

STEFAN PERNER

Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht

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

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

98

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

98

Herausgegeben vom

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

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Stefan Perner

Grundfreiheiten, Grundrechte- Charta und Privatrecht

Mohr Siebeck

Stefan Perner, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien; 2004 Promotion; Forschungsaufenthalte am Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburg) sowie an der University of Cambridge (Pembroke College); 2012 Habilitation; Assoziierte Professur für Zivilrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

e-ISBN PDF 978-3-16-152638-1

ISBN 978-3-16-152637-4

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Feli & Martin

Vorwort

Das vorliegende Buch ist ein Teil meiner im Jänner 2012 von der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät als Habilitationsschrift angenommenen Arbeit *EU-Verträge und Privatrecht*. Ein anderer Bereich der Schrift ist unter dem Titel *EU-Richtlinien und Privatrecht* in Österreich erschienen.

Die Habilitation wurde von vielen Seiten gefördert: Meine akademischen Lehrer, die Herren Professoren *Attila Fenyves* und *Gert Iro*, haben mir den für die Entstehung der Arbeit notwendigen Freiraum gegeben. Die *University of Cambridge (Pembroke College)* hat es mir ermöglicht, während eines mehrmonatigen Forschungsaufenthaltes wertvolle Einblicke in das englische Recht zu gewinnen. Vor allem Professor *John Bell* hat sich in vielen Gesprächen für mich Zeit genommen. Das *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* in Hamburg hat mir ebenfalls einen Gastaufenthalt ermöglicht. Außerdem durfte ich im Rahmen des Habilitandenkolloquiums am MPI vortragen, wo mir die Direktoren *Jürgen Basedow*, *Holger Fleischer* und *Reinhard Zimmermann* zahlreiche wichtige Anregungen gegeben haben. Auch von den Hinweisen der Gutachter *Helmut Heiss*, *Eva-Maria Kieninger* und *Peter-Christian Müller-Graff* konnte ich profitieren. Ihnen allen möchte ich sehr herzlich danken!

Die Veröffentlichung des vorliegenden Buches, das Judikatur und Literatur bis Ende 2012 berücksichtigt, wurde ebenfalls von vielen Seiten begünstigt: Den Direktoren des MPI Hamburg und Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig* vom *Mohr Siebeck* Verlag danke ich für die Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe, der *Heinrich Graf Hardegg'schen* Stiftung und dem *Verein der Freunde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät* der Universität Wien für ihre großzügige finanzielle Förderung der Drucklegung. Großen Dank schulde ich außerdem meinen Mitarbeitern *Julian Pehm*, *Mario Hössl* und *Marie Bugingo* für ihre perfekte Unterstützung bei der Fertigstellung des Manuskripts.

Wien, im Februar 2013

Stefan Perner

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV
<i>Kapitel 1: Einleitung</i>	1
A. Gegenstand der Arbeit	1
B. Analyseraster	3
C. Untersuchungsprogramm	4
<i>Kapitel 2: Von der Wirtschaftsgemeinschaft zur Grundrechtsunion</i>	6
A. Ausgangssituation	6
B. Wirtschaftsintegration	7
C. Grundrechtsunion	13
D. Anwendungsbereich des materiellen Primärrechts	20
E. Zusammenfassung	26
<i>Kapitel 3: Grundfreiheiten und Eingriffe des Gesetzgebers</i>	27
A. Problemstellung	27
B. Unmittelbare Anwendung des Primärrechts	28
C. Dogmatik der Grundfreiheiten	37
D. Grundfreiheiten und Privatrecht	84
<i>Kapitel 4: Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und privates Verhalten</i>	141
A. Problemstellung	141
B. Terminologie	141
C. Meinungsstand	145
D. Lösungsansatz	162
<i>Kapitel 5: Thesen</i>	190
Entscheidungsverzeichnis	195
Literaturverzeichnis	199
Stichwortverzeichnis	219

