

§ 12. Das Diskriminierungsverbot

a) Die EMRK enthält keinen allgemeinen Gleichheitssatz, sondern nur das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK. In Bezug auf die Rechte und Freiheiten der EMRK ist durch Art. 14 EMRK jede Diskriminierung untersagt, die Garantien der EMRK werden so nach ständiger Rechtsprechung des EGMR um das Gebot der Nichtdiskriminierung ergänzt (etwa EGMR, 16.9.1996, *Gaygusuz*./ *AUT*, Nr. 17371/90, Z. 36). Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK aus dem Jahre 2005 hingegen enthält in Art. 1 einen nicht-akzessorischen allgemeinen Gleichheitssatz.

Mit der Entscheidung im *Belgischen Sprachenfall* (EGMR, 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a.) statuiert der EGMR Art. 14 EMRK habe zwar keine selbständige, von den übrigen normativen Vorschriften losgelöste Bedeutung, seine Anwendbarkeit sei aber nicht von der Verletzung einer anderen Norm abhängig. Folglich kann eine Maßnahme, die an sich keine Verletzung der EMRK darstellt, gegen eine Garantie der EMRK *in Verbindung mit* Art. 14 verstoßen, weil sie im Gesamten als Diskriminierung einzuordnen ist. Voraussetzung für die Anwendung des Art. 14 EMRK ist allerdings, dass der Sachverhalt in den Regelungsbereich einer Konventionsgarantie fällt, Art. 14 ist nur in Verbindung mit einem anderen Recht aus der EMRK anwendbar und wird deshalb als akzessorisches Diskriminierungsverbot bezeichnet. Es muss aber kein Eingriff in die verbundene Garantie der EMRK vorliegen, lediglich der Gewährleistungsbereich muss betroffen sein. An dieser Stelle nimmt der EGMR allerdings faktisch eine sehr weite Auslegung der Gewährleistungsbereiche der Rechte aus der EMRK vor. Im Gegensatz zur formell bestehenden Akzessorietät des Art. 14 EMRK kann insbesondere im Bezug auf die Eigentumsfreiheit aus Art. 1 1. Zusatzprotokoll der EMRK, die der EGMR im Zusammenhang mit Art. 14 EMRK sehr großzügig behandelt, wenn es um die Feststellung der Eröffnung des sachlichen Regelungsbereiches geht, von einer Autonomie des Art. 14 EMRK gesprochen werden (EGMR, 28.5.1985, *Abdulaziz u.a.* ./ *GBR*, Nr. 9214/80 u.a., Z. 71).

Art. 14 EMRK tritt vor allem im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK bezüglich sexueller Orientierung oder familienrechtlicher Fragen auf. Eine weitere bedeutende Fallgruppe bildet die Diskriminierung im Bereich der Religionsfreiheit und der Religionsausübungsfreiheit nach Art. 9 EMRK. Weiter treten häufig Fälle der Diskriminierung im Bezug auf die Eigentumsgarantie aus Art. 1 1. Zusatzprotokoll auf und solche, die eine Ungleichbehandlung in der Gewährung von Verfahrensrecht betreffen (Art. 6 EMRK).

In der Entscheidung *Belgischer Sprachenfall* wurde erstmals auch ausgeführt, dass eine Regelung/Maßnahme dann diskriminierend wirkt, wenn sie hinsichtlich der Gewährleistung der Ausübung eines Rechts zwischen Personen, die sich in einer vergleichbaren (nicht notwendig identischen) Lage befinden, unterscheidet, ohne dass es hierfür einen objektiven und angemessenen Rechtfertigungsgrund gibt und/oder zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Zweck kein angemessenes Verhältnis besteht (vgl. auch EGMR E 31, *Marckx* ./ *Belgium* -Rechtstellung nichtehelicher Kinder - sowie *Abdulaziz et al.* ./ *UK*, E 94 - Benachteiligung ausländischer Ehegatten; sowie die Ungleichbehandlung von unverheirateten und verheirateten Strafgefangenen -*Petrov* ./ *BUL*, 22.05.2008; dagegen nahm der EGMR im Fall *Burden* ./ *GBR*, 29.04.2008 keinen vergleichbaren Sachverhalt zwischen verheirateten Paaren und sonstigen Familienangehörigen wie Geschwistern bezüglich der Zahlung von Erbschaftsteuer an).

