

HANS SCHULTE–NÖLKE*

GIBT ES EIN RECHT DER EUROPÄISCHEN VERBRAUCHER,
NICHT VON UNTERNEHMERN WEGEN IHRER
STAATSANGEHÖRIGKEIT ODER IHRES GEOGRAPHISCHEN
AUFENTHALTSORTS DISKRIMINIERT ZU WERDEN?*

I. KEINE EINFACHE ANTWORT

Die Antwort auf diese Frage scheint einfach. Der Schutz vor Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit gilt als Leitmotiv des EU-Rechts, was besonders prominent etwa in Art. 18 AEUV und Art. 21 der Grundrechtecharta zum Ausdruck gekommen ist. Natürlich ist eine direkte und indirekte Diskriminierung von EU-Bürgern, die ja zugleich Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, wegen dieser mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit und des damit typischerweise verbundenen Wohnsitzes oder geographischen Aufenthaltsorts verboten.

Diese Reaktion wäre freilich vorschnell, denn sie vernachlässigt die Frage nach den Adressaten des Diskriminierungsverbots. Während klar ist, dass alle Organe der EU und ihrer Mitgliedstaaten daran gebunden sind, ist dies weit weniger eindeutig, wenn es um Privatrechtssubjekte geht. Dies wird sehr deutlich, wenn man die Frage etwas anders stellt. Sie lautet dann:

* *Professor für Bürgerliches Recht, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Osnabrück/Professor für deutsches Recht an der Radboud Universität Nijmegen.*

** Der Beitrag ist verfasst worden für das Projekt „Made in Europe — europäische Rechtsstandards für die Qualität von Dienstleistungen, die unter unterschiedlichen Anforderungen des globalen Marktes erbracht werden. Beispielhafte Lösungsansätze für ein auf Dienstleistungen ausgerichtetes Schuldrechts“. Das Projekt wurde finanziert aus Mitteln des polnischen Nationalen Zentrums für Bildung (Narodowe Centrum Nauki), Bewilligung Nr. DEC–2012/04/A/HS5/00709.

Sind Unternehmen, die den Binnenmarkt nutzen, verpflichtet, Verbrauchern und sonstigen Kunden in der EU ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit oder ihren geographischen Aufenthaltsort Waren zu liefern und Dienste zu erbringen?

Diese Frage kann nicht einfach mit „Ja“ zu beantworten sein. Denn dies würde bedeuten, dass in der EU tätige Unternehmen verpflichtet wären, Bestellungen von Kunden (gleich ob Verbraucher oder nicht) von überall aus der EU anzunehmen und auszuführen. Es geht also vor allem darum auszuloten, ob und in welchen Fällen die — grundrechtlich geschützte — Unternehmerfreiheit zum Zwecke der Verwirklichung des Binnenmarktes eingeschränkt werden kann.

II. ANSÄTZE IM EU-RECHT

Es ist nicht zu verkennen, dass das EU-Recht Ansätze bietet, aus denen — zwar nicht generell, aber möglicherweise doch im Einzelfall — sich eine Pflicht von im Binnenmarkt tätigen Unternehmen ergeben könnte, Kunden aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu beliefern. Beispiele für solche Ansätze sind etwa:

- das Rassismusverbot in Art. 19 AEUV, Art. 21 (1) Grundrechtecharta sowie in der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG
- das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit in Art 18 AEUV, 21 (2) Grundrechtecharta und aufgrund der Grundfreiheiten des Binnenmarkts
- das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes in Art. 20 (2) der Dienstleistungsrichtlinie

Freilich stehen auch gewichtige Rechte der Unternehmen im Spiel, namentlich

- Privatautonomie und Vertragsfreiheit
- das Recht, Dienstleistungen zu erbringen (welches auch ein „negatives“ Recht, keine Dienstleistungen in bestimmten Ländern oder Regionen erbringen zu müssen, einschließen könnte)¹
- die Freiheit, ein Unternehmen zu betreiben²

Der Zweck der folgenden Zeilen ist es, diese Ansätze kurz durchzumustern, um jedenfalls die Kontouren eines sich entwickelnden Rechts der Nichtdiskriminierung im Binnenmarkt zu zeichnen. Diese Überlegungen beruhen auf einer Studie für das Europäische Parlament, die der Verfasser koordiniert hat³.

¹ Art. 15 (2) Grundrechtecharta.