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
<i>Kapitel 1: Einleitung</i>	1
A. Gegenstand der Arbeit	1
B. Analyseraster	3
C. Untersuchungsprogramm	4
<i>Kapitel 2: Von der Wirtschaftsgemeinschaft zur Grundrechtsunion</i>	6
A. Ausgangssituation	6
B. Wirtschaftsintegration	7
I. Das wirtschaftspolitische Leitbild der Europäischen Union	7
II. Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot	8
III. Wettbewerbsregeln	10
IV. Sekundärrechtliche Angleichung des Wirtschaftsrechts	11
C. Grundrechtsunion	13
I. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten	13
II. Grundrechte der EMRK	14
III. Charta der Grundrechte	15
IV. Sekundärrechtliche Regelungskompetenzen	19
D. Anwendungsbereich des materiellen Primärrechts	20
I. Zwischenstaatlichkeit	20
II. Europäische Grundrechte	23
E. Zusammenfassung	26
<i>Kapitel 3: Grundfreiheiten und Eingriffe des Gesetzgebers</i>	27
A. Problemstellung	27
B. Unmittelbare Anwendung des Primärrechts	28

I. Primärrecht und generelle Normen	28
II. Primärrecht und Gerichtsurteile	30
III. Primärrechtskonforme Interpretation	32
IV. Sanktionsaufgabe des nationalen Rechts	34
C. Dogmatik der Grundfreiheiten	37
I. Drei Erklärungsmodelle	37
II. Judikaturanalyse	39
1. Diskriminierungsschutz als Basis	39
2. Produktverkehrsfreiheiten als Beschränkungsverbote	43
2. 1. Wareneinfuhrfreiheit als Pionierfreiheit	43
2. 2. Warenausfuhrfreiheit als Gegenkonzept	49
2. 3. Dienstleistungsfreiheit im Windschatten der Wareneinfuhrfreiheit	50
2. 4. Dogmatische Einordnung der Rechtsprechung	52
3. Personenverkehrsfreiheiten als Beschränkungsverbote	54
3. 1. Restriktives frühes Verständnis	54
3. 2. Durchbruch zu den Beschränkungsverboten	54
3. 3. „Marktzugangstest“ als Einschränkung der weiten Formel?	56
3. 4. Anerkennungsprinzip im Gesellschafts- und Personenstandsrecht	58
4. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit	62
5. Rechtfertigung	65
5. 1. Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit	65
5. 2. Bedeutung der Grundrechte	67
6. Grundfreiheitenübergreifende Bilanz	68
III. Freihandelstheoretische Absicherung der Judikatur	70
1. Grundfreiheitenübergreifender Ansatz	70
2. Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union	72
3. Demokratiepoltische Aspekte	73
4. Liberalisierung des zwischenstaatlichen Handels	75
5. Import- bzw. Zuzugsfälle	77
6. Export- bzw. Wegzugsfälle	79
7. Sekundärrecht	80
IV. Ergebnis und weitere Untersuchung	83
D. Grundfreiheiten und Privatrecht	84
I. Meinungsstand	84
1. Kernbereich und „Randgebiete“ des Privatrechts	84
2. Eingrenzungsversuche im materiellen Privatrecht	86
3. Streit im Internationalen Privatrecht	91
4. Untersuchungsprogramm	94
II. Materielles Privatrecht	95
1. Ausgangspunkt	95
2. Immanente Begrenzung der Wirkung der Grundfreiheiten?	96

3. Sachenrecht.....	97
4. Wirtschaftsfernes Privatrecht.....	99
5. Dispositive Normen	100
6. International abwählbare Bestimmungen	103
7. Fallgruppen.....	105
7. 1. Vorbemerkung	105
7. 2. Geistiges Eigentum	106
7. 3. Unlauterer Wettbewerb.....	108
7. 4. Gesellschaftsrecht	110
7. 5. Arbeitsrecht	111
7. 6. Diskriminierendes Zivilrecht.....	113
7. 7. Vertragsrecht und Anerkennungsprinzip.....	115
III. Internationales Privatrecht	119
1. Ausgangspunkt	119
2. Diskriminierende Anknüpfungen	122
3. Schuldrecht	124
4. Gesellschafts- und Sachenrecht.....	127
5. Familienrecht	129
IV. Rechtfertigung	134
1. Modifizierter Prüfmaßstab	134
2. Kollision mit Europäischen Grundrechten	135
3. Beispiel Internationales Versicherungsrecht.....	137
V. Ergebnis	139

