



Gleiche Rechte oder Sonderrechte?

Der Minderheitenschutz und das Diskriminierungsverbot



Europäische Kommission

Gleiche Rechte oder Sonderrechte?

Der Minderheitenschutz und das Diskriminierungsverbot

Kristin Henrard,
Außerordentliche Professorin, Universität Groningen¹

Europäische Kommission

Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit
Referat G.2

Manuskript abgeschlossen im Juni 2007

¹ Kristin Henrard ist außerordentliche Professorin für Menschenrechte, Minderheitenschutz, Flüchtlings- und Verfassungsrecht an der Universität Groningen, Niederlande. Ab dem 1. Mai 2007 wird sie an der Erasmus-Universität Rotterdam tätig sein. Seit ihrem Studienabschluss an der Katholischen Universität Löwen 1994 und ihrem Masterstudium an der Harvard Law School hat Henrard mehrere Bücher und Artikel zum Thema Minderheitenschutz veröffentlicht. Während der Forschungsarbeiten für ihre Promotion hat sie einige Zeit in Südafrika verbracht und dort u. a. für einen Richter am Verfassungsgericht gearbeitet. Derzeit arbeitet sie an einem von der Niederländischen Organisation für wissenschaftliche Forschung (NWO) geförderten Projekt über die Auswirkungen der Antirassismusrichtlinie auf den Minderheitenschutz.

Dieser Bericht wurde für die Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit der Europäischen Kommission zu eigenen Zwecken erstellt und von ihr finanziert. Er gibt nicht unbedingt die offizielle Haltung der Europäischen Kommission wieder.

Der Text dieses Berichts wurde verfasst von Kristin Henrard im Auftrag des **Europäischen Netzwerks von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung** (aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft, Alter, Behinderung, Religion oder Weltanschauung und sexueller Orientierung) unter der Leitung der:

human european consultancy
Hooghiemstraplein 155
3514 AZ Utrecht
Niederlande
Tel. (31-30) 634 14 22
Fax (31-30) 635 21 39
office@humanconsultancy.com
www.humanconsultancy.com

The Migration Policy Group
Rue Belliard 205, Box 1
1040 Brüssel
Belgien
Tel. (32-2) 230 5930
Fax (32-2) 280 0925
info@migpolgroup.com
www.migpolgroup.com

Diese Publikation wurde von der Europäischen Kommission im Rahmen des Aktionsprogramms der Europäischen Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001-2006) in Auftrag gegeben. Dieses Programm wurde eingeführt zur wirksamen Umsetzung der neuen EU-Gesetzgebung im Bereich der Antidiskriminierung. Insbesondere richtet sich das Sechsjahresprogramm an alle Akteure in der EU-25, der EFTA und den EU-Kandidatenländern, die an der Entwicklung sachdienlicher und wirksamer Rechtsvorschriften und Politikmaßnahmen zur Diskriminierungsbekämpfung mitwirken können.

Das Aktionsprogramm hat drei Hauptziele, die wie folgt lauten:

1. Förderung eines besseren Verständnisses der Diskriminierungsproblematik,
2. Entwicklung der Fähigkeit, wirksam gegen Diskriminierungen vorzugehen,
3. Förderung der grundlegenden Werte für die Bekämpfung von Diskriminierungen.

Für weitere Informationen siehe:

http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/legln_de.htm

© Fotos und Gestaltung: Ruben Timman/www.nowords.nl

***Europe Direct soll Ihnen helfen, Antworten
auf Ihre Fragen zur Europäischen Union zu finden***

Gebührenfreie Telefonnummer (*):

00 800 6 7 8 9 10 11

(*) Einige Mobilfunkanbieter ermöglichen keinen Zugang zu 00 800-Nummern oder können für diese Anrufe Gebühren berechnen.

Zahlreiche weitere Informationen zur Europäischen Union sind im Internet verfügbar.
Zugänglich sind diese über den Europa-Server (<http://europa.eu>).

© Europäische Gemeinschaften, 2007
Nachdruck mit Quellenangabe gestattet.

Bibliografische Daten befinden sich am Ende der Veröffentlichung.

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2007

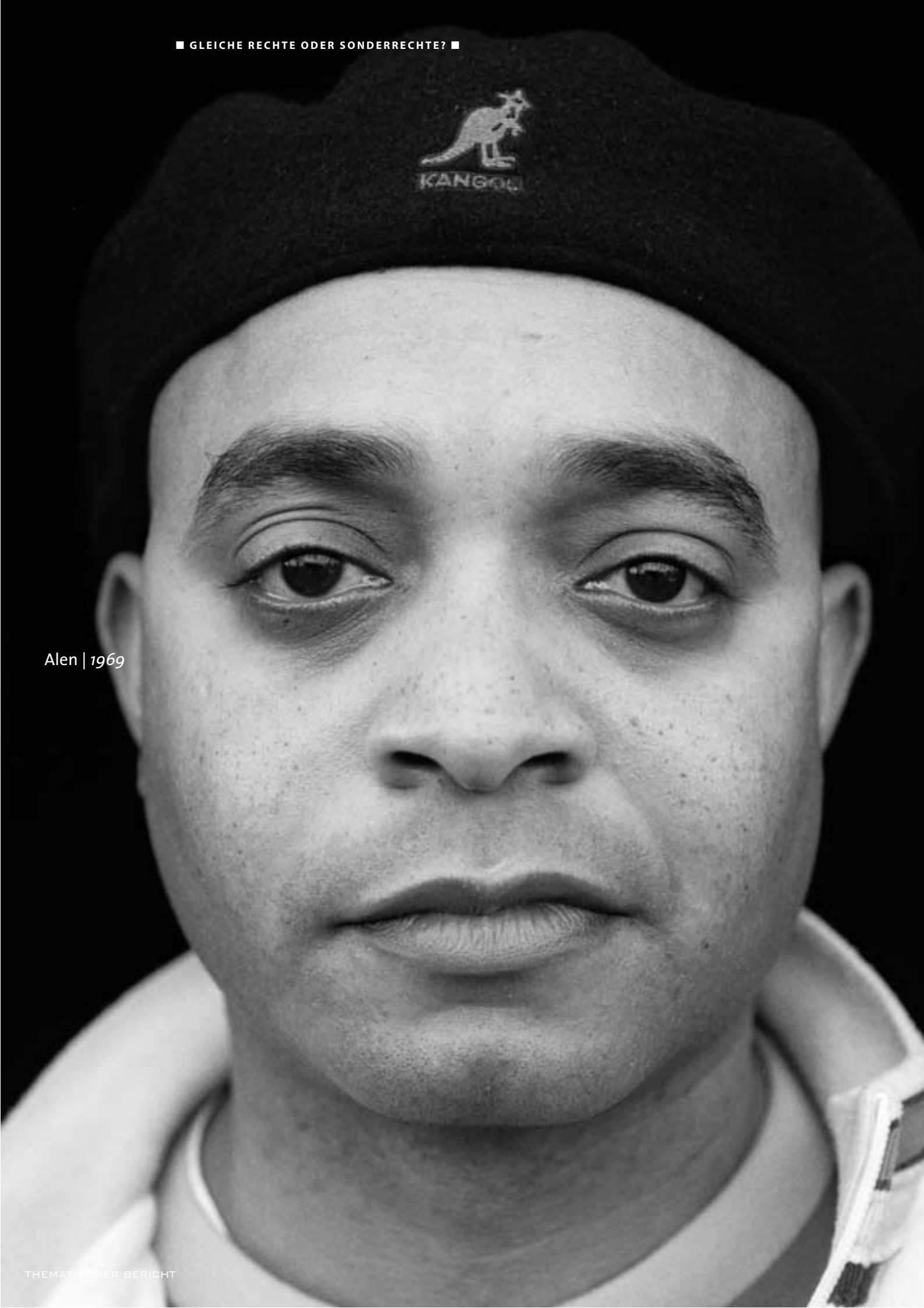
ISBN 978-92-79-06381-7

Printed in Belgium

GEDRUCKT AUF CHLORFREI GEBLEICHTEM PAPIER

Inhalt

Kurzfassung	5
Einleitung	11
Kapitel 1 Theoretischer Rahmen	13
1.1 Definition von „Minderheit“ und eine Einführung in die spezifischen Belange von Minderheiten	14
1.2 Zentrale Themen des Minderheitenschutzes	15
1.2.1 Echte Gleichstellung	15
1.2.2 Das Recht auf Identität	16
1.3 Zwei Säulen eines angemessenen Minderheitenschutzsystems	16
1.4 Streit über eine mögliche Verschiebung in der relativen Bedeutung der zwei Säulen	17
1.5 Die besonderen Bedürfnisse von Minderheiten, (besondere) Minderheitsrechte und die relevanten Fragen zum Verhältnis zwischen Diskriminierungsverbot und Minderheitenschutz	18
Kapitel 2 Die Antirassismusrichtlinie	23
2.1 Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots: personeller und sachlicher Anwendungsbereich	24
2.1.1 Personeller Anwendungsbereich	24
2.1.1 Sachlicher Anwendungsbereich	26
2.2 Öffnung hin zur echten Gleichstellung?	27
2.2.1 Mittelbare Diskriminierung	28
2.2.2 Pflicht zur Ungleichbehandlung?	30
2.2.3 Positive Maßnahmen	31
2.2.4 Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung: Positive Verpflichtungen	34
2.3 Die Relevanz des Völkerrechts (versus autonomer Charakter der EG-Rechtsvorschriften)	34
Kapitel 3 Internationale Gesetzesbestimmungen zu Nichtdiskriminierung und Minderheiten	37
3.1 Nichtdiskriminierungsvorschriften in nicht minderheitenspezifischen Rechtsinstrumenten	38
3.2 Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots	39
3.2.1 Personeller Anwendungsbereich	39
3.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich	41
3.3 Öffnung hin zur echten Gleichstellung	41
3.3.1 Mittelbare Diskriminierung	42
3.3.2 Pflicht zur Ungleichbehandlung	45
3.3.3 Positive Maßnahmen	48
3.3.4 Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung: Positive Verpflichtungen	50
3.4 Die Gleichstellungsvorschriften in spezifischen Rechtsinstrumenten für Minderheiten	52
3.4.1 Geltungsbereich	53
3.4.2 Öffnung hin zur echten Gleichstellung	53
Kapitel 4 Länderstudien	57
4.1 Gesetzestexte	58
4.1.1 Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots	58
4.1.2 Öffnung hin zur echten Gleichstellung	60
4.2 Rechtsprechung	60
4.2.1 Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots	60
4.2.2 Öffnung hin zur echten Gleichstellung	62
Kapitel 5 Die Antirassismusrichtlinie, das FCNM und der Minderheitenschutz: Parallelen und Unterschiede	65
5.1 Das übergreifende Ziel	66
5.2 Personeller Anwendungsbereich	67
5.3 Sachlicher Anwendungsbereich	69
5.4 Sondermaßnahmen	69
Schlussfolgerung	71
Ausgewählte Quellen	73



Alen | 1969

Kurzfassung

Im Zusammenhang mit Minderheiten und der angemessenen Behandlung von Menschen, die Minderheiten angehören, war bisher eine zentrale Frage, ob hierfür „gleiche“ Rechte oder besondere Rechte erforderlich sind. Die sich daraus ergebende, entscheidende Frage scheint zu sein, ob zusätzlich zum Verbot der Diskriminierung auch „besondere“ Minderheitsrechte erforderlich sind, was eine Bewertung der Frage verlangt, inwiefern das Verbot der Diskriminierung die spezifischen Bedürfnisse von Minderheiten befriedigt und zu einem angemessenen Minderheitenschutz beiträgt.

Zwar erscheinen „besondere“ Rechte auf den ersten Blick als das Gegenteil von „gleichen“ Rechten, doch hängt alles davon ab, wie der Begriff der Gleichstellung gesehen wird. Mehrere unterschiedliche Gleichstellungsbegriffe lassen sich unterscheiden. Eine wichtige Unterscheidung muss gemacht werden zwischen formaler Gleichstellung (oder Gleichstellung als Einheitlichkeit) einerseits, was bedeutet, dass jeder auf die gleiche Art behandelt wird, und der tatsächlichen bzw. echten oder vollständigen Gleichstellung andererseits. Die vollständige Gleichstellung erkennt Unterschiede bei den Ausgangspositionen an, die unterschiedliche Behandlung erforderlich machen könnten, um zu einer echten, wirksamen Gleichstellung zu gelangen. Insoweit das Erreichen der tatsächlichen Gleichbehandlung eine unterschiedliche Behandlung oder besondere Rechte erfordern kann, sollen diese keine Vorrechte in dem Sinne sein, dass sie nicht über das hinausgehen, was notwendig ist, um eine echte Gleichbehandlung zu erhalten.

Ob das Verbot der Diskriminierung für einen angemessenen Minderheitenschutz ausreichend ist, hängt in großem Ausmaß von der Art und Weise ab, wie dieses Verbot verstanden (interpretiert) wird, und insbesondere inwiefern es auch echte Gleichstellungsüberlegungen enthält. Es ist vielleicht nahe liegend, dass auch die tatsächliche Reichweite dieses Diskriminierungsverbots eine Rolle spielt, und vor allem inwiefern dieses Verbot die für Minderheiten üblicherweise wichtigen Bereiche erreichen kann. Angesichts der zentralen Bedeutung des Rechts von Minderheiten auf Identität gehören zu diesen Bereichen neben dem gleichem Zugang zu und der wirksamen Beteiligung am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben sowie an öffentlichen Angelegenheiten sicherlich auch Fragen, die mit der Identität zusammenhängen.

Das Verhältnis zwischen Minderheitenschutz und Nichtdiskriminierung ist tatsächlich Thema einer aktuellen Diskussion, und es ist daher auch nicht überraschend, dass es auch im Rahmen der EU-Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (vom 29. Juni 2000, Richtlinie 2000/43/EG; nachfolgend Antirassismusrichtlinie oder ARR) aufgekommen ist wegen der offensichtlich vorhandenen Verbindung zwischen Rasse und ethnischen Gruppen einerseits und Minderheiten andererseits.

Dieser Bericht besteht aus fünf Kapiteln, die am Ende in Schlussfolgerungen zusammengefasst sind. Im ersten Kapitel wird der theoretische Rahmen zum Thema Minderheitenschutz ausgearbeitet, in dem die zentrale Frage behandelt werden muss. Nach einer Bestimmung der einschlägigen (Auslegungs-)Fragen in der Antirassismusrichtlinie (Kapitel 2) soll untersucht werden, ob von der Überwachungspraxis in anderen internationalen Gleichstellungsvorschriften (Kapitel 3) sowie von bestimmten von den EU-Mitgliedstaaten verfolgten Ansätzen (Kapitel 4) eine Orientierungshilfe abgeleitet werden kann. Kapitel 5 enthält eine Gesamtbewertung des potenziellen Beitrags der Antirassismusrichtlinie zum Minderheitenschutz in der Praxis nach dem Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten (FCNM).

Die Diskussion und Bewertung von für den Minderheitenschutz relevanten Maßnahmen setzen voraus, dass die Bedeutung des Begriffs „Minderheit“ klar ist. Bis auf den heutigen Tag gibt es jedoch keine allgemein gültige rechtliche Definition dieses Begriffes. Allerdings scheint es ein allgemeines Einverständnis zu geben über die Notwendigkeit stabiler ethnischer, religiöser oder sprachlicher Merkmale, die anders sind als in der übrigen Bevölkerung, die zahlenmäßige Minderheitsposition, eine nicht beherrschende Stellung und das Bestreben, die eigene, kulturelle Identität zu bewahren. Trotz eines gewissen Widerstands ist international eine Tendenz zu

spüren, die weggeht von dem Kriterium der Staatsangehörigkeit und hin zur Annahme der Identifizierung von Minderheiten auf regionaler Ebene.

Angesichts der Tatsache, dass sich die Rechtsinstrumente des Europarats und der OSZE auf „nationale“ Minderheiten konzentrieren, während bei den Vereinten Nationen der Schwerpunkt auf „ethnischen, religiösen oder sprachlichen“ Minderheiten liegt, ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass die Adjektive „national“ und „ethnisch, religiös oder sprachlich“ mehr oder weniger im gleichen Sinne verstanden werden können. Dies ist auch deshalb wichtig, weil die EU, da sie innenpolitisch ausdrücklich auf Minderheiten abzielt (zumindest bei der Europäischen Beschäftigungsstrategie und dem Prozess der sozialen Integration) und dabei dazu neigt, sich auf „ethnische Minderheiten“ zu konzentrieren.

Zwei wesentliche Ziele und Themen des Minderheitenschutzes sind die echte bzw. vollständige Gleichstellung (im Gegensatz zur rein formalen Gleichstellung) sowie das Recht auf Identität.

