

Schriften zum Europäischen Recht

Band 170

Das Gleichbehandlungsverbot im Unionsrecht

Von

Tobias Fuchs



Duncker & Humblot · Berlin

TOBIAS FUCHS

Das Gleichbehandlungsverbot im Unionsrecht

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera · Detlef Merten

Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann

Band 170

Das Gleichbehandlungsverbot im Unionsrecht

Herleitung eines dogmatischen Modells
des Verbots der Gleichbehandlung nicht
vergleichbarer Sachverhalte und seine Überprüfung
anhand der Rechtsprechung des EuGH zum
allgemeinen Gleichheitssatz und zum
Diskriminierungsverbot aus Gründen
der Staatsangehörigkeit

Von

Tobias Fuchs



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs-
und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

Die Juristische Fakultät
der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder)
hat diese Arbeit im Wintersemester 2014/2015
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: buchbücher.de gmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 978-3-428-14687-1 (Print)
ISBN 978-3-428-54687-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84687-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Til Þórhildar

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) als Dissertation angenommen. Zur Drucklegung wurde sie aktualisiert und berücksichtigt die bis Januar 2015 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur.

Mein besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer und Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Matthias Pechstein*, der mein Interesse für das Europarecht geweckt hat und an dessen Lehrstuhl mir das Privileg zuteil wurde, in einem anregenden, herausfordernden und von großen Freiheiten geprägten wissenschaftlichen Umfeld zu arbeiten. Er hat meinen Werdegang und insbesondere mein Dissertationsprojekt in vielfältiger Weise gefördert und mit großer Verlässlichkeit begleitet. Seine Zuversicht in das Gelingen dieser Arbeit war mir stets großer Ansporn.

An der Viadrina war ich von vielen klugen Köpfen umgeben, von denen ich Herrn Assessor *Philipp Kubicki* und Herrn Notarassessor *Ronny Domröse* für den intensiven gedanklichen Austausch herzlich danken möchte. Von ihrer europarechtlichen Expertise hat die vorliegende Arbeit sehr profitiert. Für die akribische Durchsicht des Manuskripts und unzählige wertvolle Anregungen danke ich Herrn *Christopher Kämper*, Herrn Assessor *Doron Rubin* und meinem Onkel, Herrn Mag. *Christian Gedschold*.

Herrn Prof. Dr. *Carsten Nowak* danke ich für seine anregenden Hinweise und für das zügig erstellte Zweitgutachten. Für die Aufnahme meiner Arbeit in die Reihe „Schriften zum Europäischen Recht“ danke ich den Herausgebern. Die Drucklegung wurde durch den „Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT“ finanziert.

Schließlich danke ich meiner Familie, in der jeder auf seine Weise einen Anteil daran hat, dass diese Arbeit entstehen konnte. Unermesslicher Dank gebührt meiner Frau für ihre Geduld und ihren Rückhalt in den vergangenen Jahren. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Mai 2015

Tobias Fuchs

Inhaltsübersicht

Einführung	23
<i>1. Kapitel</i>	
Annäherung an den Untersuchungsgegenstand und Festlegung der zu seiner Erschließung anzuwendenden Methodik	
I. Problemstellung	27
II. Methodische Herangehensweise	32
III. Gang der Untersuchung	48
<i>2. Kapitel</i>	
Ableitung eines abstrakten Modells für das Gleichbehandlungsverbot aus den dogmatischen Erkenntnissen zum Ungleichbehandlungsverbot	
I. Die dogmatischen Strukturen des Ungleichbehandlungsverbots	49
II. Entwurf einer abgeleiteten Modellstruktur des Gleichbehandlungsverbots	130
III. Übergreifende Fragen	169
<i>3. Kapitel</i>	
Überprüfung des herausgearbeiteten Modells für das Gleichbehandlungsverbot	
I. Das Gleichbehandlungsverbot in der Rechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz	177
II. Das Gleichbehandlungsverbot in der Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit	223
Zusammenfassung	
I. Zur methodischen Herangehensweise	320
II. Das herausgearbeitete Modell für das Gleichbehandlungsverbot	321
III. Schlussbetrachtung	323
Literaturverzeichnis	325
Entscheidungsverzeichnis	344
Sachverzeichnis	351