<i>Kapitel 4: Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und privates Verhalten.....</i>	<i>141</i>
A. Problemstellung.....	141
B. Terminologie	141
I. Dritt- bzw. Horizontalwirkung.....	142
II. Unmittelbare Drittwirkung	143
III. Schutzpflichten des Staates: Die mittelbare Drittwirkung	144
C. Meinungsstand	145
I. Begriff der staatlichen Maßnahmen	145
II. Grundfreiheiten.....	146
1. Rechtsprechung des EuGH.....	146
1. 1. Warenverkehrsfreiheit	146
1. 2. Die übrigen Freiheiten	148
1. 3. Mitgliedstaatliche Schutzpflichten.....	149
2. Bewertung durch die Literatur.....	151
2. 1. Kritik am Gerichtshof.....	151

2. 2. Argumente für eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten	152
2. 3. Zentrale Gegenargumente	152
2. 4. Alternativkonzepte	154
III. Europäische Grundrechte	155
1. Vorbemerkung: Geltungsgrund der Grundrechte	155
2. Spezielle Diskriminierungsverbote des Primärrechts	156
3. Grundrechte-Charta: Mitgliedstaatliche Schutzpflichten	157
4. Allgemeine Grundsätze des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV).....	158
IV. Zwischenbilanz und weitere Untersuchung	161
D. Lösungsansatz	162
I. Theorien zur Drittwirkung: Ein Strukturvergleich.....	162
1. Gemeinsame Wurzel unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung	162
2. Unterschiede der beiden Ansätze.....	164
3. Thesen für die weitere Untersuchung.....	166
II. Die Auslegung der Grundfreiheiten und Grundrechte.....	168
1. Telos als entscheidendes Kriterium	168
2. Grundfreiheiten: Das Binnenmarktziel.....	168
3. Europäische Grundrechte	172
3. 1. Vorbemerkung: Subsidiarität?	172
3. 2. Würde des Menschen und Freiheitsrechte	172
3. 3. Gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote.....	173
3. 4. Soziale Grundrechte	177
3. 5. Bürgerrechte und Justizielle Rechte	179
4. Widersprüche zwischen Grundfreiheiten und Europäischen Grundrechten?	180
III. Rechtsfolgen der Drittwirkung	182
1. Vertragsverletzungsverfahren	183
2. Staatshaftung	183
3. Rechtsverhältnisse zwischen Privaten	184
IV. Ergebnis	188
 <i>Kapitel 5: Thesen</i>	190
 Entscheidungsverzeichnis	195
Literaturverzeichnis	199
Stichwortverzeichnis	219

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Bsp.	Beispiel
Bspe.	Beispiele
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CLJ	Cambridge Law Journal
CMLRev	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
dems.	demselden
dens.	denselden
ders.	derselbe(n)

dies.	dieselbe
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSG	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Ö)
E	Entscheidung
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ed., Eds.	Editor(s)
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EG	Einführungsgesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHRLRev	European Human Rights Law Review
Einl.	Einleitung
ELJ	European Law Journal
ELRev	European Law Review
EMLR	Entertainment and Media Law Reports
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EntLRev	Entertainment Law Review
EP	Europäisches Parlament
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
et al.	et alii, et aliae
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVO	Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung

EuIPR	Europäisches Internationales Privatrecht
EuR	Zeitschrift Europarecht
EuUVO	Europäische Unterhaltsverordnung
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	und der, die folgende(n)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
GEKR	(Vorschlag für eine) Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GIBG	Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Österreich)
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
h.A.	herrschende Ansicht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung
Hrsg.	Herausgeber(in)
i.d.F.	in der Fassung
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
ILJ	Industrial Law Journal
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht

IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (Österreich)
i.S.d.	im Sinne des, im Sinne der
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
Jb.	Jahrbuch
JBf	Juristische Blätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KOM	Kommissionsdokument
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
lit.	litera
Lit.	Literatur
LL.M.	Master of Laws
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LQR	Law Quarterly Review
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
m.E.	meines Erachtens
MR	Medien und Recht
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nw.	Nachweis
NZ	Österreichische Notariatszeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung
ÖZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

PEICL	Principles of European Insurance Contract Law
PHG	Bundesgesetz über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt (Österreich)
PL	Public Law
r+s	recht und schaden
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom I	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom III	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendende Recht
Rs.	Rechtssache(n)
Rsp.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SA	Schlussantrag, Schlussanträge
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
Solvabilität II-RL	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit
st. Rsp.	ständige Rechtsprechung
SZ	Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
Tz.	Teilziffer
u.a.	und andere, unter anderem
UAbs.	Unterabsatz