Während das Recht auf Identität immer noch ein relativ formloses Konzept bleibt, das nicht genau umrissen ist, kann argumentiert werden, dass sich das Recht auf Identität im Zusammenhang mit Minderheitenschutz auf die verschiedenen möglichen typischen Minderheitenmerkmale wie Sprache, Kultur und Religion bezieht.

Es wird gemeinhin angenommen, dass ein angemessenes System des Minderheitenschutzes auf zwei Säulen beruht. Eine dieser Säulen ist die Nichtdiskriminierung in Verbindung mit einzelnen für Minderheiten besonders relevanten Menschenrechten. Die zweite Säule sind minderheitenspezifische Normen, die darauf abzielen, das Recht von Minderheiten auf Identität zu schützen und zu fördern.

Bei der Betrachtung der sich ändernden (nicht statischen) Auslegung von Menschenrechten kann man sagen, dass, wenn bestimmte Entwicklungen in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der ersten Säule zugunsten der echten Gleichstellung und des Rechts auf Identität beobachtet werden können (also stärker werden und sich konsolidieren), dann könnte sich dies auf die relative Bedeutung der beiden Säulen beim Aufbau eines angemessenen Minderheitenschutzsystems auswirken.

Bezüglich der zentralen Frage dieses Berichts bedeutet dies, dass bestimmte Auslegungen der Nichtdiskriminierung (auch bezüglich ihrer Reichweite) das Ergreifen von besonderen Maßnahmen für Minderheiten umfassen/ zulassen oder sogar zu diesen verpflichten würden und daher ein großer Schritt nach vorne beim Gewähren von Minderheitenschutz wären.

Wie bereits betont wurde, sollte die Untersuchung der Frage, inwiefern Nichtdiskriminierungsnormen zum Minderheitenschutz beitragen können, im Hinblick auf die Öffnung hin zur echten Gleichstellung und zum Schutz und zur Förderung des Rechts auf Identität (und der verschiedenen relevanten oben genannten Themen) erfolgen. Dies kann wiederum in zwei breite Kategorien relevanter Fragen unterteilt werden: einerseits die Frage, inwiefern die Auslegung des Diskriminierungsverbots zu tatsächlicher Gleichstellung führt, und andererseits die Reichweite des Diskriminierungsverbots. Bei der ersten Kategorie lassen sich mehrere Unterthemen bestimmen, die weiter unten beleuchtet werden sollen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind in dieser Hinsicht die folgenden Themen besonders wichtig: die Anerkennung von mittelbarer Diskriminierung, die Bestimmung einer Pflicht zur Ungleichbehandlung im Sinne der Nichtdiskriminierung, eine breiter angelegte Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung und Gleichbehandlung und das Ergreifen von positiven Maßnahmen.

Angesichts der besonderen Bedeutung des Diskriminierungsverbots für Minderheiten scheint es selbstverständlich, dass es aus Sicht des Minderheitenschutzes besser wäre, je breiter die Reichweite des Diskriminierungsverbots wäre. Die Reichweite des Diskriminierungsverbots wird bestimmt von mehreren Faktoren, die unter „personeller und sachlicher Anwendungsbereich“ zusammengefasst werden können.

Beim persönlichen Anwendungsbereich sollte unterschieden werden zwischen Diskriminierungsverboten mit einer offenen versus einer geschlossenen Liste verbotener Diskriminierungsgründe. Die Gründe, die für Minderheiten von spezieller Bedeutung sind, betreffen offensichtlich deren Identitätsmerkmale: Sprache, Religion und ethnische Herkunft/Rasse. Sicherlich gibt es Überschneidungen bei Sprache und ethnischer Herkunft/Rasse sowie bei Religion und ethnischer Herkunft/Rasse und es herrscht Einigkeit darüber, dass es eine große Überschneidung gibt zwischen ethnischen Minderheitsgruppen und Ausländern und Nicht-Staatsangehörigen. Die Überwachungspraxis des Ausschusses für die Beseitigung von Rassendiskriminierung (CERD-Ausschuss) betont dies und schützt ausdrücklich vor Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit, was einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Rasse gleichkommen würde. Dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) diesem Beispiel folgen und sorgfältig prüfen wird, ob Ungleichbehandlung aufgrund von Nationalität, Religion und Sprache der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Rasse gleichkommt, bleibt zu hoffen.

Eine zweite Dimension des persönlichen Anwendungsbereichs betrifft die Frage, ob das Verbot auf den öffentlichen Bereich begrenzt ist oder auch in den privaten Bereich hineinreicht. Während die ARR ausdrücklich vorsieht, dass sie auch den Privatsektor betrifft, bleibt abzuwarten, ob (und in welchem Maße) hierzu auch der rein private Bereich gehören wird, worauf eine der Bestimmungen der ARR hindeutet, in der der Zusatz „für die Öffentlichkeit zur Verfügung stehend“ hinzugefügt wird (Zugang zu und Lieferung von Waren und Dienstleistungen). Die Analyse der Überwachungspraxis der Menschenrechtsorgane im Hinblick auf die positive Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung (in Form von Prävention und Sanktion) von Diskriminierung durch Privatpersonen führt eindeutig zu der Erkenntnis, dass auch diese Verpflichtung nicht als absolut zu sehen ist.

Ratione materiae, also in materieller Hinsicht wird der Anwendungsbereich von der Frage bestimmt, ob ein Verbot der Diskriminierung akzessorisch ist oder nicht. Ein zusätzliches Verbot der Diskriminierung ist dadurch eingeschränkt, dass die Diskriminierung nur bezüglich auf die anderen in diesem Rechtsinstrument enthaltenen Rechte verboten ist. Das Diskriminierungsverbot im Sinne der EU-Rechtsvorschriften (unabhängig davon, in welchem Rechtsinstrument sie enthalten sind) ist immer begrenzt auf die Befugnisse und Kompetenzen, die der Union übertragen werden, und kann daher keinen allumfassenden Anwendungsbereich haben.

Das allgemeine Verständnis, dass das Verbot der Diskriminierung bestimmte Formen von Ungleichbehandlung (und somit von besonderen Maßnahmen) zulässt, impliziert eine gewisse Öffnung hin zur echten Gleichstellung. Es stellt in jedem Fall klar, dass besondere Rechte für Minderheiten nicht zwangsläufig ein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung darstellen. Sofern zum Verbot der Diskriminierung auch ein Verbot von mittelbarer Diskriminierung gehört, impliziert es auch entscheidende Überlegungen zur echten Gleichstellung. Mittelbare Diskriminierung widmet sich Vorschriften und Verfahren, die auf den ersten Blick neutral sein mögen, sich aber (wahrscheinlich) auf bestimmte Gruppen unverhältnismäßig auswirken. Da es leichter ist, einen Fall von *dem Anschein nach* mittelbarer Diskriminierung festzustellen, nützt dies ohne Zweifel den Opfern solcher Maßnahmen (häufig Menschen, die Minderheiten angehören).

Der EuGH hat bei der Miteinbeziehung der unmittelbaren Diskriminierung in die Gleichstellungsrechtsvorschriften der EG eine wichtige Rolle gespielt und hat insbesondere im Vergleich zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) oder des UNO-Menschenrechtsausschusses (Human Rights Committee, HRC) bereits gute Ergebnisse vorzuweisen. Die Analyse in Kapitel 3 hat gezeigt, dass die Überwachungspraxis des CERD-Ausschusses und des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte in dieser Hinsicht eine ziemlich progressive Haltung einnimmt. Jedoch bietet insbesondere die Praxis des CERD-Ausschusses dadurch weniger Orientierung, dass der Zuständigkeitsbereich der EG begrenzt ist (was sich auch auf die Antirassismusrichtlinie auswirkt). Es sollte auf jeden Fall betont werden, dass die Definition in der Antirassismusrichtlinie den Schutz gegen mittelbare Diskriminierung zu verstärken scheint, da sie die Lage für Diskriminierungsopfer erleichtert.

Zwar hat der EGMR die Pflicht zur Ungleichbehandlung (in deutlich voneinander abweichenden Situationen), wie sie sich aus dem Verbot der Diskriminierung ergibt, definitiv anerkannt, doch ist die spätere Rechtsprechung im

Hinblick auf besondere Rechte von Minderheiten nicht sehr vielversprechend gewesen. Die Rechtsprechung des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte birgt jedoch insofern mehr Potenzial, als sie anzuerkennen scheint, dass eine wirksame, nicht diskriminierende Wahrnehmung von Rechten dem Staat eine Verpflichtung auferlegt, relevanten Unterschieden ggf. durch das Ergreifen von besonderen Maßnahmen Rechnung zu tragen. Solange diese Sondermaßnahmen keine Abhilfemaßnahmen sind, ist es nicht erforderlich, dass diese zeitweilig sind. Jedoch sollte der Anwendungsbereich (sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf die Dauer) dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Angesichts der Tatsache, dass das Verbot der Diskriminierung eine Grenze für zulässige positive Maßnahmen darstellt, bestimmt die Auslegung (und Anwendung) dieses Verbots den Anwendungsbereich der positiven Maßnahmen. Zwar entwickelt sich die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die positiven Maßnahmen, und sie scheint zunehmend das Ziel der echten Gleichstellung anzuerkennen, doch bleibt sie relativ restriktiv im Hinblick auf die Formen von positiven Maßnahmen zur Förderung von Ergebnisgleichheit. Die Praxis des CERD-Ausschusses (und sogar des HRC) erscheint in dieser Hinsicht flexibler. Da der EuGH in seiner neuen Rechtsprechung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mehr Gewicht beizumessen scheint, folgt er möglicherweise insbesondere im Zusammenhang mit der Antirassismusrichtlinie dem Weg des CERD-Ausschusses. Diese Richtlinie erkennt nicht nur ausdrücklich das Ziel der echten Gleichstellung bei positiven Maßnahmen an, sondern bezieht sich neben *Gender*-Fragen auch auf andere soziale Anliegen. Außerdem sollte betont werden, dass Artikel 5 der Antirassismusrichtlinie positive Maßnahmen nicht nur auf Abhilfemaßnahmen (zeitweiliger Art) beschränkt, sondern auch die Möglichkeit von Präventivmaßnahmen mit einbezieht.

Zwar enthält die Antirassismusrichtlinie keine ausdrückliche Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung, doch könnte die Einbeziehung zahlreicher solcher positiven Verpflichtungen im Internationalen Übereinkommen für die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD), wie dies in der Praxis des CERD-Ausschusses weiter entwickelt wird, für den EuGH aufschlussreich sein, insbesondere, wenn die weit reichenden positiven Verpflichtungen von Staaten in den privaten Bereich hineinreichen.

Im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots in der Antirassismusrichtlinie wurde bereits erwähnt, dass die Definition des ICERD ein guter Anhaltspunkt wäre. Die Praxis des CERD-Ausschusses hat auch eindeutig das Potenzial gezeigt, dass durch das Verbot von mittelbarer Diskriminierung aufgrund der Rasse auch die Ungleichbehandlung aufgrund von Sprache und Religion abgedeckt werden kann. Außerdem besteht Hoffnung, dass der EuGH die Allgemeine Empfehlung Nr. 30 des CERD-Ausschusses über den Ausschluss von Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit befolgen wird, da dieses Thema in der Empfehlung so weit ausgedehnt wird, dass mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse nicht zulässig ist.

Schließlich verweist ein genauerer Vergleich zwischen der Antirassismusrichtlinie und dem Rahmenabkommen FCNM darauf, inwiefern das FCNM (verglichen mit der Richtlinie) einen Mehrwert bezüglich der Ziele des Minderheitenschutzes gebracht hat.

Obwohl ihre jeweiligen übergeordneten Ziele und Themen sehr unterschiedlich scheinen, könnten die Auslegung der einschlägigen Begriffe in Bezug auf den personellen und den materiellen Anwendungsbereich und die Einbeziehung tatsächlicher Gleichstellungsüberlegungen ein höheres Maß an Konvergenz implizieren. Dennoch sollten die Zuständigkeitsgrenzen der EG berücksichtigt werden.

Das FCNM hat den offensichtlichen Nutzen, dass es entschieden auf echte Gleichstellung ausgerichtet ist, und dass es sich über die für Minderheiten besonders relevante Arten von Sonderrechten ausdrücklich äußert, insbesondere im Hinblick auf ihr Recht auf Identität. Diese besonderen Maßnahmen sind außerdem nicht im eigentlichen Sinne begrenzt auf zeitweilige Maßnahmen.

Möglicherweise ist die Antirassismusrichtlinie andererseits zu Identitätsfragen weniger deutlich, doch behandelt sie ausdrücklich für die Integration von Minderheiten im Alltag sehr wichtige Themen, die nicht explizit und nicht gleich detailliert im FCNM behandelt werden, wie der Zugang zu Beschäftigung, zur Gesundheitsfürsorge, zu für die Öffentlichkeit verfügbaren Waren und Dienstleistungen usw. Die Auslegung des EuGH wird bereits mit großer Spannung erwartet, um das tatsächliche Potenzial als Quelle von Sondermaßnahmen zugunsten von Minderheiten bestimmen zu können, einschließlich der Frage, ob diese besonderen Maßnahmen auch dauerhaft (und nicht nur zeitweilig) sein können.

Auf jeden Fall sollte betont werden, dass die Antirassismusrichtlinie keine unterschiedlichen (oder besonderen) Maßnahmen verbietet (die gemäß dem FCNM ergriffen werden). Nicht nur der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der ARR ist begrenzt, doch können sich besondere Maßnahmen auch aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung und aus der Verpflichtung zur Förderung der Gleichstellung ergeben oder können als positive Maßnahmen (zur Verhinderung von Benachteiligungen) zulässig sein. Dennoch müssen diese Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, und auch hier hängt (wieder) alles von der Auslegung (bzw. der Genauigkeit der Prüfung) ab.

Einleitung

Im Zusammenhang mit Minderheiten und der angemessenen Behandlung von Menschen, die Minderheiten angehören, stand bisher eine zentrale Frage, ob hierfür „gleiche“ Rechte oder besondere Rechte erforderlich sind. Die sich daraus ergebende, entscheidende Frage schien zu sein, ob zusätzlich zum Verbot der Diskriminierung auch „besondere“ Minderheitsrechte notwendig sind, also die Frage, inwiefern das Verbot der Diskriminierung die spezifischen Bedürfnisse von Minderheiten befriedigt und zu einem angemessenen Minderheitsschutz beiträgt².

Dies betrifft tatsächlich eine aktuelle Diskussion, und es ist daher nicht überraschend, dass es auch im Zusammenhang mit der EU-Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (29. Juni 2000, Richtlinie 2000/43/EG; nachfolgend: Antirassismusrichtlinie) aufgekommen ist wegen der offensichtlich existierenden Verbindung zwischen Rasse und ethnischen Gruppen einerseits und Minderheiten andererseits.

Diese Studie soll zeigen, dass es keine eindeutige Antwort auf diese Frage gibt, weil alles davon abhängt, wie die Begriffe jeweils interpretiert werden. Letztendlich hängt alles davon ab, wie „Gleichstellung“ und „Nichtdiskriminierung“ interpretiert werden, und welcher Ansatz verfolgt wird.

Diese Studie wurde zwar in Auftrag gegeben aufgrund des Bestrebens, die Position der Antirassismusrichtlinie in dieser Hinsicht verstehen zu wollen, doch soll auch die mögliche Relevanz ihrer Stellung im Sinne des Völkerrechts (bzw. völkerrechtlicher Instrumente) anerkannt und untersucht werden.

Darüber hinaus muss betont werden, dass einige EU-Mitgliedstaaten Bedenken geäußert haben wegen der Auswirkungen des Diskriminierungsverbots der Antirassismusrichtlinie auf die besonderen Rechte von Minderheiten, die sie in den jeweiligen einzelstaatlichen Rechtssystemen haben. Mit anderen Worten möchten sie wissen, ob es gegen die Forderungen der Antirassismusrichtlinie verstößt, im nationalen Rechtssystem besondere Rechte für Minderheiten zu haben. Diese Studie baut sich hauptsächlich um diese im ersten Absatz gestellte zentrale Frage herum auf, doch soll auch im weiteren Verlauf auf diese zusätzliche Frage eingegangen werden.

Dieser Bericht besteht aus fünf Kapiteln, die am Ende in Schlussfolgerungen zusammengefasst sind. Im ersten Kapitel wird der theoretische Rahmen ausgearbeitet, in dem die zentrale Frage behandelt werden muss. Nach einer Bestimmung der einschlägigen (Auslegungs-)Fragen in der Antirassismusrichtlinie (Kapitel 2) wird untersucht, ob von der Überwachungspraxis in anderen internationalen Gleichstellungsvorschriften (Kapitel 3) sowie von bestimmten von den EU-Mitgliedstaaten verfolgten Konzepten (Kapitel 4) eine Orientierungshilfe abgeleitet werden kann. Kapitel 5 enthält eine Gesamtbewertung des potenziellen Beitrags der Antirassismusrichtlinie zum Minderheitenschutz in der Praxis nach dem Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten (FCNM).