² Art. 16 Grundrechtecharta.

³ Discrimination of Consumers in the Digital Single Market, Study requested by the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, November 2013 (Hans Schulte-Nölke zusammen mit Fryderyk Zoll, Elwira Macierzynska-Franaszczyk, Sebastian Stefan, Shaun Charlton, Marc Barmscheid und Monika Kubela), abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/.../IPOL-IMCO_ET%282013%29507456_EN.pdf. Die hier geäußerten Auffassungen sind die persönliche Meinung des Verfassers.

III. NORMALERWEISE KEIN VERSTOSS GEGEN DAS ANTIRASSISMUS-RECHT

Denkbar ist es, dass ein Unternehmen durch die Nichtannahme von Bestellungen aus einem bestimmten Mitgliedstaat gegen das Rassismusverbot in Art. 19 AEUV und der Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG verstößt. Jedoch dürfte dies eine sehr seltene Ausnahme sein. Die schlichte wirtschaftliche Entscheidung eines Unternehmens, nicht jenseits bestimmter staatlicher oder regionaler Grenzen tätig zu sein, wird in aller Regel nicht die Menschenwürde der Bürger in den betroffenen Gebieten verletzen. Verletzt ist lediglich das Interesse auf Teilhabe am Binnenmarkt. Erst wenn die Grenze zur Verletzung der Menschenwürde überschritten ist, greift das Antirassimusrecht. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn die Nichtbelieferung von Menschen in einem bestimmten Gebiet in aggressiver oder herabsetzender Weise kommuniziert wird („Wir liefern nicht nach Ruritaniens, weil sich dort Betrügereien gehäuft haben“). Unerträglich wäre es auch, wenn ein Unternehmen nicht an die Angehörigen eines bestimmten Staates liefert, weil sie Angehörige dieses Staates sind („Wir liefern nicht an ruritansische Staatsbürger, gleich in welchem Land sie leben“). Dies würde eine — verbotene — rassistische Geringschätzung zu Ausdruck bringen. Solche Fälle sind jedoch bislang nicht bekannt geworden. Hinzuweisen ist außerdem darauf, dass der Schutz gegen Rassismus unabhängig davon greifen würde, ob Ruritaniens ein EU-Mitgliedstaat ist oder nicht. Auch dies zeigt, dass das Antirassimusrecht als fundamentaler Bestandteil des universalen Schutzes der Menschenrechte weder darauf zielt noch nennenswert dazu beitragen kann, den EU-Binnenmarkt zu verbessern.

IV. DAS RECHT DER EU-BÜRGER, NICHT WEGEN IHRER STAATSANGEHÖRIGKEIT DISKRIMINIERT ZU WERDEN

1. ART. 18 AEUV-VERTRAG

Art. 18 AEUV-Vertrag (früher Art. 12 EG-Vertrag) verbietet in seinem Absatz 1 jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Absatz 2 räumt der EU überdies eine Kompetenz für den Erlass von Gesetzgebungsakten mit dem Ziel, dieses Verbot zu konkretisieren. Jedoch ist insbesondere die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG, die weitgehende Regelungen gegen Diskriminierung im Binnenmarkt enthält, ist nicht auf Art. 18 Abs. 2 AEUV (bzw. Art. 12 EG-Vertrag) gestützt, sondern auf die Dienstleistungsfreiheit.

Freilich könnte sich aus Art. 18 Abs. 1 AEUV ein Recht der europäischen Verbraucher gegen Diskriminierung durch Unternehmer, die ihren Tätigkeitsbereich

geographisch beschränken, ergeben. Dazu sind vor allem zwei Fragen zu beantworten, nämlich zum einen, ob Art. 18, obwohl dieser ausdrücklich nur von einer Diskriminierung aus Gründen der „Staatsangehörigkeit“ spricht, auch auf eine Ungleichbehandlung aufgrund des Wohnsitzes oder des jeweiligen Aufenthaltsortes anwendbar ist. Zum anderen ist fraglich, ob Art. 18 AEUV unmittelbar auf Privatrechtssubjekte anwendbar ist⁴.

