen elementaren Rechtsgrundsatz sowie ein zentrales Wirtschaftsgrundrecht dar. Sie schützt die freie Berufsausübung der Unternehmer bzw dient deren Interessen[318] und umfasst insbesondere die Vertragsfreiheit[319].

Die Privatautonomie ist Teil der Freiheit des Einzelnen, seinen Lebensbereich nach seinen

312 *Picker*, JZ 2003, 540,543.

313 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[4] II (1992) § 1 1; *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I (2014) Rz 310; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] (2016) 37; *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 2000, 273 (277).

314 *Neuner*, JZ 2003, 59.

315 *Looschelders*, JZ 2012, 105.

316 *Perner/Zoppel*, Human Rights and Private Law in Austria, in *Trstenjak/Weingerl* (Hrsg), The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law (2016) 103.

317 *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 536.

318 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union[3] (2016) Art 16 Rz 2.

319 ZB EuGH 18.7.2013, C-426/11, *Alemo-Herron ua/Vereinigtes Königreich* Rz 31,32; Erläuterungen zur GRC, ABl C 2007/303, 17 (23).

persönlichen, rein subjektiven Interessen, Präferenzen und Perspektiven zu regeln.[320] Das zentrale Element dieser Freiheit liegt in dem Umstand, dass niemand zu einer Rechtfertigung seines rechtsgeschäftlichen Verhaltens im Privatrecht verpflichtet werden kann. Die Kehrseite der Privatautonomie bedeutet demnach Diskriminierung, nämlich eine Benachteiligung jener, die nicht oder nur zu schlechteren Konditionen kontrahieren können. Nach *Neuner* bilde die Privatautonomie die Voraussetzung für Markt und Wettbewerb, Pluralismus und Vielfalt. Der Preis einer solchen freiheitlichen Wirtschaftsordnung seien systemimmanente Diskriminierungen.[321] Wäre die Vertragsfreiheit vollständig verwirklicht, wären dem selbstbestimmten rechtsgeschäftlichen Handeln überhaupt keine Grenzen gesetzt.[322]

Der Vertrag stellt die klassische Form der privatautonomen Gestaltung von Rechtsverhältnissen dar. Innerhalb der Vertragsfreiheit wird zwischen Abschluss-, Inhalts-[323], Form-, Änderungs- und Beendigungsfreiheit unterschieden. Durch privatrechtliche Diskriminierungsverbote kommt es va zu einer Einschränkung der Abschlussfreiheit bzw der freien Wahl des Vertragspartners. Weiters kann jedoch auch die Inhaltsfreiheit von Beschränkungen betroffen sein.[324] „Abschlussfreiheit" bedeutet, dass jedes Rechtssubjekt frei darüber entscheiden kann, ob und mit wem es einen Vertrag abschließen möchte, wobei der Grundsatz der freien Wahl des Vertragspartners auch im europäischen Privatrecht gilt[325]. Unter „Inhaltsfreiheit" versteht man die Freiheit, aufgrund der eigenen Wünsche und Bedürfnisse den Vertragsinhalt zu bestimmen.[326]

Im Anwendungsbereich der DienstleistungsRL beispielsweise wird die Vertragsfreiheit insofern eingeschränkt, als eine privatautonome Entscheidung nicht vom Geschlecht des Vertragspartners abhängig gemacht werden darf. Es wird dabei keine Pflicht zum Abschluss eines Vertrages begründet, sondern lediglich das Merkmal des Geschlechts als Entscheidungskriterium ausgeschlossen. So darf ein Unternehmer eine Ware zwar einem männlichen Interessenten und nicht

320 *Picker*, JZ 2002, 880.

321 *Neuner*, JZ 2003, 59.

322 *Kepplinger*, Privatautonomie und geschlechtsbezogenes Diskriminierungsverbot beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, in *Neuwirth/Greif* (Hrsg), Work in Progress (2012) 32 (FN 24).

323 *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] 37; *Trstenjak*, General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, in *Trstenjak/Weingerl* (Hrsg), The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law (2016) 3 (11).

324 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 22; *Britz* in *Enders et al* 357.

325 *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) 353; Siehe zu Art 16 GRC *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] (2016) Art 16 GRC Rz 2.

326 *Kepplinger* in *Neuwirth/Greif* 37,38.

der konkurrierenden Interessentin verkaufen. Er darf diese Entscheidung allerdings nicht wegen des Geschlechts treffen. Insoweit liegt eine Beschränkung der Abschlussfreiheit vor. Da eine unterschiedliche Preisgestaltung aufgrund des Geschlechts ebenfalls eine Diskriminierung darstellt, beschränkt das Gleichbehandlungsgebot auch die Inhaltsfreiheit[327].[328]

Die RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG normieren keine Gleichbehandlungsgebote iS eines egalitären Vorgehens zugunsten des geschützten Personenkreises, sondern beinhalten vielmehr Unterscheidungsverbote, wonach eine privatautonome Entscheidung nicht an bestimmte Kriterien geknüpft werden darf.[329] Die RLn greifen hingegen nicht in Form eines Kontrahierungszwangs in die Privatautonomie ein, sondern durch die Androhung einer zivilrechtlichen Haftung.[330] Wird eine Person sohin beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer ethnischen Herkunft diskriminiert, ist die diskriminierende Person einem Schadenersatzanspruch ausgesetzt.[331]

III.3. Das Prinzip der Vertragsfreiheit und jenes der Gleichbehandlung aus rechtsphilosophischer Sicht im Überblick

Aus rechtsphilosophischer Sicht kann das Prinzip der Vertragsfreiheit in zwei Konzeptionen unterteilt werden, nämlich einer formal-individualistischen und einer materiell-teleologischen Konzeption[332]. Nach ersterer bleibt es jedem Privatrechtssubjekt selbst überlassen, die Vertragsfreiheit zu definieren und über ihren Gebrauch beliebig zu entscheiden. Jeder Mensch kann also nach eigenen Vorstellungen rechtsgeschäftlich tätig werden[333], wobei es dem Staat untersagt ist, diese Freiheit inhaltlich zu determinieren[334]. In einem formal-individualistischen Sinn bedeutet

327 Vgl auch EuGH 1.3.2011 (GK), C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien*, wodurch Versicherungsunternehmen untersagt wurde, eine nach dem Geschlecht differenzierende Gestaltung von Prämien und Leistungen in Versicherungsverträgen vorzunehmen.

328 *Kepplinger* in *Neuwirth/Greif* 38,39.

329 *Neuner* in *Leible/Schlachter* 87.

330 *Stork*, Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law, GLJ 2005, 533 (546,547).

331 *Kepplinger* in *Neuwirth/Greif* 39.

332 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht (2000) 290ff; *Neuner*, ERCL 2006, 38; *Canaris*, AcP 2000, 277,278.

333 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 24.

334 Vgl *Haverkate*, Verfassungslehre: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung (1992) 158 (FN 2).

Vertragsfreiheit daher die Kompetenz zu selbstbestimmtem rechtsgeschäftlichem Handeln, ohne auf materielle Gerechtigkeitsaspekte oder sonstige Richtigkeitskriterien Rücksicht zu nehmen[335].[336]

Demgegenüber steht beim materiell-teleologischen Konzept die Verwirklichung bestimmter Zwecke durch die Vertragsfreiheit im Vordergrund. Solche Zwecke können von allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen über eine Richtigkeitsgewähr bis hin zu kollektiven Interessen reichen.[337] Mithilfe des Vertragsrechts sollen hierbei oftmals auch soziale Ungerechtigkeiten ausgeglichen werden. Zudem soll eine effektive Chance, die formale Vertragsfreiheit auch tatsächlich durch Verwendung des Instrumentariums des Rechts umzusetzen, gewährleistet werden.[338] Die in Rede stehende Konzeption überlässt die Definition des Begriffs der Vertragsfreiheit nicht dem Einzelnen, sondern legt deren Zwecke selbst fest, wobei diese nicht auf den Aspekt der individuellen Selbstbestimmung beschränkt sind.[339] Nach diesem materiellen Verständnis widerspricht es dem Grundgedanken der Vertragsfreiheit, bestimmte Privatrechtssubjekte aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen zu benachteiligen und ihre Möglichkeit auf Abschluss eines „gerechten", also frei ausgehandelten Vertrages zu beeinträchtigen.[340]

Es stellt sich nun die Frage, welcher Konzeption der Vorzug zu geben ist. In dem Versuch, beide Freiheitsmodelle zu bewerten, weist *Neuner* zunächst zutreffend darauf hin, dass einseitige Extreme zu verwerfen seien. Das materiell-teleologische Konzept wirke sich tendenziell zulasten der individuellen Selbstbestimmung aus und könne auch mit einem Zweck verbunden werden, welcher die Menschenwürde missachte. Diese Gefahr bestehe va dann, wenn kollektive Interessen absolut gesetzt würden.[341]

Im Gegensatz dazu richte sich das formal-individualistische Gegenmodell eher zulasten der kollektiven Selbstbestimmung sowie legitimer Interessen Dritter, da es weitgehende inhaltliche Vertragsfreiheit gewährleiste. Es lasse soziale Ungleichgewichtslagen außer Acht, schaffe

335 *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997) 15ff.

336 *Neuner* in *Leible/Schlachter* 75,76.

337 *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit 305.

338 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 26; *Kramer*, Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens: eine Standortbestimmung (1974) 20.

339 *Neuner* in *Leible/Schlachter* 76.

340 *Looschelders*, JZ 2012, 106.

341 *Neuner* in *Leible/Schlachter* 76,77.

ökonomische Hierarchien und dränge den Staat in den Hintergrund. Des Weiteren bleibe der Umstand, dass die Vertragsfreiheit nur im Zusammenwirken mit anderen Privatrechtssubjekten verwirklicht werden könne, unberücksichtigt.[342] Eine Verabsolutierung dieses Freiheitskonzepts führe daher ebenfalls zu unbilligen Ergebnissen.[343]

Als Lösung für die vorliegende Problematik sei nach *Neuner* der Schutz der formalen Vertragsfreiheit lediglich als ein Optimierungsverbot zu verstehen, welches mit gegenläufigen Prinzipien in Einklang zu bringen sei. Dadurch bleibe zum einen die Privatautonomie als eigenständiger Wert anerkannt, zum anderen werde berechtigten Interessen Dritter Rechnung getragen. Zugleich wirke ein materielles Freiheitsverständnis, welches die Privatautonomie nicht an sich, sondern erst in Verbindung mit der Verwirklichung bestimmter Zwecke anerkenne, inadäquat. Des Weiteren müsse in einer pluralistischen Gesellschaft die freie Gestaltung von Rechtsgeschäften durch mündige Privatrechtssubjekte nach ihren eigenen Vorstellungen möglich sein. Eine „Angemessenheitskontrolle" als Bedingung für die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung würde einer Entmündigung der Vertragsparteien gleichkommen[344].[345] Insgesamt sei daher dem formal-individualistischen Interpretationsmodell der Vertragsfreiheit aus rechtsphilosophischer Sicht der Vorrang einzuräumen.[346]

Keine Freiheit, auch nicht die Privatautonomie, besteht allerdings grenzenlos[347], sondern unterliegt Einschränkungen. Eine solche Grenze findet die Privatautonomie im zwingenden Recht (*ius cogens*), welches durch Parteienvereinbarung üblicherweise nicht abgeändert werden kann.[348] Weiters wird die Vertragsfreiheit durch gegenläufige Prinzipien, wozu insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung zählt, beschränkt. Dogmatisch verkörpert dieser Grundsatz ein soziales Teilhaberecht, welches die Privatautonomie einschränkt und statt eines willkürlichen ein egalitäres Vorgehen verlangt. Im Lichte dessen richtet sich das Prinzip der Gleichbehandlung nicht nur an den

342 *Looschelders*, JZ 2012, 106.

343 *Neuner* in *Leible/Schlachter* 77.

344 *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995) 18ff.

345 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 29,30.

346 *Neuner* in *Leible/Schlachter* 77; Zustimmend *Singer*, Selbstbestimmung 39ff; *Singer*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133 (1137); *Canaris* in FS Lerche 886,887; *Canaris*, AcP 2000, 286.

347 *Kepplinger* in *Neuwirth/Greif* 41; *Picker*, JZ 2003, 544.

348 *Weilinger*, Privatrecht[5] (2017) 10.

Staat, sondern auch an das (privatrechtliche) Vertragsrecht.[349]

Solange es eine Vielzahl von Menschen gibt, muss die Freiheit des einen dort beschränkt werden, wo die Freiheit des anderen in unerträglicher Weise beeinträchtigt wird.[350] Eine diskriminierende Behandlung aufgrund individueller Merkmale beschränkt die Freiheit der Betroffenen in gravierender Weise.[351] Eine Rechtsordnung, die Vertragsfreiheit anerkennt, darf dies nicht tun, ohne sich gleichzeitig auch die Gerechtigkeitsfrage zu stellen.[352] Die formale Vertragsfreiheit sollte demnach zwar als Grundregel verstanden werden, welche jedoch durch zwingende Normen ergänzt oder eingeschränkt werden muss, um Gerechtigkeitsanforderungen zu genügen.[353]

In der Konsequenz dessen ist von einem formalen, abwehrrechtlich geprägten Verständnis der Vertragsfreiheit auszugehen. Dies bedeutet, dass dem am Markt agierenden Individuum grundsätzlich das Recht zugestanden werden muss, selbst darüber zu entscheiden, mit wem es zu welchen Bedingungen Verträge abschließen möchte.[354] Die Vertragsfreiheit unterliegt allerdings Schranken im Interesse des Gemeinwohls sowie zum Schutz individueller Rechtsgüter. Zur Gewährleistung der Chance des Einzelnen, aktiv und selbstverantwortlich am Marktgeschehen teilzunehmen, können den Staat, der die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen dem Markt überlässt, Schutzpflichten[355] treffen.[356] Der Privatrechtsgesetzgeber ist daher dazu berufen, die Schranken der Privatautonomie, zu denen insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung zählt, näher zu bestimmen. Wird einer Gruppe von Individuen aufgrund bestimmter Merkmale der Marktzugang systematisch verweigert oder lediglich zu schlechteren Konditionen als der Vergleichsgruppe ohne dieses Merkmal ermöglicht, ergibt sich die Notwendigkeit privatrechtlich wirkender Diskriminierungsverbote.[357]

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass Einschränkungen der formellen Vertragsfreiheit

349 *Neuner* in *Leible/Schlachter* 77ff.

350 *Picker*, JZ 2003, 544.

351 *Kepplinger* in *Neuwirth/Greif* 41; *Liebscher*, Erweiterte Horizonte: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und europäische Antidiskriminierungsrichtlinien, in *Foljanty/Lembke* (Hrsg), Feministische Rechtswissenschaft[2] (2012) 109 (121).

352 *Singer*, JZ 1995, 1137.

353 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 30; *Canaris* in FS Lerche 886,887.

354 *Canaris* in FS Lerche 889,890.

355 *Looschelders*, JZ 2012, 106.

356 Vgl *Neuner*, JZ 2003, 60.

357 *Neuner* in *Leible/Schlachter* 81; *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 536,537.

keineswegs eine unionsrechtliche Neuerfindung sind.[358] Sie finden sich auch in anderen Bereichen des Privatrechts, wie etwa dem Konsumentenschutz-, dem Miet-, dem AGB- sowie dem zwingenden Arbeitsrecht[359]. All diese Beschränkungen der Privatautonomie haben gemeinsam, dass sie sich auf die Vertragsinhaltsfreiheit beziehen. Da Diskriminierungsverbote allerdings vielfach auch einen Eingriff in die freie Wahl des Vertragspartners[360] darstellen, werden sie als intensivere Beschneidung empfunden[361].[362]

III.4. Die betroffenen Rechtspositionen

Die tangierten Rechtspositionen und Interessen betreffen auf der einen Seite die Privatautonomie des Diskriminierenden und auf der anderen Seite das Teilhabe- sowie das Integritätsinteresse des Diskriminierten.

Die Privatautonomie schützt ua die Freiheit des Einzelnen, zu diskriminieren und trägt damit einem wesentlichen Bedürfnis des Menschen, nämlich zu unterscheiden, sich dadurch hervorzuheben, abzugrenzen und Gruppen zu bilden, Rechnung. Die Vielfalt der Präferenzen ist nicht nur ein Kennzeichen einer pluralistischen Gesellschaft, sondern auch eine Anregung für den Markt. Diese Freiheit wird jedoch durch Diskriminierungsverbote, mit welchen auch eine Motivationskontrolle[363] einhergeht, eingeschränkt.[364]

Im Hinblick auf das Teilhabeinteresse der geschützten Person sollen Diskriminierungsverbote verhindern, dass Menschen (aktuell oder potentiell) vom Rechtsverkehr ausgeschlossen werden. Vielmehr soll ihnen der Zugang zu diesem ermöglicht werden.[365] In diesem Zusammenhang umfasst

358 Vgl *Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 1980, 1 (4), der darauf hinweist, dass Beschränkungen der Vertragsfreiheit, auch sehr weitgehende, schon immer vorhanden gewesen und in der heutigen Rechtsordnung in großem Umfang und vielfältigen Erscheinungsformen zu finden sind.

359 *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 (378).

360 *Britz* in *Enders et al* 357.

361 *Kietaibl*, Privatautonomie versus Gleichbehandlung, in *Rebhahn* (Hrsg), Grundrechte statt Arbeitsrecht? (2013) 55 (65).

362 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 23,36.

363 *Ladeur*, GLJ 2002/5, 1.

364 *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 45.

365 Auch die RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG sowie der RL-Vorschlag vom 2.7.2008 verfolgen das Ziel der gleichen Partizipationsmöglichkeiten aller Personen am Markt betreffend den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

die Privatautonomie allerdings nicht das Recht, mit einer bestimmten Person einen Vertrag abzuschließen.[366] Sofern jedoch die Teilnahme einer Gruppe am Rechtsverkehr systematisch beschränkt wird, ist nicht der einzelne Vertragsabschluss, sondern die Teilhabe am Rechtsverkehr insgesamt in Frage zu stellen.[367]

Aufseiten des Diskriminierten steht zudem ein weiteres, sehr bedeutsames Interesse, nämlich jenes der Achtung seiner Menschenwürde. Eine Herabwürdigung seiner Person aufgrund eines ihm anhaftenden Persönlichkeitsmerkmals ist daher von der Rechtsordnung nicht einfach hinzunehmen. Eine Vertragsverweigerung wegen eines individuellen persönlichen Merkmals stellt die äußerste Form der Herabwürdigung eines Menschen, sohin die Ablehnung seiner Gleichwertigkeit dar.[368]

III.5. Resümee

In der Literatur werden privatrechtlich wirkende Diskriminierungsverbote häufig sehr heftig kritisiert, weil viele Autoren der Meinung sind, das Grundprinzip der Privatautonomie sei unantastbar und dürfe keineswegs (noch weiter) beschnitten werden. Bei der Darlegung ihres Standpunktes argumentieren einige übertrieben bzw befürchten im Falle einer Ausweitung des Diskriminierungsschutzes ein Aufkommen unrealistischer rechtlicher Zustände. Auffällig ist zudem, dass die Privatautonomie in der vorliegenden Diskussion sehr stark im Fokus steht, während der Gesichtspunkt der Gleichheit nur wenig Beachtung findet.

Besonders im Jahr 2006 (und bereits davor), als in Deutschland Diskriminierungsverbote in das dAGG[369] aufgenommen wurden, die sich nicht nur auf die Arbeitswelt, sondern darüber hinaus auch auf den Bereich Güter und Dienstleistungen bezogen, wurde im deutschen Schrifttum massiver Widerstand gegen diese Vorgehensweise des deutschen Gesetzgebers geübt. So betrachtete etwa *Ladeur* in der Implementierung eines (erweiterten) Diskriminierungsschutzes in das deutsche Privatrecht einen „act of legal vandalism".[370] *Reichold* plädierte aufgrund der im Arbeitsrecht gemachten Erfahrungen für eine zurückhaltende Umsetzung der RLn 2000/43/EG und

366 *Britz* in *Enders et al* 362; Vgl *Bydlinski*, AcP 1980, 4.

367 *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 46,47; *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 536,537; *Neuner*, JZ 2003, 63.

368 *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 45,46.

369 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl I S 1897), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 3. April 2013 (BGBl I S 610) geändert worden ist dBGBl I 2013/610.

370 *Ladeur*, GLJ 2002/5, 1.

2004/113/EG[371] und *Braun* sah im in Rede stehenden Gesetzesvorhaben gar den Beginn eines neuen Totalitarismus, in dem es keine private, sondern nur noch eine öffentliche Moral[372] gebe[373]. Daran anknüpfend ahndete *Picker* eine moralverordnende Intervention in ursprüngliche Selbstbestimmung, welche den auf Individualfreiheit gegründeten Staat zu einem freiheitsverdrängenden Tugendstaat verwandeln könnte.[374]

Diese Ansichten sind mE teilweise viel zu überzogen und zeichnen nicht nachvollziehbare Horrorszenarien. Sofern zB von einem aufkommenden totalitären Staat gesprochen wird, der die (Vertrags-)Freiheit der Bürger weitgehend zurückdrängt und ihnen seine Moral aufzwängt, stellt sich für mich die Frage, ob manche Autoren nicht verstanden haben, welchen Sinn Diskriminierungsverbote haben. Die Intention des Gesetzgebers im Hinblick auf die Einführung eines Diskriminierungsschutzes ist es nicht, Privatpersonen ihr Recht auf Privatautonomie vollständig zu entziehen. Vielmehr verfolgen Diskriminierungsverbote im Wesentlichen zwei völlig andere Zielrichtungen, nämlich den Schutz vor Ausgrenzung und die Sicherung des Integritätsinteresses[375] konkret benachteiligter Gruppen. Während die erste Zielrichtung teilhaberechtlicher Natur ist, weist die zweite einen abwehrrechtlichen Charakter auf.[376]

Ein Diskriminierungsschutz im Bereich Güter und Dienstleistungen soll zudem nur in einem unbedingt notwendigen und sachlich gerechtfertigten Umfang gelten, obwohl faktische Anknüpfungspunkte für unsachliche Ungleichbehandlungen unbegrenzt vorhanden sind[377]. Zu denken ist beispielsweise an Diskriminierungen aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes, des Vermögens, des Bildungsstandes oder des familiären Hintergrundes. Historisch betrachtet haben sich jedoch konkrete Persönlichkeitsmerkmale herausgebildet, welche unter ethischen, sozialen sowie kulturellen Gesichtspunkten[378] als besonders verpönt bzw in hohem Maße

371 *Reichold*, JZ 2004, 384.

372 Zustimmend *Picker*, JZ 2003, 541; Ähnlich auch *Jestaedt*, Tagungsbericht: Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 6.-9. Oktober 2004 in Jena, JZ 2005, 345 (350), demzufolge die europäischen Diskriminierungsverbote eine „Verrechtlichung der Moral“ bzw eine „Moralisierung des Rechts“ verfolgen würden.

373 *Braun*, JuS 2002, 424.

374 *Picker*, JZ 2003, 540,541.

375 Ähnlich auch *Britz*, Tagungsbericht: Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 6.-9. Oktober 2004 in Jena, JZ 2005, 345 (350).

376 *Neuner*, JZ 2003, 61.

377 *Neuner*, JZ 2003, 62; Vgl auch *Thüsing*, Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht, ZfA 2001, 397 (414,415).

378 *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 49.

diskriminierungsrelevant und daher auch als äußerst schutzwürdig gelten.[379]

Wenn man sich daher vor Augen führt, dass Diskriminierungsverbote Trägern (lediglich) ganz bestimmter persönlicher Merkmale doch nur dazu verhelfen sollen, gleichberechtigt am Wirtschaftsleben teilzunehmen und sie vor unsachlichen Zurückweisungen und Demütigungen bewahren sollen, ist für mich nicht ersichtlich, inwiefern der „Beginn eines neuen Totalitarismus" zu erkennen ist. Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei den Diskriminierungsverboten in Bezug auf die Kriterien Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit im Bereich Güter und Dienstleistungen um klare EU-Vorgaben handelt. Der europäische Gesetzgeber hat sohin eine Abwägung zwischen den Grundprinzipien Privatautonomie und Diskriminierungsschutz bereits vorgenommen und sich mit der Erlassung der RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG eindeutig für Letzteres entschieden.

Wenn doch auch kritisch, jedoch weitaus gemäßigter äußerte sich *Neuner* zum vorliegenden Spannungsverhältnis. In Beantwortung der Frage nach einem sachlich gerechtfertigten Umfang privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes hat er einen Kriterienkatalog erarbeitet. Demnach befürwortet er – im Ergebnis – Diskriminierungsverbote aus teilhaberechtlicher Sicht lediglich im öffentlichen Bereich[380] im Hinblick auf nicht veränderbare Persönlichkeitsmerkmale. Hierzu seien die Kriterien Rasse bzw ethnische Herkunft, Geschlecht sowie Behinderung zu zählen. Im Gegensatz dazu bestehe bei den Eigenschaften Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung zwar theoretisch eine Veränderbarkeit, in der Regel liege jedoch faktisch bereits eine irreversible Prägung vor.[381] Zudem würden sie prinzipiell selbstbestimmt gewählt werden können und sich deshalb als allgemeine Handlungsmaxime potentiell eignen.[382]

Wie bereits erwähnt, stellt die Verhinderung von Ausgrenzung unbestritten eine zentrale Funktion

379 Siehe dazu bereits oben S 22.

380 Demgegenüber dürfe im privaten Bereich – mit einfachen Worten – immer diskriminiert werden. Dies deckt sich mit den Bestimmungen der RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG, wonach nur öffentlich stattfindende, also keine rein privaten Transaktionen vom Geltungsbereich der RLn umfasst sind, um den Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte zu wahren.

381 Diese Differenzierung zwischen veränderbaren und unveränderbaren Persönlichkeitsmerkmalen sei allerdings nur relevant, sofern es sich nicht um solche Ausnahmesituationen handle, in welchen aufgrund äußester Knappheit lebenswichtiger Güter und mangelnder Ausweichmöglichkeiten absolut keine Person, gleichgültig welches persönliche Kriterium sie aufweise, diskriminiert werden dürfe.

382 *Neuner*, JZ 2003, 61ff; *Neuner* in *Leible/Schlachter* 81,87f; Zustimmend *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 47ff; *Riesenhuber/Franck*, JZ 2004, 537; *Looschelders*, JZ 2012, 106.

europäischer Diskriminierungsverbote dar. Die mE jedoch noch bedeutendere Aufgabe des Diskriminierungsschutzes ist die Wahrung der Würde des Menschen.[383] [384] Ein solcher individualisierter Diskriminierungsschutz soll gewährleisten, dass kein Bürger aufgrund eines bestimmten, ihm anhaftenden Persönlichkeitsmerkmals von der Gesellschaft als Person missachtet und herabgewürdigt wird. Die Achtung der Menschenwürde kann es rechtfertigen, die Freiheit eines Privatrechtsakteurs zugunsten notwendiger Entfaltungsmöglichkeiten eines anderen Privatrechtsakteurs einzuschränken.[385]

Überdies ist darauf hinzuweisen, dass Diskriminierungsverbote nicht nur den unmittelbar betroffenen Personen, sondern auch der Allgemeinheit dienen. Eine Gesellschaft nämlich, die bestimmte Bevölkerungsgruppen ausgrenzt, führt soziale Unruhen herbei[386], weil sie Widerstand durch die Benachteiligten selbst sowie entsprechende Solidarität durch Dritte provoziert.[387]

Sofern mit einer diskriminierenden Handlung eine Verletzung der Menschenwürde einhergeht, entspricht es der Schutzpflicht des Staates, einer solchen Ungleichbehandlung auch mit den Mitteln des Privatrechts entgegenzutreten. Im Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit räumt die Vertragsfreiheit kein Recht zu Persönlichkeitsverletzungen ein[388].[389]

Der Geltungsbereich der RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG sowie des RL-Vorschlags vom 2.7.2008 erstreckt sich auf alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen. Ergänzend weist Art 3 RL 2004/113/EG darauf hin, dass diese RL für alle Personen gilt, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen. In diesem Zusammenhang gibt *Riesenhuber* unter Berufung auf *Salzwedel* zutreffend zu bedenken, dass die Zurückweisung einzelner potentieller Vertragspartner bei einem an die Öffentlichkeit gerichteten Angebot immer eine Herabwürdigung der Person

383 So auch *Looschelders*, JZ 2012, 106.

384 Der Schutz der Menschenwürde wird von der Europäischen Kommission auch im Vorschlag für die RL 2000/43/EG, KOM(1999) 566 endg 6, sowie im Vorschlag für die RL 2004/113/EG, KOM(2003) 657 endg 6, ansatzweise herangezogen.

385 *Neuner*, JZ 2003, 58; *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 48.

386 Ähnlich im Hinblick auf ethnische Diskriminierung auch *Bezzenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 1996, 395 (411,412).

387 *Neuner*, JZ 2003, 58,59.

388 *Lobinger*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote – Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in *Isensee* (Hrsg), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007) 99 (141).

389 *Looschelders*, JZ 2012, 106, 107.

darstellt. Bei einem solchen Verhalten ist auch der Gesichtspunkt des Selbstwiderspruchs zu beachten. Dieser ist darin zu erblicken, dass jemand zunächst ein öffentliches Angebot macht und somit seinen Kontrahierungswillen gegenüber jedermann bekundet, im Anschluss jedoch einzelne potentielle Vertragspartner willkürlich zurückweist. Im anfänglich ohne Ansehen der Person erfolgten Angebot und der nachträglich in Ansehnung der Person vorgenommenen Zurückweisung liegt die Herabwürdigung.[390]

Oftmals wird beanstandet, die europäischen Diskriminierungsverbote seien zu weit gefasst bzw würden sich auf zu viele Unterscheidungsmerkmale beziehen und daher die Privatautonomie in unverhältnismäßigem Maße einschränken. Die Persönlichkeitsmerkmale Geschlecht und ethnische Herkunft wurden jedoch vom europäischen Gesetzgeber zu Recht in den Schutzumfang der Diskriminierungsverbote einbezogen, da mit einer sexistisch und/oder rassistisch motivierten Benachteiligung der Mensch als solcher in grober Weise herabgewürdigt[391] wird. Man denke in diesem Zusammenhang beispielsweise an eine dunkelhäutige Frau, die genau wegen jener Eigenschaften, die sie „ausmachen", aufgrund derer sie sich definiert und die ihr angeboren sind, nämlich ihre dunkle Hautfarbe und ihr weibliches Geschlecht, schlechter gestellt wird. Mit einer solchen Schlechterstellung geht mE schlichtweg eines einher: Eine Herabwürdigung der Persönlichkeit und eine Verletzung der Würde bzw der Integrität dieser Frau. In Verbindung mit dem Umstand, dass es sich bei den beiden genannten Kriterien um unveränderbare, eben angeborene, persönliche Merkmale handelt, stellen die Diskriminierungsverbote der RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG jedenfalls keine überschießende Beschränkung der Vertragsfreiheit dar.

Anknüpfend an diese Feststellung steht allerdings die Frage im Raum, wie im Hinblick auf die übrigen verpönten Merkmale Behinderung, Alter, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung vorzugehen ist. Es liegt einerseits auf der Hand, dass ihre Eingliederung in den Schutzumfang die Privatautonomie noch weiter beschneiden würde. Andererseits dürfen jedoch die Folgen ihrer Nichteingliederung nicht außer Acht gelassen werden. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum nicht auch diskriminierende Handlungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die nicht aus rassistischen und/oder sexistischen Gründen, sondern etwa wegen der Religion oder der sexuellen Orientierung einer Person erfolgen, die Würde dieser Person

390 *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 52ff.

391 So auch *Looschelders*, JZ 2012, 106; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201 (235); *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 52; *Lobinger* in *Isensee* 142,143.

verletzen können. Findet die Menschenwürde beispielsweise bei einer Behinderung oder dem Alter einer Person ihre Grenzen?

Für die Frage der Aufnahme der in Rede stehenden persönlichen Eigenschaften in den Diskriminierungsschutz ist die Differenzierung zwischen deren Veränderbarkeit und Nichtveränderbarkeit jedenfalls nicht überzeugend. Nach der von *Neuner* vorgenommenen Einordnung[392] stellt nämlich auch das Kriterium der Behinderung – neben jenem des Geschlechts[393] und der ethnischen Zugehörigkeit – einen nicht beeinflussbaren Unterscheidungsgrund dar. In den Geltungsbereich (und damit einhergehend in den Diskriminierungsschutz) einer europäischen NichtdiskriminierungsRL hat dieses Merkmal allerdings bisher keinen Einzug gefunden. Dies ist jedoch nicht verständlich, wenn man bedenkt, dass eine Behinderung – sei sie angeboren oder im Laufe des Lebens schicksalhaft erfahren – ebenso ein nicht disponibles Persönlichkeitsmerkmal darstellt. Dasselbe wie im oben herangezogenen Beispiel einer diskriminierten dunkelhäutigen Frau muss daher auch für eine behinderte Person gelten. Wenn einer solchen Person gerade wegen ihrer geistigen oder körperlichen Behinderung beispielsweise der Zugang zu einem Restaurant verwehrt wird, bedeutet dies nichts anderes als eine Ablehnung und Herabwürdigung dieser Person als solche sowie eine Verletzung ihrer Würde. Im Lichte der Parallelen zwischen diesen beiden Fallbeispielen ist es nur schwer nachvollziehbar, warum der europäische RL-Geber zwischen den Unterscheidungskriterien Geschlecht und Ethnie einerseits und jenem der Behinderung andererseits differenziert. Es ist sohin – nicht zuletzt auch aus ethischen Gründen – unumgänglich, das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung in den Diskriminierungsschutz zu integrieren[394].

Dass das ebenfalls nicht disponible Kriterium des Alters für eine Implementierung in eine europäische NichtdiskriminierungsRL gleichermaßen relevant ist, zeigen zahlreiche Beispiele aus der Praxis. Insbesondere in Bezug auf Finanzdienstleistungen wird dieses Persönlichkeitsmerkmal häufig herangezogen, um Personen eines bestimmten Alters zu diskriminieren. An dieser Stelle sei wiederum an den eingangs erwähnten Fall eines Pensionisten in fortgeschrittenem Alter zu verweisen, welchem eine Kreditvergabe gerade aufgrund seines hohen Alters verweigert wird. MaW wird der Person in diesem Beispiel mitgeteilt, dass ihr Ableben vor der vollständigen Tilgung des Kredits eintreten werde. Eine solche Mitteilung ist nicht nur unangebracht, respekt- und pietätlos, sondern verletzt darüber hinaus ganz eindeutig die Würde der betroffenen Person.

392 *Neuner*, JZ 2003, 62.

393 Vom seltenen Sonderfall der Geschlechtsumwandlung wird im vorliegenden Zusammenhang abgesehen.

394 So auch *Neuner* in *Leible/Schlachter* 90,91.

Die übrigen Unterscheidungsgründe Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung sind nach *Neuner* theoretisch veränderbar, was grundsätzlich zutreffend ist. Seiner diesbezüglichen Argumentation, jene Merkmale würden prinzipiell selbstbestimmt gewählt werden können, ist jedoch lediglich hinsichtlich der Religion und der Weltanschauung zuzustimmen. Zwar liegt auch hier bereits eine irreversible Prägung (etwa durch die Familie) vor, diese ist mE allerdings bei der sexuellen Orientierung in viel tief greifenderem Ausmaß vorhanden. Niemand ist in der „Wahl" seiner sexuellen Ausrichtung wirklich frei. Meiner persönlichen Ansicht nach ist auch die sexuelle Identität eines Menschen in gewisser Weise angeboren.

Die Frage der (Un-)Veränderbarkeit eines verpönten Unterscheidungsgrundes kann mE ohnehin dahingestellt bleiben, weil nämlich auch Personen, die Träger eines disponiblen Persönlichkeitsmerkmals sind, ein Recht auf Achtung ihrer Menschenwürde haben. In diesem Zusammenhang stellt es sehr wohl eine Persönlichkeitsverletzung dar, wenn jemandem etwa die Buchung eines Hotelzimmers mit der Begründung seiner Homosexualität verwehrt wird. Auch die Persönlichkeit einer muslimischen Frau, der gerade wegen ihrer Religion die Anmietung einer Wohnung verweigert wird, wird durch ein solches Verhalten nicht weniger herabgewürdigt, nur weil ihre Religionszugehörigkeit (theoretisch) veränderbar ist.