² Siehe auch hinten, Kapitel 1 über die beiden Säulen eines angemessenen Systems des Minderheitsschutzes.

Cheryl | 1973

Kapitel 1

Theoretischer Rahmen

Einigen Überlegungen zum Begriff „Minderheit“ folgt eine Diskussion über die zentralen Themen des Minderheitenschutzes und die beiden Grundprinzipien oder Säulen eines angemessenen Minderheitenschutzsystems. Eine Beschreibung der besonderen Bedürfnisse von Minderheiten und der Art und Weise, wie sich diese in den bestehenden Minderheitsrechten niederschlagen, führen schließlich zur Bestimmung der relevanten Fragen nach dem Verhältnis zwischen Diskriminierungsverbot einerseits und Minderheitenschutz andererseits.

1.1 Definition von „Minderheit“ und eine Einführung in die spezifischen Belange von Minderheiten

Die Diskussion und Bewertung von für den Minderheitenschutz relevanten Maßnahmen setzen voraus, dass die Bedeutung des Begriffs „Minderheit“ klar ist. Bis auf den heutigen Tag gibt es jedoch keine allgemein gültige rechtliche Definition dieses Begriffes³. Dennoch bildet sich bei der Untersuchung der verschiedenen Definitionsvorschläge von Wissenschaftlern und internationalen Organisationen ein gewisser Kern objektiver und subjektiver Elemente für eine solche Definition heraus⁴. Es scheint allgemeine Einigkeit zu herrschen über die Notwendigkeit stabiler ethnischer, religiöser oder sprachlicher Merkmale, die anders sind als in der übrigen Bevölkerung, die zahlenmäßige Minderheitsposition, eine nicht beherrschende Stellung und das Bestreben, die eigene, kulturelle Identität zu bewahren⁵. Trotz eines gewissen Widerstands ist international eine Tendenz zu spüren, die weggeht von dem Kriterium der Staatsangehörigkeit und hin zur Annahme, dass Minderheiten auf regionaler Ebene identifiziert werden⁶.

Angesichts der Tatsache, dass sich die Rechtsinstrumente des Europarats und der OSZE auf „nationale“ Minderheiten konzentrieren, während bei den Vereinten Nationen der Schwerpunkt auf „ethnischen, religiösen oder sprachlichen“ Minderheiten liegt, ist es wichtig darauf hinzuweisen⁷, dass die Adjektive „national“ und „ethnisch, religiös oder sprachlich“ mehr oder weniger im gleichen Sinne verstanden werden können. Dies ist auch deshalb wichtig, weil die EU, da sie innenpolitisch ausdrücklich auf Minderheiten abzielt (zumindest bei

³ Mit Ausnahme von der Konvention von 1994 der Mitteleuropäischen Initiative für den Schutz von Minderheitsrechten (Artikel 1) enthält kein einzelnes internationales rechtsverbindliches Dokument eine Definition dieses Begriffes, mit dem einige Sensibilitäten verbunden sind. Siehe auch A. Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law* (Antwerp: Intersentia, 2002), 69.

⁴ Siehe auch G. Pentassuglia, *Minorities in International Law* (Straßburg: Europarat 2003), 57-58.

⁵ Es sollte betont werden, dass sich diese Diskussionen sowohl auf „nationale Minderheit“ (Europa) als auch auf „ethnische Minderheit“ (UN) beziehen. Für eine ausführlichere Diskussion, die hier nicht vollständig wiederholt werden kann, siehe K. Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self Determination* (The Hague: KLI, 2000), 30-48.

⁶ Venice Commission (Venedig-Kommission), *Opinion on Possible Groups of Persons to which the Framework Convention for the Protection of National Minorities Could be Applied in Belgium*, March 2002, CDL-AD (2002) 1. Siehe auch P. Thornberry & M.A. Martin Estebanez, *Minority Rights in Europe* (Straßburg: Europarat, 2004), 93 und 95.

⁷ Wie umfassend erörtert in: Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection...*, 53-55. Einige Argumente gingen dahin, dass „nationale Minderheit“ gegenüber „ethnischer Minderheit“ noch eine zusätzliche Dimension habe. Dennoch gab es ungefähr analoge Diskussionen, und von internationalen Organisationen wurden bereits ähnliche Definitionen dieser Begriffe herausgegeben. Siehe auch G. Pentassuglia, *Minorities in International Law* (Straßburg: Council of Europe, 2002), 63; P. Thornberry & M. A. Martin Estebanez, *Minority Rights in Europe* (Strasbourg: Council of Europe 2004), 93-94.

der Europäischen Beschäftigungsstrategie und dem Prozess der sozialen Integration) ⁸ und dazu neigt, sich auf „ethnische Minderheiten“ zu konzentrieren.

Angesichts der Tatsache, dass Sprache, Religion und/oder Kultur die „separaten“ Merkmale von Minderheiten sind, ist es nicht überraschend, dass Fragen, die von besonderer Relevanz für Minderheiten sind, sprachliche Rechte betreffen (unter vielen verschiedenen Gegebenheiten auch einschließlich der Bereiche Bildung, Medien und Kommunikation mit Behörden), Rechte im Zusammenhang mit Kultur und einem eigenen, traditionellen Lebensstil. Darüber hinaus sind Bildung, Medien und politische Beteiligung von besonderer Bedeutung für Minderheiten, da sie wichtige „Instrumente“ für den Schutz und die Förderung der eigenen Identität sind ⁹.

1.2 Zentrale Themen des Minderheitenschutzes

Zwei wesentliche Ziele und Themen des Minderheitenschutzes sind die tatsächliche, echte oder vollständige Gleichstellung (im Gegensatz zur rein formalen Gleichstellung) und das Recht auf Identität.

1.2.1 Echte Gleichstellung

Mehrere unterschiedliche Gleichstellungsbegriffe lassen sich unterscheiden. Eine wichtige Unterscheidung muss gemacht werden zwischen formaler Gleichstellung (oder Gleichstellung als Einheitlichkeit) einerseits, was bedeutet, dass jeder auf die gleiche Art behandelt wird, und der tatsächlichen bzw. echten oder vollständigen Gleichstellung andererseits. Die vollständige Gleichstellung erkennt Unterschiede bei den Ausgangspositionen an, die eine unterschiedliche Behandlung erforderlich machen könnten, um zu einer echten, wirksamen Gleichstellung zu gelangen. Letzteres, insbesondere die Notwendigkeit einer formalen Ungleichbehandlung zur Erlangung von tatsächlicher Gleichstellung, wird das „Paradox des Grundsatzes der Gleichstellung“ genannt. Dieses findet sich bereits bei Aristoteles wieder, der schön formulierte, dass Gleiche gleich behandelt werden sollten, während unterschiedliche Dinge unterschiedlich behandelt werden sollten, entsprechend ihrer Unterschiedlichkeit. Mit anderen Worten: „Besondere“ Rechte oder unterschiedliche Rechte sind nicht zwangsläufig ein Widerspruch zu „gleichen“ Rechten. Dennoch lässt das Ziel der echten Gleichstellung nicht irgendeine Art oder irgendein Maß an Ungleichbehandlung zu ¹⁰. In dieser Hinsicht kann echte Gleichstellung auch als eine Grenze für „besondere“ Rechte betrachtet werden. Da das Erreichen einer echten Gleichbehandlung eine unterschiedliche Behandlung oder besondere Rechte erfordern kann, sollen diese keine Vorrechte sein und nicht über das hinausgehen, was notwendig ist, um eine echte Gleichbehandlung zu erhalten. Gleichzeitig erfordert auch die sensible Position von Menschen, die Minderheiten angehören, mehr Aufmerksamkeit im Hinblick auf den gleichen Zugang zu Beschäftigung, zu öffentlichen Diensten und ihre wirksame Beteiligung am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben sowie an öffentlichen Angelegenheiten.

⁸ Im Rahmen der Europäischen Beschäftigungsstrategie (EBS) muss jeder Mitgliedstaat ein nationales Reformprogramm ausarbeiten (früher: Nationaler Aktionsplan), aus dem hervorgeht, wie die Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen jeweils implementiert werden. Diese Beschäftigungsleitlinien verweisen seit 1999 ausdrücklich auf ethnische Minderheiten (Leitlinie Nummer 9 im Jahre 1999 und 2000, Leitlinie Nummer 7 seit 2001). Siehe auch unter anderem den Gemeinsamen Bericht über die Soziale Eingliederung (Brüssel: Rat der Europäischen Union, 2004) 8-9; Mitteilung der Kommission an den Rat, das EP, den EWSA und den Ausschuss der Regionen: Gemeinsamer Bericht über den Sozialschutz und soziale Eingliederung (SEC(2005) 69), 5, 6, 10; Gemeinsamer Bericht über den Sozialschutz und soziale Eingliederung (Brüssel: Rat der Europäischen Union, 2006), 8, 10, 14, 16.

⁹ Siehe u. a. Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection...*, 64-68.

¹⁰ Die Grenzen der Ungleichbehandlung sind unter anderem bei Aristoteles in der Formulierung „entsprechend“ erfasst und können auf die zentrale Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verweisen, siehe *infra*.

Zwar ist die Forderung, „Gleiche sind gleich zu behandeln“ aus Sicht einer Minderheit ziemlich wichtig und positiv, dadurch, dass sie sich gegen formale ausgrenzende Vorschriften wendet, doch wollen Minderheiten letztendlich die echte Gleichstellung im Vergleich zur übrigen Bevölkerung erhalten.

Es muss betont werden, dass Minderheiten tendenziell in einer benachteiligten Lage sind, die sich nicht immer auf eine ausdrückliche Ungleichbehandlung zurückführen lässt, sondern häufig an negativen Stereotypen liegt (z. B. in Bezug auf Beschäftigung, den Zugang zu Diensten usw.) und an Entscheidungsfindungsprozessen, die die Belange von Minderheiten hinsichtlich Sprache, Kultur, Religion usw. einfach nicht berücksichtigen, unter anderem deshalb, weil Minderheiten keine Stimme gewährt wird.

1.2.2 Das Recht auf Identität

Während das Recht auf Identität immer noch ein relativ formloses Konzept bleibt, das nicht genau umrissen ist, kann argumentiert werden, dass sich das Recht auf Identität im Zusammenhang mit Minderheitenschutz auf die verschiedenen möglichen typischen Minderheitenmerkmale wie Sprache, Kultur und Religion bezieht ¹¹.

Es sollte auf jeden Fall hervorgehoben werden, dass der Begriff „Minderheitenidentität“ immer sehr stark mit dem Begriff der Gruppe konnotiert ist, wie auch das Phänomen der Minderheit an sich. Die Frage, wie sehr daher ein bestimmter Mechanismus Anerkennung und Schutz dieser Gruppendimension impliziert, ist wichtig, um den potenziellen Beitrag dieses Mechanismus zu einem angemessenen Minderheitenschutz zu ermessen.

1.3 Zwei Säulen eines angemessenen Minderheitenschutzsystems

Es wird gemeinhin angenommen, dass ein angemessenes System des Minderheitenschutzes auf zwei Säulen beruht. Eine dieser Säulen ist die Nichtdiskriminierung in Verbindung mit einzelnen für Minderheiten besonders relevanten Menschenrechten. Die zweite Säule sind minderheitenspezifische Normen, die darauf abzielen, das Recht von Minderheiten auf Identität zu schützen und zu fördern.

Der Gedanke, dass ein angemessenes System des Minderheitenschutzes (im Hinblick auf Überlegungen zur echten Gleichstellung und Identität) auf diese zwei Säulen aufbaut, geht in der Tat bereits zurück auf eine Stellungnahme des *Permanent Court of International Justice* ¹², der während der Zeit des Völkerbunds tätig war. Dieser Gedanke wurde von den Vereinten Nationen ¹³ und weitgehend auch von der wissenschaftlichen Literatur bestätigt ¹⁴. Dennoch muss anerkannt werden, dass dieser Standpunkt nicht allgemein vertreten wird. Einige Wissenschaftler und Staaten sind nämlich nach wie vor der Ansicht, dass ein wirksamer Schutz durch die erste Säule

¹¹ Siehe *infra* für einen kurzen Überblick darüber, wie dieses Recht auf die Identität bis jetzt in spezifischen Minderheitenrechte übersetzt worden ist.

¹² PCIJ, Gutachten über Minderheitenschulen in Albanien vom 6. April 1935 (PCIJ Berichte, Serie A/B 64, 1935).

¹³ In diesem Zusammenhang kann auch verwiesen werden auf die Einrichtung im Jahre 1952 der UNO-Unterkommission für die Verhinderung von Diskriminierung und den Schutz von Minderheiten, die Aufnahme von Artikel 27 in den ICCPR zusätzlich zu den allgemeinen Menschenrechten und zum Verbot der Diskriminierung und die Proklamation der UNO-Erklärung von 1992 über die Rechte von Angehörigen nationaler oder ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten.

¹⁴ *Inter alia* F. Benoit-Rohmer, *The Minority Question in Europe: towards a coherent system of protection of national minorities* (Strasbourg: International Institute for Democracy, 1996), 16; Henrard, *Devising an Adequate System of Minority Protection...*, 8-11; G. Pentassuglia, *Minorities in International Law* (Council of Europe, 2002), 91-93.

(allgemeine Menschenrechte) genügt. Sie lehnen daher die Notwendigkeit der zweiten Säule mit „besonderen“ Minderheitsrechten ab ¹⁵.

Angesichts der Tatsache, dass diese Ablehnung der zweiten Säule gewissermaßen mit den Bedenken wegen dieser „besonderen Rechte“ zusammenhängt, sollte betont werden, dass Minderheitsrechte nicht außerhalb des Menschenrechtsrahmens liegen, sondern als wesentlicher Bestandteil dieses Rahmens gelten. Anerkannt wird dies ausdrücklich (unter anderem) in Artikel 1 der FCNM, in dem es heißt, „Der Schutz nationaler Minderheiten und der Rechte und Freiheiten von Angehörigen dieser Minderheiten ist Bestandteil des internationalen Schutzes der Menschenrechte (...)“ ¹⁶. Diese Erklärung ist wichtig, da sie verneint, dass Minderheitsrechte außerhalb dieses Rahmens angesiedelt seien und einem ganz anderen Universum angehörten ¹⁷.

Die Tatsache, dass Minderheitsrechte ein Bestandteil des weiter gefassten Menschenrechtsrahmens sind, impliziert jedoch noch nicht, dass Minderheitsrechte zwangsläufig das Gleiche sind wie allgemeine Menschenrechte. Wie weiter unten noch näher erörtert werden soll, hängt vieles von der tatsächlichen Auslegung der jeweiligen Rechte ab. Dennoch bedeutet die Tatsache, dass es als notwendig erachtet wurde, Artikel 27 in den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR) aufzunehmen, sicherlich, dass man der Ansicht war, die Rechte von Minderheiten angehörenden Menschen gingen über die anderen allgemeinen Menschenrechte insofern hinaus, als Artikel 27 ansonsten überflüssig wäre. Zusätzlich zu diesem Redundanzargument kann auch darauf hingewiesen werden, dass Minderheitsrechte als eine der verschiedenen Kategorien spezifischer Menschenrechte für Menschen, die besonders verletzbar Gruppen angehören, betrachtet werden sollten. Weitere bekannte Beispiele für diese Art von „besonderen“ Rechten finden sich in der „Konvention über die Rechte des Kindes“, in den verschiedenen Rechtsinstrumenten über die Rechte von Wanderarbeitnehmern, von Strafgefangenen und Menschen mit einer Behinderung. Wegen ihrer Verletzbarkeit brauchen diese Menschen „besondere“ Rechte, um tatsächlich das gleiche Maß an Schutz ihrer Menschenwürde (das grundlegende Prinzip der Menschenrechte) zu erhalten.

1.4 Streit über eine mögliche Verschiebung in der relativen Bedeutung der zwei Säulen

Zwar wurden in den letzten Jahren bereits zahlreiche Beiträge geschrieben über der Frage, ob für einen angemessenen Minderheitenschutz die allgemeinen Menschenrechte und das Diskriminierungsverbot ausreichen, oder ob darüber hinaus besondere Rechte für Minderheiten notwendig sind ¹⁸, doch ist es nicht überflüssig, sich dieser Frage erneut zu widmen, da die jeweiligen Normen Konzepte und Begriffe enthalten, deren genauer Anwendungsbereich durch Interpretation definiert wird.

Dieser Anwendungsbereich ist nicht (zwangsläufig) statisch, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bereits häufig betont hat ¹⁹.