2. WOHSITZ ODER AUFENTHALT ALS INDIREKTE DISKRIMINIERUNG AUS GRÜNDEN DER STAATSANGEHÖRIGKEIT

Eine Nichtbelieferung von Kunden in der EU allein aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit scheint kaum vorzukommen. Das eigentliche Problem ist die Nichtannahme von Bestellungen oder die Gewährung ungünstigerer Konditionen bei Kunden, die ihren Wohnsitz oder Aufenthalt in bestimmten EU-Ländern haben. Art. 18 AEUV kann nur dann eingreifen, wenn eine Ungleichbehandlung wegen des Wohnsitzes oder Aufenthalts als indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anzusehen ist. Zu dieser Frage gibt es eine Reihe von Urteilen des EuGH. Heraus ragt etwa das Urteil in der Sache *Schumacker*⁵, in dem der EuGH klarstellt, dass eine steuerrechtliche Vorschrift eines Mitgliedstaats, die Vorteile nur Gebietsansässigen gewährt und Personen, die im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, davon ausschließt, diskriminierend ist. Das Kriterium des Aufenthalts ist eine indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, weil sie typischerweise viele Personen mit der Staatsangehörigkeit des Landes trifft, in dem sich der Aufenthaltsort befindet. Diese Doktrin hat der EuGH in etlichen Fällen bestätigt. Freilich ist zu bedenken, dass alle diese Fälle staatliches Handeln betreffen, so dass die Frage, ob Art. 18 AEUV auch Privatrechtssubjekte verpflichtet, in den Mittelpunkt tritt.

3. UNMITTELBARE ANWENDBARKEIT VON ART. 18 AEUV UND DER GRUNDFREIHEITEN AUF PRIVATRECHTSSUBJEKTE?

Schon seit langem ist geklärt, dass die Grundfreiheiten und Art. 18 (1) AEUV (und auch schon die Vorgängerbestimmungen in den früheren Schichten der EG-Verträge) unmittelbar anwendbar in dem Sinne sind, dass sie subjektive Rechte gewäh-

⁴ Das Folgende nach der in Fn. 3 genannten Studie, S. 26 ff.

⁵ Rechtssache C-279/93 (*Schumacker*), EuGH Slg. 1995 I-00225, Rdnr. 28; vorher schon ähnlich *Elissavet Paraschi*, Rechtssache C-349/87 EuGH Slg. 1991 I-04501.

ren⁶. Primär zielen diese Vorschriften aber auf den EU-Gesetzgeber und die Mitgliedstaaten⁷. Damit ist auch klar, dass grundsätzlich nur Maßnahmen der EU oder ihrer Mitgliedstaaten an Art. 18 AEUV gemessen werden können⁸. Jedoch hat der EuGH dies relativ weit verstanden und etwa Maßnahmen von Berufsverbänden auf diskriminierungsfreie Anwendung der Grundfreiheiten untersucht, wenn derartige Organisationen durch das nationale Recht ähnliche Machtbefugnisse wie die öffentliche Hand eingeräumt bekommen hatten⁹.

In einigen besonders gelagerten Fällen hat der EuGH die Grundfreiheiten sogar auf bestimmte Privatrechtssubjekte angewendet, die keine ähnlichen Befugnisse wie die öffentliche Hand hatten¹⁰. Berühmte Fälle wie *Walrave*, *Bosmans*, *Viking* oder *Laval* betreffen mächtige Sportverbände, Berufsverbände oder Gewerkschaften, deren Verhalten die Arbeitnehmerfreizügigkeit faktisch in ähnlicher Weise einschränkte, dass dies der Wirkung einer staatlichen Rechtsetzung gleichkam¹¹. In einem kürzlich entschiedenen Fall (*Fra.bo*) hat der EuGH dies auf eine private Zertifizierungsorganisation übertragen, deren Zertifikate aufgrund ihrer faktischen Bedeutung für eine bestimmte Branche über den Markteintritt entschieden¹².

Für den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist der EuGH sogar noch einen Schritt weiter gegangen und hat auch einzelne Arbeitgeber an die Grundfreiheiten gebunden gesehen. Leading case ist hier der Fall *Angonese*¹³, der erhebliche Aufmerksamkeit im Schrifttum auf sich gezogen hat¹⁴. Es ging darin um eine Bank, die

⁶ EuGH Rechtssache 26/62 (*Van Gend & Loos*); Rechtssache C-17/91 (*Lornoy*) EuGH Slg. 1992 I-06523, Rdnr. 24; Rechtssache C-122/96 (*Saldanha*) EuGH Slg. 1997 I-05325, Rdnr. 15; Rechtssache C-274/96 (*Bickel*) EuGH Slg. 1998 I-07367, Rdnr. 31; Rechtssache C-234/99 (*Niels Nygård*) EuGH Slg. 2002 I-3657, Rdnr. 51.