Inhaltsverzeichnis

Einführung	23
-------------------------	----

1. Kapitel

Annäherung an den Untersuchungsgegenstand und Festlegung der zu seiner Erschließung anzuwendenden Methodik 27

I. Problemstellung	27
1. Die Terminologie des gleichheitsrechtlichen Diskurses	27
2. Der Modus des gleichheitsrechtlichen Diskurses	30
II. Methodische Herangehensweise	32
1. Vorüberlegung	32
2. Kaskadenmodell	33
a) Entwicklung und Rezeption im Schrifttum	34
b) Begrenzte Aussagekraft	35
aa) Funktionale Divergenzen	36
bb) Gefahr verfehlter Ableitungen	39
c) Fazit	41
3. Verhältnis von Norm und Dogmatik	42
4. Abstrakte Gleichheitsdogmatik als Gegenstand der Untersuchung	45
5. Fazit und weitere Vorgehensweise	45
III. Gang der Untersuchung	48

2. Kapitel

Ableitung eines abstrakten Modells für das Gleichbehandlungsverbot aus den dogmatischen Erkenntnissen zum Ungleichbehandlungsverbot 49

I. Die dogmatischen Strukturen des Ungleichbehandlungsverbots	49
1. Dogmatik des Ungleichbehandlungsverbots beim allgemeinen Gleichheitssatz ..	49
a) Ungleichbehandlung	49
aa) Aktbezogene <i>versus</i> folgenbezogene Betrachtung	50

(1) Vorzugswürdigkeit der aktbezogenen Betrachtung	51
(2) Herausforderungen an eine aktbezogene Betrachtung	53
(a) Der Schwerpunkt des gleichheitsrechtlichen Vorwurfs	53
(b) Die Regel-Ausnahme-Verschiebung	56
(3) Zwischenfazit	58
bb) Ermittlung des Differenzierungskriteriums	59
(1) Ungleichbehandlung durch abstrakt-generelle Maßnahmen	59
(2) Ungleichbehandlung durch konkret-individuelle Maßnahmen	60
cc) Fazit	61
b) Vergleichbarkeit	62
aa) Absolute <i>versus</i> relative Gleichbehandlung	62
(1) Der Wert der Gleichbehandlung	63
(2) Fazit: relative Gleichbehandlung	65
bb) Bestimmung der relevanten Vergleichskriterien	66
(1) Normative Bezugspunkte der relevanten Vergleichskriterien	67
(2) Maßstabsbildender Charakter von Vergleichskriterien	69
cc) Überprüfbarkeit von regelungsimmanenten Differenzierungsmaßstäben	73
(1) Bindung an den regelungsimmanenten Differenzierungsmaßstab (Entsprechungsprüfung)	75
(2) Überformung durch regelungsexterne Würdigkeits- bzw. Sachgerechtigkeitsmaßstäbe	77
(3) Inkompatibilität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	79
(4) Übergreifen der Verhältnismäßigkeitsterminologie in die Entsprechungsprüfung	79
(5) Zwischenfazit: Die zwei Varianten des Eingriffs in den Gleichheitssatz	81
(6) Verortung hybrider Differenzierungserwägungen	82
dd) Notwendigkeit zur Abgrenzung von Vergleichbarkeits- und Rechtfertigungsprüfung	83
ee) Kontrollintensität	83
ff) Keine Gleichheit im Unrecht	85
c) Rechtfertigung	85
aa) Typisierung und Pauschalierung	86
bb) Teil- und Übergangsregelungen	89
d) Zusammenfassung	90
aa) Zentrale Bedeutung der Vergleichbarkeitsprüfung	90
bb) Ausblick auf die weitere Untersuchung	91
2. Dogmatik des diskriminierungsrechtlichen Ungleichbehandlungsverbots	92
a) Vorüberlegungen	92

