

sekundäres Gemeinschaftsrecht geschaffenen Anerkennungspflicht. Das Grünbuch der Kommission vom 14.12.2010³⁶ erwähnt er nur in seinem Ausblick (212ff.). Die Bannstrahlen, die das deutsche Schrifttum gegen das Grünbuch schleuderte³⁷ – in Frankreich als „*furor teutonicus*“ apostrophiert –, werden von ihm weder abgeleitet noch verstärkt.

Lausanne

FRITZ STURM

Non-Discrimination in European Private Law. Ed. by *Reiner Schulze*. – Tübingen: Mohr Siebeck 2011. X, 268 S.

Die Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts im europäischen Primär- und Sekundärrecht zeichnet insbesondere aus, wie sich hier ein Rechtsgebiet mit ursprünglich marktbezogenem Ansatz hin zu einem personenbezogenen Denkansatz orientiert hat. Dieser Denkansatz ist seit dem Jahr 2000 zunächst in der europäischen Gesetzgebung entwickelt worden¹ und hat schließlich auch in nationale Gesetzgebungen² Eingang gefunden, und zwar auch in Bezug auf privatrechtliche Verhältnisse, was in der europäischen Rechtswissenschaft eine heftige Diskussion ausgelöst hat. Im Mittelpunkt der Debatte steht zweifellos die Frage, ob und inwieweit ein privatrechtliches Diskriminierungsverbot mit der Vertragsfreiheit vereinbar ist. Von aktuellem Interesse sind nicht nur die Sanktionen wegen Verletzung des privatrechtlichen Diskriminierungsverbots, sondern auch die zum Vorteil des Diskriminierten vorgesehene Beweislasteichterung, die positiven Maßnahmen zur tatsächlichen Gleichstellung und insbesondere die Gleichstellung bei der Tariffestsetzung im Rahmen von Versi-

³⁶ Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Der freie Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkung von Personenstandswesen erleichtern, KOM(2010) 747 endg.; abgedruckt auch in BR-Drucks. 831/10 vom 15.4.2011.

³⁷ Vgl. die Übersicht in Staudinger/*Sturm/Sturm* (Fn. 29) Einl. IPR Rn. 63 Fn. *.

¹ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22 (Antirassismus-RL); Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16; Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204/23 (Gleichstellungs-RL); Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37 (Gleichbehandlungs-RL). Ferner liegt ein Vorschlag der Europäischen Kommission vom 2. Juli 2008 für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung vor, KOM(2008) 426 endg.

² Wie etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I 1897), der englische *Equality Act* vom 8. April 2010 (Eliz II Ch 15), die österreichischen Bundesgesetze über die Gleichbehandlung (BGBl. I Nr. 66/2004, BGBl. I Nr. 82/2005, BGBl. I Nr. 98/2008, BGBl. I Nr. 7/2011) und über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (BGBl. I Nr. 82/2005, BGBl. I Nr. 67/2008, BGBl. I Nr. 7/2011).

cherungsverträgen. Auf die lebhafte Diskussion zusteuernd hat das Centrum für Europäisches Privatrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Jahr 2010 eine Vortragsreihe veranstaltet. Der von *Reiner Schulze* herausgegebene Band „Non-Discrimination in European Private Law“ versammelt die in dieser Reihe gehaltenen Vorträge und befasst sich mit allgemeinen Fragestellungen (I.), den besonderen Aspekten des Antidiskriminierungsrechts (II.) und den Perspektiven der Mitgliedstaaten (III.).

I. 1. Einleitend erörtert *David Edward* in seinem Beitrag „Non-Discrimination as a Legal Concept“ (S. 3–7) die doppelte Bedeutung und die rechtshistorische Entwicklung der Diskriminierung anhand internationaler und europäischer Instrumente: Die neutrale Bedeutung von „Diskriminierung“ weise auf Unterschiede hin, wohingegen die abwertende Bedeutung auf benachteiligende Unterscheidungen zwischen Personen und Situationen hindeute. Die Begriffe „Gleichheit“ oder „Gleichbehandlung“ hält er für passender als „Nichtdiskriminierung“. Mit einem Rat zur präzisen Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung und zur Feststellung der Rechtmäßig- oder Rechtswidrigkeit der Ungleichbehandlung schließt er seinen Beitrag ab: Kernpunkte seien der Grund und die Art der Ungleichbehandlung, nicht dagegen die Tatsache, dass jemand unterschiedlich behandelt wurde.

2. In ihrem Beitrag „The Economics of Non-Discrimination“ (9–26) bietet *Ann-Sophie Vanderberghe* einen umfassenden Überblick über die ökonomischen Perspektiven zum Thema. In drei Abschnitten stellt sie dar, ob und inwieweit der freie Markt und unbeschränkter Wettbewerb Diskriminierungen eliminieren können; anknüpfend daran analysiert sie die privatrechtliche Haftung und alternative Mittel zur Vorbeugung gegenüber Diskriminierungen. Zu Beginn geht sie auf die sogenannte *taste based*-Diskriminierung ein. Darunter sei die persönlich begangene Diskriminierung zu verstehen, die auf reiner Gehässigkeit, Irrationalität oder Vorurteilen beruht. In einem normal funktionierenden Markt werde der Konkurrenzdruck eine solche Diskriminierung reduzieren oder beseitigen können, weil die Verweigerung des Vertragsschlusses mit bestimmten Kunden zu Preiserhöhungen und daraus folgend zur Benachteiligung im Wettbewerb führe.³ Er reiche jedoch zum Beispiel im Falle einer marktbeherrschenden Stellung nicht aus und verschiebe die Kosten aus der Verletzung der Menschenwürde auf die Diskriminierten.⁴ Ob privatrechtliche Haftung eine passende Lösung gegen *taste based*-Diskriminierungen sei, bezweifelt die Autorin. Ökonomisch gesehen würden die Kosten einer Schadensersatzleistung meist unter den Kosten der Normeinhaltung liegen und hätten daher aus ökonomischer Perspektive keinen zielverwirklichenden Effekt. Folglich plädiert *Vanderberghe* im Falle einer *taste based*-Diskriminierung für Strafschadensersatz, strafrechtliche Sanktionen oder moralische Ausbildung als effektive Eingriffsmodelle. Als nächstes geht sie der statistischen Diskriminierung nach, die durch