Eine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK setzt mithin zunächst voraus, dass eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten oder Personen vorliegt. Ungleichbehandlung

kann aus einem Gesetz, aber auch aus einer ständigen Verwaltungspraxis stammen. Neben dieser unmittelbaren Ungleichbehandlung von Gleichem, kann auch eine sogenannte mittelbare Diskriminierung vorliegen. Mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn aus einer neutral formulierten Regelung faktisch diskriminierende Konsequenzen erwachsen (EGMR, 13.11.2007 (GK) D.H. u.a. ./ CZE, Nr. 57325/00).

Auch die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem fällt unter das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK.

Nach Feststellung einer Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung muss die etwaige Rechtfertigung der Ungleichbehandlung betrachtet werden. Art. 14 EMRK nennt dabei nicht abschließend Gründe, an die bei einer Ungleichbehandlung nicht ohne Rechtfertigung angeknüpft werden darf, sogenannte Diskriminierungsverbote. Nicht jede nach den unzulässigen Merkmalen differenzierende Maßnahme ist aber Verletzung von Art. 14 EMRK, lediglich eine unterschiedliche Behandlung ohne sachliche Rechtfertigung bedeutet einen Verstoß. Es muss ein legitimes Ziel mit der Ungleichbehandlung verfolgt werden und zwischen angestrebtem Ziel und eingesetztem Mittel muss eine Verhältnismäßigkeit festgestellt werden können. Letztlich geht es auch hier um die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der in Rede stehenden Maßnahme kommt allerdings den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum zu.

Dabei gehört zu den Voraussetzungen von Art. 14 weder eine Diskriminierungsabsicht noch ein Schaden auf Seiten des Betroffenen. Zu betonen ist ferner, dass die in Art. 14 genannten Diskriminierungsmerkmale nur beispielhaft („sonstiger Status“) aufgezählt sind.

Aus Art. 14 EMRK können als akzessorischem Diskriminierungsverbot seiner Struktur nach keine Gewährleistungspflichten abgeleitet werden, wie dies bei Abwehrrechten der Fall ist. Das Handeln der Mitgliedstaaten ist vielmehr durch das Gebot der Gleichbehandlung im Gesamten determiniert. Folgt allerdings aus einer Garantie der EMRK eine Gewährleistungspflicht, so ist diese unter Beachtung des Art. 14 EMRK zu erfüllen. Aus Art. 14 EMRK können grundsätzlich allerdings keine Schutzpflichten („obligations positives“) abgeleitet werden, wie dies bei den Abwehrrechten der Fall ist. Eine Verpflichtung zu positiven Maßnahmen kann dem Diskriminierungsverbot nicht entnommen werden. Der EGMR tendiert allerdings zu Ansätzen, die die Staaten verpflichten, etwa im Zusammenhang mit Art. 11 EMRK, Maßnahmen zu ergreifen, um Diskriminierungen zu verhindern (EGMR, 30.7.2009, *Danilenkov u.a. ./ RUS*, Nr. 67336/01, Z. 123, 136). Auch im Bezug auf Art. 8 untersuchte der EGMR, ob dem Beschwerdeführer gegen ein möglicherweise die Volksgruppe der Roma diskriminierendes Buch hinreichender gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung stand (EGMR, 27.7.2010, *Aksu ./ TUR*, Nr. 4149/04 u.a., Z. 52ff.). Das Verfahren ist derzeit weiter anhängig bei der Großen Kammer des EGMR.

Inhaltlich häufen sich vor dem EGMR in neuerer Zeit Fälle, in denen eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung (Diskriminierung) von Männern gegenüber Frauen festgestellt wird (EGMR, 11.06.2002, *Willis ./ UK*; EGMR, 04.06.2002 *Wessels-Bergervoet ./ Netherlands*). Ein Verbot der Adoption von Kindern durch Homosexuelle könne jedoch unter dem Aspekt des Schutzes des Kindeswohls gerechtfertigt sein (EGMR, 26.02.2002, *Fretté ./ France*). Demgegenüber hat der Gerichtshof in einem neueren Fall entschieden, dass die Versagung einer Adoption dann rechtswidrig ist und gegen Art. 14 verstößt, wenn der entscheidende Gesichtspunkt für die Versagung die sexuelle Orientierung des Adoptionsantragstellers darstellt (EGMR, 22.01.2008(GK), *E.B. ./ FRA*, Nr. 43546/02). Eine restriktive Beurteilung findet auf der Rechtfertigungsebene dann statt, wenn die ungleiche Behandlung überwiegend auf der ethnischen Herkunft einer Person, deren Rasse oder deren Hautfarbe beruht. So hat der Ge-