aa) Abstrakte Gleichheitsdogmatik	92
bb) Bedeutung des Telos	94
(1) Legislatives Ziel	95
(2) Legislatives Instrument	97
cc) Forderung nach einer stringenten normativen Rückanbindung dogmatischer Einzelfragen	98
b) Herausbildung eines einheitlichen Diskriminierungsverbotstatbestandes	101
aa) Das Verbot mittelbarer Diskriminierung	102
(1) Der final konzipierte Diskriminierungstatbestand	103
(2) Diskriminierungsabsicht?	105
(3) Nähere Beschaffenheit der tatbestandsausschließenden Sachlichkeitsprüfung	108
(a) Entsprechungszusammenhang	108
(b) Kein Raum für Verhältnismäßigkeitserwägungen im Rahmen der Entsprechungsprüfung	109
(4) Eigenständige Bedeutung einer diskriminierungsrechtlichen Vergleichbarkeitsprüfung?	112
(a) Gegenüberstellung von Vergleichbarkeits- und tatbestandsausschließender Sachlichkeitsprüfung	113
(b) Mögliche Erklärung einer eigenständigen Bedeutung in der Form einer abstrakten Vergleichbarkeitsprüfung	114
(c) Prüfungstechnischer Gleichlauf von Vergleichbarkeits- und tatbestandsausschließender Sachlichkeitsprüfung	115
(d) Fazit und Folgeüberlegungen	117
(5) Abgrenzung der tatbestandsausschließenden Sachlichkeitsprüfung zur Rechtfertigung	119
bb) Das einheitliche Diskriminierungsverbot	121
c) Zusammenfassende Darstellung des finalen Diskriminierungsverbots	125
aa) Überwiegende Betroffenheit als praktischer Ausgangspunkt	125
bb) Differenzierung	125
cc) Tatbestandsausschließende Sachlichkeitsprüfung	126
dd) Rechtfertigung	127
(1) Typisierung und Pauschalierung	127
(2) Teil- und Übergangsregelungen	129
II. Entwurf einer abgeleiteten Modellstruktur des Gleichbehandlungsverbots	130
1. Dogmatik des Gleichbehandlungsverbots beim allgemeinen Gleichheitssatz	131
a) Vorfrage: Entbehrlichkeit des Gleichbehandlungsverbots beim allgemeinen Gleichheitssatz?	131
aa) Änderung der Vergleichsperspektive	131

bb) Ausweichen auf Gewährleistungsgehalte im Normumfeld des Gleichheitssatzes	137
b) Die Merkmale im Einzelnen	140
aa) Die Gleichbehandlung nicht vergleichbarer Sachverhalte	140
bb) Rechtfertigung	142
c) Fazit	143
2. Dogmatik des diskriminierungsrechtlichen Gleichbehandlungsverbots	144
a) Vorfrage: Strukturelle Inexistenz eines diskriminierungsrechtlichen Gleichbehandlungsverbots?	144
b) Ein einheitlicher Wertungskern eines doppelseitigen Diskriminierungsverbots	150
aa) Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit	152
bb) Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts	155
cc) Fazit	157
c) Die Merkmale im Einzelnen	158
aa) Gleichbehandlung	158
bb) Nichtvergleichbarkeit	159
(1) Präsumtion der Vergleichbarkeit	160
(2) Finale Ausrichtung des diskriminierungsrechtlichen Gleichbehandlungsverbots?	162
(3) Bezugspunkt der zu berücksichtigenden Differenzierungserwägungen	164
cc) Rechtfertigung	166
d) Zusammenfassung	167
III. Übergreifende Fragen	169
1. Verortung der „faktischen Diskriminierung“	169
a) Begriffsklärung auf der Grundlage des Normgehalts von Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot	171
b) Normative Kongruenz	173
2. Verhältnis von allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten	173
 <i>3. Kapitel</i> 	
Überprüfung des herausgearbeiteten Modells für das Gleichbehandlungsverbot	
176	
I. Das Gleichbehandlungsverbot in der Rechtsprechung zum allgemeinen Gleichheitssatz	177
1. Gleichheitsrechtliche Bindung der Legislative	178
a) Agrarordnung	178
aa) Coopérative agricole d’approvisionnement des Avirons (Abschöpfung) ..	180