⁷ Siehe z.B. (hinsichtlich des freien Warenverkehrs), Rechtssache 311/85 (*Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*) EuGH Slg. 1987, S. 3801, Rdnr. 30; Rechtssache C-159/00 (*Sapod Audic*) EuGH Slg. 2002, S. I-5031, Rdnr. 74.

⁸ Schlussantrag der Generalanwältin Trstenjak in Rechtssache C-171/11 (*Fra.bo*), Rdnr. 29.

⁹ Rechtssachen 266/87 und 267/87 (*Verband der Arzneimittelimporteure*) EuGH Slg. 1989, 1295, Rdnr. 13 ff.; Rechtssache C-292/92 (*Hünernmund*) EuGH Slg. 1991, S. I-6787, Rdnr. 12 ff.; Rechtssache C-325/00 (*Kommission/Deutschland*) EuGH Slg. 2002, S. I-9977, Abs. 14 ff.; Rechtssache C-302/88 (*Hennen Olie*) EuGH Slg. 1990, S. I-4625, Rdnr. 13 ff.

¹⁰ So die Generalanwältin Trstenjak in ihrem Schlussantrag zu Rechtssache C-171/11 (*Fra.bo*), Rdnr. 30.

¹¹ Rechtssache 36-74 (*Walrave and Koch*); Rechtssache C-415/93 (*Bosman*); Rechtssache C-309/99 (*Wouters*); Rechtssache C-519/04 (*Meca-Medina and Majcen v Commission*); Rechtssache C-438/05 (*Viking*); Rechtssache C-341/05 (*Laval*); Rechtssache C-325/08 (*Olympique Lyonnais*); Rechtssache C-379/09 (*Casteels*).

¹² Rechtssache C-171/11 (*Fra.bo*).

¹³ Rechtssache C-281/98 (*Angonese*); ähnlich auch Rechtssache C-94/07 (*Raccanelli*).

¹⁴ Vgl. z.B. R. *Streinz*, S. *Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000 S. 459-467; U. *Forsthoff*, Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil *Angonese*, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht — EWS 2000 S. 389-397; C. *Weber*, Freizügigkeit — Zugang zur Beschäftigung, Recht der Arbeit 2001 S. 183-185; L. *Michaelis*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten — Zum Fall *Angonese*, Neue juristische Wochenschrift 2001 S. 1841-1842; A. *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten — Eine Besprechung der Rs C-281/98, *Angonese*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht 2001 S. 57-65 [alle kritisch gegenüber einer allgemeinen horizontalen Wirkung aller Grundfreiheiten]; W. *Obwexer*, EuGH: Neue Pflichten für Unionsbürger, Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht — EWS 2000 S. I [spricht sich für eine allgemeine horizontale Wirkung aller Grundfreiheiten aus]; R. *Lane/N. Shuibhne*, Common Market Law Review 2000 S. 1237-1247 [keine Stellungnahme zu einer horizontalen Wirkung].

von Bewerbern ein Sprachzeugnis verlangte, welches nur bei einer ganz bestimmten Stelle in Südtirol erworben werden konnte. Dies wurde als indirekte Diskriminierung von Bewerbern angesehen, die nicht in oder in der Nähe von Südtirol ansässig waren.

Im Schrifttum ist es nun umstritten, wie weit die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 18 AEUV und der Grundfreiheiten gegenüber Privatpersonen geht. Einige Stimmen folgern, dass Art. 18 (1) AEUV generell unmittelbar auf Privatrechtssubjekte anwendbar ist¹⁵. Andere sehen den Fall *Angonese* mehr als die Ausnahme von der Regel, dass die Grundfreiheiten und das allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit nicht unmittelbare Wirkung zwischen Privatpersonen haben¹⁶.

In ihren Schlussanträgen in der Sache *Fra.bo* fasste die Generalanwältin Trstenjak den Stand der EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und des allgemeinen Verbots der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit wie folgt zusammen:

[45] „Vor diesem Hintergrund stehen der Übertragung der in der Rechtsprechung zur begrenzten horizontalen Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit entwickelten Argumentation auf einen Fall wie den vorliegenden, in dem die Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit auf eine privatrechtliche Vereinigung mit *De-facto*-Regelsetzungskompetenz zur Diskussion steht, keine grundsätzlichen Bedenken entgegen“.