¹⁵ *Inter alia* C.C. O'Brien, 'What Rights Should Minorities Have?', in B. Whitaker (ed.), *Minorities: A Question of Human Rights?* (Oxford: Pergamon, 1984), 21; J. Raïkka (ed.), *Do we Need Minority Rights? Conceptual Issues* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1996); N.S. Rodley, 'Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments', (1995) *H.R.Q.*, 64.

¹⁶ Hilpold, 'Article 23', in M. Weller (ed.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the FCNM* (New York: OUP, 2005), 568.

¹⁷ Siehe auch H.J. Heintze, 'Article 1', in M. Weller (ed.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (New York: OUP, 2005), 86-87; P. Hilpold, 'Article 23', 568; T. Malloy, 'The Title and the Preamble', in M. Weller (ed.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the FCNM* (New York: OUP, 2005), 70-72; W. Schwimmer, 'Opening Speech', in *Filling the Frame* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005), 13.

¹⁸ Siehe *inter alia* die Verweise in den Fußnoten *supra* und *infra*.

¹⁹ Dass die Rechtsprechung außerdem auch nicht immer identisch interpretiert wird, wird deutlich durch die jeweils unterschiedliche Stoßrichtung der Artikel von Hoffmann sowie der Verfasserin.

Hier kann das Argument angeführt werden, dass, wenn bestimmte Entwicklungen in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der ersten Säule zugunsten der echten Gleichstellung und des Rechts auf Identität beobachtet werden können (also stärker werden und sich konsolidieren), dann könnte sich dies auf die relative Bedeutung der beiden Säulen beim Aufbau eines angemessenen Minderheitenschutzsystems auswirken. Bezüglich der zentralen Frage dieses Berichts bedeutet dies, dass bestimmte Auslegungen der Nichtdiskriminierung (auch bezüglich ihrer Reichweite) das Ergreifen von besonderen Maßnahmen für Minderheiten umfassen/zulassen oder sogar zu diesen verpflichten würden und daher ein großer Schritt nach vorne beim Gewähren von Minderheitenschutz wären.

1.5 Die besonderen Bedürfnisse von Minderheiten, (besondere) Minderheitsrechte und die relevanten Fragen zum Verhältnis zwischen Diskriminierungsverbot und Minderheitenschutz

Die folgenden besonderen Bedürfnisse von Minderheiten können alle auf die beiden zentralen Themen des Minderheitenschutzes bezogen werden, d. h. die tatsächliche oder reale, wirksame Gleichstellung und das Recht auf Identität, und sollten vor dem Hintergrund ihrer benachteiligten Position verstanden werden.

Da Minderheiten per Definition ein großes Interesse daran haben, ihre Identität zu bewahren und zu fördern, legen sie Wert auf die Anerkennung der Rechte von Minderheitssprachen (unter anderem in Bezug auf Behörden, die Anerkennung von Namen und topografischen Bezeichnungen) und das Recht auf einen eigenen Lebensstil. Die richtige Erhaltung und Förderung der Minderheitenidentität ist auch abhängig von der Art, wie Bildung organisiert ist (Unterrichtssprache, Religion in der Bildung, Kultur in der Bildung, allgemeinere Fragen des Lehrplans) sowie von den Medien (Zugang von Minderheiten zu den Medien, Minderheitensprachen in den Medien, Minderheitenprogramme usw.). Sicherlich ist der instrumentelle Wert von politischer Partizipation noch höher als der von Bildung und Medien. Die politische Partizipation hat potenziell einen sehr breiten Anwendungsbereich. Sicherlich lässt sich darunter auch die „Teilnahme an Entscheidungsfindung“ fassen, mit der nicht nur die Wahlsysteme und eine Stimme im Gesetzgebungsprozess gemeint sind, sondern auch die Repräsentation im öffentlichen Dienst, in Polizei und Justiz ²⁰.

Mit unterschiedlicher Deutlichkeit und Detailliertheit widmen sich die bestehenden minderheitenspezifischen Normen diesen spezifischen Belangen von Minderheiten sowie den zu Grunde liegenden Prinzipien der echten Gleichstellung und des tatsächlichen Rechts auf Identität. *Artikel 27 ICCPR* bleibt sehr allgemein und vage und sagt lediglich, dass Angehörigen von Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden sollte, ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen, ohne weitere Angaben zu machen, was dies implizieren könnte. Die Allgemeine Bemerkung des UNO-Menschenrechtsausschusses (HRC) Nr. 23 (zu Artikel 27) liefert etwas mehr Substanz und betont unter anderem, dass zur Kultur eine bestimmte Lebensweise gehört ²¹. Gemäß dem UNO-Menschenrechtsausschuss sind die Staaten verpflichtet, auch in den horizontalen Beziehungen zwischen Privaten positive Schutzmaßnahmen zu ergreifen ²². Der Menschenrechtsausschuss bemerkt außerdem, dass der tatsächliche Genuss der einzelnen Rechte aus Artikel 27 davon abhängt, wie eine Minderheitsgruppe ihre Kultur, Sprache oder Religion zu bewahren in der Lage ist. Diese Anerkennung der Gruppendimension des Minderheitenphänomens geht mit der Anerkennung einher, dass positive Maßnahmen von Staaten notwendig sein können, um die Identität einer Minderheit zu schützen ²³. Die Allgemeine Bemerkung unterstreicht auch, dass Artikel 27 ICCPR von den Nichtdiskriminierungsvorschriften des

²⁰ *Inter alia* K. Henrard, 'Participation', 'Representation', and 'Autonomy' in the Lund Recommendations and their Reflections in the Supervision of the FCNM and Several Human Rights Conventions', 12 *IJMG* 2005, 134-140.

²¹ UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 23 (Die Rechte von Minderheiten), Nr. 7

²² UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 23, Nr. 6.1.

²³ UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 23, Nr. 6.2.

ICCPR unterschieden werden sollte ²⁴, und dass dieser ein Recht einschlieÙe, das sich von allen anderen Rechten unterscheidet und zu denen hinzukommt, die sie als Menschen gemeinsam mit anderen gemäß dem Pakt bereits zu genießen berechtigt sind ²⁵, was nachweislich die Zwei-Säulen-Struktur anerkennt. Ähnliche Argumente können formuliert werden für die Aussage in Absatz 5.3 derselben Allgemeinen Bemerkung, dass die Sprachenrechte gemäß Artikel 27 ICCPR von den anderen (allgemeinen) Sprachen(Menschen)rechten im Pakt getrennt betrachtet werden sollten.

Die *UNO-Erklärung von 1992 über die Rechte von Angehörigen nationaler oder ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten* (UN-Minderheitenerklärung) ist zwar beeinflusst von Artikel 27 ICCPR, enthält aber ausführlichere Bestimmungen. Diese Erklärung hebt zum einen die Notwendigkeit der Verwirklichung einer umfassenden und wirksamen Gleichstellung und die daraus resultierenden positiven Verpflichtungen hervor ²⁶, zum anderen erwähnt sie ausdrücklich das Recht auf Teilnahme am kulturellen, religiösen, sozialen, wirtschaftlichen und öffentlichen Leben ²⁷, um auf nationaler und regionaler Ebene wirksam an Entscheidungen über die Minderheit, der sie angehören, mitzuwirken ²⁸, sowie verschiedene Bildungsthemen, die für Minderheiten von besonderer Relevanz sind ²⁹. Interessanterweise betont die Erklärung auch ausdrücklich die Bedeutung der vollständigen Beteiligung von Minderheiten angehörenden Menschen für den wirtschaftlichen Fortschritt und die Entwicklung in ihrem Land ³⁰.

Dieselben Themen (mit Ausnahme des zuletzt genannten) wurden auch in der *Kopenhagen-Erklärung* der OSZE von 1990 angesprochen ³¹. Darüber hinaus behandelt diese Erklärung das wichtige Thema der Verwendung von Minderheitensprachen in der Kommunikation mit den Behörden.

Kaum überraschend ist, dass das im Rahmen des Europarats ausgearbeitete Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten diese Themen in ähnlicher Weise aufgreift (auch hier wieder mit der Ausnahme, dass auf die vollständige Beteiligung von Minderheiten angehörenden Menschen am wirtschaftlichen Fortschritt und an der wirtschaftlichen Entwicklung nicht ausdrücklich verwiesen wird) ³². Es sollte jedoch anerkannt werden, dass das FCNM viel durchdachter ist als alle früheren Rechtsinstrumente zum Thema Minderheiten und darüber hinaus auch eine Bestimmung zu Namen und topografischen Angaben in der Minderheitssprache enthält ³³.

Ein weiteres typisches Merkmal des FCNM ist, dass es nicht nur besondere Minderheitsrechte umfasst, sondern auch ausdrücklich allgemeine Menschenrechte erwähnt, die für Minderheiten von besonderer Relevanz sind, indem es bestimmte Aspekte dieser Rechte verdeutlicht, die für Minderheiten von besonderer Bedeutung sind ³⁴. Allerdings muss hier wiederholt werden, dass die genaue Trennlinie zwischen allgemeinen Menschenrechten und besonderen Minderheitsrechten nicht völlig klar ist, da diese Linie von der jeweiligen Auslegung abhängt.

²⁴ UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 23, Nr. 4.

²⁵ UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 23, Nr. 1.

²⁶ UNO-Erklärung über die Rechte von Angehörigen nationaler oder ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten (Resolution 47/135 der UNO-Vollversammlung, nachfolgend: UN-Minderheitenerklärung), Artikel 4(1) und 4(2).

²⁷ UNO-Minderheiten-Erklärung, Artikel 2(2).

²⁸ UNO-Minderheiten-Erklärung, Artikel 2(3).

²⁹ UNO-Minderheiten-Erklärung, Artikel 4(3) und 4(4).

³⁰ UNO-Minderheiten-Erklärung, Artikel 4(5).

³¹ Dokument des Kopenhagener Treffens über die Menschliche Dimension der KSZE, 29. Juni 1990, §§ 31, 33, 34 und 35.

³² Rahmenabkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, 1. Februar 1995, SEV-Nr. 157 (nachfolgend FCNM), Art. 4, 5, 15, 12-14 und 10.

³³ FCNM, Artikel 11.

³⁴ Siehe FCNM, Artikel 7-9; 10(3); 12(3) und 13. Siehe auch K. Henrard, 'The added value of the FCNM: the two pillars of an adequate system of minority protection revisited', wird in Kürze erscheinen bei Intersentia in einem von B. de Witte et al herausgegebenen Band.

Welche Rolle die Auslegung spielt, ist für die spezifischen Normen für Minderheiten selbst ebenfalls entscheidend, da diese häufig mit Bedingungsklauseln versehen sind wie „wenn eine ausreichende Nachfrage vorhanden ist“, „gegebenenfalls“, „so weit wie möglich“, „wenn diese Menschen dies so verlangen“ und „wenn eine Anfrage dieser Art einem tatsächlichen Bedarf entspricht“, während die Verpflichtungen für Staaten häufig mit Wörtern wie „Bestreben, zu gewährleisten“ formuliert sind. Auf den ersten Blick scheinen diese Bestimmungen darauf hinzudeuten, dass die Verpflichtungen für die Staaten extrem schwach sind und den Staaten sehr viel Ermessensspielraum gelassen wird. Die Überwachungspraxis des Beratenden Ausschusses des FCNM zeigt dennoch, dass dieser Ermessensspielraum für die Staaten nicht so unbegrenzt ist, wie er scheint ³⁵. Ein ähnlicher Beleg für eine „starke“ Auslegung der bestehenden spezifischen Rechtsnormen für Minderheiten findet sich in verschiedenen von unabhängigen Experten formulierten und vom Hochkommissar für Nationale Minderheiten (HCNM) unterstützten Empfehlungen (und Leitlinien) ³⁶. Auch in diesen Empfehlungen werden mehrere der oben beschriebenen Themen aufgegriffen: Die Empfehlungen von Den Haag über Bildungsrechte von nationalen Minderheiten (1996), die Oslo-Empfehlungen über die sprachlichen Rechte nationaler Minderheiten (1998), die Lund-Empfehlungen über die wirksame Beteiligung nationaler Minderheiten am öffentlichen Leben (1999), die Leitlinien zur Verwendung von Minderheitensprachen in den Rundfunkmedien (2003) und die Empfehlung über die Sicherheit in multiethnischen Gesellschaften (2006) ³⁷.

Wie bereits betont wurde, sollte die Untersuchung der Frage, inwiefern Nichtdiskriminierungsnormen zum Minderheitenschutz beitragen können, im Hinblick auf die Öffnung hin zur echten Gleichstellung und zu Schutz und Förderung des Rechts auf Identität (und der verschiedenen relevanten oben genannten Themen) erfolgen. Dies kann wiederum in zwei breite Kategorien relevanter Fragen unterteilt werden: einerseits die Frage, inwiefern die Auslegung des Diskriminierungsverbots zu tatsächlicher Gleichstellung führt, und die Reichweite des Diskriminierungsverbots andererseits. Die erste Kategorie lässt sich erneut in mehrere Unterkategorien aufteilen ³⁸. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind in dieser Hinsicht die folgenden Themen besonders wichtig: die Anerkennung von mittelbarer Diskriminierung, die Bestimmung einer Pflicht zur Ungleichbehandlung im Sinne der Nichtdiskriminierung, eine breiter angelegte Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung und Gleichbehandlung und das Ergreifen von positiven Maßnahmen.

Bei der Bewertung des Verhältnisses zwischen positiven Maßnahmen und dem Verbot der Diskriminierung ist es entscheidend, dass festgestellt wird, dass mit „positiven Maßnahmen“ eine große Bandbreite von Maßnahmen gemeint ist, von denen einige auf die Verwirklichung von Chancengleichheit ausgerichtet sind, andere wiederum darüber hinausgehen und auf die Ergebnisgleichheit abzielen ³⁹. Zwar zielen positive Maßnahmen entschlossener auf echte Gleichstellung ab, doch sind sie häufig auch nicht unumstritten und werden mitunter (unter anderem

³⁵ *Inter alia* K. Henrard, 'Ever-increasing Synergy towards a Stronger Level of Minority Protection between Minority-Specific and Non-Minority Specific Instruments', *European Yearbook of Minority Issues* 2003/4, 19-20; R.M. Letschert, *The Impact of Minority Rights Mechanisms* (The Hague: TMC Asser Press, 2005), 168-169, 175.

³⁶ *Inter alia* Letschert, *The Impact of Minority Mechanisms...*, 73-74.

³⁷ Diese thematischen Empfehlungen sind abrufbar unter [<http://www.osce.org/hcnm/documents.html>].

³⁸ Siehe *inter alia* K. Henrard, 'Non-Discrimination and the Equality Principle', in M. Weller (ed.), *Jurisprudence Digest: Minority Protection*, erscheint bei OUP (Oktober 2006), 57 S. Siehe auch die beiden vor kurzem für den Europarat erstellten Berichte der Verfasserin: DH Min. (2006) 020 und DH Min. (2006) 021 zu den Auswirkungen internationaler Nichtdiskriminierungsnormen in Verbindung mit allgemeinen Menschenrechten auf den Minderheitenschutz (die EMRK sowie mehrere UNO-Konventionen).

³⁹ Siehe auch M. Bell & L. Waddington, 'Reflecting on Inequalities in European Equality Law', *EL Rev* 2003, 353; K. Wentolt, 'Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality', in T. Loenen & P.R. Rodriguez (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1999), 58-M. Bossuyt, Final Report to the UN Sub-Commission: *The Concept and Practice of Affirmative Action*, 61E/CN.4/Sub.2/2002/21. 8-9.

vom Europäischen Gerichtshof) negativ aufgefasst⁴⁰. Bevor die zweite Kategorie der einschlägigen Themen im Zusammenhang mit Nichtdiskriminierung und Minderheitenschutz näher beleuchtet wird, muss betont werden, dass mehrere dieser „Öffnungen hin zur echten Gleichstellung“, vor allem die mittelbare Diskriminierung und positive Maßnahmen, für den Gruppenaspekt ein besonderes Augenmerk mitbringen, weil sie ihren inhärenten Schwerpunkt auf Minderheiten als Gruppe legen⁴¹.