bb) Erpelding (Milchquote)	182
cc) KYDEP (Preisstützung nur für vermarktungsfähige Erzeugnisse)	185
dd) Crispoltoni (Mitverantwortungsabgabe)	187
ee) Elbertsen (Berücksichtigung von Investitionen für Betriebsprämie)	189
b) Binnenmarkt (SPCM)	193
aa) Anwendung der vorgelegten Gleichheitsdogmatik	194
(1) Verortung des Wettbewerbsarguments der Importeure auf der Vergleichbarkeitsebene	195
(2) Verortung des Wettbewerbsarguments der Gemeinschaftshersteller auf der Rechtfertigungsebene	197
bb) Fazit	199
c) Verkehrspolitik (IATA und ELFAA)	199
aa) Urteilsbegründung des Gerichtshofs	200
bb) Zentrale Bedeutung einer präzisen Bestimmung des regelungsimmanenten Differenzierungsziels	201
d) Sozialpolitik (Chatzi)	204
aa) Stellungnahme der Generalanwältin	205
(1) Externer Differenzierungsmaßstab	206
(2) Regelungsimmanenter Differenzierungsmaßstab	207
bb) Urteilsbegründung des Gerichtshofs	209
cc) Fazit	211
2. Gleichheitsrechtliche Bindung der Exekutive	212
a) Kartellrecht (SGL Carbon AG/Kommission)	212
aa) Der rechtliche Rahmen der Bußgeldzumessung	212
bb) Die Rechtssache „SGL Carbon AG/Kommission“	215
(1) Argumentation der SGL Carbon AG	216
(2) Auffassung des Gerichts	217
cc) Fazit	220
b) Beamtenrecht (Tagaras)	220
3. Ergebnisse	222
II. Das Gleichbehandlungsverbot in der Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit	223
1. Analyse ausgewählter Judikate	225
a) Italienische Kühlschränke (Art. 18 Abs. 1 AEUV)	225
aa) Ungleichbehandlung nicht vergleichbarer Sachverhalte	227
bb) Abgrenzung zwischen Vergleichbarkeit und Rechtfertigung	228
cc) Beurteilungsspielraum der Kommission	230
b) Koestler (Art. 57 Abs. 2 AEUV)	232

c) Schumacker (Art. 45 Abs. 2 AEUV)	234
aa) Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte	235
bb) Gleichbehandlung nicht vergleichbarer Sachverhalte	236
cc) Abschließende Bewertung und Ergebnis	238
d) Kocak und Örs (Art. 9 Assoziierungsabkommen EWG-Türkei)	241
aa) Mittelbare Diskriminierung	242
bb) Die Subsumtion des EuGH	243
e) Garcia Avello (Art. 18 Abs. 1 AEUV)	246
aa) Gleichbehandlung	247
bb) Nichtvergleichbarkeit	250
cc) Rechtfertigung	253
dd) Zusammenfassung	253
f) Icesave (Art. 4 EWR-Abkommen)	254
2. Abgrenzung: Unbeachtliche Disparitäten zwischen den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten	258
a) Kein Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen zulasten von Inländern	259
b) Kein Schutz über den relevanten Vergleichbarkeitsmaßstab hinaus	261
c) Kein Schutz über den mitgliedstaatlichen Zuständigkeitsbereich hinaus	263
d) Keine Harmonisierung ohne Binnenmarktbeeinträchtigung	263
e) Fazit	264
3. Das Gleichbehandlungsverbot im Kontext der Grundfreiheiten sowie des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts	265
a) Gleichheitsrechtliche Anknüpfungspunkte bei den Grundfreiheiten	267
aa) Stellung und Bedeutung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit	267
(1) Ausgangspunkt	267
(a) Die Warenverkehrsfreiheit als Pionier und Sonderling	268
(b) Die Dichotomie von Diskriminierung und Beschränkung	271
(2) Prinzipielle Eignung eines auf die Staatsangehörigkeit bezogenen diskriminierungsrechtlichen Gleichbehandlungsverbots zur Erklärung der Doppelbelastungsfälle	272
(a) Materielle Diskriminierung	274
(b) Diskriminierungsrechtliches Gleichbehandlungsverbot	276
(aa) Gleichbehandlung	278
(bb) Nichtvergleichbarkeit	280
(cc) Rechtfertigung	282
(3) Konzeptionelle Grenzen eines auf die Staatsangehörigkeit bezogenen diskriminierungsrechtlichen Gleichbehandlungsverbots	283