Sie scheint sich also der Auffassung anschließen zu wollen, dass Art. 18 AEUV und die Grundfreiheiten nur eine „begrenzte“ (und damit nicht eine generelle) unmittelbare Direktwirkung zwischen Privatrechtssubjekten haben. Die Rechtsprechung des EuGH lässt mithin eine gewisse Zurückhaltung erkennen, die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und von Art. 18 AEUV gegen Privatrechtssubjekte auszuweiten. Bei derzeitigen Stand des Fallrechts des EuGH ist Art. 18 AEUV also nur ausnahmsweise gegen Privatrechtssubjekte anwendbar, nämlich gegen

- Arbeitgeber (Leading Case: *Angonese*), oder
- Verbände mit de facto Regelsetzungskompetenz (Leading case: *Fra.bo*),

wenn deren Verhalten die Grundfreiheiten in ähnlicher Weise einschränkt, wie dies staatliches Handeln könnte.

¹⁵ Vgl. A. Wróbel, in D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel (ed.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I. Art. 1–89, Lex on–line ed. 2012, Art. 18.3; *Grabitz/Hilf* (Ed.)–v. Bogdandy, EU, Art. 12, Nr. 28; D.–E. Kahn, in: R. Geiger, D.–E. Khan, M. Kotzur, Art. 18, Abs. 4; S. Leible, S. Navas Navarro, J. Pisuliński, F. Zoll, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, Abs. 4, S. 159; W.–H. Roth, in: M. A. Dausies, *EU–Wirtschaftsrecht (Business law of the EU)*, 2012, E. I. Grundlagen (basic principles), Abs. 30; W.–H. Roth, *Drittwirkung der Grundfreiheiten? (third–party effect of the fundamental freedoms?)*, Festschrift für U. Everling, S. 1245–1246.

¹⁶ Dies scheint die herrschende Meinung zu sein, vgl. A. Epinay, in: C. Calliess, M. Ruffert, *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 18 AEUV, Rdnr. 44; M. Holoubek, in J. Schwarze, *EU–Kommentar*, Bd. III, Baden–Baden 2012, Art. 18, Abs. 2; Streinz, in: Streinz, *EUV/EGV*, Art. 12 EG–Vertrag, Rdnr. 39; Zuleeg, *EU/EG–Vertrag*, Art. 12, Rdnr. 17; M. Rossi, *EuR* 2000, S. 216–217.

Damit zeichnet sich auch ab, in welchen Fällen EU-Bürger aus dem Primärrecht ein Recht gegen Privatunternehmen auf Nichtdiskriminierung haben können. Dies ist der Fall, wenn deren Verhalten eine so schwere Behinderung des Binnenmarktes bewirkt, dass die Grundrechte des Unternehmens weniger schwer wiegen. Auf der Waagschale zu Gunsten des Unternehmens liegt vor allem das Grundrecht ein Unternehmen zu betreiben, das auch im EU-Recht geschützt ist und zu dem die Freiheit gehört zu entscheiden, mit wem Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden sollen und mit wem nicht¹⁷.

Diese recht zurückhaltende Position des EU-Rechts ist auch deshalb wichtig, weil eine weitergehende Anwendung von Art. 18 AEUV auf Privatrechtssubjekte verhängnisvolle praktische und politische Wirkungen hätte. Denn dies hätte zur Folge, dass Unternehmen in großem Maßstab entweder gezwungen werden würden, Rechtsgeschäfte auch mit Kunden in Regionen und Ländern abzuschließen, in denen sie nicht aktiv werden möchten, oder aber in jedem Einzelfall gegenüber Behörden und Gerichten begründen können müssten, warum sie eine Bestellungen aus bestimmten Ländern nicht annehmen. Die Entscheidungen der Unternehmen würden unter eine Staatskontrolle gestellt. Eine derart invasive Binnenmarktpolitik würde auch in politischer Hinsicht ein schlechtes Licht auf die EU werfen und nicht dazu beitragen, deren Akzeptanzkrise zu überwinden. Die EU würde von den Unternehmen nicht mehr als eine Organisation erfahren, die ihnen dabei hilft, den Binnenmarkt zu nutzen, sondern sie dazu zwingt, EU-weit tätig zu werden. Dies wäre mit dem Leitbild eines freiheitlichen Wirtschaftsmodells kaum zu vereinbaren.