UGP-RL	Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern
ULRev	Utrecht Law Review
usw.	und so weiter
uva.	und viele andere
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
verb.	verbundene
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
VersVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Österreich)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
Zak	Zivilrecht aktuell
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Kapitel 1

Einleitung

A. Gegenstand der Arbeit

Die Europäische Union hat ihren Weg von der reinen Wirtschaftsgemeinschaft der Römer Verträge aus dem Jahr 1957 zur politisch-sozialen Union fortgesetzt. Mit jeder Vertragsänderung hat sich ihr Wirkungsbereich ausgedehnt. Der vorläufige Höhepunkt der Entwicklung ist der Vertrag von Lissabon (2009), durch den die Union eine verbindliche Grundrechte-Charta erhielt. Der Einfluss des materiellen Primärrechts auf das Privatrecht beschränkt sich daher heute nicht mehr auf die Grundfreiheiten, sondern umfasst auch die Europäischen Grundrechte. Beides ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Die gemeinsame Behandlung bietet sich an: Grundfreiheiten und (nationale wie europäische) Grundrechte ähneln einander in vielen Belangen.¹ Sie zielen historisch betrachtet beide auf Begrenzung staatlicher Regulierung ab und begründen subjektive Rechte von Privatpersonen.² Die Parallelen werden bei der dogmatischen Prüfung besonders gut sichtbar.³ Befindet sich eine Maßnahme im *Schutzbereich* einer Grundfreiheit oder eines Grundrechtes, so bedarf sie in beiden Fällen einer *Rechtfertigung*, die ihrerseits *verhältnismäßig* sein muss. Grundfreiheiten und Grundrechte werden daher oft unter einem Dach zusammengefasst und als *konstitutionelle Werte* oder Gewährleistungen bezeichnet.⁴

Diese Einschätzung lässt sich allerdings relativieren: Fragt man nach dem Einfluss der *Grundrechte* auf das Privatrecht, so ist die Diskussion eine altbekannte. Die wachsende Einflussnahme der Verfassung auf die gesamte Rechtsordnung ist nämlich ein internationales Phänomen des 20. und 21. Jahrhunderts.⁵

¹ *Canaris*, in: Bauer et al. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 29, 31 (Grundfragen ähneln sich in „geradezu verblüffender Weise“); *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, 2002, 225 (Grundfreiheiten sind „eine Teilmenge der Grundrechte“); *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 108 („frappant“); *Oliver/W.-H. Roth*, CMLRev 41 (2004), 407, 407 ff.; zurückhaltender *Kluth*, AöR 122 (1997), 557, 558, insb. 574 f. Siehe auch *Gratzl*, Grundrechte als Grenzen der Marktfreiheiten, 2011, 30 ff.

² *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 108.

³ Darauf weist *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 108 zutreffend hin.

⁴ *Grundmann* (Ed.), Constitutional Values and European Contract Law, 2008. Siehe aber zur Unterscheidung von Grundrechten und Grundfreiheiten zutreffend z.B. *Kluth*, AöR 122 (1997), 557, 574 f.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 109 ff.

⁵ *G. Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, 222 ff. (Rn. 1 ff.).

Man spricht anschaulich von der „Konstitutionalisierung“ des Rechts. Der Einfluss von Grundrechten auf das Privatrecht – also dessen „Vergrundrechtlichung“ – ist Teil dieser Entwicklung.⁶ Die Konstitutionalisierung des Privatrechts hat ein charakteristisches Merkmal, wie *Rebhahn* für den Bereich der EMRK grundlegend herausgearbeitet hat.⁷ Die Kontrolle „des Privatrechts“ (also privatrechtlicher Gesetze und privaten Verhaltens) im Lichte der Grundrechte verschiebt die Zuständigkeit zur letztlich entscheidenden Wertung *weg vom Parlament hin zu den Gerichten*.⁸ Im europäischen Bezugsrahmen bedeutet dies eine Verschiebung zum EuGH, der es in der Hand hat, privatrechtliche Maßnahmen (privates Verhalten) am Maßstab der Grundrechte zu messen.⁹ Im Ergebnis geht es also um die *Verlagerung privatrechtlicher Wertungsentscheidungen*. Grundrechte sind aber oft so vage formuliert, dass man aus ihnen häufig das Eine genauso wie dessen Gegenteil ableiten kann.¹⁰ Es liegt daher auf der Hand, dass bei dem Prozess der Konstitutionalisierung des Privatrechts Vorsicht geboten ist.