³ Vgl. *Jürgen Basedow*, Der Grundsatz der Diskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 16 (2008), 230, 244.

⁴ Der Schutz der Persönlichkeitsrechte hat auch Betonung gefunden bei *Dirk Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, 105, 106f., 113.

die Unterscheidung einer Person von einem durchschnittlichen Mitglied einer bestimmten Gruppe gekennzeichnet sei. Dieser Ansatz werde insbesondere im Versicherungswesen bei der Tariffestsetzung verwendet. Diesbezüglich bringt die Autorin deutlich zum Ausdruck, dass ein Verbot statistischer Diskriminierung aufgrund bestimmter Eigenschaften lediglich die Anpassung der statistischen Diskriminierung und folglich eine Preiserhöhung auslösen werde. Dies führe sodann zu einer Quersubventionierung von Kunden mit hohen Risiken zulasten von Kunden mit niedrigen Risiken. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Sache *Test-Achats*⁵ sind die Prognosen der Autorin zweifellos von besonderem Interesse. Jedenfalls befürwortet *Vanderberghe* eine Verstärkung des Datenflusses bezüglich der Versicherungsnehmer als eine passende Alternative zum privatrechtlichen Diskriminierungsverbot. Mit einer Analyse der Verweigerung der Einführung von angemessenen Maßnahmen für Behinderte beendet *Vanderberghe* ihren lesenswerten Beitrag.

3. Den ersten Teil des Bandes abschließend befasst sich *Stefan Leible* in seinem Beitrag „Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht“ (27–52) mit den Regelungen des Diskriminierungsverbots in den *Acquis Principles* und dem *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Zu Beginn führt er aus, das Ziel der *Acquis Group* sei die Feststellung allgemeiner Grundsätze des vorliegenden europäischen Vertragsrechts gewesen. Anhand des europäischen Primär- und Sekundärrechts sowie anhand der Rechtsprechung des EuGH habe die *Acquis Group* festgestellt, dass der europäische Diskriminierungsschutz ebenfalls eine privatrechtliche Bedeutung habe. Der Autor selbst steht dem privatrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund der Privatautonomie skeptisch gegenüber; jedoch sei diese Frage bei der Feststellung der allgemeinen Grundsätze des vorliegenden europäischen Vertragsrechts zu berücksichtigen gewesen. Damit tritt der Autor auch der Kritik in der Lehre entgegen und ist der Ansicht, dass die *Acquis Principles* und der DCFR einen Anlass geboten haben, „den Kern der Privatautonomie vor den Folgen eines sich ständig ausbreitenden Gutmenschentums“ (36f.) zu schützen. Bezüglich des Diskriminierungsverbots erörtert *Leible*, dass ein allgemeines privatrechtliches Diskriminierungsverbot im europäischen Recht lediglich für die Merkmale Geschlecht, Rasse und ethnische Herkunft vorgesehen worden sei. Daher beziehe sich auch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung in den *Acquis Principles* nur auf diese Merkmale (Art. 3:101). Bei der Rechtfertigungsmöglichkeit dagegen habe die *Acquis Group* eine über das vorliegende europäische Vertragsrecht hinausgehende Regelung vorgesehen und die Rechtfertigungsmöglichkeit auf alle Diskriminierungsformen erstreckt (Art. 3:103), obwohl nach Art. 2 Antirassismus-RL lediglich eine mittelbare Diskriminierung gerechtfertigt werden könne. Die Ergänzung sei jedoch durch enge Auslegung und höhere Anforderungen an die Rechtfertigung der unmittelbaren Diskriminierung auszubalancieren.⁶

⁵ EuGH 1.3.2011 – Rs. C-236/09 (*Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* ./ *Conseil des ministres*), Slg. 2011, I-773.

⁶ Siehe auch Research Group on the Existing EC Private Law (*Acquis Group*), *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms* (2007) Art. 3:103 Rn. 3f.

Während die Richtlinien die Festlegung der Sanktionen für Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot den Mitgliedstaaten überließen, müssten die *Acquis Principles* als Regelungsrahmen auch die Rechtsfolgen regeln. Als Primäranspruch stehe dem Diskriminierten der Ersatz des materiellen oder immateriellen Schadens zu; als Sekundäranspruch die Beseitigung oder Unterlassung der Diskriminierung (Art. 3:201).⁷ Im letzten Teil analysiert *Leible* kurz die Regelungsweise des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung im DCFR und ist der Meinung, dass die Rechtsbehelfsregelung der *Acquis Principles* offener formuliert und daher angemessener sei.