Es ist natürlich denkbar, dass im Einzelfall unternehmerische Entscheidungen dazu führen, Massen von EU-Bürgern in bestimmten Ländern vom Zugang zu wichtigen Waren oder Dienstleistungen faktisch auszuschließen. Wenn derartige Entscheidungen überdies nicht durch sachliche Gründe getragen, sondern eher willkürlich erscheinen, kann (und sollte) der EuGH seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und des Diskriminierungsverbots in Art 18 AEUV weiter vorsichtig ausweiten. Dies wird vor allem Unternehmen und Verbände mit marktbeherrschender Stellung betreffen.

Beim derzeitigen Stand des Unionsrechts ist es aber so, dass Unternehmen grundsätzlich nicht aus Art. 18 AEUV verpflichtet sind, aktiv zur Verwirklichung des Binnenmarktes beizutragen, indem sie ihre Tätigkeit EU-weit ausdehnen. Dies gilt auch dann, wenn es keinen objektiven sachlichen Grund für eine Beschränkung der Unternehmensaktivitäten auf bestimmte Länder gibt¹⁸. Die notwendigen Ausnahmen von diesem Grundsatz sind etwa Fälle, in denen Unternehmer sich rassistisch

¹⁷ Vgl. Rechtssache 44/79 (Hauer) EuGH Slg. 1979, S. 3727, Rdnr. 31 bis 33; Rechtssache 265/87 (Schraeder) EuGH Slg. 1989, S. 2237, Rdnr. 15; Rechtssachen C-90/90 und C-91/90 (Neu) EuGH Slg. 1991 S. 1-3617, Rdnr. 13.

¹⁸ Vgl. A. *Epinay*, in: C. Calliess, M. Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 18 AEUV, Nr. 44; M. *Holoubek*, in J. Schwarze, EU-Kommentar, Bd. III, Baden-Baden 2012, Art. 18, Abs. 2; *Streinz*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 12 EC-Treaty, Nr. 39; *Zuleeg*, EU/EG-Vertrag, Art. 12, Nr. 17; M. *Rossi*, EuR 2000, S. 216-217.

verhalten oder gegen Wettbewerbsrecht verstoßen — oder wenn ihr Verhalten ohne sachlichen Grund den Binnenmarkt derart massiv behindert, dass Einschränkungen ihrer unternehmerischen Freiheitsgrundrechte gerechtfertigt sind.

V. VERBOT DER DISKRIMINIERUNG IN ART. 20 (2) DER DIENSTLEISTUNGSRICHTLINIE

In Art. 20 (2) der Dienstleistungsrichtlinie findet sich eine Vorschrift, die ihrem Wortlaut nach eine Verpflichtung von Unternehmen stützen könnte, Bestellungen aus anderen EU-Mitgliedstaaten anzunehmen. Wörtlich heißt es dort:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die allgemeinen Bedingungen für den Zugang zu einer Dienstleistung, die der Dienstleistungserbringer bekannt gemacht hat, keine auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Dienstleistungsempfängers beruhenden diskriminierenden Bestimmungen enthalten; dies berührt jedoch nicht die Möglichkeit, Unterschiede bei den Zugangsbedingungen vorzusehen, die unmittelbar durch objektive Kriterien gerechtfertigt sind“.

Diese seit fünf Jahren in den EU-Mitgliedstaaten umgesetzte Vorschrift war ein innovativer Versuch, auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts den europaweiten diskriminierungsfreien Zugang zu Dienstleistungen zu verbessern. Jedoch hat die Bestimmung bislang keine erkennbaren Wirkungen gehabt. Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass sie an schweren gesetzestechnischen Mängeln leidet¹⁹, namentlich

- einer — jedenfalls teilweise — fehlenden Rechtsgrundlage im EU-Primärrecht
- dem in der Vorschrift ungelösten Konflikt mit den Freiheitsgrundrechten der Unternehmen
- der durch Auslegung kaum mehr aufklärbaren Unsicherheit ihrer zentralen Begriffe