Alle in diesem Kontext genannten Personen haben gemeinsam, dass sie aufgrund eines ihnen anhaftenden – veränderbaren oder unveränderbaren – persönlichen Merkmals als Menschen zweiter Klasse gegenüber jenen, die ein solches Merkmal nicht aufweisen, behandelt werden. Der große Unterschied liegt jedoch in dem Umstand, dass der einen Gruppe, welche aus Trägern unveränderbarer Kriterien besteht, ein rechtliches Mittel zur Seite gestellt wurde, um sich gegen Diskriminierungen zu Wehr zu setzen, der anderen Gruppe, bestehend aus Trägern beeinflussbarer Merkmale, hingegen nicht. Es wird sohin eine Hierarchisierung von Diskriminierungsopfern vorgenommen, welche in (europa-)rechtlicher Hinsicht durch die Erlassung der RLn 2000/43/EG und 2004/113/EG in Verbindung mit der Nichtumsetzung des RL-Vorschlags vom 2.7.2008 zum Ausdruck kommt. Dies bedeutet in weiterer Konsequenz, dass die Menschenwürde von Zugehörigen der ersten Gruppe zu achten ist, jene von Zugehörigen der zweiten Gruppe jedoch nicht. Deren Menschenwürde ist offenbar weniger schutzwürdig und in bloß geringerem Ausmaß zu beachten.

Es wird also behauptet, Benachteiligungen im Hinblick auf Ethnie und Geschlecht seien zwar unzulässig, doch könne dasselbe keinesfalls auch für Diskriminierungen aus anderen Gründen

gelten. Regelungen, welche darüber hinaus auch noch die Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität, des Glaubens, des Alters sowie einer Behinderung verbieten würden, würden schlichtweg zu weit gehen. Wenn nun Vermieter sich weigern, mit Menschen anderer Hautfarbe einen Mietvertrag abzuschließen, ist das Unrecht, doch wenn sie Behinderte ausgrenzen, ist das Recht auf ihrer Seite. Wenn Frauen bei Banken Kredite zu schlechteren Konditionen erhalten als Männer, ist das verpönt, doch wenn Kreditinstitute vorzugsweise bei junger Kundschaft mit Sonderkonditionen werben, soll ein solches Verhalten von der Vertragsfreiheit gedeckt sein.[395] Die Verweigerung des Zutritts zu einer Gaststätte für Männer und Frauen wegen ihres Geschlechts zieht Schadenersatzansprüche nach sich, die Verweigerung für Lesben und Schwule wegen ihrer sexuellen Orientierung bleibt demgegenüber gänzlich sanktionslos.[396] All diese Beispiele veranschaulichen die vom Recht selbst vorgenommene Ungleichbehandlung von Diskriminierungsopfern sehr deutlich. Wenn das Recht Unterschiede macht, indem es manche Persönlichkeitsmerkmale hervorhebt und unter Schutz stellt, andere hingegen vernachlässigt, trägt es zu Klassifizierung und Hierarchisierung bei.[397]

Die Kritiker des Nichtdiskriminierungsrechts verkennen, dass Diskriminierungsverbote die Privatautonomie nicht grenzenlos einschränken, sondern nur insofern, als bei der Vertragspartnerwahl nicht an ganz bestimmte Merkmale angeknüpft werden darf. Im Übrigen bleibt die subjektive Auswahlfreiheit unberührt.[398] Privatrechtssubjekte dürfen ihre Vertragspartner sohin ausschließlich nach objektiven und sachlichen Kriterien auswählen. Innerhalb sachlicher Grenzen sind sie jedoch in ihrer Entscheidung völlig frei.[399]

Für den Bereich des Mietrechts bedeutet dies, dass Vermieter zB Kriterien wie Zahlungsfähigkeit, den Umstand, ob potentielle Mieter Haustiere haben oder wie viele Personen in die Wohnung einziehen, für ihre Entscheidung heranziehen dürfen. Das Kriterium der Zahlungsfähigkeit wird wohl ausschlaggebend für die Vertragspartnerwahl sein. Zu diesem Zweck dürfen sich Vermieter etwa (aktuelle sowie vergangene) Gehaltsnachweise des derzeitigen (oder eines früheren) Arbeitgebers vorlegen lassen und Auskünfte von früheren Vermietern (beispielsweise hinsichtlich Zahlungsfähigkeit, Zahlungswilligkeit, Verhalten des Mieters) einholen.

395 *Baer*, ZRP 2002, 294.

396 *Schmölzer*, juridikum 2013, 166,167.

397 *Baer*, ZRP 2002, 294.

398 *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 45.

399 *Runggaldier* in FS Doralt 519.

In diesem Kontext wurde im Europäischen Parlament im Zuge der Diskussion hinsichtlich der Umsetzung des RL-Vorschlags vom 2.7.2008 von diversen Abgeordneten die versuchte Wohnungsanmietung durch politische Extremisten, etwa rechts- oder linksradikale Gruppierungen, (in Bezug auf das Diskriminierungsmerkmal der Weltanschauung) ins Treffen geführt. Nach Umsetzung des RL-Vorschlags seien Vermieter nicht mehr in der Lage, solche Geschäftsabschlüsse abzulehnen.[400] Zu diesem Argument ist anzumerken, dass kein Vermieter Personen, die sich im strafrechtlich relevanten Bereich betätigen, als Mieter dulden muss. Sofern Vermieter Angehörige radikaler Gruppierungen als Vertragspartner ablehnen, bewegen sie sich innerhalb sachlicher und legitimer Grenzen, da auch Diskriminierungsverbote nicht schrankenlos gelten können.

In Bezug auf Kreditgeschäfte wird sich die Bank wohl typischerweise allein für die Bonität des Kunden und nicht für dessen persönliche Merkmale (etwa Religion oder sexuelle Identität) interessieren. Problematisch bleibt allerdings das Alter, das in der Praxis nicht selten für die Entscheidung über die Gewährung bzw Nichtgewährung von Krediten relevant ist. Die damit verbundene Diskriminierung älterer Menschen stößt dabei auf berechtigte Kritik.[401]

Rechtsvergleichend darf der Umstand, dass ein umfassender privatrechtlicher Diskriminierungsschutz sowohl in den USA als auch in diversen MSen der EU bereits etabliert ist, nicht übersehen werden.[402] Im Vereinigten Königreich etwa verbieten der Sex Discriminiation Act 1975, der Race Relations Act 1976 sowie der Disability Discriminiation Act 1995 die Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Rasse und der Behinderung bei an die Öffentlichkeit gerichteten Angeboten. Generell haben Diskriminierungsverbote in MSen mit ethnisch diverser Bevölkerung, wie zB dem Vereinigten Königreich, den Niederlanden und Frankreich, bereits eine längere Tradition.[403]

Wie bereits erwähnt, ist in Deutschland ein einheitlicher Diskriminierungsschutz seit dem Jahr 2006 im dAGG verankert. Im Hinblick auf die Umsetzung der RLn 2000/43/EG und 2000/78/EG bis zum 19.7.2003 bzw 2.12.2003 legte die deutsche Bundesministerin für Justiz zunächst einen „Vorläufigen Diskussionsentwurf“ für die neuen §§ 319a-e dBGB[404] vor. Demnach durfte niemand aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der

400 Siehe dazu oben S 56,57.

401 *Looschelders*, JZ 2012, 108.

402 *Neuner*, JZ 2003, 57.

403 *Riesenhuber* in *Riesenhuber/Nishitani* 44,51.

404 Eingehend *Vennemann*, GLJ 2002/3, 3,4.

Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zB bei der Begründung, Beendigung oder Ausgestaltung von Verträgen, die öffentlich angeboten werden, unmittelbar oder mittelbar benachteiligt oder belästigt werden. Dieser Diskussionsentwurf führte zwar zu einem ähnlichen Regierungsentwurf, die Verabschiedung des Gesetzes durch eine rot-grüne Mehrheit ist jedoch aufgrund der vorzeitigen Auflösung des Bundestages im Herbst 2005 nicht zustande gekommen. Unter einer neuen Bundesregierung konnte letztlich eine nur geringfügig geänderte Neufassung in Form des dAGG am 14.8.2006 in Kraft treten[405].[406]

Ziel des dAGG ist gemäß § 1 die Verhinderung bzw Beseitigung von Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots bezieht sich einerseits auf diverse Formen von Beschäftigung, Beruf und Erwerbstätigkeit (§ 2 Abs 1 Z 1-4), andererseits auf die Bereiche Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, Bildung sowie den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich des Wohnraums (Z 5-8). Der Anwendungsbereich des dAGG ist somit beinahe ident mit dem in Art 3 enthaltenen sachlichen Geltungsbereichs der AntirassismusRL 2000/43/EG.

Während sich Abschnitt 2 (§§ 6-18) des dAGG ausschließlich der Gleichbehandlung in Bezug auf die Arbeitswelt widmet, beinhaltet Abschnitt 3 (§§ 19-21) im Allgemeinen den Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr, wozu auch der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zählen. Diskriminierungsverbote im Zivilrechtsverkehr gelten jedoch auch im deutschen Recht nicht uneingeschränkt. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ist nämlich nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung aufgrund eines geschützten Persönlichkeitsmerkmals ein sachlicher Grund vorliegt. Als sachliche Gründe nennt § 20 Abs 1 im Wesentlichen

- die Vermeidung von Gefahren und die Verhütung von Schäden,

- das Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit,

405 Eingehend zur Entstehungsgeschichte des dAGG *Glajcar*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung (2010) 19,20.

406 *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB[10] (2014) Rz 479a.

- die Gewährung besonderer Vorteile, wenn ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt sowie

- das Vorliegen von Anknüpfungspunkten im Hinblick auf die Religion einer Person, die Ausübung der Religionsfreiheit sowie das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften.

Deutschland hat also – trotz heftiger Kritik und massiven Widerstandes in der deutschen Literatur[407] – bereits im Jahr 2006 ein gesetzliches Levelling up vorgenommen und ist damit über europarechtliche Vorgaben hinausgegangen. Es ist sohin mit gutem Beispiel vorangegangen. Aus diesem Umstand kann geschlossen werden, dass Diskriminierungsverbote mit der Privatautonomie durchaus in Einklang gebracht werden können. Der europäische RL-Geber sollte daher „nachziehen", um einen umfassenden Diskriminierungsschutz und damit ein einheitliches Schutzniveau in allen MSen – so auch Österreich – herbeizuführen.

Es ist grundsätzlich zutreffend, dass das Recht, die eigenen Rechtsverhältnisse entsprechend dem eigenen Willen selbst zu gestalten, Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit ist. Aber das Recht, Rechtsverhältnisse zu gestalten, die Folgen für andere haben, unterliegt eben auch Schranken. Durch den Gebrauch individueller Freiheit dürfen Rechte anderer nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Der Vertragsfreiheit sind demnach Grenzen gesetzt, „Macht zur Selbstbestimmung" bedeutet nicht auch „Macht zur Fremdbestimmung".[408]

Diskriminierungsverbote im Bereich Beschäftigung und Beruf sind heutzutage allgemein anerkannt, es fehlt jedoch eine überzeugende Begründung, warum solche Verbote nicht auch für Vertragsverhältnisse außerhalb der Arbeitswelt gelten sollen.[409] Eine Hierarchisierung von Diskriminierungsopfern, wie sie derzeit vorherrschend ist, ist nicht weiter hinnehmbar, va auch im Hinblick auf den Umstand, dass sie mit einleuchtenden und schlüssigen Argumenten nicht zu rechtfertigen ist. Wie kann das Problem des fehlenden Rechtsschutzes für Angehörige der Merkmale Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung also gelöst werden? Die Beantwortung dieser Frage ist mE relativ simpel, wenn man bedenkt, dass ein entsprechendes Konzept auf europäischer Ebene bereits seit mehreren Jahren vorliegt. Bei diesem Konzept handelt es sich um den RL-Vorschlag der Europäischen Kommission vom 2.7.2008. Es ist

407 Siehe dazu bereits oben S 66,67.

408 *Baer*, ZRP 2002, 291.

409 *Baer*, ZRP 2002, 293.

dringend geboten und unerlässlich, diesen Vorschlag endlich umzusetzen und ein Levelling up zu erwirken, um dem Zustand der durch das europäische Recht selbst vorgenommenen Ungleichbehandlung diskriminierter Personen ein Ende zu setzen. Menschen, die Träger bestimmter Persönlichkeitsmerkmale sind, werden diskriminiert, weil sie sind, wie sie sind. Ihnen kein rechtliches Instrument zur Verteidigung und zum Schutz ihrer Menschenwürde in die Hand zu geben, wäre Unrecht.

Die Hierarchie der unterschiedlichen Schutzniveaus wird auch der Vielseitigkeit menschlicher Identitäten nicht gerecht. Im Bereich des Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen ist Mehrfachdiskriminierung nach wie vor nicht adäquat bekämpfbar. Von Bedeutung ist dies, wenn sich eine Person gerade am Schnittpunkt von Diskriminierungsgründen befindet, also beispielsweise eine Frau muslimischen Glaubens bei der Wohnungssuche diskriminiert wird. In einem solchen Fall kann sie sich nur auf das geschützte Merkmal des Geschlechts berufen. Die Ungleichbehandlung wegen ihrer Religion bleibt hingegen sanktionslos. Durch ein Levelling up könnte dieser Form der additiven bzw zusammengesetzten Diskriminierung wirksam entgegengetreten werden.[410]

Die geäußerten Bedenken hinsichtlich der Einschränkung der Privatautonomie sind zwar nachvollziehbar, da es sich bei der Vertragsfreiheit um ein zentrales und bedeutsames Grundprinzip handelt. Dennoch kann sie nicht – wie auch andere Grundsätze oder Grundrechte – ohne jegliche Begrenzung[411] zur Verfügung stehen[412]. Zudem darf sie nicht als „Allheilmittel“ verstanden bzw zur Rechtfertigung jeglichen Unrechts herangezogen werden. Nach meinem Verständnis stellt sie nämlich nicht, wie von vielen behauptet, das höchste und wichtigste Grundprinzip dar. Es gibt Rechtsgüter, die aus ethischen und moralischen Überlegungen höherwertiger zu gewichten sind, wie etwa die im vorliegenden Spannungsverhältnis tangierte Menschenwürde[413].

Ich glaube auch nicht, dass der Gesetzgeber mit der Erlassung von Diskriminierungsverboten das Ziel verfolgt, der Gesellschaft seine staatliche Moral aufzuzwingen. Ich würde es eher als „Handlungsanleitung zum richtigen Verhalten“ bezeichnen, da es anscheinend notwendig[414] ist, (auch) mit den Mitteln des Privatrechts einen Zustand von Gerechtigkeit – soweit als möglich –

410 *Schmölzer*, juridikum 2013, 168,169.

411 *Hager*, JZ 1994, 377.

412 *Perner/Zoppel* in *Trstenjak/Weingerl* 103; *Vennemann*, GLJ 2002/3, 2.

413 So auch *Winkler*, GLJ 2002/6, 2.

414 Ähnlich auch *Winkler*, GLJ 2002/6, 4.

herzustellen.

Sofern sich der europäische Gesetzgeber jemals dazu durchringen sollte, den RL-Vorschlag zu verabschieden, würde diese Vorgehensweise mE einen akzeptablen Mittelweg darstellen, der veranschaulicht, dass Freiheit und Gleichheit einander nicht (vollständig) ausschließen, sondern sehr wohl in Einklang zu bringen sind. Auf der einen Seite sollen Personen vor Benachteiligungen geschützt werden, die Träger von besonders „diskriminierungsanfälligen" Merkmalen sind. Auf der anderen Seite sollen sich die Diskriminierungsverbote aber nicht auf alle denkbar möglichen Unterscheidungsgründe beziehen, sondern lediglich auf sieben. Der Diskriminierungsschutz kann daher nicht als uferlos bezeichnet werden.

Meiner Ansicht nach wird der europäische Gesetzgeber früher oder später ein Levelling up vornehmen (müssen), wenn er den sich ständig verändernden gesellschaftlichen Anforderungen entsprechen will. Die Gesellschaft in der EU wird immer vielseitiger und „bunter", etwa im Hinblick auf religiöse Vielfalt, aber auch Homosexualität ist schon lange kein solches Tabu-Thema mehr, wie es dies noch vor wenigen Jahrzehnten war. Die europäische Gesellschaft wird zudem immer älter. Ich halte es daher für mehr als sinnvoll und unerlässlich, auf (aktuelle) gesellschaftliche Gegebenheiten angemessen zu reagieren und gerade die in Rede stehenden fünf (derzeit nicht geschützten) Unterscheidungsgründe unter Diskriminierungsschutz zu stellen. Darüber hinaus ist es nicht vorstellbar, dass die momentan vorherrschende Einteilung der Gesellschaft in zwei Klassen noch lange aufrechterhalten werden kann.

Gegen ein Levelling up wird oftmals vorgebracht, dass es einem grenzenlosen Diskriminierungsschutz Tür und Tor öffnen würde und es nur noch eine Frage der Zeit sei, bis viele weitere verpönte Merkmale folgen würden. Warum soll man also nicht gleich für eine Aufnahme jeglicher denkbar möglicher Unterscheidungsgründe, wie beispielsweise der Bildung oder der sozialen Herkunft, plädieren? Die Antwort liegt auf der Hand: Weil Eigenschaften wie Bildung oder soziale Herkunft (relativ unkompliziert) veränderbar sind und die betroffene Person auf sie einwirken kann. Bildung kann zB durch einen Schulabschluss oder ein Hochschulstudium, aber ebenso durch Wissbegierde und Belesenheit erhöht werden. Ein Schul- oder Universitätsabschluss ist jedoch keineswegs ein Garant für einen hohen Bildungsstand. Beim Kriterium der sozialen Herkunft verhält es sich ähnlich. Der soziale Hintergrund bzw die gesellschaftliche Stellung lässt sich zB durch Fleiß, Heirat, aber auch ganz banal durch einen Lottogewinn beeinflussen. Im Ergebnis spricht der Umstand der (mehr oder weniger) einfachen Veränderbarkeit persönlicher

Merkmale gegen eine Implementierung solcher Merkmale in den Diskriminierungsschutz.

Demgegenüber ist eine Einflussnahme auf die sexuelle Ausrichtung, eine Behinderung oder das Alter faktisch ausgeschlossen. An dieser Stelle könnte eingewendet werden, dass auch die Religion (etwa durch Konversion) mühelos gewechselt werden kann. Dies ist zwar zutreffend. Wie oben allerdings bereits festgestellt, liegt gerade bei der Glaubenszugehörigkeit oftmals eine irreversible (meist familiäre) Prägung vor. Hinzu kommt – und dieser Umstand ist mE von besonderer Bedeutung –, dass gerade religiös motivierte Diskriminierungen, nicht nur im (sozialen) Alltag, sondern auch im Wirtschaftsleben, va in Bezug auf Muslime, in der letzten Zeit immer häufiger in Erscheinung treten und auch die Hemmschwelle für derartige Diskriminierungen sinkt. Da sohin der Verdacht auf systematische, religiös motivierte Benachteiligungen (auch) im Bereich Güter und Dienstleistungen nahe liegt, ist diese Gruppe besonders schutzwürdig und ihre Einbeziehung in den Diskriminierungsschutz daher sachlich gerechtfertigt.

Würde man hingegen jede denkbar mögliche Eigenschaft, die eine Person von einer anderen unterscheidet, zB Leibesfülle, Aussehen oder Vermögen in den Diskriminierungsschutz implementieren, würde dies zweifellos die Privatautonomie in unerträglichem Maße beschneiden. In einem solchen Fall könnte tatsächlich vom Ende der Vertragsfreiheit gesprochen werden. Sofern sich die geschützten bzw zu schützenden Merkmale jedoch in Grenzen halten, sehe ich keine Schwierigkeit, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote in einem erträglichen und sinnvollen Maß in Einklang zu bringen.

Eine Ausweitung des Diskriminierungsschutzes auf die Kriterien Behinderung, Alter, sexuelle Identität, Religion und Weltanschauung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen würde die Vertragsfreiheit daher nicht in unverhältnismäßigem Umfang einschränken. In der vorliegenden Arbeit fällt somit die Interessenabwägung zugunsten des Prinzips der Nichtdiskriminierung aus, Gleichheit kommt vor Freiheit.

IV. Der Einfluss der Diskriminierungsverbote der GRC auf Privatrechtsverhältnisse

Im Rahmen des Themenbereichs „Drittwirkung europäischer Grundrechte“ stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß die Unionsgrundrechte der GRC für das privatrechtliche Handeln von Rechtssubjekten relevant sind. Die Union und die MSen sind verpflichtet, den in Art 21 Abs 1 und 23 GRC normierten Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu achten. Bindet dieser Grundsatz jedoch auch gleichermaßen Privatpersonen, wenn diese andere Privatpersonen diskriminieren?[415] Die Untersuchung des Einflusses der Diskriminierungsverbote der GRC auf Privatrechtsverhältnisse soll Gegenstand des vorliegenden Kapitels sein.

IV.1. Terminologie und Begrifflichkeit

IV.1.1. Drittwirkung:

Die Debatte um das Problem der Bindung Privater an die Grundrechte wird bereits seit Jahrzehnten sowohl auf nationaler[416] als auch auf europäischer[417] Ebene geführt und nahm ihren Ursprung in

415 *Perner*, Grundrechte-Charta 141.

416 ZB *Mayer*, Der „Rechtserzeugungszusammenhang“ und die sogenannte „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBl 1990, 768; *Mayer*, Nochmals zur sogenannten „Drittwirkung“ der Grundrechte, JBl 1992, 768; *Griller*, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1 und 109; *Griller*, Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private, JBl 1992, 205 und 289; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 117ff; *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741; *Griss*, Die Grundrechte in der zivilrechtlichen Rechtsprechung, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2005) 54.

417 ZB *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in *Bauer et al* (Hrsg), Umwelt, Wirtschaft und Recht (2002) 29; *Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé* (Hrsg), Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Volume I: A Comparative Overview, Volume II: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, 2010; *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, 696; *Walkila*, Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law (2016).

Deutschland[418].[419] Der Begriff der „Drittwirkung von Grundrechten“ beschreibt im Allgemeinen die Problematik, ob, in welchem Umfang und in welcher Weise Privatpersonen gegenüber anderen Privatpersonen an Grundrechte gebunden sein sollen oder ob diese nur Bedeutung für das Verhältnis zwischen dem Bürger und dem Staat haben (dh „staatsgerichtet“ sind)[420].[421] Es handelt sich also um die Frage der Geltung der Grundrechte (auch) im Verhältnis Privater untereinander.[422] Im Hinblick auf die Diskussion, welche Auswirkungen die Grundrechte auf die Pflichten von Privatrechtssubjekten haben, hat sich der Terminus „Drittwirkung“ herausgebildet. Mit „Dritten“ sind private Wirtschaftsteilnehmer gemeint, welche der Union und den MSen gegenübergestellt werden. Als Synonym für „Drittwirkung“ kann auch der Ausdruck „Horizontalwirkung“ verwendet werden.[423] Die Bezeichnungen „Dritt- und Horizontalwirkung“ meinen sohin dasselbe. Innerhalb des Begriffes „Drittwirkung“ kann eine weitere, sehr bedeutsame Unterscheidung vorgenommen werden, nämlich jene in unmittelbare und mittelbare Drittwirkung.

IV.1.1.1. Unmittelbare Drittwirkung:

Canaris erläutert den Terminus „unmittelbare Drittwirkung“ einleuchtend mit der Frage nach dem Adressaten der Grundrechte. Richten sich diese nicht nur gegen den Staat bzw die Union und deren Organe, sondern auch gegen (andere) Privatrechtssubjekte[424], spricht man von unmittelbarer Drittwirkung. Nach dieser Konzeption bedarf es keiner Transformation der Grundrechte ins Privatrecht. Vielmehr führen sie unmittelbar und ohne weiteres Hinzutun zu Eingriffsverboten im

418 ZB grundlegend *Dürig*, Grundrechte und Privatrechtsordnung, in *Maunz* (Hrsg), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky (1965) 157; *Canaris*, AcP 1984, 201; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999) 33ff; *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, 35 (43); *Hager*, JZ 1994, 373; *Hager*, Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law, *Grundmann* (Hrsg), Constitutional Values and European Contract Law (2008) 21; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 2001; Die deutsche Diskussion hatte auch internationalen Einfluss: Siehe zB *Markesinis*, Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany, LQR 115 (1999), 47; *Taylor*, The Horizontal Effect of Human Rights Provisions, The German Model and its Applicability to Common-Law Jurisdictions, KLJ 2002, 187.

419 *Perner*, Grundrechte-Charta 142; *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 95.

420 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1334.

421 *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung 127; *Berka*, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 222,223.

422 *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten (2011) 5,6.

423 *Perner*, Grundrechte-Charta 142.

424 So auch *Medicus*, AcP 1992, 43.

Privatrechtsverkehr und Abwehrrechten gegenüber anderen privatrechtlich handelnden Individuen.[425] Im englischsprachigen Schrifttum wird für diese Art der Drittwirkung der Begriff „direct horizontal effect“ verwendet.[426]

Bejaht man eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten, wären Privatrechtsakte, wie etwa Verträge oder einseitige Rechtsgeschäfte, die ein Grundrecht ohne Rechtfertigung verletzen, unwirksam.[427] Als Beispiel sei eine Person genannt, die ihre Vertragspartner ausschließlich oder überwiegend nach subjektiven Kriterien und damit gleichheitswidrig auswählt.[428] In einem solchen Fall hätten die betroffenen Diskriminierungsopfer die Möglichkeit, eine privatrechtliche Klage gegen die diskriminierende Person vor einem nationalen Gericht direkt – also ohne Dazwischentreten einfacher Gesetze[429] – auf ein Grundrecht zu stützen[430] und einen zivilrechtlichen Anspruch unmittelbar aus diesem abzuleiten[431].

Unmittelbare Drittwirkung entfalten beispielsweise die primärrechtlich verankerten grundrechtsähnlichen Diskriminierungsverbote des Art 157 Abs 1 und 2[432] sowie des Art 18 AEUV.[433] Während die erstgenannte Bestimmung den Grundsatz der Entgeltgleichheit bzw das subjektive Recht auf Leistung gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit[434] zum Inhalt hat, enthält letztere das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Der EuGH hat ex-Art 119 EWGV (heute Art 157 AEUV) bereits im Jahr 1976 unmittelbare Drittwirkung attestiert. In seiner Entscheidung *Defrenne II*[435] hat er nämlich ausgesprochen, dass das Verbot von Entgeltdiskriminierungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern nicht nur für die öffentlichen Behörden verbindlich ist, sondern sich auch auf alle Verträge zwischen Privatpersonen erstreckt. In der Rs *Ferlini*[436] wendete ein privates Krankenhaus

425 *Canaris*, Grundrechte 34; Dieser Definition folgend *Lengauer*, Drittwirkung 8.

426 *Trstenjak* in *Trstenjak/Weingerl* 8.

427 Für den Bereich der Grundfreiheiten *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht 102.

428 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1335.

429 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 97.

430 *Scholz*, Die Drittwirkung der gesellschaftspolitischen Diskriminierungsverbote der Europäischen Grundrechtecharta, in *Horvath et al* (Hrsg), Ungleichheit im aktuellen Diskurs (2013) 17 (27).

431 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 741.

432 Siehe zu Art 157 AEUV ausführlich bereits oben S 12ff.

433 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1336.

434 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 93.

435 EuGH 8.4.1976, 43/75, *Defrenne II/Belgien* Rz 39.

436 EuGH 3.10.2000, C-411/98, *Ferlini/Luxemburg*.

einem Beamten der EG gegenüber einseitig höhere Gebührensätze für bestimmte Gesundheitsleistungen als gegenüber Personen, die dem nationalen Sozialversicherungssystem angehörten, an. Der Gerichtshof erblickte in dieser Vorgehensweise einen Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach ex-Art 12 Abs 1 EGV (heute Art 18 Abs 1 AEUV).[437]

Zur Vermeidung von Missverständnissen und Unklarheiten ist darauf hinzuweisen, dass den Begriffspaaren „unmittelbare Drittwirkung" und „unmittelbare Geltung" der Grundrechte nicht dieselbe Bedeutung zukommt. „Unmittelbare Geltung" meint nämlich die unmittelbare Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die (Unions-)Grundrechte.[438] Diese bedürfen – im Gegensatz zu RLn – keiner Umsetzung in nationales Recht, sondern binden sowohl den Unionsgesetzgeber als auch die MSen bei der Durchführung von Unionsrecht.[439]

IV.1.1.2. Mittelbare Drittwirkung:

Die Frage der Bindung des Staates bzw der Union an die Grundrechte ist von der Frage, ob und inwieweit Private im Rahmen privatautonomer Rechtserzeugung an die Grundrechte gebunden sind, zu trennen.[440] In diesem Zusammenhang geht die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte – die englischsprachige Literatur spricht von „indirect horizontal effect"[441] – davon aus, dass diese nicht an Privatpersonen adressiert sind und privates Verhalten nicht am Maßstab der Grundrechte zu messen ist.[442] Die Grundrechte sind für privatrechtliche Akte jedoch keineswegs bedeutungslos, sondern erlangen für diese über den (Um-)Weg (mitglied-)staatlicher Schutzpflichten Relevanz.[443] In Erfüllung dieser Schutzpflichten haben die MSen die Grundrechte zum einen als an sie gerichtete Eingriffsverbote auch im Privatrechtsverkehr[444] zu beachten. Zum anderen verpflichten sie die MSen zur Ergreifung von Schutzmaßnahmen zur Gewährleistung der

437 *Perner*, Grundrechte-Charta 156.

438 *Lengauer*, Drittwirkung 7; *Canaris*, Grundrechte 35; *Canaris*, AcP 1984, 212; AA *Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 1998, 171 (231), demzufolge eine Bindung des Zivilrechtsgesetzgebers an die Grundrechte entfalle.

439 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 96; AA *Diederichsen*, AcP 1998, 234, wonach Grundrechtswerte zu ihrer Geltung im einfachen Recht einer Umsetzung bedürfen.

440 *Mayer*, JBl 1990, 770.

441 *Trstenjak* in *Trstenjak/Weingerl* 8.

442 *Canaris*, Grundrechte 36; *Perner*, Grundrechte-Charta 144.

443 *Canaris*, AcP 1984, 225ff; *Perner*, Grundrechte-Charta 145.

444 Ähnlich auch *Hager*, JZ 1994, 375.

Grundrechte. Unmittelbare Adressaten der Grundrechte sind nach dem Konzept der mittelbaren Drittwirkung jedenfalls ausschließlich die MSen sowie die Union.[445]

Die aus den Grundrechten resultierenden Schutzpflichten haben sowohl Auswirkungen auf den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber als auch auf die nationale Verwaltung[446] und Rechtsprechung und beeinflussen nicht nur das nationale Straf- und Verwaltungsrecht[447], sondern auch das Privatrecht. In diesem Sinne wirken die Grundrechte (im Rahmen mittelbarer Drittwirkung) insbesondere in privatrechtliche Generalklauseln[448] ein[449], welche von unionalen sowie mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten grundrechtskonform auszulegen[450] sind[451]. Ferner enthalten Grundrechte stets Wertentscheidungen und machen für die MSen deutlich, welche Werte zu schützen sind.[452]

Über die Schutzpflichten der MSen wird also eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht begründet, wobei die MSen dazu verpflichtet sind, (auch) ihr Privatrecht so zu gestalten, dass eine effektive Verwirklichung der Grundrechte sichergestellt ist. In diesem Kontext gibt *Riesenhuber* allerdings zu bedenken, dass eine bloß mittelbare Drittwirkung der Grundrechte das nationale Privatrecht schwächer beeinflusst als eine unmittelbare Drittwirkung. Letztere würde nämlich dazu führen, dass die Grundrechte als Verbotsgesetze für Verträge bzw Schutzgesetze für Jedermann im privatrechtlichen Rechtsverkehr anzusehen wären. Demgegenüber bedeutet eine mittelbare Drittwirkung lediglich, dass die MSen einem Untermaßverbot unterliegen, also ein Mindestmaß an Schutz zu gewährleisten haben[453].[454] Ein Staat wird seinen Schutzpflichten

445 *Canaris*, Grundrechte 37,38; Für den Bereich der Grundfreiheiten *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht 102,105.

446 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1330,1331.

447 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 740,742f.

448 Zu den Generalklauseln des Privatrechts zählen insbesondere die Bestimmungen über die guten Sitten gemäß § 138 Abs 1 dBGB bzw § 879 Abs 1 ABGB und jene über die Persönlichkeitsrechte gemäß § 16 ABGB.

449 *Perner*, Grundrechte-Charta 145; *Cremer* in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechteschutz § 1 Funktionen der Grundrechte (2014) Rz 160; *Armbrüster* in Münchener Kommentar zum BGB[7] I (2015) § 134 BGB Rz 34; *Rebhahn*, JRP 2012, 394.

450 Im Hinblick auf das nationale Recht *Canaris*, AcP 1984, 222,223; *Medicus*, AcP 1992, 43; *Hager*, JZ 1994, 374; *Perner/Zoppel* in *Trstenjak/Weingerl* 104.

451 *Trstenjak* in *Trstenjak/Weingerl* 8,11; *Scholz* in *Horvath et al* 27; Für den Bereich der Grundfreiheiten *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht 105.

452 *Wernsmann*, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, 224 (231).

453 *Canaris*, AcP 1984, 228,245; *Canaris*, Grundrechte 39.

454 Für den Bereich der Grundfreiheiten *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht 105.

grundsätzlich dadurch gerecht, dass er seinen Bürgern angemessene Rechtsbehelfe für den Fall einer Grundrechtsverletzung durch Private zur Verfügung stellt. Solche angemessenen Rechtsbehelfe können beispielsweise zivilrechtliche Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche, weiters jedoch auch strafrechtlich bewehrte Mittel sein.[455]

Im Falle mittelbarer Drittwirkung bildet in einem privaten Rechtsstreit nicht ein Grundrecht, sondern „bloß" eine einfachgesetzliche Norm des Privatrechts die Anspruchsgrundlage. Diese privatrechtliche Bestimmung darf jedoch den höherrangigen Grundrechten nicht widersprechen und muss im Einklang mit diesen interpretiert werden. Das einfache Gesetzesrecht steht sohin im Vordergrund, erst in einem zweiten Schritt richtet sich der Blick auf das Verfassungsrecht[456]. Im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung kommt die Eigenwertigkeit des Privatrechtsgesetzgebers und die Eigenständigkeit des Privatrechts[457] daher in viel deutlicherem Ausmaß zur Geltung.[458]

Letztlich darf nicht übersehen werden, dass die mittelbare und die unmittelbare Drittwirkung eine bedeutende Gemeinsamkeit im Hinblick auf den Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht aufweisen. In beiden Fällen kommt nämlich den europäischen Grundrechten jedenfalls Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht zu. Sofern sohin das einfache Gesetz dem höherrangigen Recht entgegensteht, setzt sich letzteres durch[459].[460]

IV.1.1.3. Exkurs: Fiskalgeltung der Grundrechte:

Unter „Fiskalgeltung" versteht man die Bindung des Staates[461] als Träger von Privatrechten („Fiskus") an die Grundrechte.[462] Ein Staat kann nicht nur hoheitlich tätig sein, sondern ebenso am Privatrechtsverkehr teilnehmen. In einem solchen Fall spricht man von „Privatwirtschaftsverwaltung". Dabei kann sich der Staat grundsätzlich aller Rechtsformen des

455 *Perner*, Grundrechte-Charta 145.

456 Ähnlich auch *Trstenjak* in *Trstenjak/Weingerl* 9.

457 *Canaris*, Grundrechte 45.

458 *Perner*, Grundrechte-Charta 164,181; *Perner/Zoppel* in *Trstenjak/Weingerl* 104.

459 Dies wird etwa am Beispiel der Rs *Test-Achats* deutlich: Die sekundärrechtliche Bestimmung des Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG verstieß gegen die primärrechtlichen Vorgaben der Art 21 Abs 1 und 23 GRC und wurde deshalb vom EuGH aufgehoben.

460 *Perner*, Grundrechte-Charta 162.

461 Dazu zählen va die Gebietskörperschaften, Selbstverwaltungskörper und andere selbständige Rechtsträger, die öffentliche Aufgaben besorgen.

462 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 737.

Privatrechts bedienen, zB Verträge abschließen, Betriebe und Unternehmen führen etc, und unterliegt – wie Privatpersonen – den jeweiligen, auf solche Tätigkeiten bezogenen gesetzlichen Vorschriften.[463]

Eine Bindung des privatwirtschaftlich agierenden Staates an die Grundrechte wird in Österreich heute im Wesentlichen einhellig bejaht, wenn der Staat in privatrechtsförmiger Weise typisch staatliche, also öffentliche Aufgaben besorgt.[464] Von besonderer Bedeutung ist dies va im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Aus der Pflicht zur Gleichbehandlung resultiert nämlich ein Kontrahierungszwang für Gebietskörperschaften einschließlich öffentlicher Unternehmen, die bestimmte Güter und Leistungen anbieten, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um lebensnotwendige Güter und Leistungen handelt.[465] Das Bestehen einer Monopolstellung des Staates ist in solchen Fällen sohin nicht erforderlich.[466] Die Durchsetzung von Grundrechten gegenüber dem Fiskus fällt in Österreich in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.[467]

IV.2. Der Anwendungsbereich der GRC

IV.2.1. Die Grundrechtsadressaten:

IV.2.1.1. Die Europäische Union:

Art 51 GRC, der den Anwendungsbereich der Charta zum Inhalt hat, nennt in seinem Art 1 Satz 1 zunächst explizit die EU als juristische Person[468] sowie deren Organe und Einrichtungen als Verpflichtete der Grundrechte bzw deren Adressaten. Daneben verpflichtet die Charta auch die

463 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 238, FN 1.