bb) Stellung und Bedeutung eines Diskriminierungsverbots aus Gründen der Grenzüberschreitung	285
(1) Diskriminierung grenzüberschreitender Vorgänge als übergeordnete Eingriffskategorie	287
(2) Diskriminierung grenzüberschreitender Vorgänge als untergeordnete Eingriffskategorie	292
(a) Die Doppelbelastung in der Austrittsdimension	294
(b) Sonstige faktische Diskriminierungen in der Austrittsdimension ..	295
(3) Zwischenfazit	297
b) Gleichheitsrechtliche Anknüpfungspunkte im Kontext des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts	298
aa) Stellung und Bedeutung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit	298
(1) Kasuistische Entfaltung der im Zusammenhang mit Art. 21 Abs. 1 AEUV gewährleisteten Rechte	298
(2) Zwischenfazit und mögliche Bedeutung eines auf Art. 18, 21 AEUV gestützten diskriminierungsrechtlichen Gleichbehandlungsverbots ...	300
(a) Beschränkte Einwirkung der Unionsgrundrechte	302
(b) Verhältnis zu einem freiheitsrechtlich interpretierten Beschränkungsverbot	304
bb) Stellung und Bedeutung eines Diskriminierungsverbots aus Gründen der Grenzüberschreitung	305
(1) Diskriminierung wegen der Grenzüberschreitung als untergeordnete Eingriffskategorie	305
(a) Grunkin-Paul	308
(aa) Das diskriminierungsrechtliche Gleichbehandlungsverbot als geeigneter Erklärungsansatz	309
(bb) Weitere Ansätze	311
(b) Fazit	313
(2) Diskriminierung wegen der Grenzüberschreitung als übergeordnete Eingriffskategorie	314
c) Zusammenfassung	315
aa) Differenzierungsgebote hinsichtlich der EU-ausländischen Staatsangehörigkeit bzw. Warenherkunft	316
bb) Differenzierungsgebote hinsichtlich der Grenzüberschreitung	316
4. Ergebnisse	317
Zusammenfassung	320
I. Zur methodischen Herangehensweise	320
II. Das herausgearbeitete Modell für das Gleichbehandlungsverbot	321

1. Das Gleichbehandlungsverbot beim allgemeinen Gleichheitssatz	321
2. Das diskriminierungsrechtliche Gleichbehandlungsverbot	322
III. Schlussbetrachtung	323
Literaturverzeichnis	325
Entscheidungsverzeichnis	344
Sachverzeichnis	351

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
amtl.	amtliche
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BSG	Bundessozialgericht
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CMLRev	Common Market Law Review
Ct. Rep	Court Report
DB	Der Betrieb
DeLuxe	„DeLuxe Europarecht aktuell“: www.rewi.europa-uni.de/deluxe
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EC	European Community
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl	Einleitung
EJRR	European Journal of Risk Regulation
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
EU	Europäische Union

EuG	Gericht (der EU); früher: Gericht erster Instanz (der EG)
EuGH	Gerichtshof (der EU); früher: Gerichtshof (der EG)
EuGH-VerfO	Verfahrensordnung des EuGH
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.; ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union/Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hdb.	Handbuch
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
insb.	insbesondere
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JBf.	Juristische Blätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KJ	Kritische Justiz
KOM	Europäische Kommission
komm.	kommentiert
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
lit.	litera
Mio.	Million/en
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MJIL	Michigan Journal of International Law
Mrd.	Milliarde/n
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
ReWiss	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
RJD	Reports of Judgments and Decisions
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite/n; Satz
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands
s. u.	siehe unten
u. a.	unter anderem; und andere
UAbs.	Unterabsatz/-absätze
übers.	übersetzt
Urt.	Urteil
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht)
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung

„[...] nichts ist gleichzeitig faszinierender und trügerischer als die Gleichheit; die Gerechtigkeit erfordert oft die Ungleichheit“

Maurice Lagrange

Mit den Schlussanträgen des Generalanwalts *Maurice Lagrange* in der Rechtsache „Italienische Kühlschränke“¹ tritt im Jahr 1963 erstmals eine gleichheitsrechtliche Gewährleistung auf der Ebene des Unionsrechts in Erscheinung, über deren Bedeutung und Funktion bis heute keine Klarheit gewonnen wurde: das Verbot der Gleichbehandlung nicht vergleichbarer Sachverhalte.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs umfasst unzählige Urteile, die das Verbot der *Ungleich*behandlung zum Gegenstand haben, und auch das unionsrechtliche Schrifttum widmet sich in einer kaum mehr überschaubaren Publikationsflut dem Anliegen, das *Ungleich*behandlungsverbot dogmatisch zu durchdringen². Bislang existiert jedoch keine einzige monografische Untersuchung, die sich speziell dem Verbot der *Gleich*behandlung im Unionsrecht verschrieben hat³. Dabei liegt die Problematik beim allgemeinen Gleichheitssatz wie

¹ Generalanwalt *Lagrange*, Rs. 13/63, *Italien/Kommission* („Italienische Kühlschränke“), Slg. 1963, S. 359, 410.