Angesichts der besonderen Bedeutung des Diskriminierungsverbots für Minderheiten scheint es selbstverständlich, dass es aus Sicht des Minderheitenschutzes besser wäre, je breiter die Reichweite des Diskriminierungsverbots wäre. Die Reichweite des Diskriminierungsverbots wird bestimmt von mehreren Faktoren, die unter „personeller und sachlicher Anwendungsbereich“ zusammengefasst werden können. Beim personellen Anwendungsbereich sollte unterschieden werden zwischen Diskriminierungsverboten mit einer offenen versus einer geschlossenen Liste verbotener (Diskriminierungs-)Gründe. Die Gründe, die für Minderheiten von spezieller Bedeutung sind, betreffen offensichtlich deren Identitätsmerkmale: Sprache, Religion und ethnische Herkunft/Rasse. Es sollte bereits an dieser Stelle hervorgehoben werden, dass die Systeme mit geschlossenen Diskriminierungsgründen durch die Verwendung von „mittelbarer Diskriminierung“ aufgebrochen werden können, insofern als eine Ungleichbehandlung aus einem nicht erfassten Grund als eine mittelbare Diskriminierung aus einem erfassten Grund betrachtet werden kann⁴². Eine zweite Dimension des personellen Anwendungsbereichs betrifft die Frage, ob das Verbot auf den öffentlichen Bereich begrenzt ist oder auch in den privaten Bereich hineinreicht. Der sachliche Anwendungsbereich wird von der Frage bestimmt, ob ein Verbot der Diskriminierung akzessorisch ist oder nicht. Ein zusätzliches Verbot der Diskriminierung ist dadurch eingeschränkt, dass die Diskriminierung nur bezüglich der anderen in diesem Rechtsinstrument enthaltenen Rechte verboten ist. Im Fall der EU ist das Diskriminierungsverbot (unabhängig davon, in welchem Rechtsinstrument es enthalten ist) immer begrenzt auf die Befugnisse und Kompetenzen, die der Union übertragen werden, und kann daher keinen allumfassenden Anwendungsbereich haben⁴³.

⁴⁰ *Inter alia* D. Caruso, 'Limits of the Classic Method: Positive Action in the EU after the New Equality Directives', *Harvard International Law Journal* 2003, 332; L. Waddington, 'The New Equality Directives: Mixed Blessings', in C. Costello & E. Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), 51; L. Waddington & M. Bell, 'More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives', *CML Rev* 2000, 601. Für Verweise auf sowie eine Diskussion über die einschlägige Rechtsprechung siehe *infra*.

⁴¹ *Inter alia* Caruso, 'Limits of the Classic Method ...', 357; Ch. McCrudden, 'Theorising Equality Law', in C. Costello & E. Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003) 23-24.

⁴² Ein prototypisches Beispiel wäre hier die Ungleichbehandlung von Teilzeit- und Vollzeitarbeitskräften, die auf den ersten Blick nicht unter das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse, des Geschlechts oder der Religion fallen würde. Wegen ihrer unverhältnismäßig negativen Auswirkung auf Frauen, die wesentlich häufiger in Teilzeit arbeiten, kann diese Art von Ungleichbehandlung jedoch als indirekte Geschlechterdiskriminierung umformuliert werden.

⁴³ *Inter alia* M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, (Oxford: OUP, 2002), 122-124; E. Ellis, *EU Anti-discrimination Law* (Oxford: OUP, 2005), 253-254.



Wim | 1992

Kapitel 2

Die Antirassismusrichtlinie

In diesem Kapitel soll keine umfassende Diskussion der Antirassismusrichtlinie erfolgen, sondern vielmehr die relevanten Fragen im Zusammenhang mit dem Schwerpunkt dieses Berichts, nämlich inwiefern die Antirassismusrichtlinie für Minderheiten und deren spezifische Bedürfnisse nützlich ist, aufgezeigt werden. Deshalb soll hier der Wortlaut der Richtlinie bewertet werden im Hinblick 1. auf eine Öffnung hin zu einer echten Gleichstellung und 2. auf den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots (im Zusammenhang mit dem Recht auf Identität und den damit verbundenen Themen) ⁴⁴. Es sollte darauf hingewiesen werden, dass zwar der Titel der Richtlinie auf den Grundsatz der Gleichbehandlung verweist, dieser in Artikel 2(1) jedoch mit dem Verbot der Diskriminierung gleichgestellt wird.

Da es noch keine Entscheidungen des EuGH gibt, die die tatsächliche Bedeutung der Bestimmungen der Antirassismusrichtlinie klärt, sollen hier auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung zum Verbot der Geschlechterdiskriminierung relevante Auslegungsfragen aufgezeigt und wahrscheinliche Szenarien skizziert werden. Es besteht allgemein Einigkeit darüber, dass der EuGH seine Argumentation im Zusammenhang mit anderen Gründen wie Rasse und ethnische Herkunft auf seiner Gender-Rechtsprechung basieren wird. So ist es ebenfalls anerkannt, dass es die Abweichungen, die bei den verschiedenen Gründen im Wortlaut enthalten sind, und die jeweiligen sozialen Zusammenhänge, möglicherweise unwahrscheinlich machen, dass die Entscheidungen genau so umgesetzt werden (können) ⁴⁵.

2.1 Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots: personeller und sachlicher Anwendungsbereich

2.1.1 Personeller Anwendungsbereich

Wie der vollständige Titel der Antirassismusrichtlinie deutlich macht, befasst sie sich mit der Gleichbehandlung unabhängig von Rasse oder der ethnischen Herkunft. Auffallend ist jedoch, dass weder die Richtlinie selbst noch die Begründung ⁴⁶ eine Definition dieser Begriffe enthält. In der Präambel findet sich lediglich der Hinweis, dass die Europäische Union Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurückweist. Da auch die „ethnische Herkunft“ ausdrücklich erwähnt wird, ist jedoch die Bedeutung der Antirassismusrichtlinie für ethnische Gruppen, also auch der ethnischen Minderheiten, offensichtlich und wird bestätigt durch den Hinweis auf ethnische Minderheiten in Erwägungsgrund 8. Dennoch ist kritisiert worden, dass diese Begriffe in der Antirassismusrichtlinie nicht definiert sind, weil dies unter anderem den Mitgliedstaaten in die Karten spielen würde, die die Existenz von Rassen (und Rassismus) als Begriff zurückweisen ⁴⁷.

⁴⁴ Angesichts der besonderen Bedeutung des Diskriminierungsverbots für den Minderheitenschutz sind Maßnahmen entscheidend, die zur Wirksamkeit des Schutzes beitragen (M. Bell, 'Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive', *European Law Journal* 2002, 393). In diesem Zusammenhang können mehrere Bestimmungen in der Antirassismusrichtlinie hervorgehoben werden, die eindeutig auf mehr Schutz vor Diskriminierung abzielen, wie etwa die Bestimmung zu einer Umkehrung der Beweislast (Artikel 8), wirksamen und abschreckenden Sanktionen (Artikel 8), zum Schutz gegen Viktimisierung (Artikel 9) und Rechtsschutz (Artikel 7). Hinsichtlich der Sorge um eine wirksame Durchführung ist ähnlich dazu die Verpflichtung gemäß Artikel 13 zur Einrichtung nationaler Stellen zur Förderung der Gleichbehandlung aller Menschen ohne Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft ebenso wichtig. Während diese Merkmale der Antirassismusrichtlinie als Teil eines allgemeinen Trends in den internationalen Nichtdiskriminierungs-Rechtsvorschriften gesehen werden können hin zur stärkeren Betonung der Verpflichtung der Staaten, bei rassistisch motivierter Ungleichbehandlung wirksame Abhilfen und Rechtsmittel bereitzuhalten (siehe auch McCrudden, 'International and European Norms regarding national legal remedies for racial inequality', in S. Fredman (ed.), *Discrimination and human rights – the case of racism* (OUP, 2001), 289), konzentriert sich dieser Bericht auf die wesentlicheren Fragen im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot, das an sich bereits eine große Bandbreite umfasst.

⁴⁵ *Inter alia* O. De Schutter, European Union Legislation and the Norms of the Framework Convention on the Protection of National Minorities, report for DH-MIN September 2006, under A.2.c; Ellis, *EU anti-discrimination law...*, 220.

⁴⁶ KOM(1999) 566 endg.

⁴⁷ F. Brennan, 'The Racial Equality Directive: Recycling Racial Inequality?', *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2004, 321.

Da Minderheiten anhand ihrer eigenen Sprache und/oder eigenen Religion definiert werden, ist wichtig, dass festgelegt wird, inwiefern Ungleichbehandlung aufgrund von Sprache oder Religion vom EuGH als mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse betrachtet wird. Die Tatsache, dass Religion als verbotener Diskriminierungsgrund in die Richtlinie 2000/78 aufgenommen und in der Antirassismusrichtlinie weggelassen wurde, macht es vielleicht schwieriger zu argumentieren, dass die Diskriminierung, die vor allem aufgrund von Religion stattfindet, auch als Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft gesehen werden kann⁴⁸. Dennoch wird in Erwägungsgrund 10 anerkannt, dass bei der Definition der ethnischen Herkunft die Religion eine Rolle spielen kann.

Was den personellen Anwendungsbereich anbelangt, muss betont werden, dass Erwägungsgrund 13 der Präambel ausdrücklich sagt, dass Staatsangehörige von Drittstaaten gemeint sind. Jedoch zeigt Artikel 3(2), dass die Staaten bei sensiblen Themen wie Einwanderung ängstlich werden, und potenziell problematische Ausnahmen gemacht werden. In Artikel 3(2) heißt es: „Diese Richtlinie betrifft nicht unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und berührt nicht die Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Menschen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder deren Aufenthalt in diesem Hoheitsgebiet sowie eine Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Menschen ergibt.“ Zu dem Ausschluss von Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit ist allgemein bekannt, dass es in den meisten Ländern Überschneidungen gibt zwischen ethnischer Herkunft (und Rasse) und ausländischer Staatsangehörigkeit. Daher könnten gezielte Einschränkungen aufgrund der Staatsangehörigkeit der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft gleichkommen. Sicherlich müssten diese Einschränkungen, sofern keine objektive und vernünftige Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegt, als mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse bezeichnet werden⁴⁹.

Insgesamt bleibt zu hoffen, dass Artikel 3(2) der Antirassismusrichtlinie vom EuGH eng ausgelegt wird, was der allgemeinen Regel bezüglich der Ausnahmen bei den Grundrechten entsprechen würde⁵⁰. Diese Regel der engen Auslegung sollte auch implizieren, dass es „Privaten und privaten Handlungen in einem Mitgliedstaat nicht erlaubt werden sollte, sich auf die Ausnahme der Diskriminierung aufgrund von Staatsangehörigkeit im ersten Satz von Artikel 3(2) zu berufen.“⁵¹ In Anbetracht der Tatsache, dass gemäß dem letzten Satz von Artikel 3(2) der Antirassismusrichtlinie die Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenloser Menschen ergibt, nicht berührt, ist es von entscheidender Bedeutung, dass hierbei keine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse akzeptiert wird⁵².

Auf die Frage, inwiefern das Verbot der Diskriminierung in den privaten Bereich hineinreicht, scheint es auf den ersten Blick eine klare und positive Antwort zu geben. In Artikel 3(1) heißt es ausdrücklich, dass die Antirassismusrichtlinie „für alle Menschen in öffentlichen und privaten Bereichen“ gilt. Allerdings muss dies im Lichte der vorausgeschickten Klausel „im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“ und der folgenden erschöpfenden Aufzählung der materiellen Anwendungsbereiche der Antirassismusrichtlinie betrachtet werden⁵³. Diskriminierung im rein privaten Bereich scheint nicht abgedeckt zu sein, was auch durch den Zusatz „für die Öffentlichkeit verfügbaren“ im Zusammenhang mit „Zugang zu und Lieferung von Waren und Dienstleistungen einschließlich Wohnen“ in Artikel 3(1) bekräftigt wird. Den genauen Umfang des Anwendungsbereichs der Antirassismusrichtlinie wird in dieser Hinsicht die Rechtsprechung des EuGH klären müssen.

⁴⁸ E. Guild, 'The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations', *Industrial Law Journal* 2000, 418.

⁴⁹ E. Guild, 'The EC Directive...', 210.

⁵⁰ E. Guild, 'The EC Directive...', 210.

⁵¹ G. Von Toggenburg, 'The Racial Equality Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe', *European Yearbook of Minority Issues*, 2001/2, 238.

⁵² *Inter alia* F. Brennan, 'The Racial Equality Directive: Recycling...', 325; Guild, 'The EC Directive...', 211.

⁵³ Auch in Artikel 3(1) Antirassismusrichtlinie. Für weitere Diskussion siehe *infra*.

2.1.1 Sachlicher Anwendungsbereich

Die Antirassismusrichtlinie hat einen bekanntermaßen breiten materiellen Anwendungsbereich, der entschlossen über den Beschäftigungsbereich hinausgeht und scheinbar die meisten Bereiche des Regierungshandelns im Wohlfahrtsstaat abdeckt ⁵⁴. Jedoch scheint es zwischen der begrenzten Zuständigkeitsbasis der Gemeinschaft, auf die im ersten Satz von Artikel 3(1) verwiesen wird, („im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten“), und einigen der Bereiche wie Wohnen, Bildung und Gesundheitswesen, die anschließend aufgezählt werden, eine gewisse Spannung zu geben ⁵⁵. Außerdem ist der genaue Anwendungsbereich anderer Gebiete wie „soziale Vorteile“ und „Zugang zu und Lieferung von der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Waren und Dienstleistungen, einschließlich der Wohnung“ alles andere als klar.

Die Reichweite der „sozialen Vorteile“ ist potenziell sehr umfassend. Die Begründung zur Antirassismusrichtlinie verweist ausdrücklich auf Artikel 7 der Verordnung 1612/68 und auf die damit zusammenhängende Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit von Arbeitnehmern. Auf den ersten Blick scheinen mit diesem Begriff finanzielle Beiträge gemeint zu sein, die sowohl private als auch öffentliche Einrichtungen für die wirtschaftliche Integration leisten. Die Rechtsprechung des EuGH hat jedoch gezeigt, dass das Ziel der „sozialen Vorteile“ *de facto* die Förderung von Integration ist, nicht nur wirtschaftlich, sondern auch sozial und sogar kulturell. Finanzielle Maßnahmen, die den Zugang zu Bildung und kulturellen Aktivitäten ermöglichen, und ganz allgemein das übergeordnete Ziel der Integrationsförderung im Wohnsitzland, sind natürlich auch relevant für Minderheiten, obwohl diese Mittel vielleicht keinen direkten Bezug zu dem Recht von Minderheiten auf Identität haben ⁵⁶.

Mit großer Spannung erwartet wird die Auslegung durch den EuGH des Begriffs „soziale Vorteile“ im Kontext des Diskriminierungsverbots aufgrund der Rasse, und *unter anderem* die Frage, ob und in welchem Ausmaß das Gericht bereit sein wird, angesichts ihrer Bedeutung für das übergeordnete Ziel der Integration, auch sprachliche Rechte (und nicht nur finanzielle Leistungen) im Zusammenhang mit Behörden und Medien (usw.) als soziale Vorteile zu sehen. Tatsächlich ist die verwendete Sprache häufig ein wichtiger Faktor, von dem abhängt, ob der Zugang zu einer Dienstleistung oder einer Ware tatsächlich und echt ist ⁵⁷.

Schließlich fällt die Frage, wie weit die „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Dienstleistungen“ gehen, in den Bereich der Spekulation. Besonders relevant sind hier die Fragen, inwiefern hier auch die Überwachung (wenn

⁵⁴ Ch. Brown, 'The Racial Equality Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe', *Yearbook of European Law* 2002, 213. Hier wird unterstrichen, dass verschiedene für die Integration von Minderheiten wichtigen Bereiche des täglichen Lebens abgedeckt sind.

⁵⁵ Angesichts der begrenzten Gesetzgebungsbefugnisse, die der Gemeinschaft in den Bereichen Gesundheitswesen, Bildung und Wohnen und Sozialfürsorge zustehen, ist es fraglich, inwiefern die Gemeinschaft den Mitgliedstaaten Verpflichtungen zur Bekämpfung von Diskriminierung auferlegen kann (*inter alia* M. Bell, 'Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive'... 386-390; Brown, 'The Racial Equality Directive...', 214. Zu beachten ist jedoch, dass argumentiert wurde, dass Artikel 13 EGV, die Vertragsgrundlage für die Antirassismusrichtlinie, eine funktionale Kompetenzgrundlage sei, womit ermöglicht würde, dass in Politikbereichen, über die eigentlich die Mitgliedstaaten entscheiden, Einschränkungen vorgeschrieben werden können. Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse müsste beachtet werden, wenn die Mitgliedstaaten (in welchem Bereich auch immer) ihre Befugnisse ausüben: A.P. van der Meij, 'Het Verbod van Onderscheid op grond van Ras bij Sociale Bescherming en Sociale Voordelen', *CGB Oordelenbundel* (Utrecht: CGB, 2005), 188.

⁵⁶ Brown, 'The Racial Equality Directive ...', 213-214; van der Meij, 'Het Verbod van Onderscheid op grond van Ras...', 186-189. Siehe EuGH, Cristini, C-32/75 und sogar EuGH, C-207/78.

⁵⁷ Siehe auch *supra* zu den Pflichten, die sich aus dem Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der Rasse ergeben. Dies hat ähnliche Auswirkungen auf den Zugang zu der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Waren und Dienstleistungen.