464 ZB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 737; *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 23,24; *Berka*, Art 7 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2001) 65.

465 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1351; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 26; *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 66,67; ZB OGH 19.12.2013, 3 Ob 70/13k; 30.11.1993, 4 Ob 146/93; 28.3.1979, 3 Ob 522/78.

466 OGH 11.10.2012, 16 Ok 1/12.

467 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 737f,800; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 567,1337.

468 Siehe Art 47 EUV, wonach die Union Rechtspersönlichkeit besitzt.

„sonstigen Stellen der Union“[469]. Mit Blick auf Art 13 Abs 1 EUV zählen zu den Organen der EU das Europäische Parlament, der Europäische Rat, der Rat, die Europäische Kommission, der EuGH, die Europäische Zentralbank sowie der Rechnungshof. Darüber hinaus sind auch die Nebenorgane, wie etwa der Wirtschafts- und Sozialausschuss, der Ausschuss der Regionen sowie die Europäische Investitionsbank[470], ferner die Grenzschutzagentur *Frontex*, das Amt für Korruptionsbekämpfung *Olaf* sowie weitere, durch die Verträge selbst oder das Sekundärrecht geschaffene Organisationseinheiten[471] an die Unionsgrundrechte gebunden.[472]

Eine Bindung der Union sowie ihrer Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen an die GRC besteht bei sämtlichen Tätigkeitsfeldern und Aktivitäten. Damit es in der gesamten Union keinen grundrechtsfreien Raum gibt, sind alle hoheitlichen Akte der Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung einer umfassenden Grundrechtsbindung unterworfen. Darüber hinaus besteht eine solche Bindung selbst dann, wenn die EU privatwirtschaftlich agiert.[473] Hiermit soll verhindert werden, dass sich die Union durch eine privatrechtliche Gestaltung von Rechtsbeziehungen ihrer Grundrechtsbindung entzieht.[474]

IV.2.1.2. Die Mitgliedstaaten:

Ebenso wie die EU selbst, sind auch die MSen an die in der Charta verankerten Grundrechte gebunden, jedoch *„ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“*. Diese zentrale Bestimmung des Art 51 Abs 1 Satz 1 GRC bedeutet zunächst, dass ein unionsrechtlicher Anknüpfungspunkt vorliegen muss, durch den der konkrete Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts und damit einhergehend auch in den Anwendungsbereich der GRC gelangt.[475]

Im Hinblick auf die (Reichweite der) Bindung der MSen an die in der GRC enthaltenen Grundrechte hat der EuGH zwei Fallkonstellationen entwickelt:

469 *Frenz*, Handbuch Europarecht IV (2009) Rz 213.

470 *Frenz*, Handbuch Europarecht IV Rz 214.

471 *Streinz/Michl* in *Streinz*, EUV/AEUV[2] (2012) Art 51 GRC Rz 3.

472 *Schorkopf* in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechteschutz § 3 Grundrechtsverpflichtete (2014) Rz 12,13.

473 *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) Art 51 Rz 12; *Jarass*, GRC[3] Art 51 Rz 14; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] (2016) Art 51 GRC Rz 5.

474 *Borowsky* in *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union[4] (2014) Art 51 Rz 16.

475 *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 17; So auch EuGH 26.2.2013 (GK), C-617/10, *Åkerberg Fransson/Schweden* Rz 21.

1. Die erste – weitgehend unbestrittene[476] – Fallgruppe geht auf die Rs *Wachauf*[477] aus dem Jahr 1989 zurück, in welcher der Gerichtshof erstmals eine Grundrechtsverpflichtung der MSen klargestellt hat. Sofern die MSen ihre (nationalen) Staatsorgane und Behörden in den Dienst des Rechts der EU stellen und dieses den Bürgern gegenüber vollziehen, sind sie den Unionsgrundrechten verpflichtet.[478] Mit einfachen Worten setzt eine Bindung der MSen an die GRC somit erstens das Vorhandensein von Unionsrecht und zweitens dessen Durchführung durch die MSen voraus.[479] Diese Konstellation, in der mitgliedstaatliche Organe quasi als verlängerter Arm der EU[480] agieren und damit eine Grundrechtsbindung auslösen, wird in der Literatur[481] als sog „Agency Situation" bezeichnet.[482]

2. Die zweite Fallgestaltung beruht auf der Judikatur in der Rs *ERT*[483]. In dieser sprach der EuGH aus, dass die MSen auch bei der Einschränkung von Grundfreiheiten, also wenn diese durch nationale Maßnahmen zum Schutz bestimmter Rechtsgüter beschränkt werden, an die Unionsgrundrechte gebunden sind.[484] Hierbei dienen die Unionsgrundrechte als „Schranken-Schranken" für die Grundfreiheiten.[485] Das *ERT*-Urteil wurde in der Literatur kontrovers[486]

476 *Borowsky* in *Meyer*, GRC[4] Art 51 Rz 24; *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 18; *Frenz*, Handbuch Europarecht IV Rz 222ff; *Terhechte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht[7] (2015) Art 51 Rz 10.

477 EuGH 13.7.1989, C-5/88, *Wachauf/Deutschland*.

478 EuGH 13.7.1989, C-5/88, *Wachauf/Deutschland* Rz 19.

479 *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 51 GRC Rz 8.

480 *Jürgensen/Schlünder*, EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 1996, 200 (212).

481 ZB *Weiler/Lockhart*, „Taking Rights seriously" seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I, CMLRev 32 (1995), 51 (72,73); *Weiler*, The Constitution of Europe (1999) 120; *Frenz*, Handbuch Europarecht IV Rz 226; *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006) 121,126; *Kühling*, Grundrechte, in *von Bogdandy/Bast* (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht[2] (2009) 657 (680).

482 *Schorkopf* in *Grabenwarter*, § 3 Rz 18,19; *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 18; *Borowsky* in *Meyer*, GRC[4] Art 51 Rz 24.

483 EuGH 18.6.1991, C-260/89, *ERT/Griechenland*.

484 EuGH 18.6.1991, C-260/89, *ERT/Griechenland* Rz 43; *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 19.

485 *Borowsky* in *Meyer*, GRC[4] Art 51 Rz 24; *Terhechte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht[7] Art 51 Rz 10; *Streinz/Michl* in *Streinz*, EUV/AEUV[2] Art 51 GRC Rz 13.

486 ZB *Borowsky* in *Meyer*, GRC[4] Art 51 Rz 29ff; *Jarass*, GRC[3] Art 51 Rz 24; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 51 GRC Rz 19,20; *Schorkopf* in *Grabenwarter*, § 3 Rz 27; *Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162 (182ff); *Huber*, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 2008, 190; *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als

diskutiert – teilweise wurde die Ansicht vertreten, der EuGH habe den Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte in Bezug auf innerstaatliche Maßnahmen zu weit ausgelegt.[487] Zudem wurde bezweifelt, dass diese weite Auslegung des Gerichtshofes, wonach die MSen „im Anwendungsbereich des Unionsrechts" an die europäischen Grundrechte gebunden seien, mit dem ausdrücklichen Wortlaut von Art 51 Art 1 Satz 1 GRC, der von „Durchführung des Unionsrechts" spricht[488], in Einklang zu bringen sei.[489]

Ein Beispiel für das Zusammenwirken von Grundfreiheiten und Grundrechten[490] mit österreichischer Beteiligung stellt die Rs *Schmidberger*[491] dar. In dieser errichtete ein Umweltschutzverein eine ca 30 Stunden andauernde Straßenblockade auf der Brenner-Autobahn zwischen Österreich und Italien und machte dadurch von seinem Demonstrationsrecht Gebrauch. Die Demonstration wurde von den österreichischen Behörden stillschweigend genehmigt. Da die Autobahn für den angegebenen Zeitraum nicht befahrbar war, sah sich das internationale Transportunternehmen *Schmidberger* mit Sitz in Deutschland, welches hauptsächlich Transporte zwischen Italien und Deutschland durchführte, in seiner Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigt. Der EuGH hat das Grundrecht auf Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit direkt mit der Grundfreiheit auf freien Warenverkehr abgewogen und ist zum Ergebnis gelangt, dass eine Versammlung, „mit der Bürger ihre Grundrechte ausüben und bei der sie eine ihnen im öffentlichen Leben wichtig erscheinende Meinung äußern", eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen kann.[492]

Eine Weiterentwicklung dieser Judikatur steht im Zusammenhang mit der Entfaltung der Unionsbürgerschaft[493]. Mitgliedstaatliches Handeln ist auch dann am Maßstab der

Kompetenzproblem, EuR 2003, 1013 (1025ff).

487 *Wegner*, Die „Fransson"-Entscheidung des EuGH – Eine Erschütterung im System der europäischen Grundrechte? HRRS 2013, 126 (127).

488 Ähnlich auch *Franzius*, Grundrechtsschutz in Europa – Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte, ZaöRV 2015, 383 (386,387).

489 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 111.

490 Siehe zur Thematik der Überschneidung von Grundrechten und Grundfreiheiten in der Judikatur des EuGH *Trstenjak/Beysen*, The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU, European Law Review 2013, 293.

491 EuGH 12.6.2003, C-112/00, *Schmidberger/Österreich*.

492 EuGH 12.6.2003, C-112/00, *Schmidberger/Österreich* Rz 74,86.

493 *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 19; Ähnlich im weiteren Sinne auch *Toggenburg*, Die „falsche" Fürstin: Zum grenzüberschreitenden Verkehr von Adelstiteln vor dem Hintergrund der

Unionsgrundrechte zu messen, wenn der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts von Unionsbürgern (Art 21 AEUV) fällt.[494] Dies verdeutlicht die (wiederum österreichische[495]) Rs *Sayn-Wittgenstein*[496]. Der Sachverhalt bezog sich auf eine in Deutschland lebende österreichische Staatsangehörige, die im Jahr 1991 nach ihrer Adoption durch einen deutschen Staatsangehörigen dessen Nachnamen samt Adelstitel erhielt. Dieser Nachname wurde im österreichischen Geburtenbuch eingetragen. Weiters wurden in Österreich und in Deutschland diverse Dokumente auf jenen Namen ausgestellt und ein Unternehmen in Deutschland gegründet. In Österreich ist jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen[497] kein Staatsangehöriger zur Führung eines Nachnamens, der einen Adelstitel enthält, berechtigt. Im Anschluss an ein Erkenntnis[498] des VfGH im Jahr 2003 in einem sehr ähnlichen Fall wurde der in Rede stehende Nachname daher im österreichischen Geburtenbuch dahingehend berichtigt, dass der Adelstitel entfallen ist. Der EuGH sprach aus, dass eine Beeinträchtigung des Rechts der Unionsbürger auf Freizügigkeit und freien Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, wozu das AdelsaufhG zählt, gerechtfertigt sein kann.[499] Auf die GRC nahm er dabei nur am Rande Bezug[500], indem er darauf hinwies, dass der Name einer Person vom Schutzumfang des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 7 GRC (und Art 8 EMRK[501]) umfasst ist.[502] Die Rs *Sayn-Wittgenstein* zeigt, dass der Gerichtshof nicht nur die Grundfreiheiten, sondern auch die Unionsbürgerschaft als Anknüpfungspunkt für eine Grundrechtsverpflichtung der MSen heranzieht, obwohl diese – wie im konkreten Fall – Unionsrecht weder umsetzen noch vollziehen. Sofern also die sich aus der Unionsbürgerschaft ergebende Freizügigkeit durch nationale Regelungen beschränkt wird, ist der Anwendungsbereich der GRC eröffnet.[503] Eine umfangreiche Prüfung der die Grundfreiheit (Freizügigkeit und freier Aufenthalt in den MSen) einschränkenden mitgliedstaatlichen Regelung

---

Unionsbürgerschaft, European Law Reporter 2011, 74 (80).

494 *Schorkopf* in *Grabenwarter*, § 3 Rz 24.

495 Siehe das Ausgangsverfahren VwGH 18.5.2009, 2008/17/0191 und 28.2.2011, 2010/17/0278.

496 EuGH 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein/Österreich*.

497 Hierbei handelt es sich um das AdelsaufhG, StGBl 1919/211, welches seit Inkrafttreten des B-VG im Jahr 1920 im Verfassungsrang steht.

498 VfGH 27.11.2003, B 557/03.

499 EuGH 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein/Österreich* Rz 90; Vgl auch *Kroll-Ludwigs*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-208/09 – Sayn-Wittgenstein, GPR 2011, 242 (244).

500 Ähnlich auch *Obwexer*, Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft, Jahrbuch Europarecht 2011, 69 (88).

501 So auch *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK Art 8 (1992) Rz 178.

502 EuGH 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein/Österreich* Rz 52.

503 *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 26; *Schorkopf* in *Grabenwarter*, § 3 Rz 24.

am Maßstab der Grundrechte ist allerdings nicht erfolgt.[504] Demgegenüber hat der EuGH in anderen Rsn, wie etwa *Grunkin und Paul*[505] sowie *Runevič-Vardyn und Wardyn*[506], eine solche Prüfung vorgenommen.

Um die Diskussion um den Anwendungsbereich der GRC in Bezug auf das Handeln der MSen etwas zu entschärfen, hat der Gerichtshof in der Rs *Åkerberg Fransson*[507] klargestellt, dass die Bestimmung des Art 51 Abs 1 GRC mit seiner bisherigen Rechtsprechung im Einklang steht. Die Sichtweise des Gerichtshofs werde auch durch die Erläuterungen[508] zu Art 51 GRC bestätigt. Demnach gelte die Verpflichtung zur Einhaltung der Unionsgrundrechte für die MSen nur dann, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln.[509] Aus der Rechtsprechungslinie des EuGH ist sohin ersichtlich, dass er, entsprechend seiner *ERT*-Judikatur, von einem weiten Verständnis[510] der Grundrechtsbindung der MSen ausgeht. Dies steht auch im Einklang mit den Erläuterungen zu Art 51 GRC, welche ausdrücklich das *ERT*-Urteil erwähnen.[511]

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die MSen immer dann an die Unionsgrundrechte gebunden sind, wenn sie Unionsrecht mittelbar oder unmittelbar durchführen. Während zur mittelbaren Durchführung zB die Umsetzung von RLn zählt, kann unter die unmittelbare Durchführung etwa die Anwendung von VOen subsumiert werden.[512] Weiters sind die europäischen Grundrechte bei der Auslegung von Unionsrecht durch mitgliedstaatliche Behörden zu beachten.[513] Darüber hinaus besteht eine Grundrechtsbindung der MSen auch dann, wenn sie durch nationale Maßnahmen Grundfreiheiten beschränken.

---

504 *Toggenburg*, European Law Reporter 2011, 80; Ähnlich auch *Kröll*, Der EuGH als „Hüter" des republikanischen Grundprinzips der österreichischen Bundesverfassung? Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 313 (322,329).

505 EuGH 14.10.2008 (GK), C-353/06, *Grunkin und Paul/Deutschland*.

506 EuGH 12.5.2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn und Wardyn/Litauen*.

507 EuGH 26.2.2013 (GK), C-617/10, *Åkerberg Fransson/Schweden*.

508 ABl C 2007/303, 17 (32).

509 EuGH 26.2.2013 (GK), C-617/10, *Åkerberg Fransson/Schweden* Rz 17ff.

510 *Terhechte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht[7] Art 51 Rz 10.

511 So auch *Jarass*, GRC[3] Art 51 Rz 24; *Cremer* in *Grabenwarter*, § 1 Rz 147; Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* 5.4.2011, C-108/10, *Scattolon/Italien* Rz 116ff; AA *Borowsky* in *Meyer*, GRC[4] Art 51 Rz 29ff; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 51 GRC Rz 19,20; *Nusser*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte (2011) 56.

512 *Schorkopf* in *Grabenwarter*, § 3 Rz 19.

513 *Terhechte* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht[7] Art 51 Rz 10.

IV.2.2. Privatpersonen als Adressaten europäischer Grundrechte? – Drittwirkung der in der GRC verankerten Grundrechte:

Die Frage der Wirkung europäischer Grundrechte im Verhältnis Privater untereinander wird in der Lehre nicht einheitlich beantwortet. Die überwiegende Mehrheit[514] lehnt eine unmittelbare Drittwirkung der in der Charta verbürgten Grundrechte zwar ab, eine Mindermeinung[515] spricht sich jedoch dafür aus. Im Schrifttum werden insbesondere folgende zwei Argumente gegen eine unmittelbare Drittwirkung europäischer Grundrechte vorgebracht:

1. Das am häufigsten ins Treffen geführte Hauptargument für eine Ablehnung unmittelbarer Drittwirkung bezieht sich auf den klaren Wortlaut von Art 51 Abs 1 Satz 1 GRC, welcher ausdrücklich nur die Union sowie die MSen als Grundrechtsadressaten nennt. E contrario scheiden Privatpersonen aus dem Kreis der Verpflichteten aus.[516]

514 ZB Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* 8.9.2011, C-282/10, *Dominguez/Frankreich* Rz 83; *Cremer* in *Grabenwarter*, § 1 Rz 159,160; *Jarass*, GRC[3] Art 51 Rz 37; *Borowsky* in *Meyer*, GRC[4] Art 51 Rz 31; *Schorkopf* in *Grabenwarter*, § 3 Rz 33; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 51 GRC Rz 21; *Frenz*, Handbuch Europarecht IV Rz 280; *Perner*, Grundrechte-Charta 157; *Herresthal*, Grundrechtecharta und Privatrecht, ZEuP 2014, 238 (254); *De Mol*, Kücükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law, European Constitutional Law Review 2010, 293 (302); *Schiek*, Constitutional Principles and Horizontal Effect: Kücükdeveci Revisited, European Labour Law Journal, 2010, 368 (373); *Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230 (249); *Pech*, Between judicial minimalism and avoidance: the Court of Justice's sidestepping of fundamental constitutional issues in *Römer* and *Dominguez*, CMLRev 49 (2012), 1841 (1877,1878).

515 ZB Schlussanträge des Generalanwalts *Cruz Villalón* 18.7.2013, C-176/12, *Association de médiation sociale/Frankreich* Rz 28ff; Für eine differenzierte Betrachtung *von Danwitz* in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechteschutz § 6 Gerichtlicher Schutz der Grundrechte (2014) Rz 61ff.

516 ZB *Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385 (2389); *Frenz*, Handbuch Europarecht IV Rz 280; *Perner*, Grundrechte-Charta 157; *Herresthal*, ZEuP 2014, 254; *Schorkopf* in *Grabenwarter*, § 3 Rz 33; *Cremer* in *Grabenwarter*, § 1 Rz 159; *Rebhahn*, JRP 2012, 395; *Slezak*, Europarechtliche Grundlagen des Verbots der Altersdiskriminierung, RdW 2010, 679 (681); Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* 8.9.2011, C-282/10, *Dominguez/Frankreich* Rz 80,83; Nach Ansicht von Generalanwältin *Trstenjak* spricht jedoch ein weiteres Argument gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Charta-Grundrechte: Privatpersonen können nämlich dem in Art 52 Abs 1 GRC vorgesehenen Gesetzesvorbehalt nicht genügen. Eine solche rechtsstaatliche Anforderung für Eingriffe in Grundrechte kann sich naturgemäß nur an die Union und ihre MSen als Träger von Hoheitsgewalt richten. Demgegenüber können Privatpersonen allenfalls mittelbar durch Regelungen zur Umsetzung der Schutzpflicht gebunden werden; Dieser Ansicht zustimmend *Jarass*, GRC[3] Art 51 Rz 37.

2. Darüber hinaus wird gegen eine unmittelbare Drittwirkung gelegentlich auch die EMRK herangezogen. *Kingreen* bezeichnet diese als „wichtigste Erkenntnisquelle“[517], *Huber* als „inhaltliches Rückgrat“[518] der GRC. Auch die Rechte der EMRK entfalten lediglich mittelbare Drittwirkung.[519]

IV.3. Resümee

Die Ausgangsfrage zu Beginn des vorliegenden Kapitels bezog sich auf den Einfluss bzw die Art und Reichweite des Einflusses der Diskriminierungsverbote der GRC auf Privatrechtsverhältnisse. Wie sieht dieser Einfluss also aus? Bei der Beantwortung dieser Frage lohnt sich zunächst ein kurzer Blick auf die Entwicklung des Grundrechteschutzes in der EU.[520] Die Unionsgrundrechte haben sich ua aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der MSen, auf welche auch in der Präambel der GRC Bezug genommen wird, herausgebildet.[521] Die europäischen sind quasi aus den nationalen Grundrechten entstanden.[522] Doch was waren die ursprünglichen Intentionen der nationalen Grundrechte? Die primäre und historisch zuerst vorhandene Funktion der Grundrechte war zweifellos der Schutz des Einzelnen vor staatlicher Übermacht.[523] Dabei sollten die Grundrechte den Bürgern einen von staatlicher Einflussnahme freien Raum zur persönlichen Entfaltung sichern. Diese Sichtweise hat sich jedoch allmählich dahingehend verändert, dass sich die Grundrechte nicht mehr nur allein auf diese staatsgerichtete Abwehrfunktion beschränken lassen. Vielmehr entspricht es mittlerweile gefestigter Ansicht, dass den Grundrechten auch im Verhältnis zwischen Privaten untereinander eine Schutzfunktion zukommt.[524]

Diese Entwicklung zu einer Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr hat sich in Europa im Laufe des 20. Jahrhunderts nicht nur in den nationalen Rechtsordnungen, sondern damit einhergehend auch in der europäischen Grundrechtsordnung vollzogen. Seinen Anfang nahm dieser

517 *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 51 GRC Rz 21.

518 *Huber*, NJW 2011, 2389,2390.

519 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK[6] § 19 Rz 8; *Herresthal*, ZEuP 2014, 254; *Pech*, CMLRev 49 (2012), 1878,1879; *Rebhahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 2010, 489 (499), der darauf hinweist, dass der EGMR Privatpersonen grundsätzlich nicht als Adressaten der EMRK betrachtet.

520 Siehe zur rechtlichen Gleichrangigkeit von EUV, AEUV, GRC und EMRK bereits oben S 5,6.

521 *Cremer* in *Grabenwarter*, § 1 Rz 4.

522 *Perner*, Grundrechte-Charta 181.

523 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 740.

524 *Seifert*, EuZW 2011, 696; *Lengauer*, Drittwirkung 2.

Vorgang in Deutschland und bezog sich in erster Linie auf das Arbeitsverhältnis, wo typischerweise (auch heute noch) ein Machtgefälle zwischen zwei Privatrechtssubjekten vorliegt. Dem Problem großer (sozialer) Machtunterschiede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollte mit der Idee der Drittwirkung von Grundrechten begegnet werden.[525] In den 1950er- und 1960er-Jahren zählte die Thematik der Drittwirkung von Grundrechten sogar zu den meistdiskutierten Fragen der Grundrechtsdogmatik in Deutschland.[526]

In den folgenden Jahren sind weitere europäische Staaten dem Beispiel Deutschlands gefolgt und haben ebenfalls eine Drittwirkung der in ihren Rechtsordnungen enthaltenen Grundrechte schrittweise anerkannt. Als Vorreiter hierfür ist – neben Deutschland – Frankreich zu nennen, wo eine Drittwirkung des Persönlichkeitsrechts auch für den Privatrechtsverkehr bereits im Jahr 1970 in Art 9 Code civil gesetzlich verankert wurde. In weiterer Folge haben sowohl diverse west- als auch osteuropäische Staaten „nachgezogen".[527]

Heute zeigt sich unter den MSen der Union ein kontroverses Bild zur Frage der Drittwirkung von Grundrechten. Während in Deutschland[528] eine unmittelbare Drittwirkung im Privatrecht einhellig[529] abgelehnt wird[530], haben die Grundrechte in den Rechtsordnungen anderer MSen eine unterschiedlich starke Bedeutung und verfassungsrechtliche Fundierung.[531] So kommt beispielsweise eine unmittelbare Drittwirkung der in der niederländischen Verfassung verankerten Grundrechte zwar nur sehr selten, aber doch vor.[532] Eine unmittelbare Berufung auf die Grundrechte wird auch im Vereinigten Königreich[533] in vereinzelten Fällen, etwa im Hinblick auf Art 8 Human Rights Act (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), zugelassen.[534] Die slowenische Rechtslehre weist darauf hin, dass einige Grundrechte aus der slowenischen Verfassung eine

525 *Seifert*, EuZW 2011, 696.

526 *Wernsmann*, JZ 2005, FN 53.

527 Siehe zu einer ausführlichen und chronologischen Auflistung dieser Entwicklung *Seifert*, EuZW 2011, 697.

528 Siehe zum Meinungsstand in Deutschland auch *Cherednychenko*, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party (2007) 63ff.

529 ZB *Armbrüster* in Münchener Kommentar zum BGB[7] I § 134 BGB Rz 34; *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? AcP 1994, 105 (136ff); *Canaris*, Grundrechte 35; *Wernsmann*, JZ 2005, 230; *Medicus*, AcP 1992, 43; Hager, JZ 1994, 373; AA *Schwabe*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1985, 1ff; *Diederichsen*, AcP 1998, 203,204.

530 Grundlegend BVerfG 15.1.1958, BVerfGE 7, 198, *Lüth*.

531 *Perner*, Grundrechte-Charta 158,159.

532 Siehe zum Meinungsstand in den Niederlanden auch *Cherednychenko*, Fundamental Rights 115ff.

533 Siehe zum Meinungsstand im Vereinigten Königreich auch *Cherednychenko*, Fundamental Rights 135ff.

534 *Perner*, Grundrechte-Charta 160.

(unmittelbare) Drittwirkung ermöglichen.[535]

In Österreich geht die hL[536] von einer mittelbaren Drittwirkung der in der österreichischen Verfassung verankerten Grundrechte aus.[537] Auch die Höchstgerichte VfGH und OGH haben sich stets der Theorie von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte angeschlossen. Unter Berufung auf *Walter/Mayer* und *Aicher* sprach zB der OGH mit Urteil vom 15.4.1998, 3 Ob 2440/96m, aus, dass es allgemein anerkannt ist, dass die (gegen den Staat gerichteten) Grundrechte infolge der Generalklauseln des Privatrechts auch in die Privatrechtsordnung und damit einhergehend in den rechtsgeschäftlichen Verkehr einfließen. Ebenso stellte der VfGH in diversen Erkenntnissen die Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte fest.[538] Eine solche kann jedoch ausdrücklich gesetzlich vorgesehen werden, wie dies beim Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSG 2000[539] der Fall ist.[540] Dieses Grundrecht beinhaltet primär den Anspruch jeder (natürlichen sowie juristischen) Person auf Geheimhaltung der sie betreffenden personenbezogenen Daten, soweit an der Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht. Darüber hinaus hat Jedermann das Recht auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten. Die unmittelbare Drittwirkung ergibt sich aus der einfachgesetzlichen Norm des § 5 Abs 4 DSG 2000, wonach das Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 leg cit (mit Ausnahme des Rechtes auf Auskunft) gegen Privatrechtsträger auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen ist.[541] Die inhaltlich gleichlautende Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 5 DSG 2000 wurde im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, welche am 1.1.2014 in Kraft getreten ist, mit BGBl I 51/2012 aufgehoben. Die Gesetzesmaterialien zur DSG-Novelle 2014 weisen allerdings darauf hin, dass diese Verschiebung von einer Verfassungsbestimmung zu einer einfachgesetzlichen Regelung keine Auswirkungen auf den materiellen Inhalt und die Reichweite des Grundrechts auf Datenschutz hat. Insbesondere ergeben sich keine Konsequenzen für die unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts, welche aus § 1 DSG 2000 hervorgeht.[542]

---

535 Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* 8.9.2011, C-282/10, *Dominguez/Frankreich* FN 45.

536 Siehe zur hL in Österreich ausführlich unten S 137, FN 688.

537 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 741; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1336.

538 ZB VfGH 28.9.1995, G 249 bis 254/94; 14.12.1994, B 711/94.

539 Datenschutzgesetz 2000 BGBl I 2017/120.

540 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1336.

541 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 742.

542 ErläutRV 2168 BlgNR 24. GP 6; *Diregger*, Drittwirkung: Grundrecht demontiert? http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1563462/Drittwirkung_Grundrecht-demontiert (Stand 16.2.2014).

In den Rechtsordnungen der MSen ist (zusammengefasst) – trotz vereinzelter Ausnahmen – eine Tendenz zur mittelbaren Drittwirkung nationaler Grundrechte zu erkennen.[543] Auch auf europäischer Ebene zeigt sich ein ähnliches Bild – hier wird eine unmittelbare Drittwirkung der in der GRC verankerten Grundrechte ebenso abgelehnt. Dieser Ablehnung ist mE aus folgenden Überlegungen beizupflichten:

1. Der erste plausible Ansatz ist der klare Wortlaut der Regelung des Art 51 Abs 1 Satz 1 GRC, der von Privatpersonen als Grundrechtsadressaten eben gerade nicht spricht. Dasselbe gilt für die Erläuterungen zu Art 51 GRC – auch diesen ist keine Grundrechtsbindung von Privaten zu entnehmen. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass der europäische Gesetzgeber, hätte er Privatpersonen unmittelbar an die GRC binden wollen, dies auch bei der Formulierung der relevanten Bestimmung berücksichtigt. Für den Rechtsanwender muss es irgendeinen Anhaltspunkt bezüglich des Kreises der Grundrechtsverpflichteten geben und einen solchen Anhaltspunkt stellt in erster Linie der Wortlaut eines Gesetzes dar. Die Frage der Drittwirkung der Grundrechte der Charta sei vom Grundrechtekonvent bewusst offen gelassen und ihre Beantwortung Lehre und Rechtsprechung überlassen worden.[544] Was die Lehre betrifft, hat diese die vorliegende Diskussion bereits entschieden und folgt eindeutig dem Konzept der mittelbaren Drittwirkung. Demgegenüber ist die Frage der Art der Wirkung der Charta-Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse in der Judikatur des EuGH bisher unbeantwortet geblieben.[545]

Dasselbe Argument, weshalb eine unmittelbare Drittwirkung von europäischen Grundrechten abzulehnen ist, hat *Canaris* übrigens bereits im Jahr 1984 im Hinblick auf die deutschen Grundrechte vorgebracht. So wies er darauf hin, dass der Wortlaut des deutschen Grundgesetzes eindeutig formuliert sei und ausdrücklich nur den Staat, nicht jedoch auch Privatrechtssubjekte als Grundrechtsverpflichtete nenne.[546] Die (generelle) Systematik, Private nicht unmittelbar an Grundrechte zu binden, ist daher sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene (und darüber hinaus im Anwendungsbereich der EMRK) dieselbe. Zudem ist die Orientierung am Wortlaut der relevanten Bestimmungen ein erstes überzeugendes Indiz für eine grundsätzliche Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung von (europäischen und nationalen) Grundrechten.

543 *Perner*, Grundrechte-Charta 161.

544 *Streinz/Michl* in *Streinz*, EUV/AEUV[2] Art 51 GRC Rz 18; *Borowsky* in *Meyer*, GRC[4] Art 51 Rz 31.

545 *Trstenjak* in *Trstenjak/Weingerl* 9; *Trstenjak/Beysen*, European Law Review 2013, 308; *Jarass*, GRC[3] Art 51 Rz 36.

546 *Canaris*, AcP 1984, 203,204; Zustimmend *Medicus*, AcP 1992, 43.

2. Die zweite Argumentation gegen eine unmittelbare Drittwirkung bezieht sich auf die historische Bedeutung von Grundrechten. Diese wurden ursprünglich als Abwehrrechte[547] gegen den Staat[548] konzipiert.[549] Natürlich wurden die Grundrechte allmählich dahingehend weiterentwickelt, dass sie heute auch Drittwirkung entfalten, also im Verhältnis der Bürger untereinander eine nicht unbedeutende Rolle spielen. Von reinen staatsgerichteten Abwehrrechten kann daher nicht mehr gesprochen werden. Die entscheidende Frage ist allerdings, von welcher Art von Drittwirkung auszugehen ist. Mit Blick auf die historische Ausrichtung der Grundrechte würde eine unmittelbare Drittwirkung bedeuten, dass die Grundrechte auch als Abwehrrechte gegen Privatpersonen eingesetzt würden. Staat und Privatrechtssubjekte würden daher einander gleichgestellt bzw auf eine Ebene gestellt werden und dies ist mE zu weitgehend, da zwischen Staat und Privaten typischerweise eine Über- und Unterordnung besteht. Aus diesem Grund erscheint auch das System der mittelbaren Drittwirkung, in dem der Rechtsgehalt der Grundrechte über privatrechtliche Generalklauseln in die Privatrechtsordnung einfließt, nur folgerichtig. In diesem System verpflichten die Grundrechte eben nicht Privatpersonen, sondern staatliche Stellen, also Verwaltungsbehörden, Gerichte sowie den Gesetzgeber. Im Rahmen staatlicher Schutzpflichten hat etwa ein Zivilrichter durch grundrechtskonforme Auslegung einfachgesetzlicher Normen Schutz zu gewähren.[550]

3. Der dritte Gesichtspunkt, weshalb der unmittelbaren Drittwirkung eine Absage zu erteilen ist, lässt sich mit dem Schutz der Privatautonomie begründen[551]. Im vorangegangenen Kapitel III. habe ich zwar dargelegt, warum es wichtig und notwendig ist, den Diskriminierungsschutz sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene – über die Arbeitswelt hinaus – im Bereich Güter und Dienstleistungen auf bestimmte (weitere) Persönlichkeitsmerkmale auszudehnen. Ich habe jedoch auch klargestellt, dass die Privatautonomie durch die Einbeziehung von zu vielen persönlichen Eigenschaften in den Diskriminierungsschutz nicht in unverhältnismäßigem Ausmaß eingeschränkt werden darf. Als Beispiel für eine solche uferlose Beschränkung der Privatautonomie

547 Siehe auch *Armbrüster* in Münchener Kommentar zum BGB[7] I § 134 BGB Rz 34, demzufolge die Grundrechte nicht als undifferenziert geltende Verbotsgesetze, sondern als Freiheitsgarantien gegenüber dem Staat anzusehen seien; So bereits *Hager*, JZ 1994, 373.

548 Vgl auch *Canaris*, AcP 1984, 205, der auf die besondere Entstehungssituation des deutschen Grundgesetzes hinweist. Dieses stelle eine Absage an die nationalsozialistische Diktatur dar, sei jedoch nicht erlassen worden, um das Privatrecht umzugestalten.

549 BVerfG 15.1.1958, BVerfGE 7, 198, *Lüth*.

550 *Armbrüster* in Münchener Kommentar zum BGB[7] I § 134 BGB Rz 34.

551 So bereits *Canaris*, AcP 1984, 205,219; Zustimmend *Medicus*, AcP 1992, 43; *Hager*, JZ 1994, 373.

kann Art 21 Abs 1 GRC, der Diskriminierungen aufgrund von 17 demonstrativ aufgezählten, personenbezogenen Unterscheidungskriterien verbietet, ins Treffen geführt werden. Würde diese Bestimmung unmittelbar inter privatos wirken, könnte die Rechtmäßigkeit der Auswahl von Vertragspartnern und von Vertragskonditionen direkt auf Grundlage von Art 21 Abs 1 GRC gerichtlich überprüft werden[552]. In diesem Zusammenhang stellt *Basedow* die berechtigte Frage, was von der freien Wahl des Vertragspartners übrig bleibe, wenn 17 Auswahlkriterien von vornherein ausgeschlossen werden und weitere Differenzierungsmerkmale in der Rechtsprechung von Fall zu Fall verboten werden können[553], da Art 21 Abs 1 GRC eben nur eine beispielhafte Aufzählung von Unterscheidungskriterien beinhaltet.

4. Zusätzlich wird gerade im Hinblick auf Art 21 Abs 1 GRC gelegentlich zu bedenken gegeben, dass die auf Basis von Art 19 AEUV erlassenen RLn unnötig wären, wenn sich gerichtlich durchsetzbare Pflichten ohnehin bereits direkt aus dem Primärrecht ergeben würden.[554] Diese RLn betreffen in ihrem sachlichen Anwendungsbereich Diskriminierungen durch private Akteure[555] (zB Dienstleister oder Arbeitgeber) und begründen unzweifelhaft Pflichten im Privatrechtsverhältnis. Daraus folgt, dass auch die (nicht unmittelbar wirkende[556]) Kompetenznorm des Art 19 AEUV auf die Gleichbehandlung im Privatrechtsverhältnis abzielen muss, da die RLn sonst kompetenzwidrig erlassen worden wären. Ein Vergleich zwischen Art 19 AEUV und Art 21 Abs 1 und 23 GRC zeigt zum einen deren inhaltliche Ähnlichkeiten, legt aber auch den Schluss nahe, dass alle drei Bestimmungen eine ähnliche Wirkung, nämlich mittelbare Drittwirkung, entfalten.[557]

Die dargestellten Erwägungen sind allesamt einleuchtend und zeigen deutlich, dass eine unmittelbare Drittwirkung der in der Charta verbürgten Grundrechte nicht in Betracht kommt. Dies gilt mE selbstverständlich auch bezüglich der – für diese Arbeit besonders relevanten –

552 *Basedow*, ZEuP 2008, 249; Ähnlich auch *Rebhahn*, RdW 2012, 395.