II. 1. Der Teil über die besonderen Aspekte des Antidiskriminierungsrechts beginnt mit dem Beitrag „Effective Private Law Remedies in Discrimination Cases“ (57–79) von *Norbert Reich*. Der Beitrag befasst sich grundsätzlich mit Art. 18 Gleichstellungs-RL, der den Schadensersatz wegen Verletzung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots behandelt. Zutreffend stellt *Reich* heraus, dass die Vorschrift die Grundsätze über den Umfang des Schadensersatzes regelt. Dies stellt einen erheblichen Unterschied zu den Richtlinien dar, die den Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen regeln und mit denen eine Mindestharmonisierung angestrebt wurde⁸. Von dem EuGH-Urteil *Draehmpaehl*⁹ ausgehend behandelt *Reich* die Fragestellung, anhand welcher Voraussetzungen und Kriterien der Umfang der verschuldensunabhängigen Haftung festzustellen wäre (64 ff.). Er plädiert für die Anwendung des Kriteriums eines „hinreichend qualifizierten Rechtsverstoßes“ als europarechtlicher Grundsatz, weil – seiner Ansicht nach – die EU-Bürger diskriminiert würden, wenn jeweils unterschiedliche Standards gälten. Nichts stehe der Anwendung des Kriteriums eines hinreichend qualifizierten Verstoßes auf die „horizontale Haftung“ entgegen, auch wenn dieses Kriterium im Bereich der Haftung der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten entwickelt wurde.¹⁰ Das Kriterium eines hinreichend qualifizierten Verstoßes sei dann anzuwenden, wenn das Diskriminierungsverbot durch sekundäres Recht vorgesehen wurde, mit anderen Worten, wenn die durch sekundäres Recht gewährten Rechte verletzt werden, wie es beim privatrechtlichen Diskriminierungsverbot der Fall sei. Ferner bringt *Reich* zum Aus-

⁷ Nach § 21 AGG seien die Ansprüche auf Beseitigung bzw. Unterlassung der Diskriminierung als Primäransprüche und der Anspruch auf den Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens als Sekundäransprüche einzuordnen, siehe *Sonja Haberl*, Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote in nationalen Privatrechtsgesellschaften (2011) 194 ff.

⁸ Artikel 15 Antirassismus-RL, Art. 14 Gleichbehandlungs-RL: „Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle geeigneten Maßnahmen, um deren Durchsetzung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch *Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können*, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. [...]“ (Hervorhebung der Autorin).

⁹ EuGH 22.4.1997 – Rs. C-180/95 (*Nils Draehmpaehl ./. Urania Immobilienservice OHG*), Slg. 1997, I-2195.

¹⁰ Siehe dazu *Martin Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV² (2012) Art. 340 AEUV Rn. 22 ff., 47 ff.; *Werner Berg*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar³ (2012) Art. 340 AEUV Rn. 43 ff., 84 ff.

druck, dass der Ersatz des immateriellen Schadens als primäre Sanktion zu gestatten sei, die eine abschreckendere Wirkung habe als beschränkter Schadensersatz. Die Lösung des EuGH im Fall *Draehmpaehl* stelle einen schlechten Kompromiss dar, indem sie Schadensersatz wegen Verletzung des Diskriminierungsverbots gewähre, jedoch mit Beschränkung des zu zahlenden Betrags, weil kein tatsächlicher Schaden erlitten wurde.¹¹ Zu guter Letzt schließt sich *Reich* der Ansicht von *Micklitz* an:¹² Der EuGH solle wirksame Sanktionen benennen, um den Mitgliedstaaten eine Angleichungspflicht aufzuerlegen.

2. Der nachfolgende Beitrag „Discrimination in Insurance Law“ (81–108) von *Herman Cousy* geht auf die Gleichbehandlungs- und Benachteiligungskonzepte im Versicherungsvertragsrecht ein, insbesondere auf die versicherungstechnische Berechnung von Prämien, und behandelt die geschlechterspezifischen Versicherungstarife als Fallstudie. Zunächst zeigt er auf, dass die Gruppenbildung im Versicherungswesen auf Risiken basiere, die aufgrund bestimmter Kriterien (beispielsweise Alter, Geschlecht, Behinderung, aber auch Lebensstil, Body-Mass-Index und Ernährungsgewohnheiten)¹³ abschätzbar seien. Bei der Risikoabschätzung seien nebeneinander bestehende Kriterien zu berücksichtigen, die in der Regel nach objektiven und statistischen Daten und aus Gründen der Effizienz im *proxy criterion* verkörpert würden, mit anderen Worten in der leicht erkennbaren, durchschnittlich den entscheidenden Kriterien entsprechenden Eigenschaft. Sodann würden die Prämien nach dem Risiko festgelegt, das bei einem durchschnittlichen Mitglied der Gruppe vorliegt. Die unterschiedliche Klassifizierung von höheren und geringen Risiken diene auch zur Vorbeugung von Quersubventionierung, die zum Kernbereich der versicherungstechnischen Gerechtigkeit und Gleichbehandlung gehöre. Vor diesem Hintergrund behandelt *Cousy* Art. 5 Gleichbehandlungs-RL als einen bemerkenswerten Kompromiss, der aber im Urteil des EuGH in der Sache *Test-Achats*¹⁴ für ungültig erklärt wurde.

3. Diesem Urteil des EuGH vom 1. März 2011 in der Sache *Test-Achats*¹⁵ widmet sich der Beitrag „Gleichbehandlung in Versicherungsverträgen“ (109–129) von *Daniel Effer-Uhe*. Artikel 5(1) Gleichbehandlungs-RL verkörpert den versicherungsvertragsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und gestattet

¹¹ Siehe Erwägungsgrund 33 und Art. 18 Satz 2 Gleichstellungs-RL.