Da die Richtlinie auf die Dienstleistungsfreiheit gestützt ist, ist sie nur insoweit gedeckt, wie die Dienstleistungsfreiheit in Art. 57 AEUV (und ihre Vorgängervorschriften), zusammen gelesen mit Art. 18 AEUV und den anderen Bestimmungen des Primärrechts, unmittelbare Wirkungen gegenüber Privatrechtssubjekten entfaltet. Dazu ist oben schon einiges gesagt. Eine (in der Praxis freilich schwer vorstellbare) direkte Diskriminierung von Kunden durch Unternehmer aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist in der Tat vom Primärrecht auch mit Wirkung im Privatrecht verboten, so dass Art. 20 (2) Dienstleistungsrichtlinie insoweit vom Primärrecht gedeckt ist. Freilich handelt es sich insoweit bestenfalls um eine bloß deklaratorische Bestimmung, da sich das Verbot schon an dem Primärrecht selbst ergibt. Eben des-

¹⁹ Zum folgenden die in Fn. 3 genannte Studie, S. 42 ff.

halb ist Art. 20 (2) Dienstleistungsrichtlinie hinsichtlich einer direkten Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit überdies irreführend, da die am Ende der Vorschrift geregelte Möglichkeit einer Rechtfertigung im Widerspruch zum Primärrecht stehen könnte, welches eher dafür spricht, dass in diesem Fall überhaupt keine Rechtfertigung möglich ist.

Hinsichtlich einer Diskriminierung aus Gründen des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts fehlt es an einer ausdrücklichen Kompetenzgrundlage im Primärrecht. Dass die Dienstleistungsfreiheit zusammen mit Art. 18 (2) AEUV unmittelbar auch auf Privatrechtssubjekte anwendbar ist, stellt bislang eine eher seltene Ausnahme dar. Indem Art. 20 (2) Dienstleistungsrichtlinie jede wirtschaftliche Entscheidung, nicht in einem EU-Mitgliedstaat aktiv sein zu wollen, unter — von Behörden und Gerichten überprüfbar — Begründungszwang stellt und sogar einen Zwang zur Belieferung in allen EU-Mitgliedstaaten zuzulassen scheint, überschreitet die Vorschrift die sich aus der Dienstleistungsfreiheit zusammen mit Art. 18 (2) AEUV ergebene Kompetenzgrundlage.

Nur erwähnt sei überdies das Ärgernis, dass zentrale Tatbestandsmerkmale von Art. 20 (2) Dienstleistungsrichtlinie unklar und widersprüchlich geregelt sind. Dazu gehört, dass bei wörtlicher Auslegung der Definition in Art. 4 (1) die Vorschrift nur im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 57 AEUV (früher Art. 50 EG-Vertrag) gilt, also insbesondere nicht im Bereich der Warenverkehrsfreiheit. Dies löst schwierige Abgrenzungen, insbesondere im Bereich digitaler Produkte und Dienstleistungen aus und ist überdies inhaltlich schwer zu begründen. Als Dienstleistungserbringer erfasst die Richtlinie in Art 4 (2) nur natürliche Personen mit EU-Staatsangehörigkeit und juristische Personen mit Sitz in der EU. Diese für andere Bestimmungen der Richtlinie sinnvolle Eingrenzung führt bei Art. 20 (2) jedoch zu dem wenig sinnvollen Ergebnis, dass Diskriminierungen von EU-Bürgern durch Staatsbürger anderer Staaten und Gesellschaften mit Sitz außerhalb der EU erlaubt bleiben. Unklar ist auch, ob die Vorschrift nur natürliche Personen schützt oder auch juristische. Zwar erfasst die Definition des Dienstleistungsempfängers in Art. 4 (3) grundsätzlich auch juristische Personen, diese haben jedoch keine Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz, wie es nach Art 20 (2) Dienstleistungsrichtlinie Voraussetzung ist. Überdies schützt die Richtlinie nur EU-Bürger und nicht die Bürger von Drittstaaten, auch wenn sie in der EU ansässig sind. Die Reihe dieser Beispiele für unklare Regelungen und wenige einleuchtende Abgrenzungen ließe sich fortsetzen.

Das einzige bislang erkennbar gewordene Beispiel für eine mögliche Wirkung von Art. 20 (2) Dienstleistungsrichtlinie sind „Einheimischenpreise“, die es z.B. in Restaurants in einigen sehr touristischen Gegenden geben soll²⁰. Dies ändert wenig daran, dass, Art. 20 (2) Dienstleistungsrichtlinie wohl vor allem ein legislatorischer

²⁰ Siehe z.B. die Anfrage Nr. E-3877/08 des Abgeordneten von Andreas Mölzer an die Kommission (11. Juli 2008) betreffend Preise für Einheimische und die Antwort im Namen der Kommission (8. September 2008), Abl. C 40/158 v. 18.2.2009.