553 *Basedow*, ZEuP 2008, 249.

554 *Huber*, NJW 2011, 2389; Ähnlich im weiteren Sinne auch *Jarass*, GRC[3] Art 21 Rz 4; *Rossi* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 21 GRC Rz 5; *Blanck-Putz/Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 21 Rz 75.

555 *Wernsmann*, JZ 2005, 225.

556 *Wernsmann*, JZ 2005, 227.

557 *Perner*, Grundrechte-Charta 175,176; Ähnlich auch *Wernsmann*, JZ 2005, 227; *Seifert*, EuZW 2011, 701.

Diskriminierungsverbote der Art 21 Abs 1[558] und 23 GRC[559]. Daraus folgt, dass sich keine Privatperson im Rechtsstreit mit einer anderen Privatperson direkt auf die gegenständlichen Bestimmungen stützen und zivilrechtliche Ansprüche unmittelbar aus diesen ableiten kann.

Wie sieht die Lage jedoch im Hinblick auf eine mittelbare Drittwirkung europäischer Grundrechte aus? Weder die Charta selbst noch ihre Erläuterungen geben hierüber Aufschluss.[560] Zur vorliegenden Frage führt *Perner* zutreffend aus, dass man nicht alle Fälle über einen Kamm scheren dürfe und eine Aussage über die Drittwirkung der GRC als Ganzes nicht pauschal getroffen werden könne[561]. Vielmehr gebiete die inhaltliche Verschiedenheit der Grundrechte eine konkrete (teleologische) Auslegung jeder einzelnen Grundrechtsbestimmung[562]. Hierbei sei der Blick auf jene Rechtsgüter zu richten, die das Grundrecht schützen wolle.[563]

Die Diskriminierungsverbote der Art 21 Abs 1 und 23 GRC verfolgen unzweifelhaft gesellschaftspolitische Ziele, nämlich den Schutz der Menschenwürde sowie den Schutz vor Ausgrenzung. Hierbei handelt es sich mE um besonders schutzwürdige Rechtsgüter. Sofern mit einer diskriminierenden Handlung eine Verletzung dieser Rechtsgüter einhergeht, entspricht es der Schutzpflicht des Staates, einer solchen Ungleichbehandlung (auch) mit den Mitteln des

558 Eine unmittelbare Drittwirkung von Art 21 Abs 1 GRC ablehnend zB *Schmahl* in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechteschutz § 15 Gleichheitsgarantien (2014) Rz 54; *Rossi* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] Art 21 GRC Rz 5; *Jarass*, GRC[3] Art 21 Rz 4; *Blanck-Putz/Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 21 Rz 75; *Hölscheidt* in *Meyer*, GRC[4] Art 21 Rz 34; *Lemke* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht[7] (2015) Art 21 Rz 5; *Streinz*, EUV/AEUV[2] (2012) Art 21 GRC Rz 6; AA zumindest im Hinblick auf das Diskriminierungsmerkmal des Alters, schlussfolgernd aus dem EuGH-Urteil *Kücükdeveci*, *Obwexer*, Der Vertrag von Lissabon: Neuerungen im Grundrechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Altersdiskriminierung, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2010, 15 (28); *Obwexer*, Unionsrechtliche Rechtsfolgen und Sanktionen bei Verstößen gegen das Verbot der Altersdiskriminierung, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011, 37 (39).

559 Eine unmittelbare Drittwirkung von Art 23 GRC ablehnend zB *Jarass*, GRC[3] Art 23 Rz 5; *Schmahl* in *Grabenwarter*, § 15 Rz 54; *Blauensteiner/Oswald/Weinhandl* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 23 Rz 21,22; *Hölscheidt* in *Meyer*, GRC[4] Art 23 Rz 19; *Lemke* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht[7] Art 23 Rz 7.

560 *Seifert*, EuZW 2011, 700; *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 37.

561 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 119.

562 So auch *Holoubek/Lechner/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC Art 51 Rz 37.

563 *Perner*, Grundrechte-Charta 166ff,172.

Privatrechts entgegenzutreten[564] und den einen Bürger vor dem anderen zu schützen[565].[566] Da die Anerkennung von Diskriminierungsverboten die Privatautonomie aber naturgemäß einschränkt, muss den zu schützenden Rechtsgütern der Vorrang gegenüber der privatrechtlichen Entscheidungsfreiheit eingeräumt werden.[567] Ein solcher Vorrang kann mit einer Interessenabwägung, welche aufgrund der besonderen Bedeutung und des hohen Stellenwertes der zu schützenden Rechtsgüter zugunsten des Diskriminierungsschutzes ausfällt, begründet werden.

Während Art 23 GRC „lediglich" den Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Blick hat, ist nicht zu leugnen, dass Art 21 Abs 1 GRC demgegenüber einen sehr weitgefassten Katalog an Unterscheidungsgründen beinhaltet, der noch dazu offen formuliert ist, also jederzeit um weitere Diskriminierungsmerkmale ergänzt werden kann. Nun kann über die Sinnhaftigkeit einzelner dieser Merkmale, etwa jenes des Vermögens oder der politischen oder sonstigen Anschauung, diskutiert werden. Es ist schwer vorstellbar, dass eine Ungleichbehandlung wegen dieser Eigenschaften die Menschenwürde der betroffenen Person verletzt. Dieser Umstand darf jedoch nicht zu einer Ablehnung der (mittelbaren) Drittwirkung der gesamten Bestimmung führen. *Perner* schlägt in diesem Zusammenhang vor – und es ist ihm diesbezüglich zuzustimmen –, zwischen den verschiedenen Unterscheidungsgründen des Art 21 Abs 1 GRC zu differenzieren. Je diffuser ein Merkmal ist, umso eher wird eine Ungleichbehandlung aufgrund dieses Kriteriums gerechtfertigt sein.[568]

Ich habe auf die vorliegende Thematik bereits im vorangegangenen Kapitel III. hingewiesen. Dort habe ich ausgeführt, dass die Einbeziehung bestimmter persönlicher Merkmale, wie etwa der Bildung oder der sozialen Herkunft in den Diskriminierungsschutz, die Privatautonomie in unerträglichem Maße beschneiden würde. Diese Ansicht habe ich mit der (relativ einfachen) Veränderbarkeit bzw Beeinflussbarkeit der in Rede stehenden Eigenschaften begründet.[569] Wie bereits erwähnt, beinhaltet Art 21 Abs 1 GRC mehr oder weniger sinnvolle Unterscheidungskriterien. Das Kriterium des Vermögens etwa ist es mE nicht wert, dafür die Privatautonomie (noch weiter) einzuschränken. Zum einen glaube ich nämlich, dass diese Eigenschaft ebenfalls (zumindest theoretisch) veränderbar ist. Zum anderen ist für mich fraglich,

564 *Looschelders*, JZ 2012, 106; *Seifert*, EuZW 2011, 698; Ähnlich auch *Basedow*, ZEuP 2008, 249.

565 *Canaris*, Grundrechte 38.

566 *Wernsmann*, JZ 2005, 231.

567 *Perner*, Grundrechte-Charta 174.

568 *Perner*, Grundrechte-Charta 176.

569 Siehe dazu oben S 88,89.

wen oder was dieses Merkmal überhaupt schützen will. Nach *Rebhahn*[570] handelt es sich um ein Verbot der Benachteiligung aufgrund der subjektiven (positiven oder negativen) Vermögenslage einer Person. Demnach sollen sowohl Reichtum als auch Armut, also Hochvermögende sowie Unvermögende, vom Diskriminierungsschutz erfasst sein. Ich kann mir jedoch nicht vorstellen, dass hochvermögende, also gut situierte, Menschen erstens häufig aufgrund ihres Reichtums diskriminiert werden und zweitens – sollte dies doch gelegentlich der Fall sein – gesetzlichen Diskriminierungsschutz benötigen. Im Hinblick auf unvermögende Menschen weist *Rebhahn*[571] zutreffend darauf hin, dass Armut bzw mangelndes Vermögen oftmals mit der sozialen Stellung einer Person in Verbindung gebracht wird. Ich habe mich allerdings bereits in Kapitel III. für eine Ablehnung der Einbeziehung des Merkmals der sozialen Herkunft in den Diskriminierungsschutz ausgesprochen. Letztlich soll weder wegen des Vermögens noch wegen der sozialen Herkunft noch wegen irgendeiner anderen abstrusen Eigenschaft einer Person die Privatautonomie einer anderen Person beschränkt werden.

Überschießenden Diskriminierungsverboten kann also mit dem Argument des Schutzes der Privatautonomie[572] begegnet werden.[573] Hingegen kommt eine mit der Einschränkung der Vertragsfreiheit begründete Rechtfertigung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der Ethnie, einer Behinderung, der Religion, der sexuellen Orientierung sowie des Alters beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen mE nicht in Betracht[574], da es sich hierbei um besonders niedrige Beweggründe für unsachliche Differenzierungen[575] handelt. Es ist jedenfalls ersichtlich, dass auch im Rahmen einer mittelbaren Drittwirkung der in Rede stehenden Unionsgrundrechte die Besonderheiten des Privatrechts ausreichend Berücksichtigung finden[576] und die Vertragsfreiheit nicht in unverhältnismäßigem Maße eingeschränkt werden muss.

570 *Rebhahn*, JRP 2012, 391.

571 *Rebhahn*, JRP 2012, 392.

572 Vgl auch EuGH 14.3.2017 (GK), C-157/15, *Achbita/Belgien* Rz 38, wonach eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion bzw der Weltanschauung in einem privaten Arbeitsverhältnis durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sein kann, wenn die Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sind. Als rechtmäßiges Ziel nennt der EuGH die Verfolgung einer Politik der religiösen, philosophischen und politischen Neutralität durch den Arbeitgeber seinen Kunden gegenüber. Diese Politik zähle zur durch Art 16 GRC gewährleisteten unternehmerischen Freiheit.

573 *Zoppel*, Diskriminierungsverbote 121.

574 Siehe dazu bereits oben S 89.

575 *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht 109.

576 *Perner*, Grundrechte-Charta 176.

Die eingangs dieses Kapitels gestellte Frage nach dem Einfluss bzw der Art und Reichweite des Einflusses der Diskriminierungsverbote der GRC auf Privatrechtsverhältnisse kann aus meiner Sicht zusammengefasst folgendermaßen beantwortet werden: Eine unmittelbare Drittwirkung der Charta-Grundrechte ist generell abzulehnen, wohingegen eine mittelbare Drittwirkung grundsätzlich in Betracht kommt. Diese Erkenntnis bezieht sich auch auf die Diskriminierungsverbote der Art 21 Abs 1 und 23 GRC. Während eine mittelbare Drittwirkung von Art 23 GRC umfassend zu bejahen ist, ist im Hinblick auf Art 21 Abs 1 GRC zwischen den einzelnen, in dieser Regelung genannten Diskriminierungsgründen zu differenzieren. Je diffuser und weniger sinnvoll eine dieser Eigenschaften erscheint, umso eher wird deren mittelbare Drittwirkung abzulehnen sein, um die Privatautonomie nicht weiter einzuschränken. Hinsichtlich der Differenzierungsmerkmale Geschlecht, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion, sexuelle Orientierung sowie Alter entfaltet Art 21 Abs 1 GRC jedoch jedenfalls mittelbare Drittwirkung. Dies stellt auch keine uferlose und unerträgliche Beschneidung der Vertragsfreiheit dar, weil die zu schützenden Rechtsgüter Menschenwürde und Ausgrenzungsschutz höherwertiger sind als die Privatautonomie.

Letztlich zeigt auch ein Blick auf die Rs *Test-Achats*[577], in welcher ausschließlich private Diskriminierungen (durch Versicherungsunternehmen) entscheidungsgegenständlich waren, dass wohl auch der EuGH von einer mittelbaren Drittwirkung der Diskriminierungsverbote der Art 21 Abs 1 und 23 GRC ausgeht. In seinem Urteil bringt er – wenn auch nicht explizit – zum Ausdruck, dass die in Rede stehenden Bestimmungen nicht nur die Gleichbehandlung von Männern und Frauen durch öffentliche Einrichtungen, sondern ebenso durch Private sicherstellen sollen. Das Verhalten von Privatpersonen kann staatliche, auf Grundrechten basierende Schutzpflichten auslösen. Für *Perner* ist diese Entscheidung daher geradezu Ausdruck der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.[578]

Ganz generell kann also auch aus praktischer Sicht festgehalten werden, dass sich Privatpersonen im Privatrechtsverkehr nicht direkt auf die in der Charta verankerten Grundrechte berufen können. Vielmehr obliegt es den MSen, Schutzmaßnahmen zur Gewährleistung dieser Grundrechte zu ergreifen und zur Verfügung zu stellen.

577 Siehe zur Rs *Test-Achats* ausführlich im Anschluss S 113ff.

578 *Perner*, Grundrechte-Charta 157,158; *Perner*, ÖJZ 2011, 334.

V. Das EuGH-Urteil *Test-Achats*[579]

V.1. Inhalt des Urteils

V.1.1. Sachverhalt:

Die Kläger des Ausgangsverfahrens, die belgische Konsumentenschutzeinrichtung *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* sowie zwei Privatpersonen, erhoben beim Verfassungsgerichtshof des Königreichs Belgien Klage auf Nichtigerklärung eines belgischen Gesetzes, mit welchem die DienstleistungsRL 2004/113/EG ins nationale Recht umgesetzt wurde. Ihrer Ansicht nach verstoße dieses Gesetz gegen den Grundsatz der Gleichheit von Männern und Frauen, da es von der Ausnahmemöglichkeit des Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG Gebrauch gemacht habe.

V.1.2. Vorlagefrage:

Im Rahmen eines viel beachteten und viel diskutierten Vorabentscheidungsverfahrens legte der belgische Verfassungsgerichtshof dem EuGH die Frage, ob die Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG mit höherrangigem Unionsrecht, nämlich dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, vereinbar ist, vor.

V.1.3. Rechtlicher Rahmen im Überblick[580]:

Art 5 Abs 1 und 2 RL 2004/113/EG betreffend versicherungsmathematische Faktoren lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass spätestens bei den nach dem 21. Dezember 2007 neu abgeschlossenen Verträgen die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führt.
(2) Unbeschadet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten vor dem 21. Dezember 2007 beschließen, proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zuzulassen, wenn

579 EuGH 1.3.2011 (GK), C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien*.

580 Siehe zum rechtlichen Rahmen ausführlich bereits oben S 46ff.

die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Die betreffenden Mitgliedstaaten informieren die Kommission und stellen sicher, dass genaue Daten in Bezug auf die Berücksichtigung des Geschlechts als bestimmender versicherungsmathematischer Faktor erhoben, veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden. Diese Mitgliedstaaten überprüfen ihre Entscheidung fünf Jahre nach dem 21. Dezember 2007, wobei sie dem in Artikel 16 genannten Bericht der Kommission Rechnung tragen, und übermitteln der Kommission die Ergebnisse dieser Überprüfung."

V.1.4. Entscheidung des Gerichtshofs:

Der EuGH wies in seiner Entscheidung zunächst darauf hin, dass sich aus diversen primärrechtlichen Bestimmungen ein Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sowie das Gebot der Gleichheit von Männern und Frauen ergibt. Bei diesen primärrechtlichen Bestimmungen handelt es sich um Art 3 Abs 3 Unterabs 2 EUV, Art 8, 19 Abs 1 und 157 Abs 1 AEUV sowie Art 21 und 23 GRC. Da ErwGr 4 der RL 2004/113/EG ausdrücklich auf die zuletzt genannten Bestimmungen der GRC Bezug nimmt, ist die Gültigkeit von Art 5 Abs 2 DienstleistungsRL im Hinblick auf Art 21 und 23 GRC zu beurteilen.

Im Lichte einer schrittweisen Verwirklichung des Prinzips der Gleichheit von Männern und Frauen wurde mit Art 5 Abs 1 der RL die Grundregel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen im Versicherungswesen ab spätestens 21.12.2007 eingeführt. In Abweichung dazu wurde mit Art 5 Abs 2 allerdings die Möglichkeit geschaffen, eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bei Versicherungsprämien und -leistungen unbefristet (über den 21.12.2007 hinaus) zu praktizieren, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Diese Ausnahme gilt jedoch nur für jene MSen, deren nationales Recht die Regelung der Geschlechtsneutralität im Versicherungswesen bislang noch nicht vorsah. Zahlreiche MSen haben für einen oder mehrere Versicherungstypen von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht.[581] Ebenfalls nach Art 5 Abs 2 soll diese Möglichkeit fünf Jahre nach dem 21.12.2007 überprüft werden, wobei einem Bericht der Kommission Rechnung zu tragen ist. Jene MSen, die von der Ausnahmemöglichkeit des Abs 2 Gebrauch gemacht haben, dürfen den Versicherern allerdings gestatten, diese Ungleichbehandlung unbefristet zu praktizieren, da die

581 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* 30.9.2010, C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien* Rz 2.

DienstleistungsRL keine Bestimmung über die Anwendungsdauer dieser Unterschiede enthält. Dadurch besteht die Gefahr, dass die in Art 5 Abs 2 enthaltene Ausnahme von der Gleichbehandlung von Männern und Frauen unbefristet zulässig ist. Eine solche Bestimmung läuft allerdings der Verwirklichung des Ziels der Gleichbehandlung von Männern und Frauen zuwider und ist mit Art 21 und 23 GRC nicht vereinbar, weshalb Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG mit Wirkung vom 21.12.2012 für ungültig erklärt wurde.

Der EuGH gewährte den MSen eine angemessene Übergangsfrist und erklärte die in Rede stehende RLn-Bestimmung mit Wirkung ab dem 21.12.2012 für ungültig. Die nationale Rechtslage musste sohin erst mit diesem Zeitpunkt angepasst werden.[582] Grundsätzlich hat der Gerichtshof die Möglichkeit, Urteilswirkungen zeitlich zu beschränken. Dies wird aus Art 264 Abs 2 AEUV (ex-Artikel 231 EGV) abgeleitet, der zwar nur für die Nichtigkeitsklage gilt, im Vorabentscheidungsverfahren zur Prüfung der Gültigkeit von Unionsrechtsakten aber analog angewendet wird.[583] Dass der EuGH gerade den 21.12.2012 gewählt hat, ist damit zu erklären, dass jene MSen, die von der in Art 5 Abs 2 enthaltenen Ermächtigung Gebrauch gemacht haben, ihre Entscheidung bis zu diesem Tag hätten überprüfen und der Kommission anschließend berichten müssen.[584]

V.2. Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*[585]

In ihren Schlussanträgen schickte die Generalanwältin voraus, dass die in Rede stehende Ausnahmeregelung des Art 5 Abs 2 DienstleistungsRL wegen rechtlicher Bedenken im ursprünglichen RL-Vorschlag[586] der Kommission gar nicht enthalten gewesen sei. In ihrer Begründung zum RL-Vorschlag habe sich die Kommission sogar dezidiert gegen die Ermöglichung geschlechtsspezifischer Unterschiede bei Versicherungsprämien und -leistungen ausgesprochen und diese ausdrücklich als mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar erklärt.[587] Im vorliegenden Verfahren vertrete die Kommission allerdings erstaunlicherweise die Ansicht, Art 5 Abs 2 stelle

582 *Perner*, ÖJZ 2011, 333.

583 Siehe dazu ausführlich die Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* 30.9.2010, C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien* Rz 73ff.

584 *Perner*, ÖJZ 2011, FN 8.

585 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* 30.9.2010, C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien*.

586 KOM(2003) 657 endg.

587 Siehe zu einer ausführlichen Auseinandersetzung mit dieser Thematik bereits oben S 47,48 iVm KOM(2003) 657 endg 9.

keinerlei Verstoß gegen das Prinzip der Geschlechtergleichheit dar, sondern sei geradezu Ausdruck dieses Prinzips.[588]

Weiters hege die Generalanwältin erhebliche Zweifel daran, ob Art 5 Abs 2 überhaupt geeignet sei, dem Grundsatz der Gleichbehandlung bzw dem Gebot, unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich zu behandeln, Ausdruck zu verleihen. Eine Vorschrift, die dies bezwecke, müsse nämlich in allen MSen gleichermaßen Geltung haben. Art 5 Abs 2 sei jedoch nur anwendbar, wenn das betreffende nationale Recht die Regelung der Geschlechtsneutralität im Versicherungswesen bislang noch nicht vorgesehen habe. Folglich führe die Vorschrift dazu, dass in manchen MSen Männer und Frauen im Hinblick auf ein Versicherungsprodukt unterschiedlich würden behandelt werden dürfen, wohingegen sie in anderen MSen in Bezug auf dasselbe Versicherungsprodukt gleich zu behandeln seien. Dass eine solche Rechtslage Ausfluss des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sein solle, sei schwer nachvollziehbar.[589]

Überdies betonte die Generalanwältin die fundamentale Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Geschlechter, welche auch der Gerichtshof in ständiger Judikatur[590] zum Ausdruck bringe. Zudem sei dieser Grundsatz in zahlreichen primärrechtlichen Bestimmungen, darunter ua Art 21 und 23 GRC, verankert. Sekundärrechtliche Normen, wie eben Art 5 DienstleistungsRL, würden ohne Einschränkung einer Überprüfung am Maßstab höherrangigen Unionsrechts, insbesondere am Maßstab der Unionsgrundrechte, standhalten müssen. Sie würden geeignet sein müssen, Diskriminierungen zu bekämpfen und keineswegs ihrerseits zu Diskriminierungen führen dürfen.

Im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit von Art 5 Abs 2 mit dem Grundsatz der Geschlechtergleichbehandlung wies die Generalanwältin darauf hin, die in Rede stehende Vorschrift

588 Vgl allerdings die Stellungnahme der Kommissionsvizepräsidentin und Justizkommissarin *Reding* vom 1.3.2011, MEMO/11/123, wonach es wichtig zu erwähnen sei, dass die Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 2 nicht Teil des anfänglichen RL-Vorschlags der Kommission gewesen, sondern erst später auf Initiative des Rates hinzugefügt worden sei http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-123_en.htm?locale=en (abgefragt am 7.7.2017).

589 Zustimmend *Schwintowski*, Geschlechtsdiskriminierung durch risikobasierte Versicherungstarife? VersR 2011, 164 (165), demzufolge Art 5 Abs 2 dazu beitrage, bestehende Rechtsunterschiede zwischen den MSen aufrechtzuerhalten und das Entstehen eines einheitlichen Versicherungsbinnenmarktes zu verhindern. Die in Rede stehende Ausnahmebestimmung sei sohin nicht geeignet, Geschlechtsdiskriminierungen innerhalb der EU zu bekämpfen.

590 ZB EuGH 23.10.2003, C-4/02 und C-5/02, *Schönheit und Becker/Deutschland* Rz 85; 20.3.2003, C-187/00, *Kutz-Bauer/Deutschland* Rz 60; 6.4.2000, C-226/98, *Jørgensen/Dänemark* Rz 39.

gestatte Unterschiede in Versicherungsverträgen, welche unmittelbar an das Geschlecht des Versicherten anknüpfen würden. In diesem Zusammenhang hätten mehrere Beteiligte im Verfahren vor dem EuGH vorgebracht, durch Art 5 Abs 2 solle den Besonderheiten des Versicherungswesens Rechnung getragen werden. Versicherungsunternehmen würden Dienstleistungen anbieten, von welchen bei Vertragsabschluss nicht sicher gesagt werden könne, ob, wann und in welchem Ausmaß sie der Versicherte in Anspruch nehmen werde. Um dieses Risiko kalkulierbar zu machen und die jeweiligen Produkte risikogerecht ausgestalten zu können, sei bei der versicherungsmathematischen Berechnung von Prämien und Leistungen der Rückgriff auf Prognosen unverzichtbar. Bei Risikolebens- und Rentenversicherungen komme es beispielsweise auf die prognostizierte Lebenserwartung des Versicherten an. Im Fall von Kfz-Haftpflichtversicherungen werde auf die Wahrscheinlichkeit, mit der der Versicherte im Straßenverkehr einen Unfall verursachen werde, abgestellt. Schließlich sei bei privaten Krankenversicherungen die Wahrscheinlichkeit, mit welcher der Versicherte bestimmte medizinische Leistungen in Anspruch nehmen werde, maßgeblich. In all diesen Fällen werde üblicherweise keine individuelle Prognose über den jeweiligen Versicherten erstellt, sondern auf Erfahrungswerte zurückgegriffen. Dies liege va daran, dass konkrete Aussagen über das mit einem Individuum verbundene Versicherungsrisiko schwierig, wenn nicht sogar unmöglich seien. Es sei deshalb grundsätzlich durchaus legitim, zur Risikobewertung anstatt – oder neben – einer individuellen eine Gruppenbetrachtung vorzunehmen.

Die strittige Vorschrift des Art 5 Abs 2 – so die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen weiter – beziehe sich nicht auf eindeutige biologische Unterschiede zwischen männlichen und weiblichen Versicherten, sondern betreffe vielmehr Fälle, in welchen sich unterschiedliche Versicherungsrisiken allenfalls statistisch mit dem Geschlecht in Verbindung würden bringen lassen. Im Verfahren vor dem Gerichtshof seien hierfür insbesondere folgende Beispiele ins Treffen geführt worden:

- Frauen hätten – statistisch gesehen – eine höhere Lebenserwartung als Männer.

- Schwere Verkehrsunfälle würden – statistisch gesehen – öfter von Männern als von Frauen verursacht werden.

- Hinsichtlich privater Krankenversicherungen würden Frauen – statistisch gesehen – häufiger medizinische Leistungen in Anspruch nehmen als Männer. In diesem Zusammenhang würden Frauen auch regelmäßiger an Vorsorgeuntersuchungen teilnehmen und mehr Arzneimittel

konsumieren.

Es werde also pauschal unterstellt, dass die – lediglich statistisch zu Tage tretende – unterschiedliche Lebenserwartung von männlichen und weiblichen Versicherten, ihre divergierende Risikobereitschaft im Straßenverkehr sowie ihre verschiedenartige Neigung zur Inanspruchnahme medizinischer Leistungen maßgeblich auf ihr Geschlecht zurückzuführen seien. Tatsächlich würden jedoch zahlreiche andere Faktoren eine wichtige Rolle für die Bewertung von Versicherungsrisiken spielen. So werde beispielsweise die Lebenserwartung stark von wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten sowie den Lebensgewohnheiten jedes Einzelnen beeinflusst. Art und Umfang der ausgeübten Berufstätigkeit, das familiäre oder soziale Umfeld, Ernährungsgewohnheiten, der Konsum von Genussmitteln wie Tabak oder Alkohol sowie Drogen, Freizeitaktivitäten und sportliche Betätigung seien für die Lebenserwartung berücksichtigungswürdige Kriterien. Im Lichte eines stetigen gesellschaftlichen Wandels sowie eines damit einhergehenden Bedeutungsverlusts traditioneller Rollenbilder seien die Auswirkungen verhaltensbedingter Faktoren auf Gesundheit und Lebenserwartung einer Person nicht mehr eindeutig mit deren Geschlecht in Verbindung zu bringen. Heutzutage würden nämlich sowohl Frauen als auch Männer anspruchsvollen und stressreichen beruflichen Tätigkeiten nachgehen. Ferner würden Angehörige beider Geschlechter in nicht unerheblichem Maße Genussmittel konsumieren und auch Art und Umfang der sportlichen Betätigung könne nicht von vornherein mit dem einen oder dem anderen Geschlecht in Verbindung gebracht werden.

Eine Differenzierung nach dem Geschlecht bei Versicherungsprodukten lasse sich zwar besonders leicht in die Tat umsetzen. Die korrekte Erfassung und Bewertung wirtschaftlicher und sozialer Gegebenheiten sowie der Lebensgewohnheiten von Versicherten sei komplizierter und auch schwerer nachprüfbar, zumal diese Faktoren im Laufe der Zeit Änderungen unterliegen würden. Praktische Schwierigkeiten bzw Bequemlichkeitsgründe würden es jedoch nicht rechtfertigen, auf das Geschlecht der Versicherten als Unterscheidungskriterium zurückzugreifen. Mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen sei es jedenfalls unvereinbar, das Geschlecht einer Person gleichsam als Ersatzkriterium („Proxy“) für andere Differenzierungsmerkmale heranzuziehen. Denn auf diese Weise lasse sich nicht sicherstellen, dass unterschiedliche Versicherungsprämien und -leistungen für männliche und weibliche Versicherte ausschließlich auf objektiven Kriterien beruhen würden.

Rein finanzielle Erwägungen, wie etwa die Gefahr einer Erhöhung der Prämien für einen Teil oder

gar für alle Versicherten, würden keinen sachlichen Grund darstellen, Ungleichbehandlungen nach dem Geschlecht zu erlauben. Des Weiteren habe keiner der Verfahrensbeteiligten vorgebracht, dass bei Einführung sog „Unisex-Tarife“ eine ernsthafte Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht privater Versicherungssysteme entstehen würde.

Nach umfassender Darstellung ihrer Überlegungen hat die Generalanwältin dem EuGH vorgeschlagen, die Bestimmung des Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG wegen Verstoßes gegen das grundrechtlich verankerte Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für ungültig zu erklären. Die Anwendung von auf dem Geschlecht beruhenden versicherungsmathematischen Faktoren sei nämlich mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht vereinbar.

V.3. Auswirkungen des Urteils auf Österreich

Österreich hat von der Ermächtigung des Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG mit dem VersRÄG 2006[591] Gebrauch gemacht und sog „Geschlechtertarife“ zugelassen (§ 9 Abs 2-4 VAG).[592] Im Anschluss an das EuGH-Urteil *Test-Achats* musste das Gesetz jedoch geändert werden. In § 91 Abs 2 VAG[593] heißt es nunmehr *„Der Faktor Geschlecht darf nicht zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen für Frauen und Männer führen.“*.

V.4. Leitlinien zur Anwendung der RL 2004/113 des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der EU in der Rs C-236/09 (*Test-Achats*)[594]

Nach dem EuGH-Urteil in der Rs *Test-Achats* wurde die Forderung nach Rechtssicherheit laut, da die Entscheidung viele Fragen offen gelassen und für erhebliche Verunsicherung in der Versicherungsbranche gesorgt hat[595]. Aus diesem Grund veröffentlichte die Europäische

591 BGBl I 2006/95.

592 *Perner*, ÖJZ 2011, 333.

593 Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 BGBl I 2017/107.

594 K(2011) 9497 endg.

595 So auch *Loacker*, Gleich und Gleich gesellt sich gern? – Überlegungen zur Einführung verpflichtender Einheitstarife im europäisierten Versicherungsvertragsrecht, HAVE 2011, 351 (358).

Kommission in einer Mitteilung vom 22.12.2012 Leitlinien[596], die den MSen die Anpassung ihrer nationalen Gesetzgebung an das Urteil erleichtern sollten.[597] Diese Mitteilung hat jedoch weder den rechtlichen Gehalt einer VO noch einer RL[598], sondern spiegelt lediglich den Standpunkt der Kommission wider und hat rechtlich keine Bindungswirkung[599]. In diesem Sinne wird einleitend auch klargestellt, dass die Mitteilung etwaige weitere Auslegungen des Art 5 RL 2004/113/EG durch den EuGH unberührt lässt.[600] Als bloße Meinungsäußerung der Kommission ist die Mitteilung weder für den nationalen Gesetzgeber noch für die nationalen Gerichte oder den EuGH verbindlich.[601]

V.4.1. Welche Verträge sind betroffen?:

Das Urteil besagt lediglich, dass Art 5 Abs 2 DienstleistungsRL mit Wirkung vom 21.12.2012 ungültig ist. Es gibt jedoch keinen Aufschluss über die praktisch höchst bedeutende Frage, welche Verträge konkret von der Ungültigkeit betroffen sind. Diese könnte sich zum einen bloß auf ab dem 21.12.2012 geschlossene Neuverträge, zum anderen allerdings auch auf zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende (Alt-)Verträge auswirken. Der Wortlaut des Art 5 Abs 1 spricht nämlich davon, dass der Faktor Geschlecht bei *nach dem 21.12.2007* neu abgeschlossenen Versicherungsverträgen nicht berücksichtigt werden darf.[602] Es bestand daher Unklarheit darüber, welches Datum für die Einführung von Unisex-Tarifen maßgeblich sein sollte.

Nach hM[603] soll das Verbot der geschlechtsabhängigen Tarifierung im Versicherungswesen

596 Siehe auch die zuvor ergangene Presseaussendung der Europäischen Kommission vom 21.9.2011, MEMO/11/624 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-624_en.htm?locale=en (abgefragt am 7.7.2017).

597 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 22,23.

598 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 23.

599 Vgl auch *Loacker*, HAVE 2011, 358, wonach die Mitteilung der Kommission als Präzisierung des Urteils und somit als „soft law" zu verstehen sei. Demgegenüber stelle das Urteil selbst „hard law" dar.

600 K(2011) 9497 endg Rz 4; *Darakhchan* in *Neuwirth/Greif* 66.

601 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 23.

602 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 23.

603 ZB *Kahler*, Unisextarife im Versicherungswesen – Grundrechtsprüfung durch den EuGH, NJW 2011, 894 (895ff); *Mönnich*, Unisex: Die EuGH-Entscheidung vom 1.3.2011 und die möglichen Folgen, VersR 2011, 1092 (1097); *Günther*, EuGH: Nach Geschlecht differenzierende Versicherungstarife sind künftig unzulässig, FD-VersR 2011, 315404; *Rolfs/Binz*, EuGH erzwingt ab Ende 2012 Unisex-Tarife für alle neuen Versicherungsverträge, VersR 2011, 714 (714,718); *Armbrüster*, EuGH: Geschlechtsspezifische Unterscheidung bei Versicherungstarifen verletzt EU-Grundrechte-Charta, LMK 2011, 315339; *Armbrüster*, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine

ausschließlich für ab dem 21.12.2012 geschlossene Neuverträge gelten, da der EuGH nur den unbefristeten Charakter der Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 2 beseitigen wollte.[604] Eine Anpassung der seit dem 21.12.2007 geschlossenen Verträge würde einen (zu) weitgehenden Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse darstellen, den der Gerichtshof nicht beabsichtigt hat.[605]

In diesem Sinne weist die Kommission in ihrer Mitteilung zunächst nochmals darauf hin, dass Art 5 Abs 2 DienstleistungsRL ab dem 21.12.2012 ungültig ist, weshalb Art 5 Abs 1 ab jenem Tag ausnahmslos gilt. Art 5 Abs 1 bezieht sich jedoch ausschließlich auf neue Verträge. Der Begriff des „neuen Vertrages" ist zwar in der DienstleistungsRL nicht definiert, sollte jedoch, um eine unterschiedliche Anwendung der RL zu vermeiden, in der gesamten Union einheitlich ausgelegt werden.[606]

Nach Ansicht der Kommission sind va folgende Verträge als „neue Verträge", bei welchen die Unisex-Regelung einzuhalten ist, anzusehen:

- Verträge, die erstmals nach dem 21.12.2012 geschlossen werden

- die vertragliche Verlängerung eines vor dem 21.12.2012 geschlossenen Vertrages, der ansonsten auslaufen würde[607]

Nicht als Neuverträge zu betrachten sind hingegen etwa die Ausübung von einseitigen Optionsrechten oder die automatische Vertragsverlängerung aufgrund einer entsprechenden Vertragsklausel.[608]

Auswirkungen (2012) 18; *Armbrüster*, Schein und Sein der EU-Leitlinien und VAG-Novelle, Versicherungswirtschaft 2012, 752; *K. Korinek*, ÖZW 2011, 54,55; *Schwintowski*, VersR 2011, 165; *Looschelders*, Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung, VersR 2011, 421 (428).

604 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 23.

605 *Mönnich*, VersR 2011, 1097; Ähnlich auch *K. Korinek*, ÖZW 2011, 55; AA und somit eine Anpassungspflicht von nach dem 21.12.2007 geschlossenen Verträgen per 21.12.2012 befürwortend zB Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* 30.9.2010, C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien* Rz 81; *Felix/Sangi*, „Unisex-Tarife" in der Privatversicherung, ZESAR 2011, 257 (262ff); *Loacker*, HAVE 2011, 359; Unklar *Lüttringhaus*, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen! EuZW 2011, 296 (299), jedoch eher zu einer Anpassung von Altverträgen tendierend.