Richtet man den Blick auf die *Grundfreiheiten*, scheint die Fragestellung auf den ersten Blick eine ganz ähnliche zu sein und könnte man die Kontrolle des Privatrechts im Lichte der Grundfreiheiten auch als Teilaspekt seiner Konstitutionalisierung sehen. Dabei würde man jedoch einen entscheidenden Punkt übersehen. Die Grundfreiheiten steuern gegen spezifisch nationalstaatliche Interessen, indem sie die Märkte öffnen sollen. Bei der Kontrolle (nationalen) Privatrechts im Lichte der Grundfreiheiten geht es nicht um die *Verlagerung* einer Wertungsentscheidung auf die Ebene des europäischen Primärrechts, sondern um die Frage, ob und in welchem Ausmaß das Privatrecht überhaupt eine Rolle bei der Öffnung der Märkte spielen kann und muss. Dass der EuGH über diese Frage entscheidet, ist dann aber keine Folge der Konstitutionalisierung des Privatrechts, sondern der Europäisierung des Rechts.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Eine gemeinsame Untersuchung von Grundfreiheiten und Grundrechten ist angesichts ihrer Parallelen sinnvoll. Die Ähnlichkeiten dürfen aber auch nicht überbewertet werden.¹¹ Die Eingangsbeachtung zeigt nämlich, dass im gegebenen Zusammenhang doch zwei *verschiedene Regelungsprobleme* zu klären sind. Auf diese Feststellung wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung noch öfter rekurriert werden.

⁶ Grundlegend *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 538 ff.

⁷ *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 539 f., 543 ff.

⁸ *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 539.

⁹ *Remien*, EuR 2005, 699, 719 fürchtet hingegen eine „Dekonstitutionalisierung des Privatrechts“, weil ein der deutschen Verfassungsbeschwerde vergleichbares Institut auf europäischer Ebene fehle.

¹⁰ Zutreffend *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 538 f.

¹¹ Überzeugend bereits *Kluth*, AöR 122 (1997), 557, 574 f.

B. Analyseraster

Bei der Untersuchung des Einflusses von Grundfreiheiten und Grundrechten auf das Privatrecht wird üblicherweise zwischen der Kontrolle von *Privatrechtsnormen* einerseits und *privatem Verhalten* andererseits unterschieden.¹² Es wird sich zeigen, dass sich ein besseres Raster anbietet.¹³ Das entscheidende Kriterium ist nämlich, ob *staatliche Eingriffe* zu kontrollieren sind, oder ob es um die Beurteilung der Vereinbarkeit von *privatem Verhalten* im Lichte des Primärrechts geht.

Dass diese Unterscheidung nicht gleichbedeutend ist mit der Kontrolle von *Privatrechtsnormen* und *privatem Verhalten*, lässt sich an einem jungen – und für unsere Zwecke vereinfachten – Fall aus der Rechtsprechung des EuGH zeigen, der die Geschlechterdiskriminierung im Versicherungsrecht betrifft (*Test-Achats*)¹⁴.

Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts sind aufgrund der RL 2004/113/EG allgemein beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen verboten. Das umfasst auch Ungleichbehandlungen durch private Wirtschaftsteilnehmer. Für Versicherer (= Dienstleister i.S.d. RL 2004/113/EG) hatte der Unionsgesetzgeber allerdings eine Sonderregel geschaffen. Gemäß Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG konnten die Mitgliedstaaten „beschließen, proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist“. Der EuGH hatte die Zulässigkeit dieser Ausnahme in *Test-Achats* im Lichte des Grundrechtes auf Geschlechtergleichbehandlung (Artt. 21, 23 GRC) zu überprüfen.¹⁵

Zwar hatte der Gerichtshof mit Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG eine Norm zu prüfen. Dieser Umstand ist für sich genommen aber nicht aussagekräftig, wenn man die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem materiellen Primärrecht stellt. Relevant ist vielmehr, ob das Grundrecht auch *Diskriminierungen durch Private* verbietet. Der Unionsgesetzgeber hat nämlich nicht diskriminiert. Er hat zugelassen, dass private Akteure (Versicherer) diskriminieren.