¹² *Hans-Werner Micklitz*, The ECJ Between the Individual Citizens and the Member States – A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies, in: The European Court of Justice and the Autonomy of Member States, hrsg. von Bruno De Witte/Hans-Werner Micklitz (2012) 349, 392 ff.

¹³ Im Lichte des Urteils EuGH 1.3.2011 – *Test-Achats*, Slg. 2011, I-773 ist absehbar, dass Art. 2(7) des Vorschlags, KOM(2008) 426 endg., geändert wird. Gemäß dieser Vorschrift könnten die Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen verhältnismäßige Ungleichbehandlungen zulassen, 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. Der Vorschlag liegt seit 2010 dem Europäischen Rat zur Erörterung vor, siehe <http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=197196>.

¹⁴ EuGH 1.3.2011 – *Test-Achats*, Slg. 2011, I-773.

¹⁵ EuGH 1.3.2011 – *Test-Achats*, Slg. 2011, I-773.

den Mitgliedstaaten ausnahmsweise die Möglichkeit zur Zulassung geschlechterspezifischer Tarife unter strengen Voraussetzungen. In seinem kurzen Urteil hat der EuGH entschieden, dass Art. 5(2) Gleichbehandlungs-RL mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 ungültig ist,¹⁶ denn diese Ausnahme laufe der Verwirklichung des mit der Richtlinie verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und sei mit den Art. 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁷ unvereinbar.¹⁸ Neben Fragen zur Regelung, der Kompetenz und dem Prüfungsmaßstab befasst sich *Effer-Uhe* damit, ob geschlechterspezifische Versicherungstarife eine Ungleichbehandlung darstellen, und anschließend, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen. Angelehnt an die Ausführungen des EuGH, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist,¹⁹ wirft der Autor die Frage auf, ob es sich bei geschlechterspezifischen Tarifen um eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte handele. Wie *Cousy* (oben II. 2.) stellt er fest, dass geschlechterspezifische Tarife bei einigen Versicherungszweigen – wie etwa bei der Rentenversicherung – der Quersubventionierung vorbeugen und im Versicherungsrecht für eine Gleichbehandlung sorgen. *Effer-Uhe* stellt eindeutig klar, aus welchen Gründen das Merkmal des Geschlechts in einigen Versicherungszweigen als Kalkulationsmerkmal²⁰ oder als *proxy criterion* anzuerkennen sei, und aus welchen Gründen andere Merkmale – wie etwa wirtschaftliche und soziale Verhältnisse – nicht als Kalkulationsmerkmal dienen können.²¹ Mit Hinweis auf die Gefahr der adversen Selektion und die unternehmerische Freiheit plädiert er für „eine risikogerechte Prämienstruktur“ (118, 123) als Rechtfertigungsgrund.²² Sein Vorschlag zur Zulassung von geschlechterspezifischen Tarifen mit der Möglichkeit einer Preis Anpassung aufgrund freiwilliger Angabe bestimmter persönlicher Daten stellt zweifellos eine alternative Lösung dar – sogar eine bessere im Vergleich zur Herstellung künstlicher Kalkulationsmerkmale.

4. Der Beitrag „Beweislastregeln im Anti-Diskriminierungsrecht“ (131–155) von *Guillermo Ormazabal Sánchez* greift die Frage auf, ob es sich bei den Rege-

¹⁶ Siehe die von der Europäischen Kommission erteilten Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (*Test-Achats*), ABl. 2012 C 11/1.

¹⁷ ABl. 2010 C 83/389.

¹⁸ EuGH 1.3.2011 – *Test-Achats*, Slg. 2011, I-773, Rn. 32.

¹⁹ EuGH 1.3.2011 – *Test-Achats*, Slg. 2011, I-773, Rn. 28.

²⁰ Siehe Leitlinien (Fn. 16) Abschnitt 2.2 (Weiterhin erlaubte geschlechtsspezifische Versicherungspraktiken) und Anhang 3 (Beispiele für trotz des „*Test-Achats-Urteils*“ weiterhin erlaubte geschlechtsspezifische Praktiken – Übernahme medizinischer Risiken).

²¹ Zur Ansicht, dass durch das Urteil das „Prinzip der Risikobeherrschungsmöglichkeit“ eingeführt wurde, und dass dieses Kriterium als Klassifizierungsmerkmal diene, siehe *Kai Purnhagen*, Zum Verbot der Risikodifferenzierung aufgrund des Geschlechts – Eine Lehre des EuGH zur Konstitutionalisierung des Privatrechts am Beispiel des Versicherungsvertragsrechts?, EuR 2011, 690, 701 f.