² Vgl. nur aus dem jüngeren Schrifttum *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2010; *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, 2010.

³ Am ausführlichsten – und gleichwohl nur am Rande bzw. zu Teilaspekten der Problematik – haben sich bislang geäußert *Schramm*, Ungewisse und diffuse Diskriminierung, 2013, S. 35 ff. und passim; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 798–801; *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 68–71; *Glock*, Der Gleichheitssatz im Europäischen Recht, 2007, S. 190 f. und passim; *Damm*, Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes, 2006, S. 343 f.; *Görlitz*, Mittelbare Diskriminierung, 2005, S. 93–99; *Wahle*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der EU, 2002, S. 87–90 und passim; *Feige*, Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, 1973, S. 16–21, 40–44, 190. An dieser Stelle sei auch eine Auswahl der wichtigsten Publikationen aus dem staatsrechtlichen Schrifttum seit den achtziger Jahren erwähnt, die sich mit der Problematik eines Gleichbehandlungsverbots bzw. Ungleichbehandlungsgebots befasst haben (zur älteren Literatur vgl. die Nachweis in den genannten Quellen), vgl. etwa *Starck*, in: Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, 1982, S. 51, 55 f., zu der Frage, inwieweit Art. 3 GG die Idee der faktischen Gleichheit der Menschen zugrunde liegt und damit als normativ bindende Leitmaxime eines im Gleichheitssatz enthaltenen Differenzierungsgebots zu betrachten ist. Nachhaltig belebt wurde die Diskussion durch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl. 1986, S. 377 ff., 384, was sich an den vielen direkten Bezugnahmen auf *Alexys* Positionen ablesen lässt, vgl. etwa *Rüpke*, in: Nowak/Steuer/Tretter (Hrsg.), Festschrift für Ermacora 1988, S. 475; *Stern*, in: Maurer/Häberle/Schmitt/Glaeser/Vitzthum (Hrsg.), Festschrift für Dürig, 1990, S. 207–219; *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 230 ff.; *Pechstein*, Familiengerechtigkeit, 1994, S. 222–227. Trotz dieser vielfältigen Bemü-

den Diskriminierungsverboten offen zutage, soll es sich doch beim *Gleichbehandlungsverbot* um das untrennbare Gegenstück zum *Ungleichbehandlungsverbot* handeln. Bereits in der Rechtssache „Italienische Kühlschränke“ beziehen sich Generalanwalt und Gerichtshof auf die der aristotelischen Gerechtigkeitstheorie entlehnten Formel, wonach das Gleichheitspostulat verletzt sei, „wenn gleichgelagerte Sachverhalte ungleich oder verschiedenen gelagerte gleich behandelt“⁴ werden. Die normative Grundlage für diesen zweiseitig konstruierten Gleichheits- und Diskriminierungsschutz soll in einem „materiellen“ Gleichheitsverständnis liegen⁵. So werde der Forderung nach eben dieser materiellen bzw. substanziellen Gleichheit nicht bereits durch formelle Gleichbehandlung Genüge getan, sondern könne auch bedeuten, dass zwischen nicht vergleichbaren Sachverhalten zu differenzieren ist.