richtshof hinsichtlich der Unterbringung unverhältnismäßig vieler Roma-Kinder auf Sonderschulen entschieden, dass dies eine Diskriminierung gemäß Art. 14 EMRK i.V. mit Art. 2 1. ZP EMRK darstellt (*D.H. u.a. ./ CZE*, 13.11.2007). Anders dagegen wurde die Unterbringung von Roma-Kindern in gesonderte Klassen beurteilt, da dies aufgrund der mangelnden Sprachkenntnisse der Kinder gerechtfertigt und ein Wechsel in eine reguläre Klasse Ziel dieser Maßnahme war (*Orsus u.a. ./ CRO*, 17.07.2008). Eine positive Schutzverpflichtung des Staates nimmt der EGMR hinsichtlich rassistischer Diskriminierungen an, da damit die Verurteilung des Rassismus in der Gesellschaft zum Ausdruck gebracht wird und das Vertrauen von Minderheiten gestärkt wird (*Angelova u. Iliev ./ BUL*, 26.07.2007). Besonders streng beurteilt der EGMR wegen der Neutralitätspflicht der Staaten darüber hinaus auch eine Differenzierung nach religiösen Gründen. So stellt die Voraussetzung eines zeitlichen Mindestzeitraums bezüglich des Bestehens einer bekannten Glaubensgemeinschaft für die Anerkennung als Kirche oder Religionsgemeinschaft, eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung dar (*Zeugen Jehovas ./ AUT*, 31.07.2008).

Eine Tendenz zu hoher Kontrolldichte und der Einengung des nationalen Beurteilungsspielraumes zeigt der EGMR im Bezug auf Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts. Hier werden schwerwiegende Gründe zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung verlangt (EGMR, 21.2.1997, *van Raalte ./ NED*, Nr. 20060/92, Z. 42). Die Staaten können hier zur Rechtfertigung nicht auf nationale Besonderheiten verweisen, nur im Falle erheblicher Unterschiede können Ungleichbehandlungen gerechtfertigt sein. Es wird an dieser Stelle auch ein eventuell bestehender europäischer Standard berücksichtigt, der EGMR berücksichtigt auch gesellschaftliche Entwicklungen in Europa, die im Laufe der Zeit zu einer höheren Kontrolldichte und einer Einengung der Beurteilungsspielräume der Mitgliedstaaten führen können (EGMR, 10.6.2010, *Schwizgebel ./ SUI*, Nr. 25762/07, Z. 80f.). Auch die Ungleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern erfordert schwerwiegende Gründe zu einer Rechtfertigung. In diesen Zusammenhang gehört auch die in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere in Verfahren gegen Deutschland viel diskutierte und entschiedene Frage der Rechtsstellung biologischer Väter nichtehelicher Kinder im Bezug auf das Kind. Eine Sorgerechtsentscheidung zulasten des Vaters oder die Verweigerung von Umgangsrechten stellen eine Diskriminierung nach Art. 14 iVm Art. 8 EMRK dar (EGMR, 11.10.2001, *Hoffmann ./ GER*, Nr. 34045/96, Z. 59f.; EGMR, 8.7.2003 (GK), *Sommerfeld ./ GER*, Nr. 31871/96, Z. 91ff.).