²² Siehe dazu auch *Jan Lüttringhaus*, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen!, EuZW 2011, 296, 298.

lungen zur Beweislast erleichterung in europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien²³ und in den nationalen Umsetzungsregelungen um eine Beweislastumkehr oder um eine Beweismaßreduzierung handelt. Im Einklang mit dem Wortlaut der Antidiskriminierungsrichtlinien in verschiedenen Sprachen („glaubhaft machen“, „establish“, „aducir“) stellt er zunächst fest, dass keine Beweislastumkehr vorliege, solange der Kläger das Risiko eines *non liquet* trägt. Da der Kläger in Diskriminierungsfällen weiterhin den Nachweis über seine Behauptung(en) erbringen müsse, habe die „Glaubhaftmachung“ keine Beweislastumkehr zur Folge. Ob aber Beweismaßreduzierung vorliege, sei anhand nationaler Vorschriften zu prüfen. Bei § 22 AGG handle es sich um eine Beweismaßerleichterung. Dagegen zeige eine detaillierte Analyse des Art. 217.5 des spanischen Zivilverfahrensgesetzes über die Beweislast im Verfahren über Geschlechterdiskriminierung, dass die Beweislast dem Beklagten obliege. *Sánchez* hält solch eine Regelung für unverhältnismäßig. Darüber hinaus sei die Beweislast erleichterung in den Antidiskriminierungsrichtlinien nicht mit der Privatautonomie vereinbar. Nachdem der Kläger durch Indizien die Diskriminierungstatsachen glaubhaft gemacht habe, obliege die Gegenbeweisführung über die Nichtdiskriminierung dem Beklagten. Dies bedeute, dass sich die Einzelnen nach Maßgabe eines verwaltungsrechtlichen Verhältnisses verhalten müssten. Außer in arbeitsrechtlichen Verhältnissen sei diese Beweislastverteilung inadäquat. Die Beweisfragen müssten vielmehr den nationalen Zivilprozessregeln überlassen bleiben.

5. Gegen das privatrechtliche Diskriminierungsverbot wird häufig argumentiert, dass die Verwirklichung der Gleichbehandlung vielmehr die Aufgabe der Sozial- oder Politikwissenschaft sei.²⁴ *Christopher McCrudden* leistet in seinem Aufsatz „A Comparative Taxonomy of ‚Positive Action‘ and ‚Affirmative Action‘ Policies“ (157–180) mit Beispielen aus der Praxis einen lesenswerten Beitrag zum Thema sozialpolitische Bekämpfung der Diskriminierung. Behandelt werden Maßnahmen zur tatsächlichen Gleichstellung durch Erhöhung der Beteiligung von in bestimmten Zusammenhängen unterrepräsentierten Gruppen, die als positive Diskriminierung (*affirmative action*) oder positive Maßnahmen (*positive action*) oder Sondermaßnahmen (*special measures*) bezeichnet werden. Historisch sei der Begriff der positiven Diskriminierung auf das amerikanische Recht zurückzuführen. Jedoch würden in anderen Ländern andere Begriffe bevorzugt, sei es aus politischen Gründen oder zur Unterscheidung von den jeweiligen amerikanischen Maßnahmen. Die Methoden der positiven Diskriminierung ließen sich im Allgemeinen in drei Gruppen gliedern: Maßnahmen zur Verhinderung der rechtswidrigen Diskriminierung, Integrationsmaßnahmen und Maßnahmen zur Änderung des Verhaltens der unterrepräsentierten Gruppe. Je nach dem angesetzten Ziel lägen mehrere Rechtfertigungs-

²³ Artikel 8 Antirassismus-RL, Art. 10 Rahmen-RL, Art. 19 Gleichstellungs-RL, Art. 9 Gleichbehandlungs-RL. Siehe auch Art. 8 des Vorschlags von 2008.

²⁴ Siehe z. B. *Basedow*, ZEuP 16 (2008), 230, 244; *Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans C. Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann*, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, 529, 535; *Eduard Picker*, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880 ff.

gründe für positive Diskriminierung vor. Für die Zielsetzung einer ökonomischen und sozialen Gerechtigkeit rechtfertigten beispielsweise die Verhinderung der unmittelbaren Diskriminierung und der Ersatz für die vergangene Diskriminierung positive Maßnahmen – wohingegen sich Maßnahmen zur Anerkennung der Identität oder zur Verwirklichung der Vielfalt mit dem Ziel des Schutzes der kulturellen Werte und Institutionen rechtfertigen ließen. Positive Diskriminierung erfolge meist zugunsten von Frauen, Behinderten und ethnischen Minderheiten in den Bereichen Beschäftigung und Beruf, politische Repräsentanz, Ausbildung oder Unternehmensleitung.²⁵ Jedoch seien Einführung und Praxis der positiven Diskriminierung nicht ganz unproblematisch; ferner existierten ökonomische und politische Einschränkungen. Von Bedeutung sei auch das Problem, ob positive Diskriminierung eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot darstelle oder ob sie als Maßnahme zur Verwirklichung des Gleichheitsprinzips anzusehen sei. Im ersten Fall müssten ausdrückliche Regelungen getroffen werden, damit die Maßnahmen nicht Gefahr liefen, rechtswidrig zu sein. Abschließend mahnt *McCrudden* zur Vorsicht: Die juristische, philosophische, politische und gesellschaftliche Komplexität der positiven Diskriminierung erfordere kontext- und regionalspezifische Aktionen. Anknüpfend daran ist hervorzuheben, dass das europäische privatrechtliche Diskriminierungsverbot der Durchführung von positiven Maßnahmen nicht entgegensteht.²⁶

6. Der Beitrag „From Market Integration to Human Integration: How Non-Discrimination Illustrates Fundamental Rights Aspects in Private Law“ (181–195) von *Anna Verena Lauber* erfasst unter anderem die rechtsphilosophischen Fundamente des privatrechtlichen Diskriminierungsverbots. Zunächst verdeutlicht die Verfasserin zutreffend, dass der Vertrag als Rechtsinstrument mit der Erwartung und der Möglichkeit einer staatlichen Vollstreckung verknüpft ist. Daher ist ein wertfreies oder wertneutrales Vertragsrecht undenkbar. Ferner diene das Vertragsrecht der Selbstbestimmung der Einzelnen durch freiwillige, unabhängige Auslese, die mit der Möglichkeit einer Auswahl verbunden sei. Wenn eine bestimmte Person oder Gruppe in der Gesellschaft diskriminiert werde, würden dadurch ihre Wahlmöglichkeiten beim Vertragsschluss eingeschränkt.²⁷ Dies stehe im Widerspruch zu den charakteristischen Anforderungen der *iustitia commutativa*, insbesondere der gegenseitigen Anerkennung