¹² So etwa *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 437 f., der freilich Zweifel am eigenen Analyseraster äußert (438). Vgl. auch *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, 11, 33 ff.; *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, 2010, 34, 40.

¹³ Siehe für den Bereich der (nationalen) Grundrechte überzeugend *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997, 251 ff.; für die EMRK *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 547 ff.

¹⁴ EuGH, 1.3.2011, C-236/09 (*Test-Achats*). Ausführlich zur Entscheidung und ihren europa- sowie versicherungsrechtlichen Fragen bereits *Armbrüster*, LMK 2011, 315339; *Dobhofer-Bachleitner*, ZFR 2011, 248; *Korinek*, ÖZW 2011, 50; *Loacker*, HAVE 2011, 351; *Looschelders*, VersR 2011, 421; *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296; *Mönnich*, VersR 2011, 1092; *Perner*, ÖJZ 2011, 333.

¹⁵ Siehe zu diesem Aspekt bereits *Perner*, ÖJZ 2011, 333, 334.

Damit kommen wir zum entscheidenden Punkt: Gebieten die Grundrechte die Gleichbehandlung von Männern und Frauen nur durch öffentliche Einrichtungen oder sollen sie auch die Gleichbehandlung durch Private sicherstellen? Die Frage lässt sich im europarechtlichen Bezugsrahmen verallgemeinern: Beziehen sich die Gebote und Verbote des materiellen Rechts der EU-Verträge auch auf privatrechtliches Verhalten oder nur auf staatliche Eingriffe? Das ist in einer Gesellschaft, die der privaten Entscheidungsfreiheit (Privatautonomie) hohen Stellenwert einräumt, ein wesentlicher Unterschied.¹⁶

Strukturell gilt, dass der Gesetzgeber immer an das Primärrecht gebunden ist, wenn er Recht setzt. Ob eine Norm aber inhaltlich in Konflikt mit dem Primärrecht kommt, ist durch Auslegung *ihres materiellen Regelungsgehaltes zu ermitteln*.¹⁷ Dafür ist zu differenzieren, ob es um staatliche Eingriffe oder um private Beschränkungen geht.

C. Untersuchungsprogramm

Die bisherigen Ausführungen geben das Untersuchungsprogramm vor. In der weiteren Analyse wird zwischen staatlichen Eingriffen (Kap. 3) und privaten Beschränkungen (Kap. 4) unterschieden.

An dieser Stelle ist allerdings noch eine thematische Präzisierung angezeigt: Es ist beim heutigen Stand der europäischen Diskussion nicht mehr zu bestreiten, dass auch solche Eingriffe des Staates Gegenstand der Kontrolle am Maßstab der Grundrechte sind, die mit den Mitteln des Privatrechts erfolgen.¹⁸ Was für die Grundrechte der EMRK und der nationalen Verfassungen gilt, gilt auch für den Bereich der *Europäischen Grundrechte* (vgl. nur Art. 51 Abs. 1 GRC). Die Diskussion soll in diesem Punkt nicht neu aufgerollt werden.

Ein anderes Bild ergibt sich für die Bedeutung der *Grundfreiheiten* bei Eingriffen durch den Privatrechtsgesetzgeber – dieses Problem ist in zentralen Punkten ungelöst. Die Untersuchung wird an diesem Punkt ansetzen und in Kap. 3 die Relevanz der Grundfreiheiten für staatliche Eingriffe untersuchen. Die Europäischen Grundrechte werden an geeigneter Stelle berücksichtigt, wo sie für die Diskussion eine Rolle spielen.

¹⁶ Siehe überzeugend bereits *Basedow*, ZEuP 2008, 230, 235 f., insb. 246 f.

¹⁷ *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997, 251 ff. (Struktur- und Inhaltsbetrachtung).

¹⁸ Für Deutschland *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, 21 („ganz h.L.“) und *J. Hager*, in: Grundmann (Ed.), Constitutional Values and European Contract Law, 2008, § 2, 21, 22 f. („the answer is clear“); für Österreich vgl. nur *Bydlinski*, ÖRZ 1965, 67, 69; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 741. Die gegenteilige Ansicht von *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 hat sich zu Recht nicht durchgesetzt. Für den Bereich der EMRK siehe *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 498 ff.