überhaupt) fällt ⁵⁸, inwiefern die politische Partizipation in (anderen) öffentlichen Institutionen dazugehören würde, ob dies die von bestimmten Staaten auferlegten „Integrationsverpflichtungen“ beeinflussen würde, usw.

2.2 Öffnung hin zur echten Gleichstellung?

Vor der Untersuchung der Bestimmungen der Antirassismusrichtlinie erscheint es angebracht zu sein, darauf hinzuweisen, dass weitgehend Einigkeit darüber herrscht, dass das Verbot der Diskriminierung keine identische Behandlung erfordert, mit anderen Worten: Nicht jede Ungleichbehandlung ist gleichbedeutend mit einer verbotenen Diskriminierung ⁵⁹. Folglich ist es wichtig zu wissen, welche Kriterien verwendet werden, um zu bestimmen, ob eine Ungleichbehandlung einer verbotenen Diskriminierung gleichkommt, oder mit anderen Worten, was eine zulässige Begründung für eine Ungleichbehandlung ist. Zunächst einmal ⁶⁰ kann gesagt werden, dass eine Ungleichbehandlung einer verbotenen Diskriminierung gleichkommen würde, wenn bzw. solange keine vernünftige und objektive Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung vorliegt ⁶¹. Eine solche Rechtfertigung ist häufig weiter unterteilt in das Kriterium eines legitimen Ziels und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im weiten Sinn umfasst mindestens zwei Komponenten ⁶². Zunächst erfordert die Verhältnismäßigkeit, dass das legitime Ziel einerseits und die Ungleichbehandlung (sowie die zugrunde liegenden Interessen, die sie stört) andererseits in einem vernünftigen Verhältnis stehen. Mit anderen Worten sollte die Ungleichbehandlung nicht über das hinausgehen, was notwendig ist, um das Ziel zu erreichen ⁶³. Die erste Komponente wird auch Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne genannt. Ein spezifischerer Aspekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die Subsidiaritätsprüfung. Mit diesem Test ist gemeint, dass untersucht wird, ob es keine Alternativen gibt, die das gewünschte legitime Ziel erreichen können und dabei weniger in das Recht auf Gleichbehandlung eingreifen.

Damit ist schon geklärt, dass nicht alle Ungleichbehandlungen und somit nicht alle speziellen Minderheitsbestimmungen zwangsläufig gegen das Verbot der Diskriminierung verstoßen. Dieses Verständnis des Diskriminierungsverbots impliziert somit an sich eine Öffnung hin zur echten Gleichstellung. Es ist aber vielleicht offensichtlich, dass vieles davon abhängt, wie streng diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist, was wiederum unter anderem davon abhängt, wie genau die Untersuchung durchgeführt wird ⁶⁴.

Es sollte betont werden, dass im Sinne der EU-Rechtsprechung die oben erwähnte allgemeine Rechtfertigungsmöglichkeit nur bei der mittelbaren Diskriminierung zugelassen ist. Direkte Ungleichbehandlung gilt nur dann als zulässig (da sie nicht einer verbotenen Diskriminierung gleichkommen würde), wenn es einen ausdrücklichen Grund in den Verträgen oder im abgeleiteten Recht gibt, und darüber hinaus das Kriterium des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfüllt wäre ⁶⁵. Angesichts der Tatsache, dass die Antirassismusrichtlinie nur zwei Ausnahmen

⁵⁸ Sie auch Ch. Brown, 'The Racial Equality Directive: ...', 215. Für einen umfassenden Überblick über relevante Dimensionen der Überwachung im Zusammenhang mit Minderheiten, siehe Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies (The Hague: HCNM, 2006).

⁵⁹ Für eine ausführlichere Analyse der verschiedenen universellen und regionalen Nichtdiskriminierungsvorschriften sowie die begleitende (Quasi-)Rechtsprechung der Überwachungsorgane siehe K. Henrard, 'Non-Discrimination and the Equality Principle'..., 14-18. Siehe *inter alia* Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 18, §§ 8 und 13.

⁶⁰ Siehe *infra* für die besondere Stellung der EG-Rechtsvorschriften in diesem Zusammenhang sowie für die verschiedenen Einzelheiten, die bei diesem Verständnis des Diskriminierungsverbots gemacht wurden.

⁶¹ UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 18, Nr. 13.

⁶² J.H. Gerards, Rechterlijke Toetsing aan het Gelijkheidsbeginsel (The Hague: Sdu, 2002), 102.

⁶³ EGMR, Karner vs. Österreich (24. Juli 2003), Nr. 41.

⁶⁴ J.H. Gerards, Rechterlijke Toetsing aan het Gelijkheidsbeginsel..., 79-84.

⁶⁵ Jedoch ist anzumerken, dass sich diese enge Möglichkeit der direkten Ungleichbehandlung teilweise als unvernünftig erwiesen hat, weil sie zu einer Diskussion über die (begrenzte) Möglichkeit der Rechtfertigung von unmittelbarer Diskriminierung geführt hat (siehe *inter alia* Ellis, *EU Anti-Discrimination Law...*, 111-113).

zum Verbot der unmittelbaren Diskriminierung zulässt⁶⁶, ist der Schutz gegen ausdrückliche Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft beträchtlich⁶⁷.

2.2.1 Mittelbare Diskriminierung

Trotz der Tatsache, dass es völkerrechtlich keine allgemein akzeptierte Definition der mittelbaren Diskriminierung gibt, existiert ein breites Verständnis des Kerns dieses Konzepts, bei dem es um Maßnahmen geht, die sich, ohne aus einem bestimmten Grund ausdrücklich unterschiedlich vorzugehen, ohne objektive Begründung (wahrscheinlich) unverhältnismäßig auf eine Gruppe auswirken, die anhand von diesem Grund definiert wurde⁶⁸.

Es gibt sicherlich zwei miteinander zusammenhängende Gründe, warum die mittelbare Diskriminierung für Minderheiten und einen angemessenen Minderheitenschutz relevant ist. Zunächst einmal – und dies ist bereits in der Beschreibung des Phänomens enthalten, reflektiert das Verbot der mittelbaren Diskriminierung eine Besorgnis um die tatsächliche Realität oder besser um die tatsächliche Auswirkung bestimmter politischer Maßnahmen und Vorschriften. Wenn die Auswirkungen einer auf den ersten Blick neutralen Regel insofern unverhältnismäßig sind, als diese ohne eine vernünftige und objektive Begründung eine ungleiche negative Auswirkung auf eine bestimmte Gruppe hat, wäre dies gesetzeswidrig. Mit anderen Worten: Das Verbot dieser mittelbaren Diskriminierung neigt dazu, zur Verwirklichung der vollständigen oder echten Gleichstellung beizutragen, die für Minderheiten von entscheidender Bedeutung ist. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung neigt ferner dazu, die Berücksichtigung der Vielfalt stärker zu unterstützen, indem es zeigt, dass dem Anschein nach neutrale Kriterien *de facto* die vorherrschende Kultur begünstigen⁶⁹. Ein zweiter Grund, warum dieses Verbot der mittelbaren Diskriminierung wichtig ist, ist der darin enthaltene Schwerpunkt auf Gruppen, wie auch aus der oben angeführten Beschreibung hervorgeht.

Inwiefern ein Rechtssystem Schutz gegen mittelbare Diskriminierung bietet, hängt sicherlich von mehreren Fragen ab, wie z. B., ob der Begriff der mittelbaren Diskriminierung anerkannt ist, und was für einen Fall von dem Anschein nach mittelbarer Diskriminierung erforderlich ist⁷⁰. In den EG-Gleichstellungsvorschriften wurde der Begriff „mittelbare Diskriminierung“ bereits früh angenommen. Die Rechtsprechung des EuGH hat mehrfach anerkannt, dass der Begriff der mittelbaren Diskriminierung für einen wirksamen Schutz gegen Diskriminierung sehr wichtig ist. In Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH gab es jedoch verbreitet Verwirrung und Ungewissheit⁷¹.

⁶⁶ Siehe Artikel 4 der Antirassismusrichtlinie über wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen und Artikel 5 über positive Maßnahmen. Während die Formulierung von Artikel 5 offenbar tatsächlich noch positive Maßnahmen als eine Ausnahme zum Grundsatz der Gleichbehandlung bezeichnet, scheint aus den nachfolgenden Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen ein Abweichen von dieser Position deutlich zu werden, siehe *infra*.

⁶⁷ Dies kann auch als Beweis für ein hohes Maß an Genauigkeit bei dem jeweiligen Grund für die Ungleichbehandlung gewertet werden. Zwar erscheint dieses hohe Maß an Genauigkeit für Minderheiten nützlich, doch könnte dies anders sein, wenn man bei den positiven Maßnahmen zugunsten von Minderheiten ein ähnlich hohes Maß an Genauigkeit gelten lässt.

⁶⁸ Vgl. S. Joseph, J. Schultz und M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary* (Oxford, 2004), 694 mit C. Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC law* (Antwerp, 2005), 57. Inhaltlich scheint es nicht hilfreich, zwischen verschiedenen Formen der mittelbaren Diskriminierung eine strikte Unterscheidung zu machen, wie dies von de Schutter vorgeschlagen wurde (Das Diskriminierungsverbot nach dem Europäischen Menschenrechtsgesetz: Seine Bedeutung für die „Rassengleichbehandlungsrichtlinie“ und die Richtlinie zur Gleichbehandlung in der Beschäftigung [Europäische Kommission, 2005], 16) zwischen Maßnahmen, die sich ungleich auswirken und Maßnahmen, die an sich für Mitglieder von bestimmten Kategorien nachteilig erscheinen, sich aber (noch) nicht unterschiedlich ausgewirkt haben.

⁶⁹ Fredman, *Introduction* ..., 24.

⁷⁰ Ein dritter Faktor ist die Frage, wie die Begründungen von den Regierungen bewertet werden (welches Maß an Genauigkeit dabei gilt).

⁷¹ Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*..., 91; Tobler, *Indirect Discrimination*..., 239.

Die Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechterdiskriminierung wurde insbesondere in Artikel 2(2) der Beweislastrichtlinie kodifiziert (Richtlinie 97/80/EG des Rates über die Beweislast im Falle der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts) und fragte nach einem Beleg für den tatsächlichen Unterschied, wobei dieser „Unterschied“ eine „Benachteiligung in einem wesentlich höheren Maße“ bedeuten müsste ⁷². Die Definition der mittelbaren Diskriminierung in der Antirassismusrichtlinie (Artikel 2(2)(b)) stellt in mehrerlei Hinsicht eine Verbesserung dar, da sie die (Beweis-)Last für das Opfer (den Kläger) erleichtert ⁷³. Zunächst ist das erforderliche Maß an ungleicher Auswirkung dadurch gesenkt worden, dass nicht mehr auf spezifische Verhältnismäßigkeiten verwiesen wird. Es genügt, dass es um eine „besondere Benachteiligung“ geht. Außerdem – und das ist wirklich ein bemerkenswerter Fortschritt – ist es nicht mehr notwendig zu beweisen, dass diese Benachteiligung tatsächlich passiert ist ⁷⁴. Es reicht aus, dass die Maßnahme so gestaltet ist, dass sie eine bestimmte Gruppe besonders benachteiligen kann. Dies scheint den Bedarf an statistischen Beweisen im Sinne der EG-Rechtsvorschriften zu leugnen, was im Zusammenhang mit Rasse oder ethnischer Herkunft besonders wichtig ist, da hier Statistiken wahrscheinlich nicht verfügbar sind ⁷⁵.

Leider gibt Erwägungsgrund 15 der Richtlinie an, dass in der einzelstaatlichen Gesetzgebung oder in Verfahren nach wie vor „insbesondere vorgesehen sein (kann), dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist.“ Dies impliziert sicherlich, dass die Richtlinie der einzelstaatlichen Gesetzgebung weiterhin erlaubt, statistische Beweise zu verlangen ⁷⁶.

Inwiefern dieser neue Ansatz bei der mittelbaren Diskriminierung tatsächlich für Opfer Erleichterung bringt und zu mehr Schutz gegen mittelbare Diskriminierung führt, wird die zukünftige Rechtsprechung des EuGH zeigen ⁷⁷.

⁷² Ebd., 283-284.

⁷³ Der Rechtfertigungstest in der Antirassismusrichtlinie zeigt auch offensichtlichere Parallelen mit dem oben skizzierten allgemeinen Rechtfertigungstest. Der Rechtfertigungstest in der Beweislastrichtlinie hieß „es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“, während der Rechtfertigungstest in der Antirassismusrichtlinie folgendermaßen lautet: „es sei denn, die betreffenden Vorschriften (...) sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

⁷⁴ Gegen de Schutter (The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law..., 7 und sein Bericht für DH-MIN 2006, 6), der betont, dass die Diskriminierung durch unterschiedliche Auswirkung in der Antirassismusrichtlinie nicht mehr ausdrücklich in der Definition von mittelbarer Diskriminierung enthalten ist, während die neue Formulierung wie ein Versuch (und nur so) verstanden werden sollte, die Beweislast für die Opfer zu erleichtern. Siehe auch Ellis, *Anti-Discrimination Law...*, 94; Waddington & Bell, 'More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives', 38 *Common Market Law Review* 2001, 593-594.

⁷⁵ Ellis, *EU Anti-Discrimination Law...*, 94; E. Guild, 'The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations', *Industrial Law Journal* 2000, 20; Tobler, *Indirect Discrimination ...*, 287. Siehe auch D. Houtzager, *Changing Perspectives: Shifting the Burden of Proof in Racial Equality Cases* (Brussels: ENAR, 2006), 11.

⁷⁶ Tobler, *Indirect Discrimination...*, 287-288. Allerdings ist zu beachten, dass dieser Satz auch unterschiedlich ausgelegt werden kann: Es kann die Tatsache betont werden, dass es nur erlaubt, jedoch nicht erforderlich ist, dass Staaten statistische Daten als zulässigen Beweis akzeptieren (T. Makkonen, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* [Luxemburg: European Communities, 2007], 29).

⁷⁷ Es ist anzumerken, dass dieser neue Ansatz bei der mittelbaren Diskriminierung auch in die Überprüfung der Gleichbehandlungsrichtlinie von 2002 aufgenommen wurde (Artikel 2(2) der Richtlinie 76/207, wie geändert durch Richtlinie 2002/73). Daher werden die Auslegungen des EuGH zu diesen Bestimmungen auch die Bedeutung des ähnlichen Ansatzes in der Antirassismusrichtlinie beleuchten. Für eine Bewertung dieser Definition in der Gleichbehandlungsrichtlinie als Vereinfachung der Beweislast durch das Opfer mit einem dennoch starken Gruppenfokus siehe M. Finlay, 'Indirect Discrimination and the Article 13 Directives', in C. Costello & E. Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), 150.

2.2.2 Pflicht zur Ungleichbehandlung?

Eine Pflicht zur Ungleichbehandlung hinsichtlich der Forderungen der Gleichstellung lässt sich auf die Formel von Aristoteles zurückführen, nach der ungleiche Dinge ungleich behandelt werden sollten, entsprechend ihrer Unterschiedlichkeit. Die hierbei zugrunde liegende Vision der Gleichstellung ist eindeutig die echte Gleichstellung. Da in letzter Zeit im Zusammenhang mit Nichtdiskriminierung eine solche Pflicht zur Ungleichbehandlung aufgezeigt wird⁷⁸, würde diese Entwicklung ebenfalls eine Öffnung hin zur tatsächlichen, echten oder vollständigen Gleichstellung implizieren.

Es ist gängige Praxis in der Rechtsprechung des EuGH sowohl beim allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung, den er in seiner Rechtsprechung entwickelt hat, und von dem argumentiert wird, dass er in der Antirassismusrichtlinie⁷⁹ enthalten sei, als auch beim Verbot der Diskriminierung, dass, wenn Menschen sich in wesentlich voneinander abweichenden Situationen befinden, sie auch unterschiedlich behandelt werden sollten, es sei denn, dass die „Gleichbehandlung“ durch die Verfolgung eines legitimen Zieles sachlich gerechtfertigt, angebracht und notwendig ist, um dieses Ziel zu erreichen⁸⁰.

Es sollte angemerkt werden, dass es eine sehr enge bzw. sogar untrennbare Beziehung zwischen dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung und der Pflicht zur Ungleichbehandlung zu geben scheint, die sich aus dem Verbot der Diskriminierung ergibt⁸¹. Da keine unterschiedlichen Regeln für Menschen in deutlich voneinander abweichenden Situationen angewandt würden, hätte die Anwendung der neutralen Regeln (wahrscheinlich) tatsächlich eine unverhältnismäßige negative Auswirkung auf die betreffende Gruppe und würde somit einer mittelbaren Diskriminierung gleichkommen.