hungen bei der Erschließung des Gleichbehandlungsverbots bzw. Ungleichbehandlungsgebots ist in Teilen des Schrifttums auch eine bemerkenswerte Skepsis gegenüber diesem Bestandteil des Gleichheitssatzes zu verzeichnen, vgl. etwa *Bleckmann*, Die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1995, S. 73 ff., insb. S. 77 f., der das „Prinzip der Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte“ in erster Linie als Bedrohung für die Rechtssicherheit darstellt. Insofern überrascht es nicht, dass *Sachs* noch 1996 an erster Stelle der ungelösten Grundlagenprobleme des allgemeinen Gleichheitssatzes die Frage nach seiner zweiseitigen Struktur nennt, vgl. *Sachs*, in: Wendt/Höfling/Karpen/Oldiges (Hrsg.), Festschrift für Friauf, 1996, S. 309, dortige Fn. 4. Daraufhin hat *Rüfner* die Problematik eines Differenzierungsgebots erneut aufgegriffen, dessen eigenständige Bedeutung er im Ergebnis verneint, vgl. *Rüfner*, in: Ziemske/Langheid/Wilms/Haverkate (Hrsg.), Festschrift für Kriele, 1997, S. 271–279. Auch durch einen Verweis in dem von *Pieroth* und *Schlink* begründeten Lehrbuch, vgl. *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 30. Aufl. 2014, Rn. 468, hat *Rüfners* Aufsatz sogar im unionsrechtlichen Schrifttum große Beachtung gefunden, s. u. 2. Kap., II.1.a)aa, S. 131, dortige Fn. 364. Ungeachtet der hierauf gründenden verbreiteten Ablehnung ist festzustellen, dass die zweite Seite des Gleichheitssatzes vom BVerfG und weiten Teilen des Schrifttums nach wie vor als eigenständige Gewährleistung angesehen und als solche zur Lösung spezieller Verfassungsfragen herangezogen wird, vgl. etwa *Britz*, JZ 2000, S. 1127, 1132 f. m. w. N.; *Klebeck*, Gleichstellung der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß, 2004, S. 183 ff.; *Boden*, Gleichheit und Verwaltung, 2007, S. 63–69; als denkbare Variante eines Eingriffs in den Gleichheitssatz wird das Gleichbehandlungsverbot erwähnt bei *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit, 2008, S. 108, 125, 134, 138 und passim; *Dieterich*, Systemgerechtigkeit und Kohärenz, 2014, S. 382 ff., insb. S. 443 f.; besonders hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang auch zwei Untersuchungen zum österreichischen bzw. schweizerischen Verfassungsrecht, die sich vergleichsweise ausführlich mit der zweiten Seite des Gleichheitssatzes befassen, vgl. *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, S. 157–172 und *Oesch*, Differenzierung und Typisierung, 2008, S. 43–59.

⁴ EuGH, Rs. 13/63, *Italien/Kommission* („Italienische Kühlschränke“), Slg. 1963, S. 359, 384; ähnlich Generalanwalt *Lagrange*, Rs. 13/63, *Italien/Kommission* („Italienische Kühlschränke“), Slg. 1963, S. 359, 409: „eine Diskriminierung kann sowohl in der Gleichbehandlung des nicht Vergleichbaren wie in ungleicher Behandlung des Vergleichbaren bestehen“; vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (übers. und komm. von Franz Dirlmeier), 9. Aufl. 1991, S. 95 ff., 101: „[...] hieraus ergeben sich die Streitigkeiten und Zerwürfnisse, wenn entweder gleiche Personen nicht-gleiche Anteile oder nicht-gleiche Personen gleiche Anteile haben und zugeteilt erhalten.“

⁵ EuGH, Rs. 13/63, *Italien/Kommission* („Italienische Kühlschränke“), Slg. 1963, S. 359, 384: „Diskriminierung im materiellen Sinne“.

Hiervon ausgehend hat der EuGH im Laufe der Jahre den zweiseitigen Interpretationsansatz im Zusammenhang mit vielen Gleichheitsrechten des primären⁶ sowie einigen des sekundären⁷ Unionsrechts aufgegriffen. Auch wenn die ganz überwiegende Zahl der einschlägigen Urteile einen klaren Anwendungsfall der „ersten Seite“, also des Ungleichbehandlungsverbots, betrifft und der ergänzenden Erwähnung der „zweiten Seite“ somit in erster Linie Bedeutung als obiter dictum zukommt, ist die Verstärkung der Rechtsprechung in diesem Punkt doch bemerkenswert. Denn hierin liegt jedenfalls auf einer grundsätzlichen Ebene das Bekenntnis seitens des Gerichtshofs, dem Verbot der Gleichbehandlung von Ungleichen die Stellung eines justiziablen Rechtssatzes einzuräumen.