²⁵ Siehe den Vorschlag vom 14. November 2012 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen, KOM(2012) 614 endg. Der Vorschlag wurde auch vom Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) unterstützt, siehe die Stellungnahme des EWSA vom 13. Februar 2013, Dokument-Nr. EWSA/2012/2444. Kritisch *Jürgen Basedow*, Corporate Governance als Sozialpolitik oder von der Beliebigkeit der Rechtsgrundlagen der EU-Gesetzgebung, *EuZW* 2013, 41 f.; *ders.*, Frauenquote oder: Gesellschaftspolitik durch Privatrecht, *ZEuP* 21 (2013) 451 ff.

²⁶ Artikel 5 Antirassismus-RL, Art. 7 Rahmen-RL, Art. 3 Gleichstellungs-RL, Art. 6 Gleichbehandlungs-RL; siehe auch Art. 5 des Vorschlags von 2008.

²⁷ Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *AcP* 200 (2000) 273, 278.

der Gleichheit aller potentiellen Vertragspartner. Die Verbundenheit des Vertragsrechts mit der Erwartung und Möglichkeit der staatlichen Vollstreckung verstärkte diese Ungleichheit bei Auswahlmöglichkeiten, was in einer gerechten Rechtsordnung nicht stattfinden dürfe. Das privatrechtliche Diskriminierungsverbot stehe schließlich auch mit dem Respekt vor der Privatautonomie und mit dem Recht des Einzelnen auf Selbstbestimmung durch Teilnahme an dem auf Privatrecht basierenden Markt in Zusammenhang. Somit gelingt es *Lauber* aufzuzeigen, dass das Diskriminierungsverbot auch ein Element des Privatrechts ist. Eine andere Frage sei es allerdings, inwiefern die Vertragsfreiheit Einzelner im Verhältnis untereinander auszugleichen sei. Dabei habe es dem europäischen Gesetzgeber und dem EuGH leider an Zeit für die angemessene Ausgestaltung der Antidiskriminierungsrichtlinien gefehlt. Bei Einräumung von mehr Zeit hätte das privatrechtliche Diskriminierungsverbot auf rechtsphilosophischer Basis diskutiert werden können und hätten die emotionalen und vorurteilsbehafteten Reaktionen verhindert werden können.

III. 1. Der dritte und letzte Teil des Bandes widmet sich den Perspektiven aus Sicht der Mitgliedstaaten. Der erste Beitrag „Diskriminierungsschutz und Europäisches Vertragsrecht – Einige Beobachtungen aus niederländischer Sicht“ (199–207) von *Ewoud Hondius* stellt einleitend fest, dass die Vertragsfreiheit und der Schutz des Schwächeren zwei Grundprinzipien des niederländischen und des europäischen Rechts seien. In diesem Zusammenhang misst der Autor den Antidiskriminierungsvorschriften der *Acquis Principles* und des DCFR besondere Bedeutung bei, und er ist der Auffassung, dass die Ergänzung des Diskriminierungsverbots um weitere Merkmale wünschenswert sei. Im Folgenden spricht er die Rolle des deutschen Rechts bei der Entwicklung des europäischen Privatrechts an. Anschließend betont der Autor, dass das europäische Diskriminierungsrecht seine Wurzeln im Arbeitsrecht habe, und vergleicht das deutsche und das niederländische Recht in Bezug auf die Fragestellung, ob das Arbeitsrecht ein Teil des Privatrechts sei. Zwischen dem europäischen und dem niederländischen Recht bestehe insoweit kein Unterschied: Arbeitsrecht werde nicht vom Privatrecht getrennt behandelt, und daher sei es unproblematisch, „arbeitsrechtliche Errungenschaften im Privatrecht zu nutzen“ (205).²⁸ Als nächstes wendet sich *Hondius* den Sanktionen zu und schließt seinen Beitrag mit Kritik am deutschen Recht ab. Erläuterungen zur Regelung des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes in den Niederlanden wären zweifellos bereichernd gewesen.

2. In „British Developments in Non-Discrimination Law: the Equality Act“ (209–231) bietet *Mark Bell* eine spannende Einführung in das englische Antidiskriminierungsrecht. Die seit den 1960er Jahren schrittweise entwickelten Antidiskriminierungsregelungen seien durch den im Jahr 2010 verabschiedeten *Equality Act* (EA) zusammengeführt worden. Der Umfang des Gesetzes mit 218 Vorschriften und 28 Anhängen mache jedoch die Anwendung nicht einfach. Einige zusätzliche Vorschriften seien noch nicht in Kraft getreten (zum Beispiel

²⁸ Siehe dagegen *Sebastian Krebber*, Die arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote als Regelungsvorbild?, in: *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, hrsg. von Stefan Leible/Monika Schlachter (2006) 93, 103ff.