606 K(2011) 9497 endg Rz 7,9.

607 K(2011) 9497 endg Rz 12.

608 K(2011) 9497 endg Rz 13; *Mönnich*, VR 2012 H 3, 23.

V.4.2. Weiterhin erlaubte geschlechtsspezifische Versicherungspraktiken:

Im Anschluss geht die Kommission der Frage nach, ob das Urteil in der Rs *Test-Achats* bedeutet, dass die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Risikobewertung generell verboten ist, oder ob es doch Fälle gibt, in welchen geschlechtsspezifische Daten weiterhin verwendet werden dürfen. Solche Fälle betreffen nach Ansicht der Kommission zB die Berechnung von Rückstellungen und Rückversicherungen sowie die interne Preiskalkulation.[609] Für *Mönnich* ist diese Klarstellung allerdings entbehrlich, da die DienstleistungsRL ohnehin nur die Diskriminierung des Endkunden verbietet, sich jedoch nicht auf interne Vorgänge innerhalb von Versicherungsunternehmen bezieht.[610]

Im Rahmen von Lebens- und Krankenversicherungen darf zwar nicht das Geschlecht, es dürfen jedoch sehr wohl andere Risikofaktoren, wie etwa der Gesundheitszustand oder die familiäre Vorbelastung einer Person berücksichtigt werden, auch wenn damit eine unterschiedliche Behandlung zwischen Männern und Frauen einhergeht. Nach Ansicht der Kommission sollen weiterhin – trotz des in Rede stehenden Urteils – physiologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern herangezogen werden dürfen.[611] Zur Veranschaulichung wird hierfür etwa das Beispiel einer Brustkrebserkrankung ins Treffen geführt. Eine Frau, in deren Familie in der Vergangenheit Brustkrebs häufig vorkam, wird in der Regel eine höhere Risikoprämie bezahlen müssen als ein Mann, der dieselbe Familiengeschichte aufweist. Das Risiko des Mannes, ebenfalls an Brustkrebs zu erkranken, ist nämlich wesentlich geringer als jenes der Frau.[612] Dasselbe gilt umgekehrt beispielsweise für (typischerweise ausschließlich bei Männern auftretende) Prostataerkrankungen.[613]

V.4.3. Verwendung sonstiger Risikofaktoren:

Zum Problembereich der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung äußert sich die Kommission in den vorliegenden Leitlinien dahingehend, dass die Verwendung von Risikofaktoren, die bloß eine geschlechtsspezifische Komponente aufweisen, zulässig sind. Hierbei muss es sich jedoch um echte

609 K(2011) 9497 endg Rz 14.

610 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 23.

611 K(2011) 9497 endg Rz 14.

612 *Darakhchan* in *Neuwirth/Greif* 67.

613 K(2011) 9497 endg Anhang 3.

und eigenständige Risikofaktoren handeln.[614] In diesem Zusammenhang erachtet die Kommission Preisunterschiede in der Kfz-Versicherung für rechtmäßig, wenn diese Unterschiede an die Motorenleistung des Fahrzeugs anknüpfen. Die Motorenleistung stellt dabei den eigenständigen Risikofaktor dar. Da Fahrzeuge mit PS-stärkeren Motoren statistisch gesehen häufiger von Männern gefahren werden, ist es gerechtfertigt, dass diese eine höhere Kfz-Prämie bezahlen. Eine mittelbare Diskriminierung liegt sohin nicht vor.[615] Demgegenüber ist die Heranziehung der Körpergröße oder des Gewichts des Fahrers bei der Prämienberechnung unzulässig.[616] Wie *Mönnich* zutreffend ausführt, ist dieses von der Kommission gewählte Beispiel ebenso banal wie klischeehaft. Die Zulässigkeit der Anknüpfung an die Motorenleistung des Kfz hätte wohl niemand ernsthaft in Frage gestellt, das Abstellen auf die Körpergröße bzw das Gewicht des Fahrers hätte wohl niemand ernsthaft in Erwägung gezogen.[617]

V.5. Resümee

V.5.1. Kritik am Urteil:

Die Kritik am in Rede stehenden Urteil war in verschiedener Hinsicht umfangreich und massiv. Kaum eine Entscheidung des EuGH fand in den letzten Jahren in der Fach-, Tages- und Boulevardpresse so viel Beachtung wie jene in der Rs *Test-Achats*, mit welcher der Gerichtshof die Einführung von Unisex-Tarifen in der Privatversicherung ermöglicht hat.[618] Im Folgenden soll jene Kritik auszugsweise wiedergegeben werden, um einen Einblick in die vielseitige Argumentation der Gegner der vorliegenden Entscheidung zu erhalten.

So wird etwa zu Recht eingewendet, dass die Entscheidung eine ausführliche Begründung vermissen lässt. Verglichen mit einem Rechenbeispiel in der Mathematik stellt das Urteil mE zwar die Lösung der Rechnung, nicht jedoch den Lösungsweg dar. *K. Korinek*, der die EuGH-Entscheidung mitunter am heftigsten kritisierte, gibt in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass die Prüfung der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes im Regelfall ein mehrstufiger Vorgang sei: Zunächst werde die Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte festgestellt. In einem

614 K(2011) 9497 endg Rz 17.

615 *Darakhchan* in *Neuwirth/Greif* 67.

616 K(2011) 9497 endg FN 15.

617 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 24.

618 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 20.

zweiten und einem dritten Schritt komme es sodann zur Überprüfung der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung sowie der Verhältnismäßigkeit.[619]

Nach Ansicht von *K. Korinek* stelle der EuGH jedoch in der Rs *Test-Achats* einfach die Ungleichbehandlung, welche durch geschlechtsspezifische Versicherungstarife bewirkt werde, fest und verzichte auf eine Rechtfertigungs- sowie Verhältnismäßigkeitsprüfung[620]. So bleibe etwa das Prinzip der Risikogerechtheit, das geschlechtsorientierte Unterschiede in Lebensversicherungstarifen und -leistungen rechtfertige, im Urteil gänzlich unerwähnt.[621]

Die beiden schwersten methodischen Fehler der Entscheidung – so *K. Korinek* weiter – seien zum einen in der Nichtvornahme einer umfassenden Abwägung des Grundsatzes der Gleichheit mit jenem der Privatautonomie zu erblicken. Eine (mögliche) Kollision dieser beiden Grundprinzipien sei überhaupt nicht thematisiert worden. Vielmehr zwinge der EuGH mit der vorliegenden Entscheidung zur Gleichbehandlung (auch dort, wo es eine sachliche Rechtfertigung für die Differenzierung in den versicherungsmathematischen Grundlagen gebe) und nehme insofern den Versicherern einen Teil ihrer Privatautonomie. Es sei in höchstem Maße bedenklich, dass der Gerichtshof mit Hilfe des Gleichbehandlungsgrundsatzes andere Grundsätze, wie eben jenen der Privatautonomie, einfach überspiele und ihrer Wirksamkeit beraube. Die Entscheidung sei geradezu ein Schulbeispiel ideologischer Rechtsanwendung.[622]

Zum anderen werde im Urteil der Umstand außer Acht gelassen, dass die Adressaten von Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG nicht die Versicherer, sondern die MSen seien.[623] *Perner* hält hierzu fest, dass der Unionsgesetzgeber selbst nicht diskriminiert, sondern es zugelassen habe, dass private Akteure sich diskriminierend verhalten würden. Streng genommen habe der Unionsgesetzgeber die MSen ermächtigt, Diskriminierungen durch Private zu gestatten. An diese Ausführungen schließt sich nach *Perner* die Frage der Drittwirkung von Unionsgrundrechten an. Sollen Art 21 Abs 1 und 23 GRC die Gleichbehandlung von Männern und Frauen nur durch öffentliche Einrichtungen gebieten oder sollen sie auch die Gleichbehandlung durch Private sicherstellen? Der Grundsatz der Privatautonomie lasse gerade diskriminierendes Privatverhalten zu. Nach dem EuGH

619 *K. Korinek*, ÖZW 2011, 54.

620 So auch *Looschelders*, JZ 2012, 109.

621 *K. Korinek*, ÖZW 2011, 54.

622 *K. Korinek*, ÖZW 2011, 54,55.

623 *K. Korinek*, ÖZW 2011, 54.

bezwecke das Diskriminierungsverbot jedoch auch die Gleichbehandlung durch Privatpersonen.[624]

In eine ähnliche Richtung wie *K. Korinek* argumentiert auch *Kahler*, der im Rahmen einer ausführlichen Grundrechtsprüfung die Erörterung in Betracht kommender Rechtfertigungsgründe sowie Verhältnismäßigkeitserwägungen vermisst. Die Geltung von Grundrechten sei nicht uneingeschränkt. Als Schranken des Gleichheitsgrundsatzes hätte der EuGH zB biologische Unterschiede zwischen männlichen und weiblichen Versicherten sowie kollidierende Grundprinzipien, nämlich die Privatautonomie und die sich aus Art 16 GRC ergebende unternehmerische Freiheit der Versicherungsgesellschaften[625], heranziehen müssen.[626]

Darüber hinaus habe der Gerichtshof die Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 2 nicht am Maßstab höherrangigen Primärrechts geprüft, auch wenn die Schlussfolgerung des Urteils aufgrund der Bezugnahme auf Art 21 und 23 GRC dies vermuten lasse. Vielmehr sei eine bloße Prüfung der inneren Kohärenz der in Rede stehenden Norm im Gesamtgefüge der RL 2004/113/EG erfolgt.[627] Auch für *Perner* sieht es über weite Strecken so aus, als wolle der EuGH die Nichtigkeit mit einem Verstoß gegen die RL selbst begründen.[628]

Für *Schrammel* sind sowohl das Urteil als auch die Schlussanträge nicht nachvollziehbar. Im Kern stelle sich die Frage, ob Unterschiede, die nicht direkt auf das Geschlecht einer Person Bezug nehmen, sondern lediglich statistisch mit einem Geschlecht in Verbindung stehen würden, zu einer unterschiedlichen Behandlung von männlichen und weiblichen Versicherten würden führen dürfen. Die Generalanwältin habe dies verneint und die Ansicht vertreten, Statistiken als alleiniger Anknüpfungspunkt würden eine unmittelbare Ungleichbehandlung von Männern und Frauen im Hinblick auf Versicherungsprämien und -leistungen nicht rechtfertigen können. Der Gerichtshof habe dieses Argument in seiner Urteilsbegründung zwar nicht ausdrücklich herangezogen, sei ihm in der Sache jedoch gefolgt. In der Ablehnung von Statistiken als Rechtfertigungsgrund für eine unmittelbare Diskriminierung in der Rs *Test-Achats* sei allerdings ein Widerspruch zur im Jahr 2004 ergangenen Entscheidung in der Rs *Hlozek*[629] zu erblicken. In diesem Verfahren habe der EuGH

624 *Perner*, ÖJZ 2011, 334.

625 Vgl auch *Looschelders* in *Leible/Schlachter* 152, der geschlechtsspezifische Differenzierungen in der Privatversicherung befürwortet und dies ua mit der Vertragsfreiheit der Versicherer begründet.

626 *Kahler*, NJW 2011, 896; So auch *Mönnich*, VR 2012 H 3, 22.

627 *Kahler*, NJW 2011, 894,897; *Mönnich*, VR 2012 H 3, 21; Ähnlich auch *Armbrüster*, LMK 2011, 315339.

628 *Perner*, ÖJZ 2011, 333.

629 EuGH 9.12.2004, C-19/02, *Hlozek/Österreich*.

nämlich eine Arbeitslosenstatistik als Rechtfertigung für eine unmittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts sehr wohl akzeptiert.[630]

Das Urteil in der Rs *Test-Achats* hat jedoch nicht nur ablehnende, sondern durchaus auch zustimmende Reaktionen hervorgerufen. So begrüßt etwa die vormalige Kommissionsvizepräsidentin und Justizkommissarin *Reding* die vorliegende Entscheidung und spricht von einem bedeutenden Moment für die Geschlechtergleichheit innerhalb der EU. Die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich des Versicherungswesens unterstreiche die Achtung der Grundrechte und werde allmählich auch eine Angelegenheit guter Geschäftspraktiken.[631]

Für *Mönnich* ist nicht verständlich, warum das Urteil derart umfangreiche Beanstandung hervorgerufen hat, sei doch die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der heutigen Zeit schon längst gesellschaftsfähig geworden. Das Gebot gleicher Versicherungsprämien und -leistungen sei bloß eine logische Konsequenz daraus.[632] Im Hinblick auf das Fehlen einer Grundrechtsprüfung könne aus diesem Umstand nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass die Entscheidung im Ergebnis unrichtig sei. Weiters sei nicht gesagt, dass der Gerichtshof, hätte er eine solche Grundrechtsprüfung vorgenommen, zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre.[633]

V.5.2. Kritik an den Schlussanträgen:

Bemängelt wurde nicht nur die Gerichtsentscheidung in der Rs *Test-Achats*, sondern ebenso die dieser vorangegangenen Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*. Da die Schlussanträge und das Urteil mit ähnlichen Argumenten beanstandet wurden, kann die Kritik an den Schlussanträgen im Folgenden verkürzt dargestellt werden.

Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um zwei Argumente, die besonders häufig ins Treffen geführt wurden. *Sagmeister* etwa überzeugen die Schlussanträge nicht, weil er – entgegen der Auffassung der Generalanwältin und im Sinne der Argumentation von *Schrammel* – die Ansicht vertritt, dass die Heranziehung von (objektiven und transparenten) Statistiken sehr wohl einen

630 *Schrammel*, Die „verordnete“ Gleichheit – Bemerkungen zur Judikatur des EuGH, in FS Mayer (2011) 673 (682).

631 Stellungnahme der Kommissionsvizepräsidentin und Justizkommissarin *Reding* vom 1.3.2011, MEMO/11/123 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-123_en.htm?locale=en (abgefragt am 7.7.2017).

632 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 20.

633 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 22.

Rechtfertigungsgrund für die unterschiedliche Behandlung der Geschlechter bei der Beitragsberechnung im Rahmen von Versicherungsverträgen darstelle[634]. Ein Rückgriff auf Prognosen sei schon allein deshalb unerlässlich, weil das exakte Risiko jedes einzelnen Versicherten auch bei gezielter und umfassender Abfrage verschiedener Bewertungskriterien im Vorhinein niemals ganz genau kalkuliert werden könne.[635]

Ebenso wie die Entscheidung des Gerichtshofs sehen sich auch die Schlussanträge dem Vorwurf ausgesetzt, entgegenstehende Grundsätze, wie zB die Vertrags- sowie die unternehmerische Freiheit der Versicherungsgesellschaften, nicht zu berücksichtigen.[636]

V.5.3. Überlegungen zum Urteil und zu den Schlussanträgen:

Man kommt nicht herum, das Urteil gemeinsam mit den Schlussanträgen zu lesen, da das Urteil allein wenig aufschlussreich und nur schwer verständlich ist. Wie oben bereits erwähnt, sind der Entscheidung kaum Erwägungen des Gerichtshofs zu entnehmen, lediglich das (End-)Ergebnis ist ersichtlich. Dass das Urteil eher für Unklarheit als für Klarheit gesorgt hat, zeigt sich auch am Umstand, dass es die Europäische Kommission für erforderlich erachtete, Leitlinien zu veröffentlichen, um Gewissheit und Rechtssicherheit[637] zu schaffen und bestimmte (nicht unbedeutende) Fragen zu beantworten. Demgegenüber wurde die in Rede stehende Thematik von der Generalanwältin viel umfangreicher besprochen. Für *Kahler* erweisen sich die Schlussanträge in diesem Fall einmal mehr als Schlüssel und „gutes Gewissen" des EuGH.[638]

In diesem Kontext ist zunächst auf die von der Generalanwältin umfassend vorgenommene Untersuchung jener Lebensgewohnheiten sowie jener wirtschaftlicher und sozialer Gegebenheiten, die die Lebenserwartung einer Person beeinflussen können, näher einzugehen. Die Lebenserwartung der Versicherten ist va bei Risikolebens- und Rentenversicherungen ein relevanter Punkt. Die Generalanwältin nennt beispielsweise Art und Umfang der Berufstätigkeit, körperliche Betätigung und Bewegung sowie den Konsum von Genussmitteln wie Tabak und Alkohol. Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um jene Faktoren, die bereits von der Europäischen Kommission in

634 So auch *Karpenstein*, Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, EuZW 2010, 885 (886); Ähnlich auch *Schwintowski*, VersR 2011, 167,170.

635 *Sagmeister*, Geschlechtsspezifische Versicherungstarife tatsächlich europarechtswidrig? VersR 2011, 187 (190).

636 *Schwintowski*, VersR 2011, 166.

637 *Loacker*, HAVE 2011, 358.

638 *Kahler*, NJW 2011, 897.

ihrem Vorschlag für die DienstleistungsRL 2004/113/EG als Begründung für die Einführung geschlechtsneutraler Tarife bei Versicherungsprämien und -leistungen herangezogen wurden.[639]

Die Generalanwältin und die Kommission argumentieren mE richtig, da sie aufzeigen, dass die Lebenserwartung einer Person nicht pauschal an deren Geschlecht festgemacht werden kann, sondern vielmehr von anderen Kriterien maßgeblich beeinflusst wird. Zu denken ist dabei zB an das Führen eines gesunden Lebenswandels, was einerseits für viele Menschen heutzutage unerlässlich, anderen aber wiederum völlig gleichgültig ist. Ich bin der Überzeugung, dass gerade dieser Umstand, der sehr eng mit einer bewussten bzw unbewussten Ernährung, der Ausübung bzw Nicht-Ausübung von Sport und dem Verzicht bzw Nicht-Verzicht auf schädliche Substanzen, einen bedeutenden Einfluss auf die Lebenserwartung einer Person hat. Eine gesunde, aber ebenso eine gesundheitsschädliche Lebensweise wird sowohl von Frauen als auch von Männern gleichermaßen praktiziert und kann deren Lebensdauer (erheblich) verlängern oder verkürzen. Man denke in diesem Zusammenhang etwa an (exzessiven) Zigaretten- oder Alkoholkonsum und deren gesundheitliche Folgen wie Lungenkrebs oder Leberzirrhose. Hätte ein solcher Konsum dieser Genussmittel nicht stattgefunden, wäre es wahrscheinlich nicht zu diesen oder ähnlichen Krankheitsbildern gekommen. Das Geschlecht der betroffenen Personen spielt hierbei mE keine Rolle.

Neben den bereits genannten gibt eine Fülle weiterer geschlechtsunspezifischer Anknüpfungspunkte für die Lebenserwartung eines Menschen, wie beispielsweise psychische Komponenten (zB Depressionen), Wohlstand oder Armut, soziale Verhältnisse, jegliches Suchtverhalten etc, weshalb mir das Abstellen auf das Geschlecht besonders unsachgemäß und banal erscheint. Verhaltensweisen sind heute kaum noch typisch männlich oder typisch weiblich. Eine bestimmte Lebensweise (oder auch ein bestimmter Beruf) lässt mittlerweile nicht mehr einfach auf das Geschlecht eines Menschen schließen, da sich Verhaltens- und Lebensweisen von Männern und Frauen – so glaube ich – immer mehr angleichen. Auch gewisse Lebensumstände oder Gegebenheiten, wie etwa Arbeitslosigkeit oder vererbte Krankheiten, haben nur in seltenen Fällen etwas mit dem Geschlecht zu tun. Dass der EuGH daher gerade das Heranziehen des Faktors Geschlecht im Versicherungswesen verboten hat, liegt folglich auf der Hand und ist für mich nicht verwunderlich.

Es dürfen jedoch auch die Gegenargumente der Versicherungsbranche sowie der Kritiker

639 Siehe dazu bereits oben S 47 iVm KOM(2003) 657 endg 7,8.

geschlechtsunabhängiger Versicherungstarife nicht außer Acht gelassen werden. Demnach seien die erwähnten Kriterien schwieriger zu erfassen und darüber hinaus mehr oder weniger häufigen Änderungen unterworfen. Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen. *Mönnich* weist allerdings zu Recht darauf hin, dass das Anknüpfen an alternative Tarifierungsmerkmale in der Lebensversicherung nicht schon allein deshalb unmöglich ist, weil diese Parameter aufwendiger festzustellen sind als das Geschlecht. Vielmehr sind einige jener, von der Generalanwältin ins Treffen geführten alternativen Unterscheidungskriterien bereits seit längerem fester Bestandteil der Tarifierungspraxis.[640] So stellt beispielsweise die Unterscheidung zwischen Rauchern und Nichtrauchern seit Jahren eine gängige Praxis in der Lebensversicherung dar, obwohl sich diese Gewohnheit im Laufe der Zeit ändern kann.[641] Sofern eine solche Änderung eintritt, schlägt *Mönnich* vor, im Vorhinein vertraglich zu vereinbaren, dass dies dem Versicherer als Gefahrenerhöhung bzw Gefahrenminderung angezeigt wird, damit dieser die Versicherungsprämie risikoadäquat anpassen kann. Weitere, bei der Risikoberechnung möglicherweise berücksichtigungswürdige Umstände sind nach *Mönnich* zB der Beruf oder das Ausüben gefährlicher Sportarten.[642] Dieser Vorschlag ist einleuchtend, da die Faktoren Beruf und Sportart einerseits für den Versicherer relativ unkompliziert zu erheben sind. Andererseits stellt es für die versicherte Person einen Vorteil dar, wenn ihre Prämien und Leistungen individuell berechnet bzw im Falle einer Änderung dieser Kriterien entsprechend angepasst werden können.

Natürlich sind Parameter wie Ernährungsgewohnheiten, der Konsum von Genussmitteln oder generell die Lebensweise schwieriger zu ermitteln, was für Versicherungsunternehmen mit einem erheblichen Aufwand verbunden ist. Wie es die Generalanwältin allerdings zutreffend formuliert, rechtfertigen es praktische Schwierigkeiten oder Bequemlichkeitsgründe jedenfalls nicht, das Geschlecht der Versicherten gleichsam als Ersatz bzw Stellvertreter („Proxy“) für andere Differenzierungsmerkmale heranzuziehen. Dies darf nicht nur für Risikolebens- und Rentenversicherungen, sondern muss ebenso für Kfz- und Krankenversicherungen gelten. Auch hier ist ein Rückgriff auf Statistiken als alleiniger Anknüpfungspunkt nicht ausreichend, um eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu rechtfertigen, auch wenn statistische Unterschiede zwischen Männern und Frauen vorliegen[643]. Jene Statistiken unterstellen nämlich in pauschaler Weise, dass das Geschlecht allein für unterschiedliche Verhaltensweisen zwischen

640 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 26.

641 *Darakhchan* in *Neuwirth/Greif* 69.

642 *Mönnich*, VersR 2011, 1099.

643 *Perner*, ÖJZ 2011, 334.

Männern und Frauen (zB im Straßenverkehr oder hinsichtlich der Inanspruchnahme medizinischer Leistungen) verantwortlich ist[644] und diese Auffassung ist meiner Ansicht nach, wie oben bereits beschrieben, unrichtig.

Obwohl der EuGH den Ausführungen der Generalanwältin in der Sache zwar gefolgt sein dürfte, wäre doch eine detaillierte Erörterung der vorliegenden Problematik sowie eine Auseinandersetzung mit der Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Versicherungsverträgen[645] durch den Gerichtshof selbst wünschenswert gewesen, da die Thematik einiges an Potenzial für einen umfassenden Diskurs aufweist. Ich glaube, dass der EuGH eine (für den Rechtsanwender jedoch nicht sichtbare) Abwägung zwischen dem Schutz vor Geschlechterdiskriminierung einerseits und Unannehmlichkeiten für die Versicherungsbranche andererseits vorgenommen hat und (letztlich) wirtschaftlichen Aspekten zu Recht eine Absage erteilt hat.

Diese Überlegung bietet eine passende Überleitung zu dem weiteren Argument, mit dem sowohl das Urteil als auch die Schlussanträge kritisiert wurden. Es handelt sich um die Unterlassung einer Interessenabwägung zwischen dem Grundsatz der Privatautonomie und jenem der Gleichheit bzw der Nichtdiskriminierung. Wie oben bereits gezeigt, befürworten viele Vertreter der Lehre geschlechtsspezifische Versicherungstarife und begründen dies (ua) mit der Privatautonomie der Versicherungsunternehmen. Wie am Tenor des Urteils jedoch zu erkennen ist, wäre eine solche Interessenabwägung unzweifelhaft zugunsten der Gleichheit ausgegangen. Möglicherweise hätte die Vornahme einer umfassenden und ausführlich begründeten Interessenabwägung das Urteil für viele nachvollziehbarer gemacht.

Es ist zwar richtig, dass die Vertragsfreiheit der Versicherungsunternehmer eingeschränkt wird. Immerhin wird ihnen untersagt, Vertragsinhalte nach freiem Willen zu bestimmen bzw eine nach dem Geschlecht differenzierende Gestaltung von Versicherungsprämien und -leistungen vorzunehmen. Insofern wird ihre Inhaltsfreiheit[646] beschränkt. Ich habe allerdings bereits in den vorangegangenen Kapiteln ausgeführt, dass die Privatautonomie mE – und entgegen der Ansicht vieler – nicht das höchste Gut ist, sondern gegenüber anderen Rechtsgütern, wie eben der Gleichheit, in den Hintergrund treten muss. Folglich kann auch eine Einschränkung der Privatautonomie der Versicherungsunternehmen mit dem übergeordneten Ziel der Gleichstellung

644 *Darakhchan* in *Neuwirth/Greif* 69.

645 *Armbrüster*, LMK 2011, 315339.

646 Siehe zur Einschränkung der Inhaltsfreiheit durch privatrechtliche Diskriminierungsverbote bereits oben S 70,71.

von Männern und Frauen legitimiert werden[647].

Wie immens die Bedeutung der Gleichheit der Geschlechter innerhalb der EU ist, zeigt sich an deren Verankerung in diversen primär- und sekundärrechtlichen Bestimmungen, auf welche der EuGH im Urteil Bezug genommen hat. Es ist daher davon auszugehen, dass sich der Gerichtshof bei seiner Entscheidung von europarechtlichen Gleichstellungserwägungen, die auch der DienstleistungsRL 2004/113/EG zugrunde liegen, hat leiten lassen.[648] Auch wenn der EuGH eine Darstellung und Begründung seiner Überlegungen zur Gänze unterlassen hat – was durchaus als unbefriedigend angesehen werden kann – erachte ich das Urteil im Ergebnis für richtig, da es meine Auffassung hinsichtlich der Höherwertigkeit der Gleichheit und des Diskriminierungsschutzes gegenüber der Vertragsfreiheit bestätigt.

Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass sich der EuGH mit seiner Entscheidung in der Rs *Test-Achats* – wenn auch nicht auf den ersten Blick – der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung von Art 21 Abs 1 und 23 GRC angeschlossen haben dürfte. Die entscheidungsgegenständliche Bestimmung des Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG sprach zwar davon, dass die *MSen* geschlechtsspezifische Prämien und Leistungen im Versicherungswesen (für zumindest fünf Jahre) zulassen dürfen, die Regelung bezog sich jedoch ausschließlich auf Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts durch *Privatrechtssubjekte*. Schließlich hob der Gerichtshof Art 5 Abs 2 wegen seiner Unvereinbarkeit mit Art 21 Abs 1 und 23 GRC auf. Aus diesem Umstand kann geschlossen werden, dass er wohl davon ausgeht, dass die Diskriminierungsverbote der GRC Einfluss auf private Rechtsverhältnisse haben. Dieser Einfluss gestaltet sich derart, dass die MSen Geschlechterdiskriminierungen durch private Wirtschaftsteilnehmer eben gerade nicht zulassen dürfen, sondern private Bürger (Versicherungsnehmer) vielmehr davor schützen sollen, von anderen Privaten (Versicherungsunternehmen) aufgrund eines verpönten Merkmals diskriminiert zu werden. Diesbezüglich ist *Perner* in seiner Ansicht, das Urteil *Test-Achats* sei Ausdruck der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Charta-Grundrechte[649], zuzustimmen.

647 *Looschelders*, JZ 2012, 109.

648 *Mönnich*, VR 2012 H 3, 25.

649 *Perner*, Grundrechte-Charta 157,158; *Perner*, ÖJZ 2011, 334.

B. Das nationale Recht

I. Das österreichische Verfassungsrecht

Das Verfassungsrecht steht in der Hierarchie der staatlichen Rechtsquellen im höchsten Rang. Alle übrigen Rechtsakte, wie etwa einfache Gesetze, dürfen dem Verfassungsrecht nicht widersprechen, da sie in diesem Fall verfassungswidrig wären. Verfassungswidrige, einfachgesetzliche Bestimmungen sind jedoch nicht ohne Weiteres ungültig bzw nichtig, können jedoch in einem Normprüfungsverfahren vom VfGH aufgehoben werden.[650] Nach der Judikatur[651] des EuGH haben sowohl das primäre als auch das sekundäre Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem gesamten nationalen Recht, einschließlich des Verfassungsrechts und sogar seiner „Strukturprinzipien". Sofern das nationale Recht sohin dem übergeordneten Unionsrecht widerspricht, hat es im konkreten Fall außer Acht zu bleiben. Es tritt nicht automatisch außer Kraft, darf allerdings im Kollisionsfall nicht angewendet werden. Der Vorrang des Unionsrechts (auch) vor nationalem Verfassungsrecht ist in der Rechtsprechung mitgliedstaatlicher Höchstgerichte nicht uneingeschränkt anerkannt. Der VfGH[652] ist jedoch ohne weitere Begründung von einem Vorrang des Unionsrechts auch gegenüber österreichischem Bundesverfassungsrecht ausgegangen.[653]

I.1. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gleichheit und Nichtdiskriminierung im Überblick

I.1.1. Die verfassungsrechtlichen Rechtsquellen:

Auf verfassungsrechtlicher Ebene ergeben sich die Grundlagen von Gleichheit und Nichtdiskriminierung aus diversen Rechtsquellen. Es handelt sich hierbei um Art 7 B-VG[654],

650 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 9.

651 Grundlegend EuGH 15.7.1964, 6/64, *Costa/ENEL*; 17.12.1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Deutschland*; 9.3.1978, 106/77, *Simmenthal II/Italien*.

652 ZB VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua; 28.11.2003, KR 1/00; 24.2.1999, B 1625/98.

653 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 144f,156f.

654 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idF BGBl I 2013/114.

Art 2 StGG[655], Art 66 Abs 1 und 2 sowie Art 67 StV von St Germain[656], Art 14 EMRK[657], Art 1 Abs 1 12. ZP zur EMRK[658] [659], Art I BVG betreffend das Verbot rassischer Diskriminierung[660], Art 1 bis 4 UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau[661] und schließlich die UN-Behindertenrechtskonvention[662].

I.1.2. Allgemeines zum Gleichheitssatz gemäß Art 7 B-VG:

Der in Art 7 Abs 1 B-VG (und Art 2 StGG) verankerte Gleichheits(grund)satz ist eines der bedeutendsten Grundrechte im österreichischen Verfassungsrecht. Die ihm immanente Rechtsgleichheit bindet alle Bereiche staatlichen Handelns (Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung) und hat somit einen denkbar weiten Anwendungsbereich. In der Judikatur des VfGH stellt der Gleichheitssatz den praktisch wichtigsten Maßstab für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen dar.[663]

Im Hinblick auf den persönlichen Geltungsbereich des Gleichheitssatzes spricht Art 7 B-VG (wie auch Art 2 StGG) von „Staatsbürgern" als Grundrechtsträger. Angesichts dieses klaren Wortlautes wurde in der Vergangenheit nie bezweifelt, dass es sich beim Gleichheitsgrundsatz um ein Staatsbürgerrecht handelt, auf welches sich Fremde nicht berufen können.[664] Im Anwendungsbereich des Unionsrechts gilt diese Einschränkung wegen des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäß Art 18 AEUV allerdings nicht. Auf Unionsbürger und juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland ist Art 7 B-VG daher ebenfalls anwendbar.[665] Durch Art I Abs 1 BVG betreffend das Verbot rassischer Diskriminierung wurde der

655 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBl 1867/142.

656 Staatsvertrag von St Germain StGBl 1920/303.

657 Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210.

658 Das 12. ZP zur EMRK ist völkerrechtlich am 1.4.2005 in Kraft getreten, wurde bislang jedoch in Österreich noch nicht ratifiziert.

659 Siehe zu Art 14 EMRK und Art 1 Abs 1 12. ZP zur EMRK ausführlich bereits oben S 17ff.

660 BVG vom 3.7.1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung BGBl 1973/390.

661 Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau BGBl 1982/443; Die Art 1 bis 4 stellen zwar Verfassungsbestimmungen dar, stehen jedoch unter Erfüllungsvorbehalt.

662 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie Fakultativprotokoll BGBl III 2008/155.

663 *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 10,26.

664 *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 19.

665 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1355 mwN aus der verfassungsgerichtlichen

Kreis der Grundrechtsträger jedoch erweitert. Aus dem dieses BVG betreffenden Bericht des Verfassungsausschusses[666] geht nämlich hervor, dass der verfassungsgesetzlich gewährleistete Gleichheitssatz auch auf die Behandlung von Ausländern untereinander ausgedehnt werden soll. Der Gleichheitsgrundsatz gilt daher – auch nach der Judikatur[667] des VfGH – nicht mehr nur im Verhältnis österreichischer Staatsbürger untereinander, sondern ebenso im Verhältnis Fremder untereinander, weshalb er sich mittlerweile von einem Staatsbürgerrecht zu einem Jedermannsrecht weiterentwickelt hat. Die Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes oder Vollzugsaktes ist sohin unabhängig davon, ob im konkreten Anlassfall Österreicher oder Fremde davon betroffen sind, zu beurteilen.[668]

Art 7 Abs 1 B-VG nennt ausdrücklich sechs verpönte Eigenschaften, aufgrund derer keine unterschiedliche Behandlung erfolgen darf. Es handelt sich hierbei um die persönlichen Merkmale Geburt, Geschlecht, Stand, Klasse, Bekenntnis und Behinderung. Diese Auflistung ist jedoch nicht als taxative, sondern bloß beispielhafte Aufzählung von Differenzierungsgründen zu verstehen. Entgegen seiner früheren Judikatur prüft der VfGH mittlerweile alle gesetzlichen Regelungen, die nach welchen Merkmalen auch immer differenzieren, am Maßstab des Gleichheitssatzes und auf ihre sachliche Rechtfertigung.[669]

I.1.3. Gleichheit von Mann und Frau:

I.1.3.1. Allgemeines:

Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG verbietet ausdrücklich Vorrechte aufgrund des Geschlechts und normiert damit eine Rechtsgleichheit von Männern und Frauen. Diese Bestimmung hat va in der zweiten Republik zur Beseitigung von Diskriminierungen der Frau beigetragen.[670] Umgekehrt führte die Anwendung des Gleichheitssatzes jedoch auch zu einem Abbau von Sonderrechten von Frauen,

Rechtsprechung.

666 AB 801 BlgNR 13. GP 1.

667 ZB VfGH 20.9.2010, U 1863/09; 20.6.2007, B 223/07; 29.6.1995, B 2318/94.

668 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1355 mwN aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung; *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 19,20; *Mayer/Muzak*, B-VG[5] (2015) Art 2 StGG 598.

669 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1357; *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 23.

670 ZB VfGH 12.12.1994, B 2083/93: Mitgliedschaft zu Agrargemeinschaften; 29.9.1993, V 18/92: Geschlechsspezifische Regelung der Altersversorgung von Ärztinnen und Ärzten; 3.12.1986, G 178/86: Differenzierungen nach dem Geschlecht bei Abfertigungsansprüchen.

wobei insbesondere die Angleichung des Pensionsantrittsalters[671] sowie die Gleichstellung der Geschlechter im Hinblick auf die Witwen- bzw Witwerpension[672] zu nennen sind.[673]

Auf einfachgesetzlicher Ebene wird dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot in der Arbeitswelt durch das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung im Bereich des Bundes[674] Rechnung getragen. Zudem normiert das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung[675] ein Diskriminierungsverbot in privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnissen sowie beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.[676]

I.1.3.2. Verfassungsgerichtliche Judikatur zur Geschlechtergleichheit im Bereich Güter und Dienstleistungen:

Mit Erkenntnis vom 11.12.2009, A 1/09, hat der VfGH die Staatshaftungsklage eines Mannes wegen nicht rechtzeitiger Umsetzung der DienstleistungsRL 2004/113/EG im Hinblick auf die für Männer und Frauen unterschiedliche Preisgestaltung für Eintrittskarten bei Fußballspielen als unbegründet abgewiesen. Der Gerichtshof stellte fest, dass der Kläger keinen Schaden aus erlittener persönlicher Beeinträchtigung geltend gemacht hat. Vielmehr hat er lediglich den Ersatz der Preisdifferenz zwischen den Fußballtickets für Männer und Frauen gefordert. Für die Geltendmachung eines Staatshaftungsanspruches ist allerdings der Beweis eines Schadens, für den ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht kausal ist, erforderlich. Die DienstleistungsRL verbietet zwar eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu öffentlichen Gütern und Dienstleistungen. Der Kläger hat jedoch nicht nachgewiesen, dass er bei rechtzeitiger Umsetzung der RL einen anderen Preis hätte bezahlen müssen. Ob die angesprochene unterschiedliche Preisgestaltung bei Fußballtickets nach erfolgter Umsetzung der RL angesichts der in dieser selbst genannten Rechtfertigungsgründe überhaupt diskriminierend wäre, hatte der VfGH in diesem Verfahren nicht (mehr) zu untersuchen.[677]

671 VfGH 16.6.1995, G 32/95; 6.12.1990, G 223/88 ua.

672 VfGH 26.6.1980, G 6/79 ua.

673 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1361.