Der berühmte *Groener*-Fall zeigte bereits, dass eine allgemeine Anwendung von sprachlichen Anforderungen (die die Freizügigkeit von Arbeitskräften beeinflussen) als mittelbar diskriminierend aufgrund der Staatsangehörigkeit betrachtet werden können, wenn diese Anforderungen kein rechtmäßiges Ziel verfolgen und/oder für das Erreichen dieses Ziels nicht angemessen sind⁸². Laut de Schutter kann aus der Definition der mittelbaren Diskriminierung in Artikel 2(2)(b) der Antirassismusrichtlinie eine ähnliche Verpflichtung, Situationen, die deutlich voneinander abweichen, unterschiedlich zu behandeln, abgeleitet werden⁸³.

In diesem Zusammenhang muss betont werden, dass Arbeitgeber aufgrund von Artikel 5 der Richtlinie zur Gleichstellung in der Beschäftigung eine Verpflichtung zum Treffen von geeigneten Vorkehrungen für Bewerber oder Arbeitnehmer mit einer Behinderung haben. Zwar enthält diese Richtlinie keine ähnliche Bestimmung über Menschen, die einer religiösen Minderheit angehören⁸⁴, und die Antirassismusrichtlinie enthält keine Bestimmung zu geeigneten Vorkehrungen für die spezifischen Bedürfnisse von Mitgliedern bestimmter ethnischer Gruppen,

⁷⁸ Siehe auch *infra* zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und seinem Urteil im Fall *Thlimmenos* vs. Griechenland.

⁷⁹ Siehe auch, allerdings zum Thema Richtlinie zur Gleichstellung im Bereich Beschäftigung (Richtlinie 2000/78/EG): EuGH F-144/4, *Mangold* vs. *Helm*, §§ 74-75.

⁸⁰ Rechtss. C-56/94, *SCAC* [1995] ECR I-1769, § 27; Rechtss. C-15/95, *EARL de Kerlast* [1997] ECR I-1961, § 35; Rechtss. C-354/95, *National Farmers Union* und andere [1997] ECR I-4559, § 61; C-292/97, *Karlsson* [2000] ECR I-2737, § 39. Siehe auch E. Guild, 'The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations', *Industrial Law Journal* 2000, 419. Siehe jedoch J.H. Gerards, *Rechterlijke Toetsing aan het Gelijkeheidsbeginsel* (The Hague: Sdu, 2002), 229.

⁸¹ Siehe *Fredman*, Introduction... 32-36, der die Frage, „wann ein Staat zwischen verschiedenen Gruppen unterscheiden soll“ vollständig durch das Prisma der mittelbaren Diskriminierung oder der unverhältnismäßigen/unterschiedlichen Auswirkung erörtert. Siehe auch *Tobler*, *Indirect Discrimination...*, 218.

⁸² Rechtss. C-379/87, *Groener* [1989] ECR 1967, §§ 19 und 23.

⁸³ De Schutter, Report for DH-MIN 2006..., 7.

⁸⁴ Siehe *infra* zum Verhältnis der Begriffe „Religion“ und „Rasse“.

doch könnte die Verpflichtung zur Ungleichbehandlung, die aus dem Verbot der (mittelbaren) Diskriminierung abgeleitet werden kann, einen großen Schritt hin zum Schließen dieser Lücke darstellen ⁸⁵. Interessanterweise war der EuGH schon im Jahre 1976 bereit, eine Verpflichtung zur vernünftigen Berücksichtigung religiöser Minderheiten bei der Annahme allgemein anwendbarer Maßnahmen, wie es sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Gleichstellung ergibt, zu akzeptieren ⁸⁶.

Wichtig ist hier festzustellen, dass diese Art von unterschiedlichen Maßnahmen nicht zwangsläufig zeitweilige Sondermaßnahmen sind (im Gegensatz zu positiven Maßnahmen ⁸⁷) ⁸⁸. Angesichts der Notwendigkeit einer dauerhaften Ungleichbehandlung zum Schutz und zur Förderung einer eigenen Identität von Minderheiten ist diese Rechtsprechungslinie besonders relevant für Minderheiten beispielsweise in Bezug auf sprachliche Rechte im Verkehr mit Behörden.

2.2.3 Positive Maßnahmen

Zunächst muss gesagt werden, dass es keine einheitliche Definition der Begriffe „positive Maßnahmen“ bzw. „affirmative action“ gibt, ⁸⁹ von dem Verhältnis dieser beiden Begriffe untereinander ganz zu schweigen. Manchmal gelten positive Maßnahmen als die breiter gefasste Kategorie, zu der auch die *affirmative action* zählt. Bisweilen wird die *affirmative action* als größere Kategorie gesehen ⁹⁰. Während sich beide Begriffe auf „Sondermaßnahmen“ beziehen, die darauf abzielen, gegen historische und/oder strukturelle Benachteiligungen vorzugehen und ein höheres Maß an echter oder tatsächlicher Gleichstellung zu erreichen, scheint die Grundsatzfrage zu sein, inwiefern diese Maßnahmen im Bereich der „Chancengleichheit bleiben oder darüber hinaus bis zum Bereich der „Ergebnisgleichheit“ reichen, der tendenziell umstritten ist ⁹¹. In diesem Bericht soll der Begriff „positive Maßnahmen“ als ein übergeordnetes Konzept verwendet werden. Es sollte darauf hingewiesen werden, dass „positive Maßnahmen“ nicht zwangsläufig auf den Ausgleich von historischen Vorteilen beschränkt sind, sondern auch eher präventive Maßnahmen umfassen können, die auf Arbeitnehmer, Studierende usw. abzielen, die repräsentativ sind für die Vielfalt in der Bevölkerung eines Staates. Zum Ziel, historische und/oder strukturelle Benachteiligungen anzugehen, gehört in jedem Fall auch die Aufmerksamkeit für Gruppen und die Aufnahme des Gruppen-Gerechtigkeitsmodells ⁹².

⁸⁵ *Inter alia* De Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law...*, 39 und 45-46.

⁸⁶ EuGH, Rechtssache C-130/75, *Viven Prais vs. Rat der Europäischen Gemeinschaften* [1976] Slg. 1589, § 19, bei der das Gericht eine Pflicht herausstellt, vernünftige Schritte zu unternehmen, um zu vermeiden, dass ein Datum für eine Prüfung (Auswahlverfahren für einen Arbeitsplatz) so festgelegt wird, dass es für eine Person einer bestimmten religiösen Überzeugung unmöglich wäre, an der Prüfung teilzunehmen, aber nur, wenn die Behörde im voraus über diese Anforderung informiert wurde.

⁸⁷ Angesichts der zögerlichen Haltung des EuGH zum Thema positive Maßnahmen (siehe jedoch sofort die folgende Analyse), ist es eher unwahrscheinlich, dass der EuGH bereit ist, die „Pflichten zur Ungleichbehandlung“ für Menschen in deutlich voneinander abweichenden Situationen auf die Pflicht zum Ergreifen von positiven Maßnahmen auszudehnen.

⁸⁸ M. Freeman, 'Temporary Special Measures: How Long is Temporary and What is Special?', in I. Boerefijn et al (eds.), *Temporary Special Measures* (Antwerp, 2003), 100.

⁸⁹ Zahlreiche andere Begriffe werden auch verwendet, mit denen etwas Ähnliches gemeint ist, wie etwa „zeitweilige Sondermaßnahmen“, „positive Diskriminierung“ usw. Siehe auch Ch. McCrudden, 'International and Legal Norms Regarding National Legal Remedies for Racial Equality', in S. Fredman (ed.), *Discrimination and Human Rights: the Case of Racism* (Oxford, 2001), 277.

⁹⁰ Vgl. Hierzu Caruso, 'Limits of the Classic Method...', 332 mit McCrudden, 'Rethinking Positive Action', 1986 *ILJ*, 219.

⁹¹ Für eine genauere Sicht der Chancengleichheit siehe Bell und Waddington, 'Reflecting on Inequalities in European Equality Law'..., 353. Siehe auch die Thematische Bemerkung Nr. 3 des EU-Netztes unabhängiger Sachverständiger im Bereich Grundrechte, April 2005, 25, wo es heißt, Sondermaßnahmen für mehr Chancengleichheit wären die „affirmative action“ oder „positive Maßnahmen“, sie wären jedoch vielmehr die zweite Seite der Medaille des Verbots der mittelbaren Diskriminierung.

⁹² Caruso, 'The Limits of the Classic Method...', 357; Waddington & Bell, 'Reflecting on inequalities in European Equality Law...', 354-355.

Es wird allgemein angenommen, dass die äußeren Grenzen der rechtmäßigen positiven Maßnahmen vom Verbot der Diskriminierung bestimmt werden ⁹³. Im Hinblick auf das allgemeine Rechtfertigungsmodell würde dies ein rechtmäßiges Ziel erfordern und Maßnahmen, die für dieses Ziel angemessen sind. Während das rechtmäßige Ziel von positiven Maßnahmen gegeben zu sein scheint, nämlich zum Erreichen der echten Gleichstellung beizutragen, müssen die jeweiligen Maßnahmen zusätzlich dazu auch noch verhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit ist hier normalerweise der strittigste Faktor, und die Situation bei den EG-Rechtsvorschriften wird weiterhin von der Tatsache kompliziert, dass für direkte Ungleichbehandlung eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich ist.

Der eher restriktive Ansatz des EuGH im Zusammenhang mit positiven Maßnahmen im Bereich der EG-Rechtsvorschriften zur Geschlechtergleichstellung ist bereits umfassend bewertet worden ⁹⁴. Bis jetzt gibt es keine Gerichtsentscheidung zu positiven Maßnahmen im Zusammenhang mit der Antirassismusrichtlinie oder irgendeiner der anderen gesetzlichen Bestimmungen aus der Zeit nach 1999 ⁹⁵. Die bestehende Rechtsprechung bezieht sich faktisch ausschließlich ⁹⁶ auf Artikel 2(4) der Gleichstellungsrichtlinie ⁹⁷ vor ihrer Änderung im Jahre 2002. In dieser Entscheidung werden positive Maßnahmen als Ausnahmen zum Grundsatz der formalen Gleichbehandlung betrachtet und daher trotz der Öffnungsklausel in Artikel 2(4) restriktiv ausgelegt. Das relevanteste Urteil in dieser Hinsicht findet sich in den Fällen *Kalanke* und *Marschall*. Das Gericht entschied, dass die positive Maßnahme, um die es im Fall *Kalanke vs. Hansestadt Bremen* ging, rechtswidrig war, weil sie Frauen automatisch bevorzugte, wenn diese gleich qualifiziert waren wie Männer ⁹⁸. Im Fall *Marschall vs. Land Nordrhein Westfalen* fügte das Gericht ein wichtiges Kriterium hinzu, indem es darauf hinwies, dass ein staatliches Gesetz, das eine Frau in einer gleichen Situation bevorzugt, zulässig ist, solange alle betreffenden Kriterien eines offensichtlich gleichermaßen qualifizierten Mannes berücksichtigt werden ⁹⁹. Mit anderen Worten ist eine Quote (beim Zugang zu Beschäftigung) nur zulässig, sofern sie eine Klausel enthält, die garantiert, dass die Bewerbungen objektiv bewertet, also die spezifischen persönlichen Situationen aller Bewerber berücksichtigt werden.

Diese Formel wurde in späteren Entscheidungen wiederholt, und wichtige Verschiebungen wurden vorgenommen. Im Zusammenhang mit dem Umgang mit positiven Maßnahmen wurden weitere Einzelheiten hinzugefügt ¹⁰⁰. *Badeck* zeigte, dass relativ starke Präferenzen geltend gemacht werden können, solange nicht die tatsächliche Vergabe eines Arbeitsplatzes im Vordergrund steht (also in Situationen von Maßnahmen der beruflichen Bildung bis hin zur Auswahl von Bewerbern für Interviews) ¹⁰¹.

⁹³ Siehe auch *infra* die Diskussion in Kapitel 3.

⁹⁴ Siehe *inter alia* Caruso, 'The Limits of the Classic Method...'; S. Pager, 'Strictness and Subsidiarity: An Institutional perspective on affirmative action at the ECJ', *Boston College International and Comparative Law Review* 2003; C. Costello, 'Positive Action', in C. Costello & E. Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), 177-212. Dieser restriktive Ansatz kann auch mit einem symmetrischen Ansatz in der Nichtdiskriminierung in Verbindung gebracht werden.

⁹⁵ Siehe *infra*.

⁹⁶ Es gibt ein Urteil, in dem der EuGH die Angelegenheit auch im Zusammenhang mit Artikel 141(4) EGV analysierte (siehe *infra* C-407/98).

⁹⁷ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 39, 14.2.1976, S. 40. Dort heißt es: „Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen.“

⁹⁸ C-450/93 [1995] Slg. I-3051.

⁹⁹ C-409/95, [1997] Slg. I-6363, §§ 29-30.

¹⁰⁰ Siehe *inter alia* Costello, 'Positive Action'..., 185-196.

¹⁰¹ C-158/97, [2000] Slg. I-1875, §§ 53-54.

Abrahamsson befasste sich mit der Anwendung einer nationalen Vorschrift, die automatisch einer Person des unterrepräsentierten Geschlechtes Vorrang einräumte, die zwar angemessen qualifiziert war, allerdings geringfügig schlechter als die Person, die ansonsten ernannt worden wäre. In diesem Urteil wird die Maßnahme sowohl im Hinblick auf Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie als auch auf Artikel 141(4) EGV bewertet. Im Zusammenhang mit Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie wird die oben genannte Formel verwendet, und das Gericht könnte leicht zu der Schlussfolgerung kommen, dass die Bedingungen für Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie nicht erfüllt worden sind¹⁰². Zu Artikel 141(4) EGV ist jedoch überzeugend argumentiert worden, dass der EuGH den Verhältnismäßigkeitstest zur zentralen Prüfung erhoben hat, was ein Abweichen vom früheren strikten Test der genauen Untersuchung implizieren würde¹⁰³. Da *Lommers* die „weiche Maßnahme“ des bevorzugten Zugangs für Frauen zu subventionierter Kinderbetreuung betraf, war die bei *Badeck* erkennbare kulantere Art der Untersuchung nicht überraschend. Das Gericht dehnte außerdem seinen Nachdruck auf den Verhältnismäßigkeitstest aus, den es bei *Abrahamsson* angekündigt hatte¹⁰⁴.

Der Fall *Schnorbus* ist besonders interessant, da er bestätigt, dass die äußeren Grenzen der positiven Maßnahmen vom Verbot der Diskriminierung bestimmt werden. Hier geht es um eine Vorschrift, die Männern zugute kam, weil bei der Entscheidung über die Aufnahme in den juristischen Vorbereitungsdienst der Wehrdienst (der nur für Männer existiert) berücksichtigt wurde. Ungeachtet der Anerkennung des Gerichts, dass sich dies auf Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie bezieht, verwendet es nicht die Formel, die es für Artikel 2(4) entwickelt hat, sondern stattdessen den abgemilderten objektiven Rechtfertigungstest (für mittelbare Diskriminierung). Dies scheint darauf hinzuweisen, dass gezielte positive Maßnahmen, die versuchen, spezifische Benachteiligungen durch indirekt und nicht durch direkt diskriminierende Maßnahmen zu beseitigen, nicht unter die strenge Überprüfung nach Artikel 2 (4) fallen¹⁰⁵.

Seit dem Vertrag von Amsterdam verfügt der EGV über eine Formulierung, die die volle, echte Gleichstellung als Ziel von positiven Maßnahmen anerkennt¹⁰⁶ (Artikel 141(4) EGV)¹⁰⁷. Die neuen Formulierungen weisen auch eindeutig darauf hin, dass nicht nur Maßnahmen, die Benachteiligungen ausgleichen, sondern auch verhindern, darunter fallen. Diese Formulierung ist in den beiden Richtlinien von 2000 aufgenommen worden. In Artikel 5 der Antirassismusrichtlinie heißt es: „Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen.“¹⁰⁸

Es wird erwartet, dass die verschiedenen oben beschriebenen Entwicklungen, einschließlich der Anerkennung des Ziels der tatsächlichen Gleichstellung, die weitere Öffnung hin zu Strategien zur Ergebnisgleichheit im Zusammenhang mit „weicheren“ positiven Maßnahmen sowie die dominierende Stellung des Verhältnismäßigkeitstests im Hinblick auf die Antirassismusrichtlinie noch weiter fortgesetzt werden. Es ist argumentiert worden, dass das Gericht bei positiven Maßnahmen hinsichtlich der Rasse oder ethnischen Herkunft wegen des anderen sozialen Kontextes möglicherweise sogar einen milderen Ansatz verfolgen könnte¹⁰⁹.

¹⁰² C-407/98, [2000] Slg. I-5539, §§ 45-53.

¹⁰³ Caruso, 'The Limits of the Classic Method...', 344.