Der EGMR ging allerdings in jüngeren Entscheidungen dann von einer Rechtfertigung der Abweisung von Klagen mutmaßlicher leiblicher Väter zur Anfechtung der Vaterschaft aus, wenn die Ungleichbehandlung der leiblichen Väter im Vergleich zur Mutter, zum rechtlichen Vater und zum Kind hinsichtlich der Möglichkeit die Vaterschaft anzufechten oder einen Gentest zu verlangen in der Absicht getätigt wurde, das Kind und seine soziale Familie vor äußerer Beeinträchtigung zu schützen. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Entscheidung, einem bestehenden Familienverband zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind den Vorrang einzuräumen gegenüber dem biologischen Vater, nicht gegen Art. 8 iVm Art. 14 EMRK verstößt (EGMR, 22.03.2012, *Ahrens gegen Deutschland*, Nr. 45071/09 und EGMR, 22.03.2012 *Kautzer ./ Deutschland*, Nr. 23338/09). Eine Verletzung von Art. 14 iVm Art. 8 stellte der Gerichtshof allerdings in einem weiteren Fall fest, in dem ein leiblicher Vater in einem Sorgerechtsstreit gegenüber der Mutter des Kindes diskriminiert wurde, indem die nationalen Gerichte ohne Einzelfallprüfung davon ausgegangen waren, dass die Ausübung der elterlichen Sorge durch die Mutter dem Kindeswohl generell eher entspreche als die Ausübung durch den leiblichen Vater. Der Gerichtshof verwirft die These, dass die Ausübung eines gemeinsamen elterlichen Sorgerechts gegen den Willen der Mutter a priori gegen das Kindeswohl verstoße; nationales Recht, welches keine Prüfung im Einzelfall vorsehe, ob das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl entspreche, verstößt nach Auffassung der Gerichtshofes gegen Art. 8 iVm Art. 14 EMRK (EGMR, Urt.v. 03.02.2011, *Sporer ./*

Österreich, Nr. 35637/03).

Einen immer geringeren Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten aufgrund der Bildung einer europäischen Kontextes nimmt der EGMR etwa auch im Bereich der Benachteiligung Homosexueller an. Eine Verletzung von Art. 14 EMRK iVm Art. 8 EMRK stellte der Gerichtshof auch im Bezug auf ein russisches Gesetz fest, welches die Behörden zwingt, ohne Berücksichtigung individueller Umstände Aufenthaltsgenehmigungen aufgrund von HIV-Infizierungen zu verweigern. Art. 14 iVm Art. 8 verbiete eine Diskriminierung auch wegen einer Behinderung und allgemein wegen des Gesundheitszustandes einer Person einschließlich einer HIV-Infektion (EGMR, Urt. v. 10.3.2011, *Kiyutin ./. Russland*, Nr. 2700/10).

b) Die Grundrechtecharta der EU garantiert in Art. 20 die Gleichheit vor dem Gesetz und verbietet in Art. 21 die Diskriminierung. Zusätzlich zu den in Art. 14 EMRK genannten Gründen, aus denen eine Ungleichbehandlung verboten ist, finden in der GRC Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung Erwähnung.

c) Im Gegensatz zu Art. 14 EMRK sind Art. 26 IPbürgR und Art. 24 AMRK keine akzessorischen Rechte, sondern geben einen Anspruch auf *equality before and equal protection of the law* (eine Art. 14 EMRK vergleichbare Regelung ist Art. 2 IPbürgR). Diese im UN-Komitee selbst anfangs heftig umstrittene Frage wurde erst in den Fällen *Broeks* und *Zwaande Vries* (beide gegen die Niederlande) (172/1984 und 182/1984) gelöst: Es ging um nicht im IPbürgR, sondern in Art. 9 IPwskR geregelte Rechte (Arbeitslosigkeit); das Komitee bestätigte zwar, dass Art. 26 Staaten nicht zur Rechtsetzung im Bereich der sozialen Sicherheit verpflichte - wenn diese dies aber täten, müßten sie das Diskriminierungsverbot in Art. 26 beachten. Auch in verschiedenen Verfahren gegen Tschechien, welche die Entschädigungspraxis für unter kommunistischer Herrschaft durchgeführte Enteignungen betrafen (*Simunek*, 516/1992, und *Adam*, 586/1994) stellte das Komitee einen Verstoß gegen Art. 26 im Zusammenhang mit einem ebenfalls nicht im IPbürgR selbst gewährleisteten Recht (Eigentum) fest. Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz ist bei willkürlich unterschiedlichen Anwendungen des Gesetzes verletzt, während die *equal protection* - Klausel bedeutet, dass der Gesetzgeber nur gerechtfertigte (*objective and reasonable*) Unterscheidungen treffen darf. Die meisten Fälle der Praxis betrafen geschlechtsbezogene Unterscheidungen.

Zu betonen ist schließlich, dass Art. 26 Staaten eindeutig verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung der Gleichheit zu ergreifen, wozu in Fällen struktureller Diskriminierung auch Maßnahmen *positiver Diskriminierung* zählen können.