In der alltäglichen politischen Auseinandersetzung um die richtige und gerechte Gestaltung des Rechts und damit des Lebens der Bürger sowie der Bedingungen unternehmerischer Entfaltung hat der Einwand einer unzureichenden Differenzierung einen festen Platz⁸. Dementsprechend liefert das geltende Recht unendlich viele Anschauungsbeispiele für das Bemühen des Gesetzgebers, bei der

⁶ Zu Art. 18 Abs. 1 AEUV vgl. nur EuGH, Rs. C-164/07, *Wood*, Slg. 2008, S. I-4143, Rn. 13; zu Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV vgl. nur EuGH, Rs. C-292/97, *Karlsson u. a.*, Slg. 2000, S. I-2737, Rn. 39; zu Art. 45 AEUV vgl. EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, S. I-225, Rn. 30; zu Art. 49 AEUV vgl. EuGH, Rs. C-284/06, *Burda*, Slg. 2008, S. I-4571, Rn. 82; EuGH, Rs. C-107/94, *Asscher*, Slg. 1996, S. I-3089, Rn. 40; im Zusammenhang mit Art. 56 AEUV vgl. EuGH, Rs. C-336/12, *Manova* (noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht), Rn. 30; im Zusammenhang mit Art. 157 AEUV vgl. EuGH, Rs. C-411/96, *Boyle u. a.*, Slg. 1998, S. I-6401, Rn. 39; EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, S. I-3739, Rn. 21 f.; EuGH, Rs. C-342/93, *Gillespie u. a.*, Slg. 1996, S. I-475, Rn. 15 f.; zum allgemeinen Gleichheitssatz als ungeschriebenem Rechtsgrundsatz (bzw. zu Art. 20 GRCh) vgl. EuGH, Rs. C-127/07, *Arcelandor*, Slg. 2008, S. I-9895, Rn. 23; EuGH, Rs. C-580/12 P, *Guardian Industries und Guardian Europe/Kommission* (noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht), Rn. 51.

⁷ Zwar unterscheidet sich der interpretatorische Ausgangspunkt vieler sekundärrechtlicher Diskriminierungsverbote schon dadurch, dass ihnen eine Legaldefinition zugrunde liegt, die sehr stark auf eine „einseitige“ Begriffsdefinition hindeutet, vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG, ABl. 2000 [19.7.2000] Nr. L 180 S. 22 (Antirassismusrichtlinie); Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG, ABl. 2000 [2.12.2000] Nr. L 303 S. 16 (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie); Art. 2 lit. a) und b) Richtlinie 2004/113/EG, ABl. 2004 [21.12.2004] Nr. L 373 S. 37 (Gleichbehandlung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen); Art. 2 lit. a) und b) Richtlinie 2006/54/EG, ABl. 2006 [26.7.2006] Nr. L 204 S. 23 (Gleichbehandlung im Beruf); Art. 3 Richtlinie 2010/41/EU, ABl. 2010 [15.7.2010] Nr. L 180 S. 1 (Gleichbehandlung selbständig Erwerbstätiger). Auch in systematischer Hinsicht wird ein enges Begriffsverständnis bestätigt, indem die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie ein spezielles Differenzierungsgebot statuiert (Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG „Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung“). Gleichwohl hat sich der EuGH in einigen Urteilen zur Definition des Diskriminierungsverbots nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 76/207/EWG, ABl. 1976 [14.2.1976] Nr. L 39 S. 40 (Gleichbehandlungsrichtlinie) und nach Art. 1 Richtlinie 75/117/EWG, ABl. 1975 [19.2.1975] Nr. L 45 S. 19 (Anwendung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit), welche durch die Richtlinie 2006/54/EG ersetzt wurden, explizit der zweiseitigen Formel bedient, vgl. EuGH, Rs. C-394/96, *Brown*, Slg. 1998, S. I-4185, Rn. 30; EuGH, Rs. C-342/93, *Gillespie u. a.*, Slg. 1996, S. I-475, Rn. 15 f.

⁸ Entsprechende Floskeln und Wendungen sind allgegenwärtig, man denke nur an den Vorwurf einer sozialpolitisch verfehlten „Gießkannenpolitik“, einer „unzureichenden Begabtenförderung“ und die Forderung „starke Schultern müssten einen größeren finanziellen Beitrag