674 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz BGBl I 2015/65.

675 Gleichbehandlungsgesetz BGBl I 2015/34.

676 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1362.

677 Siehe auch Staatshaftungsklage wegen verspäteter Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie abgewiesen, ASoK 2010, 92.

In einer weiteren Rs[678] hatte der VfGH über je einen VO-Prüfungsantrag gemäß Art 139 Abs 1 B-VG des BG für Handelssachen Wien und des BG Innere Stadt Wien, eine Wortfolge in Punkt 9. der Anlage 1 der VO des BMVIT über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Kraftfahrlinienverkehr[679] (Kfl-Bef Bed) als gesetzwidrig aufzuheben, zu entscheiden. Bei den genannten Gerichten waren zwei Verfahren anhängig, in welchen männliche Kläger ua Schadenersatz wegen unmittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geltend machten, da die beklagte Partei (die Wiener Linien GmbH & Co KG) bei der Einräumung von Fahrpreisermäßigungen für Senioren für die Benutzung ihrer Verkehrsmittel eine Differenzierung zwischen Männern und Frauen vornehme, welche gegen das GlBG verstoße. Die beklagte Partei gewähre nämlich Frauen bereits ab dem 60. Lebensjahr, Männern hingegen erst ab dem 65. Lebensjahr eine 50%ige Seniorenermäßigung. Die in der angefochtenen VO-Bestimmung getroffene Unterscheidung zwischen Männern und Frauen verstieß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 40b GlBG, weshalb der VfGH die Wortfolge „– das sind Männer ab dem 65. Lebensjahr und Frauen ab dem 60. Lebensjahr –“ beseitigte.[680]

I.1.4. Gleichheit von behinderten und nichtbehinderten Menschen:

Das Gebot der Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen gemäß Art 7 Abs 1 Satz 3 und 4 B-VG wurde mit der B-VG-Novelle BGBl I 87/1997 vom 13.8.1997 in die Verfassung eingefügt.

Satz 3 normiert ein spezielles Diskriminierungsverbot, wonach niemand wegen einer Behinderung benachteiligt werden darf. Ein solches Verbot ergibt sich eigentlich bereits aus Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG, weshalb Satz 3 lediglich eine Verdeutlichung darstellt.[681] Rechtliche Differenzierungen zwischen behinderten und nichtbehinderten Menschen sind zwar weiterhin zulässig, müssen jedoch sachlich gerechtfertigt sein.[682]

Die in Rede stehenden Verfassungsbestimmungen werden in Österreich durch eine Reihe einfacher Gesetze, die der Gleichstellung und dem Schutz behinderter Menschen dienen, umgesetzt.[683] Als die

678 VfGH 15.12.2010, V 39/10 ua.

679 BGBl II 2001/47.

680 Siehe auch *Dorr/Liehr*, Entscheidungen des VfGH – Dezember-Session 2010, ÖJZ 2011, 234 (237,238).

681 *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 55.

682 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1363.

683 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1364.

wichtigsten einfachen Gesetze sind zu nennen:

- Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen[684]

- Bundesgesetz vom 17.5.1990 über die Beratung, Betreuung und besondere Hilfe für behinderte Menschen[685]

- Behinderteneinstellungsgesetz[686]

I.2. Drittwirkung und staatliche Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten

I.2.1. Drittwirkung des Gleichheitssatzes:

Wie die meisten Grundrechte entfaltet auch der allgemeine Gleichheitsgrundsatz nach österreichischem Rechtsverständnis – in Übereinstimmung mit der Judikatur[687] des OGH – im Rechtsverkehr zwischen Privatpersonen keine unmittelbare Drittwirkung.[688] Die Konsequenz daraus ist, dass Diskriminierungen, aufgrund welcher persönlichen Eigenschaft auch immer sie erfolgen, vor Gericht nicht unter Berufung auf Art 7 B-VG bekämpft werden können. Eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten ist jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern müsste ausdrücklich gesetzlich angeordnet sein. Das Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSG 2000[689] ist das einzige Grundrecht in der österreichischen Rechtsordnung, das (auch) unmittelbar im Privatrechtsverkehr wirkt.[690]

Im Rahmen mittelbarer Drittwirkung fließt der Gleichheitssatz – durch Vermittlung des einfachen

684 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz BGBl I 2013/138.

685 Bundesbehindertengesetz BGBl I 2017/18.

686 Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 2017/40.

687 ZB OGH 19.3.2013, 9 ObA 146/12d; 27.2.2012, 9 ObA 80/11x; 22.6.2011, 2 Ob 219/10k.

688 ZB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1336,1351; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 741,801; *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 67; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 21; *Schulev-Steindl*, Drittwirkung und Fiskalgeltung, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Österreich VII/1[2] (2014) Rz 19; *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I Rz 122; Im Hinblick auf die Grundrechte der EMRK *Grabenwarter/Pabel*, EMRK[6] § 19 Rz 8.

689 Siehe dazu bereits oben S 105.

690 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1336; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 21.

Gesetzgebers[691] – über einfache Gesetze oder die Generalklauseln des Privatrechts, ferner im Wege verfassungskonformer Interpretation sowie mittels Lückenschließung durch das zur Rechtsanwendung berufene Organ in private Rechtsverhältnisse ein. Zu den privatrechtlichen Generalklauseln zählen insbesondere die Bestimmungen über die Persönlichkeitsrechte gemäß § 16 ABGB sowie jene über die guten Sitten gemäß §§ 879 Abs 1 und 1259 Abs 2 ABGB.[692] Dies entspricht auch der Rechtsprechung des OGH.[693] Beispiele auf dem Gebiet der Gleichbehandlung bzw Nichtdiskriminierung, in welchen der einfache Gesetzgeber mittelbare Drittwirkung vorsieht, sind das GlBG, das GBK/GAW-G, das B-GlBG sowie entsprechende Landes-Gleichbehandlungsgesetze.[694]

I.2.2. Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten des Staates:

Die Grundrechte sind als subjektive Rechte des Einzelnen entstanden, die diesen – zumindest nach historischem Verständnis – vor staatlichem Verwaltungshandeln schützen sollen.[695] Sie wurden daher im 19. Jahrhundert als Abwehrrechte gegenüber dem Staat konzipiert.[696] Neuere Entwicklungstendenzen im Laufe des 20. Jahrhunderts haben allerdings gezeigt, dass den Grundrechten heute auch im Verhältnis Privater untereinander eine Schutzfunktion zukommt.[697] Zudem wurde von der älteren Deutung der Grundrechte als „Regeln" iS von klaren Geboten und Verboten mittlerweile abgegangen. Vielmehr werden die Grundrechte nunmehr als Prinzipien verstanden, die dem Gesetzgeber ein bestimmtes Ziel vorgeben, im Rahmen dessen er dafür Sorge zu tragen hat, dass er den grundrechtlichen Wertvorgaben – iS eines Optimierungsgebotes – so nahe wie möglich kommt.[698] Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber bei der Erlassung einfacher Gesetze, welche einander widerstreitende Grundrechte berühren, eine Abwägung vorzunehmen und einen Ausgleich gegenläufiger Grundrechtspositionen herzustellen hat. Weiters ist es Aufgabe der

691 *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier* VII/1[2] Rz 19; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 741; *Koziol- Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I Rz 121.

692 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1335,1336; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 21; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 743; *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier* VII/1[2] Rz 33; *Perner*, Grundrechte-Charta 145.

693 ZB OGH 23.1.2001, 7 Ob 312/00h; 15.4.1998, 3 Ob 2440/96m; 11.10.1988, 1 Ob 26/88.

694 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1336; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 801; *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 67.

695 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1330.

696 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 692.

697 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 27.

698 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 31,32.

einfachen Gesetzgebung, die effektive Ausübbarkeit privater Rechtspositionen zu schützen und zu gewährleisten.[699] Bei der Erlassung eines (einfachen) Gleichbehandlungsgesetzes etwa ist sohin der Gleichheitsgrundsatz nach Art 7 B-VG mit dem Grundrecht auf Schutz des Eigentums gemäß Art 1 1. ZP zur EMRK und Art 5 StGG, worunter nach dem VfGH[700] auch der Schutz der Privatautonomie zu subsumieren ist, abzuwägen. Eine Abwägung gegenteiliger Interessen führte bereits in der Vergangenheit beispielsweise im Arbeits-, Miet- und Konsumentenschutzrecht zu einer Einschränkung der Privatautonomie.[701] Gleichzeitig hat der einfache Gesetzgeber darauf Bedacht zu nehmen, dass Privatpersonen, in deren geschützte Grundrechtsposition im Rahmen (privat-)rechtsgeschäftlicher Tätigkeit eingegriffen wird, ein effektives Mittel zur Durchsetzung ihrer Grundrechte zur Seite gestellt wird.

Mit dieser modernen Ausrichtung der Grundrechte gehen diverse Fragen einher, wie beispielsweise jene, ob sich die grundrechtlichen Verpflichtungen des Staates in einem Nicht-Eingriff erschöpfen oder ob diesen auch positive Handlungspflichten treffen.[702] Des Weiteren ist zu fagen, ob der Gesetzgeber in gleichem Maße wie die Vollziehung an die Grundrechte gebunden ist. Es ist unbestritten, dass Akte des Gesetzgebers vom VfGH auf ihre Verfassungsmäßigkeit und daher auch auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten überprüft werden können. Geht die Bindung des Gesetzgebers jedoch so weit, dass er auch zu einem aktiven Handeln verpflichtet ist? Geht man von einer umfassenden Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aus, ist diese Frage zu bejahen[703]. Mit der Figur staatlicher Schutzpflichten wird die gesetzgeberische Pflicht, den Grundrechten auch im Verhältnis von Privatpersonen untereinander zum Durchbruch zu verhelfen, begründet.[704]

Im Anwendungsbereich der EMRK etwa treffen den Staat – in völkerrechtlicher Hinsicht – sehr wohl derartige Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten.[705] Der EGMR verwendet hierfür den Begriff „positive obligations“. Um die in der EMRK enthaltenen Grundrechte garantieren zu können, kann es erforderlich sein, innerstaatlich Gesetze bestimmten Inhaltes zu erlassen, also positive

699 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 693,742.

700 ZB VfGH 13.6.1996, G 1395/95 ua; 12.10.1993, G 124/92; 30.11.1989, G 139/88 ua.

701 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 35.

702 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 26.

703 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1331,1332; Grundsätzlich zustimmend *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 694.

704 *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier* VII/1[2] Rz 30.

705 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 696; *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier* VII/1[2] Rz 30; ZB OGH 27.2.2013, 6 Ob 256/12h bezüglich Art 8 EMRK.

Maßnahmen zu setzen[706], bzw bestehende Gesetze grundrechtskonform auszulegen.[707] Für die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte der EMRK besteht allerdings kein Anlass. Vielmehr werden Privatpersonen durch die Garantien der EMRK „lediglich" über den „Umweg" mitgliedstaatlicher Gesetze verpflichtet.[708]

In Deutschland nahm das BVerfG erstmals im Jahr 1975 das Bestehen umfassender staatlicher Schutzpflichten an.[709] In seinem Erkenntnis „Schwangerschaftsabbruch I"[710] sprach es aus, dass das sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung steht. „Die Schutzpflicht des Staates verbietet nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen."

Nachdem eine Pflicht zum aktiven Tätigwerden insbesondere auch des Gesetzgebers angenommen werden kann, ergibt sich ein weiteres Problem, nämlich jenes der Durchsatzbarkeit dieser legislativen Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten. Wie bereits erwähnt, kann der VfGH zwar bestehende (einfache) Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen und diese gegebenenfalls wegen Verfassungswidrigkeit aufheben. Er kann jedoch nicht auf die Untätigkeit des Gesetzgebers reagieren, indem er fehlende Gesetze(sbestimmungen) erzwingt.[711] Demnach besteht keine juristisch durchsetzbare Pflicht des Gesetzgebers, Gesetze bestimmten Inhaltes zu erlassen. Sofern sohin der (einfache) Gesetzgeber einen bestimmten Themenbereich gänzlich ungeregelt lässt, kann der VfGH keinen Rechtsschutz bieten.[712]

706 *Iliopoulos-Strangas*, Soziale Grundrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Österreich VI/1 (2010) Rz 52,53.

707 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1333; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK[6] § 19 Rz 1; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 28,29.

708 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK[6] § 19 Rz 8.

709 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 29.

710 BVerfG 25.2.1975, BVerfGE 39, 1.

711 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 697,1007.

712 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1333.

II. Das einfachgesetzliche Gleichbehandlungsrecht im Bereich Güter und Dienstleistungen

II.1. Das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz, „GlBG“)

Das GlBG in seiner Stammfassung wurde mit BGBl I 66/2004 ins österreichische Recht eingefügt und übernahm dabei den Großteil seiner Regelungsinhalte aus der Vorgängerregelung, dem GlBG 1979[713]. Das europäische Gemeinschafts- bzw später das Unionsrecht hatte bedeutenden Einfluss auf die Entwicklung des österreichischen GlBG und diente als Vorbild bzw Orientierungshilfe für die Ausgestaltung der nationalen Gleichbehandlungsbestimmungen. Das nunmehr geltende GlBG trat mit 1.7.2004 in Kraft und wurde seitdem fünfmal novelliert. Während die AntirassismusRL 2000/43/EG in der Stammfassung des Gesetzes bereits berücksichtigt wurde, wurde die DienstleistungsRL 2004/113/EG mit BGBl I 98/2008 (2. Novelle des GlBG) ins innerstaatliche Recht umgesetzt und trat sodann mit 1.8.2008 in Kraft.

Das GlBG in seiner geltenden Fassung, BGBl I 107/2013, gliedert sich in fünf Teile:

- I. Teil (§§ 1-15): Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt

- II. Teil (§§ 16-29): Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung (Antidiskriminierung)

- III. Teil (§§ 30-40c): Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen

- IV. Teil (§§ 41-58): Grundsätze für die Regelung der Gleichbehandlung im Arbeitsleben in der Land- und Forstwirtschaft

- V. Teil (§§ 59-64): Schlussbestimmungen

713 BGBl 1979/108 idF BGBl I 2001/129.

Der hier interessierende III. Teil des GlBG beinhaltet (ua) Bestimmungen hinsichtlich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit. Der III. Teil ist somit jener – abgesehen vom V. Teil –, der sich mit der Gleichbehandlung außerhalb der Arbeitswelt („in sonstigen Bereichen“[714]) befasst. Der Diskriminierungsschutz dieses Teiles bezieht sich ausschließlich auf die Unterscheidungsmerkmale Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit, im Gegensatz zu allen anderen Teilen, welche zusätzlich auch die übrigen Merkmale Alter, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung, umfassen.

Im Hinblick auf den Inhalt des III. Teiles des GlBG kann im Wesentlichen auf die Kommentierung der RLn 2000/43/EG[715] und 2004/113/EG[716] verwiesen werden, da deren Bestimmungen zum Teil nahezu wortgleich, zum Teil sinngemäß ins GlBG übernommen wurden.

Der Schutz vor Diskriminierung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen in Bezug auf den Unterscheidungsgrund der Behinderung wird durch ein eigenes Gesetz, das BGStG, sichergestellt. Im Hinblick darauf ist Österreich der europäischen Rechtslage einen Schritt voraus, da das Sekundärrecht keinen Diskriminierungsschutz Behinderter im Bereich Güter und Dienstleistungen vorsieht. In der Arbeitswelt werden behinderte Menschen durch das BEinstG vor Diskriminierungen gesetzlich geschützt.

II.2. Die Institutionen

Um die Anwendung des GlBG in der Praxis zu fördern und die rechtliche Durchsetzung der darin festgelegten Ansprüche zu erleichtern, sind spezielle fachkundige Einrichtungen und wirksame Verfahrensvorschriften erforderlich. Dies soll durch das GBK/GAW-G[717] sichergestellt werden. Das GBK/GAW-G ist – wie auch das GlBG – mit BGBl I 66/2004 am 1.7.2004 in Kraft getreten und beinhaltet institutionelle sowie verfahrensrechtliche Regelungen, welche die materiell-rechtlichen Bestimmungen des GlBG ergänzen. In diesem Kontext sprechen auch die

714 Zu den „sonstigen Bereichen“ zählen neben dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen die Bereiche Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, weiters soziale Vergünstigungen und Bildung.

715 Siehe dazu oben S 24ff.

716 Siehe dazu oben S 38ff.

717 Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft BGBl I 2013/107.

AntirassismusRL 2000/43/EG (Art 13 iVm ErwGr 24)[718] und die DienstleistungsRL 2004/113/EG (Art 12 iVm ErwGr 25)[719] von „mit der Förderung der Gleichbehandlung befasste[n] Stellen".

Im Zusammenhang mit den Kompetenzen der GBK und der GAW[720], die sich im Wesentlichen (lediglich) auf Beratung und Konfliktlösung beschränken, wird oftmals kritisiert, dass diese keine rechtlichen Möglichkeiten haben, Diskriminierungsfälle verbindlich zu entscheiden, Betroffene in Gerichtsverfahren zu vertreten oder im eigenen Namen Klage zu erheben. Die Verfahren vor der GBK und der GAW werden daher vielfach zu Recht als wenig wirkungsvoll bezeichnet, da diese Institutionen letztlich keine verbindlichen Sanktionen für diskriminierende Personen anordnen können. Dies bleibt den Zivilgerichten überlassen.

II.3. Zivil- und verwaltungsgerichtliche Judikatur zur Diskriminierung im Bereich Güter und Dienstleistungen

Während zu Gleichbehandlung und Diskriminierung in der Arbeitswelt zahlreiche Judikatur besteht, ist eine Rechtsprechung zu dieser Problematik außerhalb des Arbeitsrechts nur sehr spärlich vorhanden. Im Folgenden sollen die einzigen fünf auffindbaren Gerichtsentscheidungen kurz vorgestellt werden.

In der Rs 35 R 68/07w hatte das LG für ZRS Wien über die Schadenersatzklage einer tunesischstämmigen österreichischen Staatsangehörigen wegen Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zu entscheiden. Das Gericht stellte fest, dass der Beklagte die Klägerin in einem Bekleidungsgeschäft, in dem diese einen Mantel kaufen wollte, mit den Worten „Wir verkaufen nicht an Ausländer" verbal diskriminierte und sie unter Anwendung körperlicher Gewalt, nämlich durch je einen Schlag ins Gesicht sowie in den Rücken, veranlasste, das Geschäft zu verlassen. Mit Urteil vom 30.3.2007 sprach das Gericht der Klägerin einen Betrag iHv EUR 800,-- ideellem Schadenersatz zu. Bei der Höhe des Schadenersatzes orientierte sich das Gericht – nicht nachvollziehbarerweise – an den in Österreich üblicherweise zugesprochenen Haftentschädigungsbeträgen.

Mit Urteil vom 14.9.2011, 60 R 101/10y, stellte das HG Wien als Berufungsgericht zwar fest, dass

718 Siehe dazu bereits oben S 36.

719 Siehe dazu bereits oben S 50.

720 Siehe zu deren Aufgaben bereits oben S 36,37.

die Klägerin durch die Verweigerung des Zutrittes zu einem Lokal aufgrund ihrer dunklen Hautfarbe unmittelbar diskriminiert wurde, setzte den vom Erstgericht zugesprochenen Schadenersatz iHv EUR 1.500,-- jedoch auf EUR 250,-- herab.

In einer weiteren Rs, 36 R 292/15f, legte das LG für ZRS Wien seiner Entscheidung folgenden Sachverhalt zugrunde: Eine Gruppe von acht Personen, davon sechs Männer und zwei Frauen, wollte einen Club betreten, wobei drei Männern der Zutritt aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit verweigert wurde. Den übrigen fünf Personen, die vom Türsteher als Österreicher wahrgenommen wurden, wurde der Einlass ohne Weiteres gewährt. Das Gericht ging in diesem Fall ebenfalls von einer unmittelbaren Diskriminierung hinsichtlich der drei Männer mit Migrationshintergrund sowie einer Diskriminierung durch Assoziierung bezüglich der fünf weiteren Personen ohne erkennbaren Migrationshintergrund aus und sprach allen Beteiligten mit Urteil vom 10.12.2015 Schadenersatz[721] zu.

Das LVwG Vorarlberg[722] erachtete die Formulierung „bevorzugt an Inländer“ in einem Wohnungsinserat als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sowie der ethnischen Zugehörigkeit bei der Wohnraumversorgung. Die inkriminierte Wortfolge stellt einen Verstoß gegen das Gebot des diskriminierungsfreien Inserierens von Wohnraum gemäß § 36 GlBG dar.

Ebenso erblickte das LVwG Wien[723] in den in einem Wohnungsinserat enthaltenen Hinweisen „an österreichische Staatsbürger“ sowie „Studenten und österreichische Staatsbürger“ eine auf das Geschlecht sowie die ethnische Zugehörigkeit bezugnehmende diskriminierende Wohnrauminserierung und somit eine Verletzung von § 36 GlBG. Diese Verwaltungsübertretung ahndete das Gericht mit einer Ermahnung des Beschuldigten gemäß § 37 Abs 1 GlBG.

Die angeführten Gerichtsentscheidungen betreffen allesamt Diskriminierungen wegen des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit. Es ist auffällig, dass noch kein einziger Fall, der eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung, des Alters, der Religion oder der Weltanschauung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zum Inhalt hatte, von einem nationalen Gericht entschieden wurde. Auch die eingangs dieser Arbeit einleitend

721 Den drei unmittelbar diskriminierten Männern sprach das Gericht einen Betrag iHv je EUR 600,--, den fünf übrigen Personen einen Betrag iHv je EUR 350,-- an Schadenersatz zu.

722 LVwG Vorarlberg 14.7.2014, LVwG-1-388/R4-2014.

723 LVwG Wien 9.3.2016, VGV-001/010/12949/2015.

erwähnten Sachverhalte wurden – trotz des großen medialen Aufsehens, das sie erregt haben – nicht an die Gerichte herangetragen, obwohl sie Paradebeispiele für unsachliche Ungleichbehandlungen darstellen. Die Gründe dafür liegen zum einen möglicherweise in den kaum abschätzbaren Erfolgsaussichten, die – im Gegensatz zu arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsverfahren – mangels Vorliegens entsprechender Judikatur nicht vorhergesehen werden können. Zum anderen sind Gerichtsverfahren teuer. Streitigkeiten wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unterliegen sowohl in Zivil- als auch in Arbeitsrechtssachen dem Erfolgshaftungsprinzip der ZPO.[724]

III. Resümee

Obwohl dem Gleichheitsgrundsatz kein höherer Rang als den übrigen Grundrechten zukommt[725], stellt er eines der wichtigsten, wenn nicht das wichtigste Grundrecht im österreichischen Verfassungsrecht dar. Er soll Rechtsgleichheit, also Gleichheit durch das Recht und im Recht, gewährleisten, wobei dieser Grundsatz mittlerweile nicht mehr nur für österreichische Staatsbürger, sondern vielmehr für Jedermann gilt. Das Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz verbietet dem Gesetzgeber, in unsachlicher Weise zwischen Menschen zu differenzieren.[726] Wie ist jedoch vorzugehen, wenn genau dieser Fall vorliegt und die Rechtsordnung selbst eine Differenzierung vornimmt, die mit überzeugenden Argumenten nicht gerechtfertigt werden kann. Eine solche unbefriedigende Situation schafft das derzeit in Kraft stehende, seit Jahren viel diskutierte sowie kritisierte GlBG.

Die Ungleichbehandlung im GlBG ergibt sich aus der Tatsache, dass in der Arbeitswelt alle in Rede stehenden persönlichen Eigenschaften, nämlich Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung, einen Diskriminierungsschutz auslösen (Teile I., II. und IV. des GlBG), ganz im Gegenteil zum Bereich Güter und Dienstleistungen. Hier bezieht sich der Schutz lediglich auf die Kriterien Geschlecht und Ethnie (Teil III. des GlBG). Das Rechtsschutzgefälle ist deutlich sichtbar. Träger der Merkmale Religion, Weltanschauung, Alter und sexuelle Orientierung dürfen sohin – geht es nach dem GlBG – legal diskriminiert werden. Die Situation ist also insofern mit jener auf europäischer Ebene vergleichbar, mit Ausnahme des Umstandes, das im österreichischen Recht behinderte Menschen in allen Bereichen Diskriminierungsschutz genießen.

724 *Schmölzer*, juridikum 2013, 172.

725 *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 14.

726 *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 16.

Im Hinblick auf die festgestellte gesetzliche Ungleichbehandlung sollen in diesem Kapitel folgende Fragen erörtert werden:

1. Verstößt der III. Teil des GlBG gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG? Ist der Gesetzgeber daher verpflichtet, den Zustand der Ungleichheit zu beseitigen?

2. Wie müsste ein novellierter III. Teil des GlBG ausgestaltet sein, damit er den (primär- und) verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht?

3. Wie hat ein Gericht vorzugehen bzw auf welcher Rechtsgrundlage hat es zu entscheiden, wenn es hinsichtlich eines Diskriminierungssachverhaltes in Bezug auf ein nicht geschütztes persönliches Merkmal angerufen wird?

ad 1.) Wie bereits erwähnt, ist eine Pflicht zur Gleichbehandlung im Arbeitsrecht bereits seit vielen Jahren gesetzlich verankert. Darüber hinaus gibt es umfangreiche Judikatur zu allen möglich arbeitsrechtlichen Diskriminierungs- und Gleichbehandlungsfragen. Der in Art 7 B-VG enthaltene Gleichheitssatz hat sohin im Wege einfacher Gesetze – für die Arbeitswelt handelt es sich hierbei im Wesentlichen um das GlBG, das B-GlBG und entsprechende Landes-Gleichbehandlungsgesetze – in private Rechtsverhältnisse Eingang gefunden.[727]

Für den Bereich außerhalb des Arbeitsrechts wurde vom Gesetzgeber mit dem III. Teil des GlBG eine Situation der Ungleichheit geschaffen und bis heute beibehalten, obwohl Art 7 B-VG ein deutlich gegenteiliges Ziel, nämlich Gleichheit vor dem Gesetz, vorgibt. Nach meinem Verständnis verstößt der III. Teil daher sehr wohl gegen dieses Ziel, da er verschiedene Schutzniveaus herstellt und Menschen aus nicht gerechtfertigten Gründen ungleich behandelt. Die in Rede stehenden geschützten Diskriminierungsmerkmale wurden auf der einen Seite, nämlich im Arbeitsrecht, vom einfachen Gesetzgeber bereits vor langer Zeit anerkannt. Auf der anderen Seite, hinsichtlich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ist der Gesetzgeber jedoch bis heute nicht willens, dasselbe Schutzniveau wie in der Arbeitswelt zu schaffen. Dass ein einfachgesetzlicher Ausgleich gegenläufiger Grundrechtspositionen möglich ist, wurde zum einen von mir in Kapitel A.III.5. bereits umfassend gezeigt und zum anderen vom Gesetzgeber mit der Erlassung der Teile I., II. und IV. des GlBG unter Beweis gestellt. Es ist zwar richtig, dass die Privatautonomie durch eine Ausweitung des Diskriminierungsschutzes im Bereich Güter und

727 *Berka* in *Kneihs/Lienbacher* 67.

Dienstleistungen (weiter) eingeschränkt werden würde. Der Schutz soll jedoch nicht ausufernd um alle denkbar möglichen, sondern lediglich um vier (im Arbeitsrecht bereits anerkannte) persönliche Merkmale erweitert werden.

Rechtsvergleichend liegt im österreichischen Recht dieselbe Situation wie im Europarecht vor, in beiden Rechtsordnungen ist die Rechtslage somit sehr ähnlich: Es gibt eine primär- bzw verfassungsrechtliche Vorgabe, und zwar Art 21 Abs 1 und 23 GRC sowie Art 7 B-VG. Eine Ebene darunter ist der Diskriminierungsschutz jedoch weit weniger ausgeprägt. Im Europarecht ist dies durch den RL-Vorschlag vom 2.7.2008, der seit Jahren nicht umgesetzt wird, erkennbar. Im nationalen Recht zeigt sich dies durch das GlBG, welches hinsichtlich seines III. Teiles lückenhaft ist. Ein Rechtsschutzdefizit ist jedenfalls in beiden Rechtsordnungen ersichtlich. Das Vorliegen unterschiedlicher Schutzniveaus stellt ganz klar einen Verstoß gegen das jeweils höherrangige Recht dar.

Wie oben in Kapitel B.I.2.2. bereits festgestellt, besteht eine Pflicht zum aktiven Tätigwerden des Gesetzgebers, da dieser für eine effektive Umsetzung und Gewährleistung der Grundrechte zu sorgen hat[728]. Weil der Staat solchen Schutzpflichten unterliegt und eine unmittelbare Drittwirkung von Art 7 B-VG nicht in Betracht kommt, ist die Erlassung bzw Novellierung einfacher Gesetze, durch welche der Gleichheitsgrundsatz im Wege mittelbarer Drittwirkung in private Rechtsverhältnisse einfließen kann, erforderlich. Bestünde diese Pflicht nicht, wären Bestimmungen wie „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich“ nichts weiter als wirkungslose, programmatische Floskeln. In der gegenständlichen Diskussion steht die effektive Umsetzung des Grundrechts auf Gleichheit vor dem Gesetz im Fokus. Ich bin der Ansicht, dass es dem Gesetzgeber ein besonderes Anliegen sein sollte, gerade dieses Grundrecht auf einfachgesetzlicher Ebene so gut wie möglich umzusetzen und es sodurch mit Wirksamkeit auszustatten. Die Gleichheit vor dem Gesetz ist aus vielen Gründen von immenser Bedeutung für eine Gesellschaft, insbesondere aber soll der Benachteiligung, der Stigmatisierung und der Unfairness eine Absage erteilt sowie gleichzeitig der Emanzipation, der Chancengleichheit und der Menschenwürde Ausdruck verliehen werden. Um das „Gleichgewicht“ in einer Gesellschaft herzustellen, muss der Gesetzgeber mit gutem Beispiel vorangehen und die durch das Gesetz selbst hervorgerufene Ungleichheit beseitigen. Erst wenn eine umfassende Pflicht zur Nichtdiskriminierung (auch außerhalb der Arbeitswelt) gesetzlich verankert wird, kann sich beispielsweise gesellschaftliche, soziale, kulturelle, politische, wirtschaftliche sowie Geschlechtergleichheit faktisch entwickeln und ausbreiten. So lange das

728 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 32.

GlBG jedoch suggeriert, es sei in Ordnung, zB Homosexuelle, Moslems oder alte Menschen bei der Wohnungs- oder Kreditvergabe zu benachteiligen, vom Einkaufsvergnügen auszuschließen oder am Restaurantbesuch zu hindern, wird sich die Gesellschaft nicht „nach vorne“ in die richtige Richtung bewegen. Vielmehr trägt das GlBG zur Beibehaltung überholter Weltanschauungen, tief verwurzelter Klischees und unzeitgemäßer Wertvorstellungen bei. An dieser Stelle würde es sich anbieten, auf das fortschrittliche und moderne europäische Gedankengut zu verweisen, auf welchem die EU aufgebaut ist. In diesem Sinne wurde in Kapitel A.I.2. bereits darauf hingewiesen, dass Gleichheit und Nichtdiskriminierung in der europäischen Wirtschafts- und Wertegemeinschaft einen sehr hohen Stellenwert haben und von zentraler Bedeutung für die Identität der EU, in welcher Diskriminierungen als Gefahr für demokratische Gesellschaften und den sozialen Zusammenhalt angesehen werden, sind. Leider ist in diesem Zusammenhang allerdings festzustellen, dass es auf europäischer sekundärrechtlicher Ebene anscheinend ebenso in Ordnung ist, Menschen, denen bestimmte Merkmale anhaften, zu benachteiligen und auszugrenzen. Es ist also auch der europäische (einfache) Gesetzgeber, trotz ganz klarer gegenteiliger primärrechtlicher Vorgaben, nicht willens, die vorliegende Situation der Ungleichheit zu beenden.

Das Ergebnis der vorliegenden Diskussion kann nur eines sein: Dasselbe wie im Anwendungsbereich der EMRK, aus welcher positive Verpflichtungen zur Erlassung bestimmter gesetzlicher Regelungen zum Schutz der Konventionsgrundrechte abgeleitet werden[729], muss auch außerhalb dieses Anwendungsbereiches gelten. Den Staat treffen gegenüber den Bürgern Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten. Da das in Art 7 B-VG verbriefte Grundrecht keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet – und zwar auch dann nicht, wenn der Gesetzgeber säumig ist[730] –, muss dieser entsprechende einfache Gesetze erlassen, um das Grundrecht (mittelbar) mit Wirksamkeit auszustatten. Dies zu dem Zweck, um Privatpersonen voreinander zu schützen und die effektive Ausübbarkeit ihrer (Grund-)Rechtspositionen zu gewährleisten. Aus diesem Blickwinkel betrachtet hat der Gesetzgeber als direkter Adressat von Art 7 B-VG gar keine andere Wahl, als den III. Teil des GlBG derart zu ändern, dass er den grundrechtlichen Vorgaben entspricht und einen grundrechtskonformen Zustand im Hinblick auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen herstellt. Dass ein solches Vorhaben kein unüberwindbares Hindernis darstellt, hat der Gesetzgeber selbst schon mit der Einführung eines umfassenden Diskriminierungsschutzes im Arbeitsrecht bewiesen.

729 *Iliopoulos-Strangas* in *Merten/Papier* VI/1 Rz 52.

730 *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier* VII/1[2] Rz 18.

ad 2.) Im Anschluss an die Feststellung, dass der österreichische Gesetzgeber zu einem positiven Handeln in Form einer Novellierung des III. Teiles des GlBG verpflichtet ist, soll nunmehr auf die Frage eingegangen werden, wie ein solcher novellierter III. Teil des GlBG ausgestaltet sein muss, um höherrangigen Vorgaben adäquat zu entsprechen.

Die Beantwortung dieser Frage ist mE eigentlich nicht sonderlich schwierig, blickt man auf die Teile I., II. und IV. des GlBG, Abschnitt 3 (§§ 19-21) des dAGG[731] sowie den (nicht umgesetzten) RL-Vorschlag vom 2.7.2008[732]. Hierbei wurde ein sinnvoller Ausgleich zwischen Privatautonomie und Nichtdiskriminierung bereits hergestellt. In diesem Zusammenhang ist weiters zu erwähnen, dass ein Ministerialentwurf[733], welcher einen novellierten Teil III. des GlBG beinhaltete, bereits im Juli 2012 vom BMASK vorgelegt und zur Begutachtung versendet wurde. In diesem Entwurf lautete die Überschrift des III. Teiles „Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in sonstigen Bereichen“. Einer der Hauptgesichtspunkte des Entwurfs war sohin die Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes auf alle übrigen anerkannten Unterscheidungsmerkmale im Bereich Güter und Dienstleistungen. Damit wurde ein wichtiger Schritt im nationalen Gleichbehandlungsrecht gesetzt, welcher die bestehende Hierarchie des Schutzniveaus zwischen den einzelnen Diskriminierungsgründen beenden sollte. Den Erläuterungen[734] zum Entwurf ist zu entnehmen, dass insbesondere im Hinblick auf Benachteiligungen aufgrund der sexuellen Orientierung beim Zugang zu Wohnraum Handlungsbedarf bestehe. Praktische Erfahrungen hätten zudem gezeigt, dass Ungleichbehandlungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sehr häufig den Inhalt von Anfragen und Beschwerden darstellen würden, weshalb entsprechende Regelungen dringend geboten seien.[735] Der in Rede stehende Gesetzesentwurf wurde allerdings letztlich nicht im vorgeschlagenen Umfang umgesetzt. Die Gründe hierfür werden weiter unten näher erläutert.

Ein novellierter Teil III. des GlBG sollte jedenfalls umfassenden Schutz vor unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung, der Anweisung zu einer solchen, weiters Diskriminierung durch Assoziierung sowie Belästigung und sexuelle Belästigung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, einschließlich Wohnraum, im Hinblick auf die Kriterien Geschlecht,

731 Siehe dazu bereits oben S 84ff.

732 Siehe dazu bereits oben S 51ff.

733 407/ME 24. GP.