s. 14 über Diskriminierung aufgrund mehrerer Merkmale), weil die Koalitionsregierung sich vor möglichen Auswirkungen auf die Wirtschaft fürchte. Außerdem bedürfe es noch einiger ergänzender Verordnungen, wie etwa bezüglich der Ausnahmen zur Altersdiskriminierung. Deswegen zieht der Autor in Zweifel, ob es dem Gesetzgeber tatsächlich gelungen sei, das englische Antidiskriminierungsrecht zu vereinfachen. Zur Beantwortung der Frage wendet er sich zunächst den Diskriminierungsmerkmalen zu, die über die von den europäischen Richtlinien umfassten Merkmale hinausgingen (s. 4 EA). Anscheinend steht der deutsche Gesetzgeber in diesem Zusammenhang in Europa nicht allein da.²⁹ Mittelbare und unmittelbare Diskriminierung (ss. 13–19), Belästigung (s. 26), Viktimisierung (s. 27), Anweisung zur Verletzung des Gesetzes (s. 111) und Beihilfe zur Diskriminierung (s. 112) seien verboten. Jedoch behandle das Gesetz die Merkmale jeweils unterschiedlich und zuweilen auch ohne Rechtfertigungsgrund. Beispielsweise umfasse eine Diskriminierung aufgrund der Rasse auch Segregation – dies sei auf die Rassentrennung in Südafrika zurückzuführen –, jedoch werde das Segregationsverbot unerklärlicherweise nicht auf das Merkmal Geschlecht erstreckt. Ferner sei das Diskriminierungsverbot nicht auf sämtliche Privatrechtsverhältnisse anwendbar. So bestehe etwa ein Diskriminierungsverbot wegen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft lediglich im Bereich Beschäftigung, ein Diskriminierungsverbot aufgrund Alters hingegen in den Bereichen Beschäftigung, Ausbildung und Dienstleistungen. Ferner komme das Verbot der Belästigung – anwendbar beispielsweise bei Rechtsverhältnissen im Zusammenhang mit Schulen, Vereinigungen, in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen und im Dienstleistungsbereich – bei den Merkmalen Religion, Weltanschauung oder sexuelle Orientierung nicht zur Anwendung. Angesichts solcher Mängel gelingt es *Bell* aufzuzeigen, dass die Zusammenstellung der Antidiskriminierungsregeln in einem einzigen Gesetz die isolierte Behandlung der verschiedenen Merkmale nicht beendet hat. Jedoch stellt der Autor heraus, dass auch positive Entwicklungen und Verbesserungen mit dem Gesetz verbunden seien, die aber in einem kurzen Überblick nicht detailliert erörtert werden könnten. Anschließend geht der Autor kurz auf die gesetzlichen Bestimmungen über positive Maßnahmen ein. Nach seiner Meinung ist der Gesetzgeber in diesem Bereich leider eher zurückhaltend geblieben.

3. Der letzte Beitrag stammt von *Susana Navas Navarro* und trägt den Titel „Sex Discrimination in European and Spanish Contract Law“ (233–265). Er befasst sich nicht nur mit den spanischen Regelungen zum Diskriminierungsverbot, sondern behandelt eingehend auch dessen Rechtsfolgen nach spanischem Vertragsrecht. Die Autorin widmet sich zunächst den spanischen Regelungen. Die Umsetzung der Antirassismus-RL sei dem spanischen Gesetzgeber durch das Gesetz vom Jahr 2003³⁰ gelungen, das jedoch lediglich in Bezug auf Arbeits-

²⁹ Siehe auch *Matthias Lehmann*, Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht – Entwicklungstendenzen im Rechtsvergleich, in: *New Features in Contract Law*, hrsg. von Reiner Schulze (2007) 67, 73 ff.

³⁰ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Capítulo III: Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato), BOE Nr. 313 vom 31.12.2003.

verträge und Sozialversicherung Sonderbestimmungen über Sanktionen enthalte. Dies habe zur Folge, dass bezüglich der Verträge über den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen die allgemeinen Bestimmungen des spanischen Vertragsrechts zur Anwendung kämen. Die Gleichbehandlungs-RL sei durch das Gleichbehandlungsgesetz von 2007³¹ in spanisches Recht umgesetzt worden, das die Rechtsfolgen aus einer Verletzung des Diskriminierungsverbots gesondert regelt. Das Gesetz verbiete Diskriminierung aufgrund Geschlechts beim Vertragsschluss und bei der Einbeziehung von Klauseln in den Vertrag. Eine Verweigerung des Vertragsschlusses aufgrund des Geschlechts sei wegen Diskriminierung unwirksam und begründe einen Anspruch auf Schadensersatz. Nach dem spanischen Zivilgesetzbuch sei Naturalrestitution die grundsätzliche Form für den vertraglichen Schadensersatz; bei einer Diskriminierung habe dies jedoch keinen Kontrahierungszwang zur Folge, weil die Diskriminierung in der vorvertraglichen Phase stattfinde. Lediglich im Falle eines Vertrauensschadens könne die Unwirksamkeit des diskriminierenden Verhaltens zum Kontrahierungszwang führen. Nach diesen Erläuterungen wendet sich *Navas Navarro* der in Art. 72 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz ausdrücklich vorgesehenen Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des spanischen Vertragsrechts auf die Verletzung des Diskriminierungsverbots zu. Hier wird untersucht, ob im Falle einer Diskriminierung aus den spanischen Regelungen zur vertraglichen und außervertraglichen Haftung ein Kontrahierungszwang hergeleitet werden kann. Die Autorin bejaht die Frage, allerdings mit einiger Zurückhaltung. Nach spanischem Verfassungsrecht müsse jeder Eingriff in die Vertragsfreiheit angemessen und verhältnismäßig sein. Bei der Beurteilung, ob der Kontrahierungszwang als Sanktion für die Verletzung des Diskriminierungsverbots angemessen und verhältnismäßig sei, müsse die Funktion des Vertrags berücksichtigt werden. Verträge seien Instrumente zum Aufbau der Marktstruktur. Ein ordnungsgemäß, gemäß freiem Wettbewerb funktionierender Markt ermögliche allen Beteiligten die Auswahl zwischen verschiedenen, gleichartigen Alternativen. Jeder könne somit den Abschluss eines Vertrags mit einer bestimmten Partei verweigern und eine andere Vertragspartei finden. Falls aber kein freier Wettbewerb vorliege, wie etwa beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, werde die Wahlfreiheit eingeschränkt.³² Aus dieser Perspektive sei ein Kontrahierungszwang als Sanktion für die Diskriminierung unangemessen und unverhältnismäßig, falls auf dem Markt gleichartige Alternativen vorlägen. Wenn auf dem Markt Alternativen zu schlechteren Bedingungen bestünden, sei Kontrahierungszwang wiederum nicht angemessen, weil die diskriminierte Person auch hier die Möglichkeit zum Vertragsschluss habe. Jedoch seien die Schäden zu ersetzen, die – neben immateriellen Schäden – aus dem Vertragsschluss zu schlechteren Bedingungen resultieren. Wenn auf dem Markt überhaupt keine Alternativen vorlägen, sei Kontrahierungszwang hinge-

³¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE Nr. 71 vom 23.3.2007.

³² Zu einem anderen Beispiel siehe *Norbert Reich*, *The Impact of the Non-Discrimination Principle on Private Autonomy*, in: *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, hrsg. von Dorota Leczykiewicz/Stephen Weatherill (2013) 253, 269ff.

gen angemessen und verhältnismäßig.³³ Die Analyse mit Stellungnahme von *Navas Navarro* leuchtet aus marktwirtschaftlicher Perspektive zweifellos ein. Die interessante Frage, was unter „gleicher Alternative“ zu verstehen ist, bleibt jedoch offen.

IV. Insgesamt bietet der Sammelband spannende und lesenswerte Beiträge zum hochaktuellen Thema des privatrechtlichen Diskriminierungsverbots. Mit jedem Beitrag des Werkes wird klarer, dass die nationalen Gesetzgeber und die Rechtsprechung auch in den privatrechtlichen Verhältnissen entschlossen gegen Diskriminierung vorgehen möchten, jedoch noch nicht genau wissen, in welcher Art und Weise. Es bleibt der Wissenschaft überlassen, den Weg freizumachen.

Hamburg

DUYGU DAMAR

Thies, Carla: Kulturelle Vielfalt als Legitimationselement der internationalen Gemeinschaft. (Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2011/12.) – Tübingen: Mohr Siebeck 2013. XI, 419 S. (Jus Internationale et Europaeum. 74.)

Das heutige Völkerrecht erscheint im Zeitalter der Globalisierung vielfach als eine „Ordnung des Westens“.¹ Seine Regeln, die in Staatsverträgen enthalten sind oder dem Gewohnheitsrecht entstammen, haben sich zwar durchgesetzt. Die Grundlegung des Völkerrechts erfolgte aber in Europa und in Nordamerika und spiegelt für die anderen Staaten zugleich die Interessen des Westens wider. Daher ergibt sich ein Legitimitätsdefizit, das heißt ein Verlust an Überzeugungskraft für diejenigen Staaten, deren kulturelle Entwicklung anders verlaufen ist. Von daher stellt sich die Frage, ob man mit Hilfe eines Konzepts der kulturellen Vielfalt ein Legitimitätselement entwickeln kann, das dem Völkerrecht zu einer breiteren Anerkennung als Wertordnung verhelfen kann. Dieser Frage ist die vorliegende Berliner Dissertation gewidmet: „Kulturelle Vielfalt könnte als Leitmotiv einer Entwicklung der internationalen Gemeinschaft zu stärkerer Solidarität dienen und etwaige Legitimitätsdefizite der Völkerrechtsordnung beheben“ (S. 7). Dabei geht es der Verfasserin zum einen darum, die „Legitimität“ als Kategorie zu erfassen, zum anderen, die „kulturelle Vielfalt“ als Rechtsbegriff näher zu bestimmen, ehe das Zusammenwirken der beiden

³³ Nach deutschem Recht lehnen *Christian Armbrüster*, in: Erman, Handkommentar zum BGB¹⁵ (2011) § 21 AGG R.n. 18 ff.; *Christian Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁷³ (2014) § 21 AGG R.n. 7; *Klaus Adomeit/Jochen Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)² (2011) § 21 R.n. 10f. den Kontrahierungszwang im Falle einer Verletzung des Diskriminierungsverbots ab. Jedoch leiten *Reinhard Bork*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2010) Vorbem. zu §§ 145 ff. R.n. 24; *Dagmar Schiek*, in: dies., Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) (2007) § 21 AGG R.n. 8 ff.; *Haberl*, Diskriminierungsverbote (Fn. 7) 199 ff. den Kontrahierungszwang aus dem Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch nach § 21 I AGG her.

¹ *Bardo Fassbender*, Das Völkerrecht als Ordnung des Westens, Neue Zürcher Zeitung vom 15.7.2013, Nr. 161, S. 13 Teil01; siehe auch *Erik Jayme/Carl Zimmer*, Kulturelle Relativität – Völkerrecht und Internationales Privatrecht, IPRax 2012, 469f.