Unfall ist, der bislang kaum Wirkungen hatte und vermutlich nicht haben wird. Es wird darum gehen, die Bestimmung in eine Richtung fortzuentwickeln, die mit dem Primärrecht im Einklang steht und Fortschritte bei der Entwicklung des Binnenmarktes verspricht. In der als Inspiration zu diesem Artikel dienenden Studie für das europäische Parlament ist vorgeschlagen, dass der Grundgedanke der Vorschrift ein Transparenzgebot sein könnte, das Unternehmer dazu verpflichtet, klar und deutlich anzugeben, in welchen Ländern und Regionen sie aktiv sein möchten und in welchen nicht und in welchen Ländern ungünstigere Konditionen gelten sollen. Dies würde den Kunden jedenfalls die Frustration ersparen, erst nach der Entscheidung für eine Bestellung bei diesem Unternehmen zu erfahren, dass sein Land nicht beliefert wird. Eine Pflicht zur plakativen Offenlegung könnte überdies wegen der damit drohenden negativen Publizitätswirkungen sowohl innerhalb der betroffenen Unternehmen Reflexionsprozesse auslösen als auch andere Unternehmen anregen, in die Lücke zu springen.

VI. ZUSAMMENFASSUNG UND PERSPEKTIVE

Es erscheint sehr zweifelhaft, ob es der richtige Weg ist, mit dem EU-Recht Unternehmen zu zwingen, europaweit aktiv zu sein oder jedenfalls zu begründen, warum bestimmte Länder nicht beliefert werden. Von wenigen Ausnahmen abgesehen dürfte dies die Freiheitsgrundrechte der Unternehmen verletzen und deshalb mit dem Primärrecht nicht vereinbar sein. Die EU würde außerdem politisch weiter an Kredit verspielen. Sie würde aus Sicht der Unternehmer ein Zwangsregime installieren und damit Widerstände hervorrufen. Gleichzeitig könnte dies Ängste vor allem beim stationären Handel und bei den Bürgern vor dem Verlust einer ortsnahen Versorgung auslösen.

Weitaus vielversprechender und dem Charakter der EU als Freiheitsordnung entsprechend ist es, das Binnenmarktziel nicht durch Zwang, sondern durch Maßnahmen zu verfolgen, die es den Unternehmen und den Kunden erleichtern, den Binnenmarkt zu nutzen. Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht oder die Gesetzgebung zur alternativen und Online-Streitbeilegung weisen in diese Richtung.

HANS SCHULTE-NÖLKE

DOES A EUROPEAN CONSUMER HAVE A RIGHT NOT
BE DISCRIMINATED BY A BUSINESS BECAUSE
OF HER NATIONALITY OR PLACE OF RESIDENCE?

S u m m a r y

Non-discrimination is a guiding-principle of EU law. Nevertheless, its application to private individuals and business leads to a delicate balancing of the unequal treatment of consumers, on the one hand, and, on the other, of the fundamental rights as well as profitability of businesses. With exception of (unlikely) clear-cut cases of racism, or (the-not-so-rare) practices of international oligopolies, there is neither basis in the EU Treaties, nor in Article 20(2) of the Services Directive, for an obligation of businesses to deliver goods and offer services to every consumer and client within the internal market regardless of geographical location. The task of the EU is to facilitate, not obligate, use of the internal market.

It is therefore very doubtful whether the best course of action is to coerce businesses under the EU legislation to operate across Europe (or decree that the decisions not to operate in a particular Member States to be justified). Leaving rare exceptions aside, this would infringe the fundamental rights of businesses and be incompatible with the Treaties. Moreover, the EU would be politically gambling with its credibility. Any mandatory regime would meet with resistance from the business community. EU citizens may even resent the loss of high-street and local services. A much more promising prospect — and one more in tune with the fundamental principles of the EU and its Member States — would be to pursue means of facilitating the use of the Internal Market for both businesses and consumers alike. In this respect, the proposal for a Common European Sales Law or innovations on alternative and online dispute resolution are already leading the way.