734 407/ME 24. GP Erläut.

735 407/ME 24. GP Erläut 7.

ethnische Zughörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter sowie sexuelle Orientierung zum Inhalt haben. Ein solcher erweiterter Geltungsbereich würde nicht nur verfassungs- und primärrechtlichen Vorgaben entsprechen, sondern sogar sekundärem Unionsrecht einen Schritt voraus sein.

Ausnahmebestimmungen sehen sowohl die DienstleistungsRL 2004/113/EG sowie der RL-Vorschlag vom 2.7.2008 vor, weshalb Ausnahmen auch ins nationale Recht aufgenommen werden sollten. Dies gilt jedoch nicht für das Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit, da die AntirassismusRL 2000/43/EG ein absolutes Diskriminierungsverbot für den Bereich Güter und Dienstleistungen und somit keine Ausnahmemöglichkeiten enthält.[736] Sachlich gerechtfertigte Ausnahmeregelungen könnten sich nicht nur auf das Geschlecht, sondern beispielsweise ebenso auf das Alter oder die Religionszugehörigkeit beziehen. In diesem Sinne wurde in der (nicht umgesetzten) Gesetzesnovelle die Festsetzung eines Mindest- bzw Höchstalters für die Inanspruchnahme bestimmter Güter und Dienstleistungen vorgeschlagen. Hinsichtlich des Mindestalters wäre dies etwa aus Gründen des Jugendschutzes sinnvoll. Die Festsetzung eines Höchstalters beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen erscheint jedoch fragwürdig. In einem solchen Fall müssten jedenfalls ausreichende Beispiele in die Erläuterungen aufgenommen werden.

Ausnahmebestimmungen bezüglich der Religion oder der Weltanschauung existieren bereits im Hinblick auf die Arbeitswelt. In Anlehnung an § 20 Abs 2 GlBG sollte es zB Kirchen, Religionsgemeinschaften oder politischen Parteien möglich sein, Leistungen ausschließlich oder überwiegend an eigene Mitglieder zu erbringen.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist mE die Aufnahme einer konkreten Regelung bezüglich der ziffernmäßigen Höhe der Entschädigung bei festgestellter Diskriminierung. Derzeit spricht § 38 Abs 1 GlBG lediglich – allgemein – davon, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes außerhalb der Arbeitswelt eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung (sowie den Ersatz des Vermögensschadens) zur Folge hat. Wie aus Kapitel B.II.3. ersichtlich, existiert kaum zivil- und verwaltungsgerichtliche Judikatur zur Diskriminierung im Bereich Güter und Dienstleistungen. Dies macht es für Gerichte umso schwieriger, angemessene Schadenersatzbeträge im Diskriminierungsfall festzusetzen. Zudem zeigen die angeführten Gerichtsentscheidungen, dass es sich bei den jeweils zugesprochenen Entschädigungen um eher niedrige Beträge handelte, mit welchen sich die Diskriminierungsopfer

736 407/ME 24. GP Erläut 8.

abfinden mussten. In diesem Zusammenhang sehen Art 15 AntirassismusRL und Art 14 DienstleistungsRL vor, dass Sanktionen gegen diskriminierende Personen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. In der Rs 60 R 101/10y etwa verurteilte das HG Wien ein Lokal wegen diskriminierender Einlassverweigerung zur Zahlung von Schadenersatz iHv EUR 250,--. Es ist für mich nicht ersichtlich, inwiefern dieser geringe Betrag für den Lokalbetreiber eine abschreckende Wirkung haben soll. Weiters steht er in keinem Verhältnis zur von der benachteiligten Person erlittenen Würdeverletzung und wird den Lokalbetreiber kaum davon abhalten, seine „Einlasspolitik" in Bezug auf dunkelhäutige Menschen in Zukunft zu ändern. Die ziffernmäßige Festsetzung eines Mindestschadenersatzes durch den Gesetzgeber wäre daher dringend geboten, wenn die von den RLn vorgegebenen Kriterien erfüllt werden sollen. § 38 Abs 2 GlBG (wie auch § 9 Abs 2 BGStG) sieht derzeit lediglich für Fälle der Belästigung und der sexuellen Belästigung im Bereich Güter und Dienstleistungen einen Mindestbetrag iHv EUR 1.000,-- Schadenersatz als Ausgleich für die erlittene persönliche Beeinträchtigung vor. Diese Regelung sollte jedenfalls auf alle Formen der Diskriminierung ausgeweitet werden. Zudem wäre es mE sinnvoll, den Mindestbetrag sogar noch zu verdoppeln, um sicherzustellen, dass damit eine abschreckende Wirkung in jedem Fall erzielt wird.

Im Begutachtungsverfahren zur (nicht umgesetzten) Gesetzesnovelle machten einige begutachtende Stellen[737] den Vorschlag, bestimmte Kriterien für die Bemessung des immateriellen Schadenersatzes in das Gesetz einzufügen. Hierzu zählen beispielsweise die wirtschaftliche bzw finanzielle Leistungsfähigkeit der diskriminierenden Person, der Umstand, dass bereits wiederholt diskriminiert wurde, die Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Opfers sowie die Dauer der Diskriminierung. Der Aufnahme solcher Bemessungskriterien in einen novellierten III. Teil des GlBG ist jedenfalls zuzustimmen, da hierdurch stets die jeweilige individuelle Situation des Täters sowie des Opfers konkret berücksichtigt werden kann. So wäre es zweifellos gerechtfertigt, zB finanzkräftigen Personen, die immer wieder und systematisch Diskriminierungen vornehmen, weitaus höhere Schadenersatzbeträge als den Mindestbetrag aufzuerlegen. Darüber hinaus würde Gerichten eine geeignete Orientierungshilfe bei der Bemessung immateriellen

737 ZB Stellungnahme des Klagsverbandes zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern vom 20.9.2011 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10005/imfname_270380.pdf; Stellungnahme von ZARA – Beratungsstelle für Opfer und ZeugInnen von Rassismus vom 20.9.2011 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10015/imfname_270539.pdf; Stellungnahme der Bundesarbeitskammer vom 20.9.2011 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10011/imfname_270507.pdf (alle abgefragt am 7.7.2017).

Schadenersatzes geboten werden.

Wie bereits erwähnt, wurde der Gesetzesentwurf, der im Begutachtungsverfahren breite Zustimmung erhielt, bedauerlicherweise nicht im vorgeschlagenen Umfang umgesetzt. Nur sehr wenige begutachtende Stellen äußerten sich kritisch, lediglich eine lehnte den Entwurf ab. Hierbei handelte es sich um die Österreichische Bischofskonferenz[738], welche sich va gegen das vorgesehene Levelling up im III. Teil des GlBG aussprach, da hierfür keine europarechtlichen Vorgaben bestehen würden. Weiters wurde – zusammengefasst – argumentiert, dass eine Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes einen massiven Eingriff in die Privatautonomie und damit einhergehend auch in die Freiheit der Bürger, ihre sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen autonom zu gestalten, darstellen würde. Durch das vorgeschlagene Gesetz würde ein umfassender Kontrahierungszwang begründet werden, welcher Privatpersonen beinahe im selben Ausmaß wie den Staat treffen würde.

Schlussendlich setzte sich diese Auffassung durch und ein bundesweites Levelling up scheiterte am Widerstand von ÖVP, FPÖ und BZÖ im Nationalrat, da auch deren Ansicht nach zu sehr in Freiheits- und Eigentumsrechte eingegriffen werden würde. Die Entscheidungsfreiheit bzw die Privatautonomie Einzelner, etwa hinsichtlich der Bereitstellung von Wohnraum, würde durch überschießende Regelungen erheblich eingeschränkt werden.[739] Ein Levelling up würde eine weitgehende Beseitigung der Vertragsfreiheit bedeuten.[740]

Das Ergebnis des Gesetzgebungsprozesses war schließlich, dass das GlBG, so wie es heute besteht, nämlich mit dem vorliegenden Rechtsschutzdefizit, mit BGBl I 107/2013 am 1.8.2013 in Kraft getreten ist und nichts weiter als den kleinsten gemeinsamen Nenner bzw einen wenig gelungenen Kompromiss der im Nationalrat vertretenen Parteien darstellt.

ad 3.) Da nun ein novellierter Teil III. des GlBG und damit einhergehend ein umfassender

738 Stellungnahme der Österreichischen Bischofskonferenz vom 6.11.2012 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10020/imfname_270546.pdf (abgefragt am 7.7.2017).

739 Parlamentskorrespondenz Nr 404 vom 14.5.2013 https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2013/PK0404/; Parlamentskorrespondenz Nr 442 vom 23.5.2013 http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2013/PK0442/ (alle abgefragt am 7.7.2017).

740 http://diepresse.com/home/innenpolitik/1303013/Darf-man-Kunden-ablehnen-Neuer-Anlauf-fuer-Gesetz (abgefragt am 7.7.2017).

Diskriminierungsschutz für alle in Rede stehenden Unterscheidungsmerkmale nicht besteht, soll nunmehr geklärt werden, wie sich ein Gericht behelfen kann, wenn es hinsichtlich eines Diskriminierungssachverhaltes in Bezug auf ein nicht geschütztes persönliches Merkmal angerufen wird.

Als Ausgangssachverhalt kann eines der eingangs dieser Arbeit angeführten Beispiele aus der Praxis herangezogen werden. Sehr interessant erscheint der Fall eines lesbischen Pärchens, welches wegen eines Kusses ein Wiener Café verlassen musste. Hierbei handelt es sich eindeutig um eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Das privatautonome Recht des Kaffeehausbetreibers, seine Vertragspartner frei auszuwählen, steht dem Recht der beiden Frauen, bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung nicht unsachlich benachteiligt zu werden, gegenüber. Das Merkmal der sexuellen Orientierung ist allerdings keine persönliche Eigenschaft, die vom Diskriminierungsschutz des III. Teiles des GlBG umfasst ist. Gesetzt jedoch den Fall, die beiden diskriminierten Frauen wenden sich mit einer Schadenersatzklage an ein Zivilgericht und begehren Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Auf welcher Rechtsgrundlage könnte das Gericht entscheiden?

Zur Beantwortung dieser Frage sind mehrere mögliche Lösungsansätze denkbar und zu prüfen:

a.) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine direkte Heranziehung von Art 7 B-VG von Vornherein ausscheidet, da eine unmittelbare Drittwirkung des Gleichheitsgrundsatzes – wie auch der allermeisten anderen Grundrechte in der österreichischen Rechtsordnung – im Rechtsverkehr inter privatos nicht in Betracht kommt.

b.) Ein nächster zu prüfender Schritt ist jedoch die Möglichkeit einer verfassungskonformen Interpretation des GlBG, also eine Auslegung des Gesetzes im Lichte des Art 7 B-VG. Der III. Teil des GlBG, wie er derzeit besteht, schützt Personen ausdrücklich nur im Hinblick auf ihr Geschlecht sowie ihre ethnische Zugehörigkeit beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vor Benachteiligungen. Die Methode der verfassungskonformen Interpretation stellt eine Zweifelsregel dar und ist lediglich (erst) dann heranzuziehen, wenn ein Gesetzestext in verschiedener Weise auslegbar erscheint, wenn also mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden kann. In einem solchen Fall ist jene Interpretationsart zu

wählen, im Wege derer dem Gesetz Verfassungskonformität zugesonnen werden kann.[741] Die Regelung des § 30 GlBG, welche den Geltungsbereich des III. Teiles des GlBG zum Inhalt hat, ist hinsichtlich ihres Wortlautes[742] allerdings eindeutig. Sie lässt keine verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten zu und muss daher nicht weiter verfassungskonform interpretiert werden. Das Rechtsschutzdefizit des III. Teiles des GlBG kann daher mittels grundrechtskonformer Auslegung des einfachen Gesetzes nicht geschlossen werden.

c.) Nicht mehr Interpretation, sondern bereits Rechtsfortbildung[743] ist die Schließung von Gesetzeslücken, bei welcher ein Rückgriff auf die Grundrechte ebenfalls geboten ist[744].[745] Nach der Judikatur[746] des VfGH ist eine Lücke im Wege eines Analogieschlusses zu schließen, wenn das Gesetz eine vom Gesetzgeber offenkundig nicht bedachte, somit planwidrige Lücke enthält, die das Gesetz mit Verfassungswidrigkeit belasten würde. Mit „Analogie“ (vgl § 7 ABGB) wird die Erstreckung einer Rechtsnorm auf einen (ähnlich gelagerten[747]) Sachverhalt, der nach dem Wortlaut des Gesetzes von diesem nicht geregelt ist, bezeichnet.[748] Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die §§ 30 und 31 GlBG, welche sich hinsichtlich des Geltungsbereiches des III. Teiles des GlBG sowie des Gleichbehandlungsgebotes unzweifelhaft auf den Diskriminierungsschutz im Bereich Güter und Dienstleistungen betreffend die Merkmale Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit beziehen, auch auf den in Rede stehenden Sachverhalt der Ausgrenzung aufgrund der sexuellen Orientierung bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung anzuwenden sind.

Voraussetzung für eine Lückenschließung mittels Analogie ist das Vorliegen einer planwidrigen, also echten Unvollständigkeit („Rechtslücke“).[749] Eine solche ist dann zu bejahen, wenn der Gesetzgeber unbewusst keine Regelung getroffen hat, eine Rechtsvorschrift sohin unbeabsichtigt

741 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 135; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 41,43; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 36; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] 12; ZB VfGH 27.11.2001, B 2128/00; 7.10.1998, G 51/91; 1.10.1987, G 142/87.

742 Siehe zB VfGH 2.7.2009, G 18/08 ua, wonach der äußerste Wortsinn der anzuwendenden Bestimmung die Grenze der verfassungskonformen Interpretation bildet.

743 *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I Rz 108.

744 *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier* VII/1[2] Rz 33.

745 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 41; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 136,137.

746 ZB VfGH 27.11.2001, B 2128/00; 25.4.2001, B 1012/98; 6.10.1999, B 434/98.

747 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 136.

748 *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] 14.

749 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 41; ZB VfGH 29.11.2012, G 23/12; 9.3.2006, V 96/05; 1.12.2000, V 70/96 ua.

unvollständig ist.[750] Die Ausfüllung dieser echten Lücke obliegt dem zur Anwendung der Rechtsvorschrift berufenen Organ, etwa einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde. Hat der Gesetzgeber jedoch bewusst die vorhandene lückenhafte Regelung getroffen, liegt eine planmäßige bzw unechte Lücke vor, deren Schließung mittels Analogie unzulässig ist[751].[752] In einem solchen Fall ist vielmehr der „Umkehrschluss" („argumentum e contrario") geboten, wonach davon auszugehen ist, dass eine Rechtsfolge aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung gerade nicht auf den nicht geregelten Sachverhalt anzuwenden ist.[753]

Ein Blick auf das unter Punkt 2. auszugsweise dargestellte Gesetzgebungsverfahren sowie ein Vergleich zwischen den Erläuterungen[754] zum (zeitlich früheren) nicht umgesetzten Ministerialentwurf und jenen des (später in Kraft getretenen) derzeit geltenden GlBG[755] zeigt, dass der Gesetzgeber die Herstellung der vorliegenden Rechtsschutz- bzw Gesetzeslücke ausdrücklich beabsichtigte. Er war sich bewusst, mit dem III. Teil des GlBG ein unvollständiges Gesetz zu erlassen und wollte offenkundig Ungleichbehandlungen aufgrund der sexuellen Orientierung (sowie der Religion, der Weltanschauung und des Alters) nicht dem Diskriminierungsschutz des GlBG unterstellen. Es handelt sich daher um einen Fall des Umkehrschlusses. Da sohin objektiv eine planmäßige Lücke vorliegt, scheidet eine durch das Zivilgericht vorzunehmende Schließung dieser Lücke mittels Analogie aus. Ein Schadenersatzanspruch des diskriminierten lesbischen Pärchens kann nicht durch die analoge Anwendung der §§ 30 und 31 GlBG begründet werden.

d.) In einem weiteren Schritt ist die Heranziehung von § 16 ABGB, welcher ein allgemeines Persönlichkeitsrecht verankert, zu prüfen. § 16 ABGB ist als Generalklausel formuliert und als solche naturgemäß wenig konkret. Diese offene Formulierung hat jedoch den Vorteil, dass viele Sachverhalte und Lebensbereiche von der Norm erfasst werden können. § 16 ABGB ist sozusagen flexibel, was einem Gericht die Möglichkeit bietet, Rechtssachen zu entscheiden, ohne das Einschreiten des Gesetzgebers abwarten zu müssen. Zur Konkretisierung von Generalklauseln können (ua) die Grundrechte herangezogen werden, was deren mittelbare Drittwirkung zur Folge

750 *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I Rz 105,106; Für den Bereich des öffentlichen Rechts zB VwGH 25.3.2014, 2012/04/0145; 17.10.2012, 2012/08/0050; 26.5.1999, 98/12/0119.

751 Für den Bereich des öffentlichen Rechts zB VwGH 26.5.1999, 98/12/0119; 9.3.1990, 88/17/0128; 5.6.1985, 85/09/0006.

752 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 136.

753 *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] 14,15; *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I Rz 110.

754 407/ME 24. GP Erläut.

755 ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP.

hat.[756] Aus diesem Grund werden die Generalklauseln oftmals auch als „Einbruchsstellen“[757] oder „Einfallstor“[758] der Grundrechte ins Privatrecht bezeichnet[759].[760]

Zu § 16 ABGB judizierte der OGH bereits mehrfach, dass „sich die Grundfreiheiten und Menschenrechte primär an den Staat richten, während sie im Privatrecht ihre Verwirklichung im Allgemeinen in Form der mittelbaren Drittwirkung finden[761].[762] Soweit dies nicht durch besondere einfachgesetzliche Normen geschieht, transportiert § 16 ABGB die verfassungsmäßig garantierten Grundrechte in das Privatrecht. Sie dienen damit nicht nur der Absicherung von fundamentalen Freiheiten und Rechten der Bürger gegenüber der Staatsmacht, sondern haben darüber hinaus auch Auswirkungen auf das Verhältnis der Bürger untereinander.“[763] Im Sinne dieser Rechtsprechung konstituiert sich nach *Khakzadeh-Leiler* das in § 16 ABGB enthaltene Persönlichkeitsrecht über zwei Ebenen: „Zum Ersten über einfachgesetzliche Normen zum Schutz der Persönlichkeit und zum Zweiten – gewissermaßen subsidiär – über die Grundrechte. Diese entfalten ihre Bedeutung somit dann, wenn sich ein Schutzanspruch nicht auf eine spezielle persönlichkeitsrechtliche Bestimmung, also ein positiviertes Persönlichkeitsrecht stützen lässt, sondern aus einer Interpretation des § 16 ABGB gewonnen wird.“[764]

§ 16 ABGB gilt als Zentralnorm der österreichischen Rechtsordnung, sichert der Person Achtung und Unversehrtheit[765] und schützt in seinem Kernbereich die Menschenwürde[766].[767] Diese ist etwa

756 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1336; *Aicher* in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 16 Rz 10,30.

757 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1335.

758 *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] I (2011) § 16 Rz 5; *Canaris*, AcP 1984, 235.

759 *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] I § 16 Rz 3; *Vennemann*, GLJ 2002/3, 2; ZB OGH 16.1.2003, 2 Ob 311/02b; 31.1.2002, 6 Ob 48/01d; 15.4.1998, 3 Ob 2440/96m.

760 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 46,50.

761 Ähnlich auch *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] 13.

762 So auch *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] I § 16 Rz 4.

763 ZB OGH 16.11.2016, 2 Ob 1/16k; 16.12.2009, 4 Ob 186/09w; 19.12.2005, 8 Ob 108/05y.

764 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 51.

765 *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I Rz 277,278.

766 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 52,53; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] Rz 743; *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] I § 16 Rz 6; Für das deutsche Recht *Canaris*, AcP 1984, 235; *Looschelders*, JZ 2012, 106, wonach Diskriminierungen meistens einen Verstoß gegen die Menschenwürde und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen.

767 *Aicher* in *Rummel*, ABGB[3] I § 16 Rz 3; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] 22; ZB OGH 20.3.2015, 9 ObA 23/15w; 20.12.2006, 9 ObA 109/06d; 27.2.1990, 10 ObS 40/90.

dann beeinträchtigt, wenn der Betroffene als Person missachtet wird.[768] Eine Verletzung der Menschenwürde bzw eine Persönlichkeitsrechtsverletzung kann vom Gericht jedoch oftmals nicht ohne Weiteres, sondern erst nach einer umfassenden Abwägung mit jenen Interessen[769], die dem Persönlichkeitsrecht entgegenstehen[770], festgestellt werden.[771] Wie bereits erwähnt, kollidiert im vorliegenden Fallbeispiel die Privatautonomie des Kaffeehausbetreibers mit dem (Gleichbehandlungs-)Recht der beiden homosexuellen Frauen, bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung nicht diskriminiert zu werden. Eine solche Interessenabwägung wurde von mir bereits in Kapitel A.III.5. vorgenommen und endete zugunsten der Gleichheit, weshalb auch an dieser Stelle davon ausgegangen wird, dass das Gericht zum selben Schluss gelangt. Die Gestaltungsfreiheit des einen findet ihre Grenze im Anspruch des anderen auf Respektierung seiner Persönlichkeit.[772] Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass das Zivilgericht nach durchgeführter Abwägung widerstreitender Privatinteressen zur Ansicht gelangt, dass Gleichheit und Menschenwürde höher zu gewichten sind als die Vertragsfreiheit.

Hinzu kommt, dass die Generalklausel des § 16 ABGB im Lichte des Grundrechts des Art 7 B-VG zu konkretisieren ist. Art 7 B-VG gibt die Richtung, in welche § 16 ABGB für die konkrete Falllösung vom Gericht präzisiert werden soll, vor. Beide in Rede stehenden Bestimmungen stellen den Schutz der Persönlichkeit bzw der Person, deren Anerkennung und Würde in den Mittelpunkt.[773] Darüber hinaus liegt ihnen das Recht der gesetzlichen Gleichheit zugrunde.[774] Da für das gegenständliche Fallbeispiel keine einfachgesetzliche Schutznorm vorliegt, kann sich das Gericht mit der Anwendung von § 16 ABGB behelfen und diese Bestimmung als Rechtsgrundlage für seine Entscheidung heranziehen. Das Endergebnis muss daher sein, dass das Gericht eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen und damit einhergehend eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Frauen gemäß § 16 ABGB[775] feststellt.

768 ZB VfGH 29.9.1992, B 590/89; 27.9.1988, B 973/86; 8.6.1985, B 898/84.

769 *Schulev-Steindl* in *Merten/Papier* VII/1[2] Rz 34; *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I Rz 278.

770 *Aicher* in *Rummel*, ABGB[3] I § 16 Rz 27; *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] I § 16 Rz 12.

771 *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] 25.

772 *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] I § 16 Rz 6.

773 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 71,72.

774 *Aicher* in *Rummel*, ABGB[3] I § 16 Rz 31.

775 In diesem Sinne zB OGH 14.7.1986, 1 Ob 554/86; 13.4.1988, 1 Ob 560/88; 24.10.1990, 3 Ob 603/90; 10.7.1991, 3 Ob 548/91, wonach auch außerhalb eines Kontrahierungszwanges aufgrund des Grundrechts auf Persönlichkeitsschutz jeder diffamierende Ausschluss von der Inanspruchnahme einer Leistung zu vermeiden ist, wenn keine hinreichende sachliche Rechtfertigung vorliegt.

Bei einem Verstoß gegen § 16 ABGB kommen mehrere Rechtsfolgen in Betracht, wie etwa Beseitigungs-, Unterlassungs- sowie Schadenersatzansprüche[776]. Bei Letzterem handelt es sich um den Ersatz ideeller Schäden[777], welcher im Falle einer Diskriminierung die erlittene persönliche Beeinträchtigung bzw Kränkung ausgleichen soll. Eine solche Rechtsfolge steht auch im Einklang mit Art 15 AntirassismusRL, Art 14 DienstleistungsRL, Art 14 des RL-Vorschlags vom 2.7.2008 sowie §§ 12, 26, 38 und 51 GlBG. Dem benachteiligten lesbischen Pärchen ist sohin vom Gericht ein auf § 16 ABGB gestützter Ersatz des immateriellen Schadens zuzusprechen.

Eine weitere, daran anknüpfende Frage ist, wie hoch dieser bemessen sein soll. Wie oben unter Punkt 2. bereits erwähnt, legt das GlBG derzeit lediglich für Fälle der Belästigung und der sexuellen Belästigung im Bereich Güter und Dienstleistungen einen Mindestschadenersatzbetrag iHv EUR 1.000,-- fest. Diesen Betrag sollte das Gericht jedenfalls als Orientierungshilfe heranziehen und ihn keinesfalls unterschreiten. Da es sich im vorliegenden Fall bei der diskriminierenden Person um einen Kaffeeausbetreiber, also einen Unternehmer, handelt, könnte das Gericht dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei der Bemessung der Höhe des Schadenersatzes berücksichtigen. Weiters könnte in die Berechnung der Aspekt der Erheblichkeit der Kränkung der Opfer einfließen. ME sollte das Gericht va aus spezialpräventiven Gründen, aber auch im Lichte des Umstandes, dass es sich – nach aktuellem Kenntnisstand – um die erste Verurteilung des in Rede stehenden Kaffeehausbetreibers handelt, den Schadenersatzbetrag zwar hoch, aber nicht zu hoch ansetzen und einen solchen iHv EUR 2.000,-- zusprechen. Im besten Fall würde diese Summe den Kaffeehausbetreiber davon abhalten, sein diskriminierendes Verhalten zu wiederholen. Sollte er ein solches jedoch trotzdem fortsetzen, muss das Gericht in einem folgenden Zivilverfahren den Schadenersatzbetrag entsprechend erhöhen. Ferner sollten auch generalpräventive Überlegungen nicht außer Acht gelassen werden. Je höher zugesprochene Schadenersatzbeträge in Diskriminierungsfällen im Bereich Güter und Dienstleistungen ausfallen, umso eher ist davon auszugehen, dass sie auch auf andere potentielle Diskriminierer eine abschreckende Wirkung haben.

Es konnte gezeigt werden, dass diskriminierte Personen, die Träger der persönlichen Merkmale sexuelle Orientierung, Alter, Religion und Weltanschauung sind, zwar nicht vom Diskriminierungsschutz des III. Teiles des GlBG, sehr wohl jedoch vom Schutz des

776 OGH 20.10.1992, 4 Ob 84/92.

777 *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[5] 25; *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] I § 16 Rz 53ff; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 49; *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht[14] I Rz 277.

Persönlichkeitsrechts nach § 16 ABGB umfasst sind. Dies bedeutet, dass Diskriminierungsopfer ihren „Tätern“ keineswegs schutzlos gegenüberstehen, sondern es durchaus Abhilfe gibt, ihre (sich letztlich aus dem Gleichheitsgrundsatz ergebenden) Rechte auch gerichtlich durchzusetzen. Es zahlt sich daher für Diskriminierungsopfer jedenfalls aus, den Zivilrechtsweg zu bestreiten. Da es in Österreich zum hier behandelten Problembereich keine Rechtsprechung gibt, wäre es wünschenswert, aber auch notwendig, dass sich Diskriminierungsopfer – etwa ungleich behandelte Homosexuelle, wie im vorliegenden Fall – erstmals an die Zivilgerichte wenden, um einen „Stein ins Rollen“ zu bringen. Dass großer Bedarf an Beratung, Unterstützung und Schutz im Hinblick auf Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen besteht, hat der Gesetzgeber bereits vor Jahren erkannt und in den Erläuterungen zum nicht umgesetzten Ministerialentwurf zum GlBG festgehalten.[778] Da er sich jedoch nicht zu einem Levelling up im Bereich Güter und Dienstleistungen durchringen konnte, muss die Thematik zwar in einem ersten Schritt von den Gerichten ausjudiziert werden. Letztendlich wird aber auch dem Gesetzgeber über kurz oder lang nichts anderes übrig bleiben, als auf das stets vorhandene gesellschaftliche Problem der Ausgrenzung und Benachteiligung von Homosexuellen, Andersgläubigen und Andersdenkenden sowie alten Menschen außerhalb der Arbeitswelt mit einer Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes zu reagieren. Alles andere kann nicht länger gerechtfertigt werden. In diesem Zusammenhang ist weiters zu bedenken, dass privatrechtliche Generalklauseln mE lediglich einen „Hilfsbehelf“ darstellen, nämlich dort, wo das Gesetz lückenhaft bzw der Gesetzgeber säumig ist. Ein konkretes Gesetz bietet der Gesellschaft konkreten Rechtsschutz, während das Heranziehen von Generalklauseln – wie gezeigt – bloß einen Umweg (für das Gericht oder die Verwaltungsbehörde) bildet. Darüber hinaus wäre ein gesetzliches Levelling up für all jene Bevölkerungsgruppen, die derzeit vom GlBG nicht in den Diskriminierungsschutz im Bereich Güter und Dienstleistungen einbezogen werden, aus psychologischer sowie symbolischer Sicht von immenser Bedeutung.

778 407/ME 24. GP Erläut 7.

C. Zusammenfassung der Forschungsergebnisse

1. Auf primärrechtlicher Ebene existiert eine Reihe von Bestimmungen, die den hohen Stellenwert und die zentrale Bedeutung von Gleichheit und Nichtdiskriminierung in der EU zum Ausdruck bringen. Der EuGH wurde und wird im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren immer wieder zu Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsfragen angerufen. Dieser Umstand zeigt, dass die Thematik von dauerhafter Aktualität ist. Zu den ältesten verpönten Unterscheidungsmerkmalen zählen das Geschlecht sowie die ethnische Zugehörigkeit. Die Aufnahme der übrigen, im vorliegenden Diskurs relevanten Eigenschaften Alter, Behinderung, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung in den Diskriminierungsschutz des primären Unionsrechts stellt eine Reaktion auf gesellschaftliche Veränderungen dar.

2. Auf sekundärrechtlicher Ebene hat der europäische Gesetzgeber mit der Verabschiedung der AntirassismusRL 2000/43/EG und der DienstleistungsRL 2004/113/EG einen wichtigen Schritt hinsichtlich des Diskriminierungsschutzes im Bereich Güter und Dienstleistungen gesetzt. Immerhin stellen diese beiden RLn die bislang einzigen sekundärrechtlichen Maßnahmen zum Diskriminierungsschutz außerhalb des Arbeitsrechts dar. Die Nicht-Erlassung des RL-Vorschlags vom 2.7.2008 kennzeichnet jedoch wiederum einen Rückschritt, der mit dem geschaffenen Rechtsschutzgefälle eine „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ bestärkt und Ungleichheit fördert. Weiters steht die Nicht-Umsetzung dieses Vorschlags ganz klar im Widerspruch zu den primärrechtlichen Vorgaben. Es macht den Anschein, als hätte der im Primärrecht besonders hervorgehobene, immense Stellenwert von Gleichheit und Nichtdiskriminierung eine Ebene darunter einen Teil seiner Bedeutung bereits verloren. Die hochgepriesenen Ziele des Primärrechts büßen nämlich einiges an Wert und Gewicht ein, wenn ihnen nicht zur Durchsetzung verholfen wird.

3. Privatautonomie und Diskriminierungsverbote im Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen schließen einander nicht aus, sondern können miteinander in Einklang gebracht werden. Die Notwendigkeit privatrechtlicher Diskriminierungsverbote liegt zum einen in der Verhinderung von Ausgrenzung, zum anderen im Schutz der Würde des Menschen. Die Menschenwürde ist als höherwertigeres Rechtsgut als die Vertragsfreiheit zu betrachten, weshalb sie es sachlich rechtfertigt, die Freiheit eines Privatrechtsakteurs zugunsten notwendiger Entfaltungsmöglichkeiten eines anderen Privatrechtsakteurs einzuschränken. Diskriminierungsverbote dürfen sich jedoch nicht auf alle

denkbar möglichen Unterscheidungskriterien beziehen, sondern lediglich auf jene sieben, die in der Vergangenheit und in der Gegenwart besonders häufig für unsachliche Ungleichbehandlungen herangezogen wurden und werden. Hierbei handelt es sich um die Persönlichkeitsmerkmale Geschlecht, Ethnie, sexuelle Orientierung, Alter, Religion, Weltanschauung und Behinderung. Eine Beschränkung von Diskriminierungsverboten auf (lediglich) jene sieben Eigenschaften verhindert einerseits, dass der Diskriminierungsschutz grenzenlos zur Verfügung steht und andererseits, dass die Privatautonomie in unverhältnismäßigem Maße beschnitten wird.

4. Hinsichtlich der Art und Reichweite des Einflusses der Diskriminierungsverbote der Art 21 Abs 1 und 23 GRC auf Privatrechtsverhältnisse ist zunächst eine unmittelbare Drittwirkung abzulehnen. Dies bezieht sich jedoch nicht nur auf Art 21 Abs 1 und 23 GRC, sondern auf sämtliche Charta-Grundrechte. Deren mittelbare Drittwirkung kommt demgegenüber jedoch sehr wohl in Betracht. Während eine mittelbare Drittwirkung von Art 23 GRC umfassend zu bejahen ist, ist im Hinblick auf Art 21 Abs 1 GRC zwischen den einzelnen Persönlichkeitsmerkmalen dieser Bestimmung nach deren Sinnhaftigkeit zu differenzieren. Je weniger sinnvoll eine dieser Eigenschaften erscheint, umso eher wird deren mittelbare Drittwirkung zu verneinen sein, um die Privatautonomie nicht weiter einzuschränken. Als Beispiele hierfür seien etwa die Kriterien Vermögen und soziale Herkunft genannt. Bezüglich der Differenzierungsmerkmale Geschlecht, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, sexuelle Orientierung sowie Alter entfaltet Art 21 Abs 1 GRC jedoch jedenfalls mittelbare Drittwirkung im Bereich Güter und Dienstleistungen. Dies stellt auch keine uferlose und unerträgliche Beschneidung der Vertragsfreiheit dar, weil den zu schützenden Rechtsgütern Menschenwürde und Ausgrenzungsschutz ein höherer Stellenwert zukommt als der Privatautonomie.

5. Die in den Punkten 3. und 4. dargestellten Überlegungen stehen mit dem EuGH-Urteil in der Rs *Test-Achats*, in welcher zu klären war, ob ein Rückgriff auf Statistiken eine unmittelbare Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts rechtfertigt, im Einklang. Diese Entscheidung macht einerseits deutlich, dass die Privatautonomie nicht das höchste Gut darstellt, sondern gegenüber anderen Rechtsgütern, wie der Gleichheit, in den Hintergrund treten muss. Dies brachte der Gerichtshof (implizit) zum Ausdruck, indem er Geschlechterdiskriminierungen bei Versicherungsverträgen, also im Bereich Güter und Dienstleistungen, eine Absage erteilt hat. Andererseits bestätigt das Urteil – wenn auch nicht ausdrücklich – die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Diskriminierungsverbote der Art 21 Abs 1 und 23 GRC. Die mit diesem Urteil aufgehobene Bestimmung des Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG hatte ausschließlich

Ungleichbehandlungen durch Privatrechtsakteure im Blick. Die Ungültigerklärung dieser Regelung wegen Verstoßes gegen Art 21 Abs 1 und 23 GRC lässt vermuten, dass der EuGH davon ausgehen dürfte, dass die Grundrechte für private Rechtsakte über den Weg mitgliedstaatlicher Schutzpflichten Relevanz erlangen.

6. Der III. Teil des derzeit in Geltung stehenden GlBG widerspricht eindeutig dem Ziel des Art 7 B-VG, der von „Gleichheit vor dem Gesetz“ spricht. Durch das GlBG selbst wird ein Rechtsschutzgefälle im Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen hergestellt, das dazu führt, dass Träger der persönlichen Merkmale Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit unter den Diskriminierungsschutz fallen, Träger der Merkmale Religion oder Weltanschauung, sexuelle Orientierung sowie Alter jedoch nicht. Demgegenüber wurden all diese Kriterien im Arbeitsrecht bereits vor vielen Jahren als verpönte Unterscheidungsgründe vom Gesetzgeber anerkannt und für die private Arbeitswelt in den Teilen I., II. und IV. des GlBG verankert. Da Art 7 B-VG keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet, muss der Gesetzgeber entsprechende einfache Gesetze erlassen bzw novellieren, um Privatpersonen gegenüber eine effektive Ausübbarkeit ihrer Grundrechtspositionen zu gewährleisten. Des Weiteren treffen den Staat auch Schutzpflichten, die bezwecken, den einen Bürger vor dem anderen zu schützen. Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, den III. Teil des GlBG grundrechtskonform auszugestalten und ein Levelling up vorzunehmen.

Bei der Novellierung des III. Teiles des GlBG bieten die Teile I., II. und IV. des GlBG, Abschnitt 3 (§§ 19-21) des dAGG sowie der (nicht umgesetzte) RL-Vorschlag vom 2.7.2008 eine gute Orientierungshilfe. Zudem wurde bereits im Juli 2012 vom BMASK ein Ministerialentwurf zur Begutachtung vorgelegt, welcher ein Levelling up beinhaltete. Der Gesetzgeber müsste also, sofern er eine Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes im Bereich Güter und Dienstleistungen vornehmen möchte, keineswegs „bei null beginnen“, sondern könnte auf diverse vorhandene „Musterbeispiele“ zurückgreifen. Das Ziel sollte jedenfalls sein, den III. Teil des GlBG so auszugestalten, dass er höherrangigen Vorgaben entspricht.

Obwohl das GlBG derzeit keinen Schutz für aufgrund der Merkmale sexuelle Orientierung, Alter, Religion und Weltanschauung diskriminierte Personen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen bietet, bedeutet dies nicht, dass diese Menschen überhaupt keine Möglichkeit haben, gegen Diskriminierungen gerichtlich vorzugehen. Vielmehr kann sich das Zivilgericht bei der Entscheidung eines solchen Diskriminierungssachverhaltes auf § 16 ABGB stützen. Die offen

formulierte Generalklausel des § 16 ABGB beinhaltet ein allgemeines Persönlichkeitsrecht und kann durch Art 7 B-VG konkretisiert werden. Dadurch wirkt der Gleichheitssatz mittelbar ins Privatrecht ein. Das Gericht kann nach Abwägung der kollidierenden Interessen – im vorliegenden Zusammenhang handelt es sich um die Privatautonomie und das Recht auf Gleichbehandlung – und nach Feststellung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf Grundlage von § 16 ABGB immateriellen Schadenersatz zuerkennen.

Quellenverzeichnis

Literaturverzeichnis

Adomeit, Diskriminierung – Inflation eines Begriffs, NJW 2002, 1622

Aicher in *Rummel*, ABGB[3] I (2000) § 16

Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen (2012)

Armbrüster, EuGH: Geschlechtsspezifische Unterscheidung bei Versicherungstarifen verletzt EU-Grundrechte-Charta, LMK 2011, 315339

Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB[7] I (2015) § 134 BGB

Armbrüster, Schein und Sein der EU-Leitlinien und VAG-Novelle, Versicherungswirtschaft 2012, 752

Baer, „Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? ZRP 2002, 290

Basedow, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230

Benecke, Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht (2010)

Berka, Art 7 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2001)

Berka, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)

Bezzenberger, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 1996, 395

Blanck-Putz/Köchle in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) Art 21

Blauensteiner/Oswald/Weinhandl in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) Art 23

Borowsky in *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union[4] (2014) Art 51

Braun, Übrigens: Deutschland wird wieder totalitär; JuS 2002, 424

Britz, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in *Enders et al* (Hrsg), Der Sozialstaat in Deutschland und Europa (2005) 355

Britz, Tagungsbericht: Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 6.-9. Oktober 2004 in Jena, JZ 2005, 345

Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé (Hrsg), Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Volume I: A Comparative Overview, Volume II: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, 2010

Bydlinski, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 1980, 1

Canaris, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in *Bauer et al* (Hrsg), Umwelt, Wirtschaft und Recht (2002) 29

Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999)

Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201

Canaris, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in *Badura/Scholz* (Hrsg), Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag (1993) 873

Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 2000, 273

Cherednychenko, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party (2007)

Cremer in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechteschutz § 1 Funktionen der Grundrechte (2014)

Danzl, Die geschlechtsabhängige Tarifierung (2010)

Darakhchan, Die Unzulässigkeit nach Geschlecht differenzierender Prämienbeiträge im

Versicherungswesen, in *Neuwirth/Greif* (Hrsg), Work in Progress (2012) 55

De Mol, Kücükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law, European Constitutional Law Review 2010, 293

Diederichsen, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 1998, 171

Diregger, Drittwirkung: Grundrecht demontiert? (2014)

Dorr/Liehr, Entscheidungen des VfGH – Dezember-Session 2010, ÖJZ 2011, 234

Dürig, Grundrechte und Privatrechtsordnung, in *Maunz* (Hrsg), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky (1965) 157

Europäische Kommission, Gleichbehandlung und Antidiskriminierung – Jahresbericht 2005 (2005)

Fahr, Deutschland wird wieder totalitär – Echo, JuS 2002, 727

Felix/Sangi, „Unisex-Tarife" in der Privatversicherung, ZESAR 2011, 257

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[4] II (1992) § 1

Franzius, Grundrechtsschutz in Europa – Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte, ZaöRV 2015, 383

Frenz, Handbuch Europarecht IV (2009)

Glajcar, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung (2010)

Globig, „Ende der Privatautonomie" oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? ZRP 2002, 529

Grabenwarter in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Art 19 AEUV (2010)

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention[6] (2016) § 26

Griller, Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private, JBl 1992, 205 und 289

Griller, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1 und 109

Griss, Die Grundrechte in der zivilrechtlichen Rechtsprechung, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2005) 54

Günther, EuGH: Nach Geschlecht differenzierende Versicherungstarife sind künftig unzulässig, FD-VersR 2011, 315404

Hager, Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law, *Grundmann* (Hrsg), Constitutional Values and European Contract Law (2008) 21

Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373

Haverkate, Verfassungslehre: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung (1992)

Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741

Holoubek/Lechner/Oswald in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar (2014) Art 51

Hopf/Mayr/Eichinger, GlBG (2009)

Hopf/Mayr/Eichinger, GlBG-Novelle 2011

Hölscheidt in *Meyer,* Charta der Grundrechte der Europäischen Union[4] (2014) Art 21 und Art 23

Huber, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385

Huber, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 2008, 190

Iliopoulos-Strangas, Soziale Grundrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Österreich VI/1 (2010)

Isensee, Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in *Isensee* (Hrsg), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007) 239

Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union[3] (2016)

Jestaedt, Tagungsbericht: Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 6.-9. Oktober 2004 in Jena, JZ 2005, 345

Jürgensen/Schlünder, EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 1996, 200

Kahler, Unisextarife im Versicherungswesen – Grundrechtsprüfung durch den EuGH, NJW 2011, 894

Kanitz/Steinberg, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, EuR 2003, 1013

Karpenstein, Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, EuZW 2010, 885

Kepplinger, Privatautonomie und geschlechtsbezogenes Diskriminierungsverbot beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, in *Neuwirth/Greif* (Hrsg), Work in Progress (2012) 32

Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011)

Kietaibl, Privatautonomie versus Gleichbehandlung, in *Rebhahn* (Hrsg), Grundrechte statt Arbeitsrecht? (2013) 55

Kingreen in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] (2016) Art 51 GRC

Klicka, Beweismaß und Beweislast bei Diskriminierungstatbeständen, ZAS 2009, 186

Klose/Merx, Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG (2010)

Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993)

(K.) Korinek, Geschlechtsspezifische Tarife im Versicherungsrecht sind unzulässig, ÖZW 2011, 50

(St.) Korinek, Umsetzung der Gleichbehandlungs-RL: „Unisextarife“ und Versicherungen, ecolex 2006, 549

Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht[14] I (2014)

Kramer, Die „Krise" des liberalen Vertragsdenkens: eine Standortbestimmung (1974)

Krebber in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] (2016) Art 23 GRC

Kroll-Ludwigs, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-208/09 – Sayn-Wittgenstein, GPR 2011, 242

Kröll, Der EuGH als „Hüter" des republikanischen Grundprinzips der österreichischen Bundesverfassung? Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 313

Kucsko-Stadlmayer/Kuras in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 157 AEUV (2013)

Kühling, Grundrechte, in *von Bogdandy/Bast* (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht[2] (2009) 657

Ladeur, The German Proposal of an „Anti-Discrimination"-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann, GLJ 2002/5

Lemke in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht[7] (2015) Art 21 und Art 23

Lengauer, Drittwirkung von Grundfreiheiten (2011)

Lengauer in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 3 EUV (2012)

Liebscher, Erweiterte Horizonte: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und europäische Antidiskriminierungsrichtlinien, in *Foljanty/Lembke* (Hrsg), Feministische Rechtswissenschaft[2] (2012) 109

Loacker, Gleich und Gleich gesellt sich gern? – Überlegungen zur Einführung verpflichtender Einheitstarife im europäisierten Versicherungsvertragsrecht, HAVE 2011, 351

Lobinger, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote – Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in *Isensee* (Hrsg), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007) 99

Looschelders, Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung, VersR 2011, 421

Looschelders, Das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung im

Versicherungsvertragsrecht, in *Leible/Schlachter* (Hrsg), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht (2006) 141

Looschelders, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, 105

Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997)

Lüttringhaus, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen! EuZW 2011, 296

Majer, Das Ende der Privatautonomie? Zum Kontrahierungszwang bei allgemein dem Publikum zugänglichen Leistungen, JR 2015, 107

Markesinis, Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany, LQR 115 (1999), 47

Mayer, Der „Rechtserzeugungszusammenhang" und die sogenannte „Drittwirkung" der Grundrechte, JBl 1990, 768

Mayer, Nochmals zur sogenannten „Drittwirkung" der Grundrechte, JBl 1992, 768

Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten? AcP 1994, 105

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht[11] (2015)

Mayer/Muzak, B-VG[5] (2015)

Medicus, Allgemeiner Teil des BGB[10] (2014)

Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, 35

Mönnich, Unisex: Die EuGH-Entscheidung vom 1.3.2011 und die möglichen Folgen, VersR 2011, 1092

Mönnich, Unisex-Tarife für Versicherungen: Die EuGH-Entscheidung vom 1. März 2011 – ein Jahr später, VR 2012 H 3, 20

Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57

Neuner, Protection against Discrimination in European Contract Law, ERCL 2006, 35

Neuner, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in *Leible/Schlachter* (Hrsg), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht (2006) 73

Nusser, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte (2011)

Obwexer, Der Vertrag von Lissabon: Neuerungen im Grundrechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Altersdiskriminierung, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2010, 15

Obwexer, Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft, Jahrbuch Europarecht 2011, 69

Obwexer, Unionsrechtliche Rechtsfolgen und Sanktionen bei Verstößen gegen das Verbot der Altersdiskriminierung, Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011, 37

Obwexer in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 2 EUV (2011)

Oswald in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 10 AEUV (2012)

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht[10] (2014)

Perner, Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig, ÖJZ 2011, 333

Perner, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013)

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht[5] (2016)

Perner/Zoppel, Human Rights and Private Law in Austria, in *Trstenjak/Weingerl* (Hrsg), The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law (2016)

Pech, Between judicial minimalism and avoidance: the Court of Justice's sidestepping of fundamental constitutional issues in *Römer* and *Dominguez*, CMLRev 49 (2012), 1841

Picker, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm? JZ 2003, 540

Picker, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie? JZ 2002, 880

Picker, Anti-discrimination as a Program of Private Law? GLJ 2003, 771

Posch in *Schwimann/Kodek*, ABGB[4] I (2011) § 16

Raasch, Positive Maßnahmen – Eine Einführung, in *Heinrich-Böll-Stiftung* (Hrsg), Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity (2010)

Rebhahn, Das Diskriminierungsverbot des Artikels 21 GRC aufgrund des Vermögens als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, JRP 2012, 386

Rebhahn, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 2010, 489

Reichold, Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit – arbeitsrechtliche Erfahrungen mit Diskriminierungsregeln, JZ 2004, 384

Repgen, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in *Isensee* (Hrsg), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007) 11

Riesenhuber, Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, in *Leible/Schlachter* (Hrsg), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht (2006) 123

Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht (2009)

Riesenhuber, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in *Riesenhuber/Nishitani* (Hrsg), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? (2011) 19

Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003)

Riesenhuber/Franck, Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, EWS 2005, 245

Riesenhuber/Franck, Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529

Rolfs/Binz, EuGH erzwingt ab Ende 2012 Unisex-Tarife für alle neuen Versicherungsverträge, VersR 2011, 714

Rosenmayer/Sacherer, Gleichbehandlungsgesetz 2011, ZAS 2011, 52

Rossi in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] (2016) Art 21 GRC

Ruffert in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV[5] (2016) Art 16 GRC

Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 2001

Runggaldier, Das neue „Antidiskriminierungsrecht" der EU – Bestandsaufnahme und Kritik in FS Doralt (2004) 511

Sagmeister, Geschlechtsspezifische Versicherungstarife tatsächlich europarechtswidrig? VersR 2011, 187

Säcker, „Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes, ZRP 2002, 286

Scheuing, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162

Schiek, Constitutional Principles and Horizontal Effect: Kücükdeveci Revisited, European Labour Law Journal, 2010, 368

Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit: Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht (2000)

Schiek, Diskriminierung wegen „Rasse" oder „ethnischer Herkunft" - Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, AuR 2003, 44

Schmahl in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechteschutz § 15 Gleichheitsgarantien (2014)

Schmölzer, Novelle des Gleichbehandlungsgesetzes: Die verpasste Chance einer echten Reform, juridikum 2013, 165

Scholz, Die Drittwirkung der gesellschaftspolitischen Diskriminierungsverbote der Europäischen Grundrechtecharta, in *Horvath et al* (Hrsg), Ungleichheit im aktuellen Diskurs (2013) 17

Schorkopf in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechteschutz § 3 Grundrechtsverpflichtete (2014)

Schorkopf in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union Art 8 und 10 AEUV (2013)

Schöpfer, Versäumnisse des Staates bei der Bekämpfung des Rassismus in Österreich, juridikum, 2005, 174

Schrammel, Die „verordnete“ Gleichheit – Bemerkungen zur Judikatur des EuGH, in FS Mayer (2011) 673

Schulev-Steindl, Drittwirkung und Fiskalgeltung, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Österreich VII/1[2] (2014)

Schwabe, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1985, 1

Schweizer in *Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention Art 14 (2007)

Schwintowski, Geschlechtsdiskriminierung durch risikobasierte Versicherungstarife? VersR 2011, 164

Seifert, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, 696

Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995)

Singer, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133

Slezak, Europarechtliche Grundlagen des Verbots der Altersdiskriminierung, RdW 2010, 679

Sporrer in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 8 AEUV (2012) und Art 19 AEUV (2013)

Stalder, Spannungsfelder und Perspektiven der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, JRP 2002, 227

Stork, Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law, GLJ 2005, 533

Streinz, EUV/AEUV[2] (2012) Art 21 GRC

Streinz/Michl in *Streinz*, EUV/AEUV[2] (2012) Art 51 GRC

Streinz, Europarecht[9] (2012)

Sturm, Positive Diskriminierungen in der Arbeitswelt, DRdA 2003, 481

Stürner, Das Konzept der Vollharmonisierung – eine Einführung, in *Stürner* (Hrsg), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010)

Taylor, The Horizontal Effect of Human Rights Provisions, The German Model and its Applicability to Common-Law Jurisdictions, KLJ 2002, 187

Terhechte in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht[7] (2015) Art 51

Thomasberger, Änderungen des Gleichbehandlungsgesetzes und des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes, RdA 2008, 458

Thomasberger, Neues Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2004, 285

Thüsing, Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht, ZfA 2001, 397

Toggenburg, Die „falsche" Fürstin: Zum grenzüberschreitenden Verkehr von Adelstiteln vor dem Hintergrund der Unionsbürgerschaft, European Law Reporter 2011, 74

Trstenjak, General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, in *Trstenjak/Weingerl* (Hrsg), The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law (2016) 3

Trstenjak/Beysen, The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU, European Law Review 2013, 293

Vennemann, The German Draft Legislation On the Prevention of Discrimination in the Private Sector, GLJ 2002/3.

Von Danwitz in *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechteschutz § 6 Gerichtlicher Schutz der Grundrechte (2014)

Waddington, Schutz für Familie und Freunde: Bekämpfung von Diskriminierungen durch Assoziierung, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2007/5, 13

Walkila, Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law (2016)

Wandt, Geschlechtsabhängige Tarifierung in der privaten Krankenversicherung, VersR 2004, 1341

Wegner, Die „Fransson"-Entscheidung des EuGH – Eine Erschütterung im System der europäischen

Grundrechte? HRRS 2013, 126

Weiler, The Constitution of Europe (1999)

Weiler/Lockhart, „Taking Rights seriously“ seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I, CMLRev 32 (1995), 51 (72,73)

Weilinger, Privatrecht[5] (2017)

Wernsmann, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, 224

Wildhaber in *Pabel/Schmahl*, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention Art 8 (1992)

Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006)

Winkler, The Planned German Anti-Discrimination Act: Legal Vandalism? A Response to Karl-Heinz Ladeur, GLJ 2002/6

Wladasch, Equality/Diversity – Gleichheit und Ungleichheit (2015)

Wladasch/Liegl, Positive Maßnahmen (2009)

Wladasch/Liegl, Vielfalt und Chancengleichheit im Betrieb (2010)

Zoppel, Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht (2015)

Staatshaftungsklage wegen verspäteter Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie abgewiesen, ASoK 2010, 92

Judikaturverzeichnis

Entscheidungen des EuGH

EuGH 5.2.1963, 26/62, *Van Gend und Loos/Niederlande*

EuGH 15.7.1964, 6/64, *Costa/ENEL*

EuGH 17.12.1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Deutschland*

EuGH 8.4.1976, 43/75, *Defrenne II/Belgien*

EuGH 9.3.1978, 106/77, *Simmenthal II/Italien*

EuGH 13.7.1989, C-5/88, *Wachauf/Deutschland*

EuGH 18.6.1991, C-260/89, *ERT/Griechenland*

EuGH 28.9.1994, C-28/93, V*an den Akker ua/Niederlande*

EuGH 17.10.1995, C-450/93, *Kalanke/Deutschland*

EuGH 30.4.1996, C-13/94, *P./Vereinigtes Königreich*

EuGH 11.11.1997, C-409/95, *Marschall/Deutschland*

EuGH 22.9.1998, C-185/97, *Coote/Vereinigtes Königreich*

EuGH 5.10.1999, C-240/97, *Spanien/Kommission*

EuGH 28.3.2000, C-158/97, *Badeck ua/Deutschland*

EuGH 6.4.2000, C-226/98, *Jørgensen/Dänemark*

EuGH 3.10.2000, C-411/98, *Ferlini/Luxemburg*

EuGH 15.1.2002, C-55/00, *Gottardo/Italien*

EuGH 19.3.2002, C-476/99, *Lommers/Niederlande*

EuGH 20.3.2003, C-187/00, *Kutz-Bauer/Deutschland*

EuGH 12.6.2003, C-112/00, *Schmidberger/Österreich*

EuGH 30.9.2003, C-167/01, *Inspire Art Ltd/Niederlande*

EuGH 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello/Belgien*

EuGH 23.10.2003, C-4/02 und C-5/02, *Schönheit und Becker/Deutschland*

EuGH 30.9.2004, C-319/03, *Briheche/Frankreich*

EuGH 9.12.2004, C-19/02, *Hlozek/Österreich*

EuGH 3.5.2005 (GK), C-387/02 ua, *Berlusconi ua/Italien*

EuGH 4.5.2005, C-335/04, *Kommission/Österreich*

EuGH 27.4.2006, C-423/04, *Richards/Vereinigtes Königreich*

EuGH 11.7.2006 (GK), C-313/04, *Egenberger/Deutschland*

EuGH 8.1.2008 (GK), C-524/06, *Huber/Deutschland*

EuGH 5.6.2008, C-164/07, *Wood/Frankreich*

EuGH 10.7.2008, C- 54/07, *Feryn/Belgien*

EuGH 17.7.2008 (GK), C-303/06, *Coleman/Vereinigtes Königreich*

EuGH 14.10.2008 (GK), C-353/06, *Grunkin und Paul/Deutschland*

EuGH 16.12.2008 (GK), C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine/Frankreich*

EuGH 19.1.2010, C-555/07 (GK), *Kücükdeveci/Deutschland*

EuGH 30.9.2010, C-104/09, *Álvarez/Spanien*

EuGH 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein/Österreich*

EuGH 1.3.2011 (GK), C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien*

EuGH 12.5.2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn und Wardyn/Litauen*

EuGH 26.2.2013 (GK), C-617/10, *Åkerberg Fransson/Schweden*

EuGH 11.4.2013, C-335/11 und C-337/11, *HK Danmark/Dänemark*

EuGH 18.7.2013, C-426/11, *Alemo-Herron ua/Vereinigtes Königreich*

EuGH 26.9.2013, C-418/11, *Texdata Software GmbH/Österreich*

EuGH 18.3.2014 (GK), C-363/12, *Z./Irland*

EuGH 22.5.2014, C-356/12, *Glatzel/Deutschland*

EuGH 18.12.2014, C-354/13, *Kaltoft/Dänemark*

EuGH 29.4.2015, C-528/13, *Léger/Frankreich*

EuGH 14.3.2017 (GK), C-157/15, *Achbita/Belgien*

Schlussanträge der Generalanwälte

Schlussanträge der Generalanwältin *Stix-Hackl* 28.11.2002, C-186/01, *Dory/Deutschland*

Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* 30.9.2010, C-236/09, *Test-Achats ua/Belgien*

Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* 5.4.2011, C-108/10, *Scattolon/Italien*

Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* 8.9.2011, C-282/10, *Dominguez/Frankreich*

Schlussanträge des Generalanwalts *Cruz Villalón* 18.7.2013, C-176/12, *Association de médiation sociale/Frankreich*

Entscheidungen des EGMR

EGMR 22.10.1981, 7525/76, *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*

EGMR 24.7.2003, 40016/98, *Karner/Österreich*

EGMR 10.6.2010, 25762/07, *Schwizgebel/Schweiz*

EGMR 19.2.2013 (GK), 19010/07, *X ua/Österreich*

Entscheidungen österreichischer Gerichte

HG Wien

HG Wien 14.9.2011, 60 R 101/10y

LG für ZRS Wien

LG für ZRS Wien 30.3.2007, 35 R 68/07w

LG für ZRS Wien 10.12.2015, 36 R 292/15f

LVwG Vorarlberg

LVwG Vorarlberg 14.7.2014, LvwG-1-388/R4-2014

LVwG Wien

LVwG Wien 9.3.2016, VGV-001/010/12949/2015

OGH

OGH 28.3.1979, 3 Ob 522/78

OGH 14.7.1986, 1 Ob 554/86

OGH 13.4.1988, 1 Ob 560/88

OGH 11.10.1988, 1 Ob 26/88

OGH 27.2.1990, 10 ObS 40/90

OGH 24.10.1990, 3 Ob 603/90

OGH 10.7.1991, 3 Ob 548/91

OGH 20.10.1992, 4 Ob 84/92

OGH 30.11.1993, 4 Ob 146/93

OGH 15.4.1998, 3 Ob 2440/96m

OGH 23.1.2001, 7 Ob 312/00h

OGH 31.1.2002, 6 Ob 48/01d

OGH 16.1.2003, 2 Ob 311/02b

OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y

OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06d

OGH 16.12.2009, 4 Ob 186/09w

OGH 22.6.2011, 2 Ob 219/10k

OGH 27.2.2012, 9 ObA 80/11x

OGH 11.10.2012, 16 Ok 1/12

OGH 27.2.2013, 6 Ob 256/12h

OGH 19.3.2013, 9 ObA 146/12d

OGH 19.12.2013, 3 Ob 70/13k

OGH 20.3.2015, 9 ObA 23/15w

OGH 16.11.2016, 2 Ob 1/16k

VfGH

VfGH 26.6.1980, G 6/79 ua

VfGH 8.6.1985, B 898/84

VfGH 3.12.1986, G 178/86

VfGH 1.10.1987, G 142/87

VfGH 27.9.1988, B 973/86

VfGH 30.11.1989, G 139/88 ua

VfGH 6.12.1990, G 223/88 ua

VfGH 29.9.1992, B 590/89

VfGH 29.9.1993, V 18/92

VfGH 12.10.1993, G 124/92

VfGH 12.12.1994, B 2083/93

VfGH 14.12.1994, B 711/94

VfGH 16.6.1995, G 32/95

VfGH 29.6.1995, B 2318/94

VfGH 28.9.1995, G 249 bis 254/94

VfGH 13.6.1996, G 1395/95 ua

VfGH 7.10.1998, G 51/91

VfGH 24.2.1999, B 1625/98

VfGH 6.10.1999, B 434/98

VfGH 1.12.2000, V 70/96 ua

VfGH 25.4.2001, B 1012/98

VfGH 27.11.2001, B 2128/00

VfGH 27.11.2003, B 557/03

VfGH 28.11.2003, KR 1/00

VfGH 9.3.2006; V 96/05

VfGH 20.6.2007, B 223/07

VfGH 2.7.2009, G 18/08 ua

VfGH 11.12.2009, A 1/09

VfGH 20.9.2010, U 1863/09

VfGH 15.12.2010, V 39/10 ua

VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua

VfGH 29.11.2012, G 23/12

VwGH

VwGH 5.6.1985, 85/09/0006

VwGH 9.3.1990, 88/17/0128

VwGH 26.5.1999, 98/12/0119

VwGH 18.5.2009, 2008/17/0191

VwGH 28.2.2011, 2010/17/0278

VwGH 17.10.2012, 2012/08/0050

VwGH 25.3.2014, 2012/04/0145

Entscheidungen deutscher Gerichte

BVerfG

BVerfG 15.1.1958, BVerfGE 7, 198

BVerfG 25.2.1975, BVerfGE 39, 1

BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16

Sonstige Quellen

Erläuterungen zu Rechtstexten

Begleitdokument zum Vorschlag für eine RL des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, SEK(2008) 2181

Bericht des Verfassungsausschusses zum BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung, AB 801 BlgNR 13. GP

Erläuterungen zum Bundesgesetz, mit dem das Datenschutzgesetz 2000 geändert wird (DSG-Novelle 2014), ErläutRV 2168 BlgNR 24. GP

Erläuterungen zum Bundesgesetz, mit dem das Gleichbehandlungsgesetz, das Gesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft, das Behinderteneinstellungsgesetz und das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz geändert werden, ErläutRV 938 BlgNR 24. GP

Erläuterungen zum Bundesgesetz, mit dem das Gleichbehandlungsgesetz, das Gesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft, das Behinderteneinstellungsgesetz, das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert werden, ErläutRV 2300 BlgNR 24. GP

Erläuterungen zum Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Gleichbehandlungsgesetz, das Gesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft, das Behinderteneinstellungsgesetz und das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz geändert werden, 407/ME 24. GP Erläut

Erläuterungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2007/303, 17

Leitlinien zur Anwendung der RL 2004/113 des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der EU in der Rs C-236/09 (*Test-Achats*) vom 22.12.2012, K(2011) 9497 endg

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament betreffend die Anwendung der RL 2000/43/EG des Rates vom 29.7.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, KOM(2006) 643 endg

Vorschlag für eine RL des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft vom 25.11.1999, KOM(1999) 566 endg

Vorschlag für eine RL des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vom 5.11.2003, KOM(2003) 657 endg

Vorschlag für eine RL des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008) 426 endg

Internetbeiträge und -veröffentlichungen

alle zuletzt abgefragt im Juli 2017

AGG-Ratgeber, Mittelbare (indirekte) Diskriminierung, Aachen

http://www.agg-ratgeber.de/mittelbare-diskriminierung.php?lang=de

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Forschung der ADS auf einen Blick: Positive Maßnahmen, Berlin, 2010

http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Factsheets/factsheet_positive_Massnahmen.pdf?__blob=publicationFile

Beschluss- (Resolutions-) Antrag der Grünen betreffend die volle rechtliche und gesellschaftliche Gleichstellung von Lesben, Schwulen und transidenten Personen, Wien, 30.6.2014

http://www.wien.gv.at/ma08/infodat/2014/pgl-02130-2014-0001-lat.pdf

Bundeskanzleramt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Wien

https://www.bka.gv.at/site/3467/default.aspx

Der Standard, Wien: Caféverweis für Lesben, die einander küssten, Wien, 11.1.2015

http://derstandard.at/2000010246927/Wien-Cafeverweis-fuer-Lesben-die-einander-kuessten

Die Presse, Darf man Kunden ablehnen? Neuer Anlauf für strittiges Gesetz, Wien, 18.10.2012

http://diepresse.com/home/innenpolitik/1303013/Darf-man-Kunden-ablehnen-Neuer-Anlauf-fuer-Gesetz

Die Presse, 85-Jährige zu alt für eine Kreditkarte? Wien, 21.3.2016

http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/4945872/85Jaehrige-zu-alt-fur-eine-Kreditkarte?_vl_backlink=/home/wirtschaft/index.do

Die Standard, Gleichbehandlungsgesetz: Anwältinnen für schnelles „Levelling-up", Wien, 2.5.2014

http://diestandard.at/2000001425898/Gleichbehandlungsanwaeltin-fuer-schnelles-Levelling-up

Die Standard, Keine Ausweitung des Diskriminierungsschutzes, Wien, 19.5.2014

http://diestandard.at/2000001346007/OeVP-Frauen-Keine-Ausweitung-des-Diskriminierungsschutzes

Entschließungsantrag der Grünen betreffend die Ratifizierung des 12. ZP zur EMRK, Wien, 27.3.2014

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/A/A_00332/imfname_344020.pdf

Europarat, Gesamtverzeichnis der Unterschriften und des Ratifikationsstandes betreffend das 12. ZP zur EMRK, Straßburg

http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=14/02/2015&CL=GER

Europäisches Parlament, Plenardebatten vom 1.4.2009, Brüssel

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090401&secondRef=ITEM-014&language=DE&ring=A6-2009-0149

Europäisches Parlament, Stimmerklärungen vom 2.4.2009, Brüssel

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090402&secondRef=ITEM-010&language=DE&ring=A6-2009-0149#4-159

und

http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090402&secondRef=ITEM-010&language=DE&ring=A6-2009-0149#4-272

Finanz-Ratgeber, Kärntner Sparkasse will sich für mehr Kredite für Ältere einsetzen, Wien

http://www.finanzratgeber.at/nachrichten/karntner-sparkasse-will-sich-fur-mehr-kredite-fur-altere-einsetzen

Gleichbehandlungsanwaltschaft, „Members only!“ - Diskriminierende Einlassverweigerung, Wien,

1.7.2012

http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=48171

Gleichbehandlungsanwaltschaft, Schöner Wohnen – nur mit passendem Ehemann, Wien, 1.5.2013

http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=51148

Gleichbehandlungsanwaltschaft, Übergriff bei einer Heilmassage, Wien, 1.11.2013

http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=52877

Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte, Positive Maßnahmen, Wien

http://bim.lbg.ac.at/de/positive-massnahmen

ORF, Kuss: Lesbisches Paar aus Prückel verwiesen, Wien, 11.1.2015

http://wien.orf.at/news/stories/2688749/

ORF, Studie: Homosexuelle oft diskriminiert, Wien, 17.5.2013

http://oe1.orf.at/artikel/340492

Parlament der Republik Österreich, Parlamentskorrespondenz Nr 404 vom 14.5.2013, Wien

https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2013/PK0404/

Parlament der Republik Österreich, Parlamentskorrespondenz Nr 442 vom 23.5.2013, Wien

http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2013/PK0442/

Parlament der Republik Österreich, Parlamentskorrespondenz Nr 604 vom 24.6.2014, Wien

http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2014/PK0604/

Presseaussendung der *Europäischen Kommission* vom 21.9.2011, MEMO/11/624, Brüssel

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-624_en.htm?locale=en

Rat der Europäischen Union, Sachstandsbericht zum Vorschlag für eine RL des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, Brüssel, 3.6.2016

https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXV/EU/10/73/EU_107322/imfname_10637244.pdf

Stellungnahme der *Bundesarbeitskammer* vom 20.9.2011, Wien

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10011/imfname_270507.pdf

Stellungnahme der Kommissionsvizepräsidentin und Justizkommissarin *Reding* vom 1.3.2011, MEMO/11/123, Brüssel

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-123_en.htm?locale=en

Stellungnahme der *Österreichischen Bischofskonferenz* vom 6.11.2012, Wien

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10020/imfname_270546.pdf

Stellungnahme des *Klagsverbandes zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern* vom 20.9.2011, Wien

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10005/imfname_270380.pdf

Stellungnahme von *ZARA – Beratungsstelle für Opfer und ZeugInnen von Rassismus* vom 20.9.2011, Wien

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10015/imfname_270539.pdf

Swity, Moderne Diskriminierung – Homosexuelle Pärchen auf Wohnungssuche, Würzburg, 28.9.2015

http://www.swity.de/schweinfurt/2015/09/28/schweinfurt-moderne-diskrimierung-homosexuelle-paerchen-auf-wohnungssuche/

TAZ, Diskriminierung bei der Wohnungssuche – Wenn Vermieter nur noch abwimmeln, Berlin, 20.6.2013

http://www.taz.de/!118424/

WKO, Gleichbehandlungsgebot beim Zugang zu Dienstleistungen, Wien, 10.5.2017

https://www.wko.at/Content.Node/Service/Wirtschaftsrecht-und-Gewerberecht/Verwaltungs--und-Verfassungsrecht/Verwaltungsrecht-allgemein/Gleichbehandlung_beim_Zugang_zu_Dienstleistungen.html

Abstract

Die vorliegende Dissertation behandelt den Themenbereich der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen im europäischen und im österreichischen Recht sowie diverse daran anknüpfende Problemstellungen. Dazu zählt beispielsweise das sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene vorliegende Rechtsschutzgefälle. Dieses wird hervorgerufen, indem in beiden Rechtsordnungen kein einheitlicher Diskriminierungsschutz für die relevanten Persönlichkeitsmerkmale Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung und Behinderung gewährleistet und somit vom jeweiligen Gesetzgeber eine Hierarchisierung von Diskriminierungsopfern vorgenommen wird. Weiterer Diskussionsbedarf besteht im Hinblick auf die Einschränkung der Vertragsfreiheit von Privatpersonen durch privatrechtlich wirkende Diskriminierungsverbote. Die gegenständliche Arbeit nimmt eine Interessenabwägung zwischen dem Prinzip der Privatautonomie und jenem der Gleichheit bzw der Nichtdiskriminierung vor und klärt, welchem Grundprinzip im Kollisionsfall der Vorzug zu geben ist. In einem weiteren Schritt soll der Einfluss der Diskriminierungsverbote der GRC auf Privatrechtsverhältnisse untersucht werden. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Frage der Wirkung von Art 21 Abs 1 und 23 GRC. Im Falle deren unmittelbarer Wirkung wären Diskriminierungsopfer berechtigt, privatrechtliche Klagen vor einem nationalen Gericht direkt auf diese Grundrechte zu stützen. Geht man allerdings von einer (bloß) mittelbaren Drittwirkung aus, sind nicht Privatrechtssubjekte, sondern ist der Staat Normadressat der Grundrechte. Dieser ist verpflichtet, angemessene Rechtsbehelfe gegen Grundrechtseingriffe durch Private zur Verfügung zu stellen. Letztlich soll ein Blick auf das österreichische Gleichbehandlungsrecht zeigen, in welchem Ausmaß das GlBG geändert werden muss, um ein möglichst einheitliches Schutzniveau sowie rechtliche Gleichstellung für bestimmte Bevölkerungsgruppen zu schaffen. Darüber hinaus soll ein Vorschlag erarbeitet werden, wie ein Gericht vorzugehen bzw auf welcher Rechtsgrundlage es zu entscheiden hat, wenn es hinsichtlich eines Diskriminierungssachverhaltes in Bezug auf ein nach dem GlBG nicht geschütztes persönliches Merkmal angerufen wird.

The present thesis discusses the subject of non-discrimination and equal treatment in access to and supply of goods and services under European and Austrian law as well as other problems linked thereto, for instance, the different levels of legal protection both on European and national level. These differences exist as both legal systems do not offer uniform protection against discrimination

for the relevant personal characteristics gender, ethnic origin, religion or belief, age, sexual orientation and disability, and as a result the respective legislator arranges the victims of discrimination in a hierarchy. Further discussion is necessary concerning the limitation of contractual freedom of individuals by bans on discrimination effective under private law. The present thesis weighs the principle of private autonomy against the principle of equality or non-discrimination and resolves which basic principle should be preferred in case of a collision. In a further step, the impact of the prohibitions of discrimination by the CFR on private-law relationships shall be analysed, with a main focus being placed on the effect of Article 21 (1) and Article 23 CFR. If they had direct effect, victims of discrimination would be entitled to file civil actions with a national court directly based on these fundamental rights. Assuming that they (only) have indirect third-party effect, the addressees of fundamental rights would not be individuals, but the state. The latter is obliged to provide appropriate legal remedies against encroachments on fundamental rights by individuals. Finally, a look at the Austrian equality law shall show to what extent the Austrian Equal Treatment Act must be amended in order to create a level of protection as uniform as possible and legal equality for certain population groups. Furthermore, a proposal shall be drafted on how a court must proceed or on which legal basis it must decide if someone claims discrimination on the ground of a personal characteristic not protected by the Austrian Equal Treatment Act.