¹⁰⁴ C-476/99, [2002] Slg. I-2891, §§ 38-47.

¹⁰⁵ Costello, 'Positive Action...', 195.

¹⁰⁶ Siehe auch den Fall *Briheche* (C-319/03), wo zum ersten Mal anerkannt wird, dass Artikel 2(4) der Gleichbehandlungsrichtlinie darauf abzielt, echte Gleichstellung zu erreichen.

¹⁰⁷ J. Swiebel, 'What could the EU learn from the CEDAW convention?', in I. Boerefijn et al (eds.), *Temporary Special Measures* (Antwerp, 2003), 55.

¹⁰⁸ Siehe auch Artikel 7(1) der Richtlinie zur Gleichstellung im Bereich Beschäftigung und Richtlinie 2002/73/EG.

¹⁰⁹ Waddington & Bell, 'More Equal than others ...', 603.

2.2.4 Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung: Positive Verpflichtungen

Da proaktive Gleichstellungsmodelle bei der Bekämpfung von systemischer und struktureller Diskriminierung eindeutig wirksamer sind, können sie auch mit tatsächlicher Gleichstellung in Verbindung gebracht werden ¹¹⁰. Im Zusammenhang mit mittelbarer Diskriminierung wurden bereits positive Verpflichtungen zur Gleichstellung aufgezeigt ¹¹¹, eine Verpflichtung zum Ergreifen von positiven Maßnahmen hat der EuGH bis jetzt allerdings noch nicht identifiziert ¹¹². Es gibt zwar ein paar Hinweise auf einen proaktiven Ansatz zum Thema Gleichstellung in der EU ¹¹³, jedoch könnte und sollte noch mehr getan werden ¹¹⁴. Eine Verpflichtung zum Mainstreaming von Gleichstellungsüberlegungen wäre in dieser Hinsicht wichtig. Jedoch war dieses Mainstreaming bis jetzt auf den Gender-Bereich begrenzt ¹¹⁵. Bell betont in dieser Hinsicht das Potenzial der Verfassung ¹¹⁶, da sie eine allgemeine Verpflichtung zum Mainstreaming der Gleichstellung auch in Bezug auf die Rasse oder ethnische Herkunft einführt. Hervorgehoben werden sollte außerdem, dass die zuletzt genannte Mainstreaming-Bestimmung über eine bloße Verpflichtung zur Berücksichtigung hinausgeht und auch eine Verpflichtung enthält, Gleichstellung tatsächlich als ein Ziel aller politischen Maßnahmen der EU zu integrieren ¹¹⁷.

Die Antirassismusrichtlinie enthält keine ausdrücklichen positiven und proaktiven Verpflichtungen. Ob der EuGH bei der Bestimmung von Pflichten zur Förderung von Gleichstellung künftig aktiver werden wird, wie beispielsweise durch eine progressive Auslegung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung, bleibt abzuwarten ¹¹⁸.

2.3 Die Relevanz des Völkerrechts (versus autonomer Charakter der EG-Rechtsvorschriften)

Das umfangreichste Material zu Rechtsfällen und Lehre zum Thema Eigenständigkeit der EG-Rechtsvorschriften ist entstanden im Zusammenhang mit den einzelstaatlichen Rechtssystemen der Mitgliedstaaten ¹¹⁹.

¹¹⁰ R. Holtmaat & Ch. Tobler, 'CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination', 12 MJ 2005, 408.

¹¹¹ Siehe oben. Siehe auch EU-Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich Grundrechte, Thematische Bemerkung Nr. 3, S. 22, wo die Pflicht zur Förderung der vollständigen und wirksamen Gleichstellung im Sinne von Artikel 4 FCNM mit der Pflicht zur Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung zusammenhängt. Das Fehlen von Sondermaßnahmen zur Verwirklichung der vollständigen und wirksamen Gleichstellung würde der Unterlassung einer bestimmten effektiven Vorkehrung zur Befriedigung von spezifischen Bedürfnissen bestimmter Personengruppen gleichkommen, was eine mittelbare Diskriminierung wäre.

¹¹² Holtmaat & Tobler, 'CEDAW and the EU ...', 414.

¹¹³ Siehe S. Fredman, 'Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation' 12 MJ 2005, 391-398.

¹¹⁴ Holtmaat & Tobler, 'CEDAW and the EU ...', 401.

¹¹⁵ *Inter alia* Fredman, 'Changing the Norm...', 374. Siehe Artikel 3(2) EGV.

¹¹⁶ M. Bell, 'Equality and the EU Constitution', *Industrial Law Journal* 2004, 252. Bell unterstreicht auch das Potenzial der nationalen Gleichstellungsstellen, die unter anderem im Hinblick auf die Antirassismusrichtlinie eingerichtet werden sollen (ebenda).

¹¹⁷ Ebd., 254-255.

¹¹⁸ Die Anerkennung der Notwendigkeit proaktiver Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung in Artikel 1(a) der Gleichbehandlungsrichtlinie 2002/73 könnte für den EuGH ein Impuls sein.

¹¹⁹ *Inter alia* R. Barents, *The Autonomy of Community Law* (The Hague: KLI, 2004); Th. Schilling, 'The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations', 37 *Harvard International Law Journal* 1996, 389-409; J.H.H. Weiler & U. R. Haltern, 'The Autonomy of the Community Legal Order – through the Looking Glass', 37 *Harvard International Law Journal* 1996, 411-448.

Jedoch ist von der Autonomie der EG-Rechtsvorschriften auch im Zusammenhang mit dem Völkerrecht und die Auslegung durch andere Kontrollorgane die Rede. Die grundlegende Idee hinter der Autonomie der EG-Rechtsvorschriften liegt an der Unteilbarkeit ihres Gesetzessystems, was bedeutet, dass der normative Inhalt des Gemeinschaftsrechts unabhängig ist von jeder anderen Vorschrift oder allen anderen Gesetzessystemen. Dies impliziert wiederum, dass die Natur, der Geltungsbereich und die rechtlichen Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts in keiner Weise durch innerstaatliches oder internationales Recht abgeändert werden können, es sei denn, das Gemeinschaftsrecht selbst schreibt in seinen Gesetzestexten oder durch die Rechtsprechung des EuGH etwas anderes vor ¹²⁰.

Der EuGH hat stets anerkannt, dass das allgemeine Völkerrecht (Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze) für die Gemeinschaft verbindlich ist. Allerdings sind die tatsächlichen rechtlichen Auswirkungen dieser internationalen Gesetzesnormen nicht völlig klar ¹²¹. Noch viel weniger gilt dies für internationale Abkommen, die von den Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden. Dennoch kann argumentiert werden, dass Artikel 53 der Grundrechtecharta der Europäischen Union impliziert, dass, wenn alle Mitgliedstaaten internationale Abkommen (zu Menschenrechten) ratifiziert haben, diese die Auslegung damit zusammenhängender Bestimmungen der EG-Rechtsvorschriften beeinflussen sollen ¹²².

Internationale Konventionen sind für die Rechtsordnung der Gemeinschaft nicht irrelevant, der EuGH ist jedoch nicht an sie gebunden und sicherlich nicht verpflichtet, die Rechtsprechung ihrer Kontrollorgane zu befolgen. Diese Konventionen und die damit verbundene Überwachungspraxis sollten vielmehr als möglicherweise überzeugende Inspirationsquelle für den EuGH betrachtet werden, wie dies bei der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte jahrzehntelang der Fall war ¹²³. Angesichts der Praxis des EuGH, relativ häufig auf die Rechtsprechung anderer internationaler Kontrollorgane zu verweisen, kann folgendermaßen argumentiert werden: Der EuGH scheint der Rechtsprechung von internationalen Gerichten und Tribunalen besondere Bedeutung beizumessen, wenn das jeweilige Gericht oder Tribunal ein allgemein akzeptiertes gerichtliches Organ darstellt, das eingesetzt wird, um völkerrechtliche Vorschriften, die eine spezielle Bedeutung für die Rechtsordnung der EU haben, zu interpretieren ¹²⁴.

Mit anderen Worten ist es nicht unwahrscheinlich, dass sich der EuGH von der gängigen Rechtsprechungspraxis zu den Nichtdiskriminierungsvorschriften anderer Überwachungsorgane beeinflussen lässt. Ungeachtet der Tatsache, dass die Kontrollorgane der UNO-Menschenrechtsverträge keine Gerichte oder Tribunale sind, und die wenigen Überwachungsmechanismen, die es für die spezifischen Normen für Minderheiten gibt, nicht befugt sind, Beschwerden entgegen zu nehmen, ist ihre Überwachungspraxis dennoch in ihren jeweiligen Fachgebieten einflussreich.

Mit Ausnahme vielleicht des Menschenrechtsausschusses (ICCPR) ist bei diesen Nichttribunalen das Maß an technischer Analyse, wie weiter unten noch erläutert wird, dennoch relativ gering.

Abzuwarten bleibt in jedem Fall, inwiefern der EuGH, der selbst über eine umfangreiche und auch technische Erfahrung in der Rechtsprechung zu den Themen Gleichstellung und Nichtdiskriminierung verfügt, künftig von der Praxis anderer Kontrollorgane beeinflusst werden wird.

¹²⁰ Barents, *The Autonomy of Community Law*, 261.

¹²¹ P. Eeckhout, *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations* (Oxford: OUP, 2004), 324.

¹²² Artikel 53 „Schutzniveau“: „Keine Bestimmung dieser Charta ist als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen, die in dem jeweiligen Geltungsbereich durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie durch die internationalen Übereinkommen, bei denen die Union, die Gemeinschaft oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, darunter insbesondere die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.“ Siehe auch K. Henrard, 'An investigation into the desirable, and possible role of the Language Charter in expanding on article 22 of the EU's Charter of Fundamental Rights', www.ciemen.org/mercator.

¹²³ Eeckhout, *External Relations of the EU*, 262.

¹²⁴ A. Rosas, 'The European Court of Justice: Sources of Law and Methods of Interpretation', in G. Sacerdoti et al (eds.), *The WTO at ten: the Contribution of the Dispute Settlement System* (Cambridge: CUP, 2004), 488-489.

Christina | 1943



Kapitel 3

Internationale Gesetzesbestimmungen zu Nichtdiskriminierung und Minderheiten¹²⁵

¹²⁵ Dieses Kapitel bezieht sich vorwiegend auf zwei Berichte, die die Verfasserin für den Europarat erstellt hat: DH Min. (2006) 020 und DH Min. (2006) 021 zu den Auswirkungen internationaler Nichtdiskriminierungsnormen in Verbindung mit allgemeinen Menschenrechten auf den Minderheitsschutz (die EMRK sowie mehrere UNO-Konventionen), sowie auf einen Artikel mit dem Titel „Non-Discrimination and the Equality Principle“, der in dem von M. Weller herausgegebenen Band *Jurisprudence Digest: Minority Protection*, OUP, 2006, 57 S., erscheinen soll.

Dieses Kapitel besteht aus zwei Teilen. Insgesamt widmet es sich den internationalen Bestimmungen zur Gleichstellung und Nichtdiskriminierung, doch wird eine Aufteilung gemacht in relevante Bestimmungen in nicht minderheitenspezifischen Rechtsinstrumenten (A) und relevante Bestimmungen in minderheitenspezifischen Rechtsinstrumenten (B).

3.1 Nichtdiskriminierungsvorschriften in nicht minderheitenspezifischen Rechtsinstrumenten

Die Bewertung in diesem Teil soll der thematischen Struktur folgen, die auch bei der Bewertung der Antirassismusrichtlinie in Kapitel 2 verwendet wurde. Zu jedem einzelnen Thema wird auf den Wortlaut und/oder die Überwachungspraxis der folgenden Konventionen verwiesen ¹²⁶: der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR, Artikel 2 und 26) ¹²⁷, der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR, Artikel 2), das Internationale Übereinkommen für die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD), die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, Artikel 14 und 12. Zusatzprotokoll) ¹²⁸ sowie die Europäische Sozialcharta (Artikel 1(2) der Fassung von 1961 ¹²⁹ und Artikel F der überarbeiteten Fassung) ¹³⁰.

¹²⁶ Zwar hat die Allgemeine Politische Empfehlung Nr. 7 der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) über nationale Gesetzgebung zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung keinen zwischenstaatlichen Ursprung und ist daher auch nicht verbindlich, doch wurde sie noch von einem Organ des Europarats mit spezifischem Fachwissen in diesem Gebiet verabschiedet und hat daher de facto Autorität. Es ist wichtig, auf diese Empfehlung zu verweisen, weil sie nicht nur die gleichen Rechtsinstrumente berücksichtigt wie die Antirassismusrichtlinie, sondern auch diese Richtlinie selbst berücksichtigt (siehe auch G. Cardinale, 'The Preparation of ECRI General Policy Recommendation no 7 on National Legislation to Combat Racism and RD', in J. Niessen & I. Chopin (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe* (The Hague: Martinus Nijhof, 2004) 83-84). Für eine ausführlichere Diskussion, siehe E. Howard, 'Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts', *European Law Journal* 2005, 468-486.

Interessanterweise äußert sich die Empfehlung der ECRI (sowie ihr Erläuterndes Memorandum) relativ deutlich zu einer Reihe von Themen, die für die Auslegung bestimmter Begriffe besonders relevant sein könnte. Als Beispiel zu nennen wären hier die Definition von Rassismus und die Einbeziehung von „öffentlichen Diensten“, zu denen auch die Tätigkeit von Polizei sowie anderen Gesetzesvollzugsbeamten gehören sollen. Außerdem ist anzumerken, dass die Empfehlung betont, dass strafrechtliche Sanktionen nicht weggelassen werden dürfen. Siehe auch CERD-Ausschuss, *Lacko vs. Slowakei*, Mitteilung 11/1998, Nr. 6,3; *Dragan Durmic vs. Serbien-Montenegro*, Mitteilung 29/2003, Nr. 9.3. Angesichts des (seit 2001) andauernden Problems mit der Annahme eines Rahmenbeschlusses über die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ist eine ähnliche Entwicklung im Rahmen der Antirassismusrichtlinie nicht wahrscheinlich. Die wegweisende Entscheidung des EuGH (C-176/03) sollte jedoch nicht vergessen werden.

¹²⁷ Es ist anzumerken, dass in Artikel 2 ICCPR das Wort Diskriminierung nicht vorkommt – nur das Wort „Unterscheidung“. Dennoch ist es offensichtlich und geht auch eindeutig aus der Allgemeinen Bemerkung Nr. 18 (§1 ff.) hervor, dass der Menschenrechtsausschuss „Unterscheidung“ als „Diskriminierung“ versteht.

Es gibt noch andere Artikel über Gleichstellung, die jedoch in dieser Bewertung nicht enthalten sind, da sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Berichts zu liegen scheinen: Artikel 3 konzentriert sich auf gleiche Rechte für Männer und Frauen und betrifft somit nur den Gender-Aspekt; Artikel 23, Nr. 4 ICCPR ist in dieser Hinsicht ebenfalls relevant, da er die Gleichberechtigung von Ehegatten betrifft. Es ist zu beachten, dass Artikel 24 eine Nichtdiskriminierungsbestimmung für Kinder und ihr Recht auf Schutz als Minderjährige enthält: UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 18, Nr. 5.

¹²⁸ Bei der EMRK muss betont werden, dass der EGMR bis jetzt noch kein Urteil zum 12. Zusatzprotokoll gesprochen hat. Das einzige Dokument, das für weitere Klärungen herangezogen werden kann, ist das Erläuternde Memorandum. Man kann davon ausgehen, dass die Grundsätze, die bislang im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot entwickelt wurden, auch in Bezug auf das Protokoll Nr. 12 weiter geführt werden.

¹²⁹ Artikel 1(2) ist möglicherweise keine ausdrückliche Nichtdiskriminierungsbestimmung, er ist jedoch vom Kontrollgremium, dem Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte, als solche interpretiert worden.

¹³⁰ Hier muss jedoch eingeräumt werden, dass die Überwachungspraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte hinsichtlich der Europäischen Sozialcharta nicht durchgehend beobachtet wurde.

3.2 Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots

3.2.1 Personeller Anwendungsbereich

Zunächst muss unterschieden werden zwischen offenen und geschlossenen Systemen in Bezug auf die in einer bestimmten Rechtsvorschrift enthaltenen Diskriminierungsgründe. Die meisten regionalen Rechtsinstrumente enthalten eine offene Aufzählung der verbotenen Diskriminierungsgründe, die mit einer Generalklausel wie z. B. „oder ein anderer Status“ endet.

Auf der Ebene der UNO gibt es neben den allgemeinen Menschenrechtskonventionen ICCPR und ICESCR auch spezifische Konventionen mit dem Schwerpunkt des Verbots der Diskriminierung aus einem Einzelgrund, nämlich Rasse (das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, ICERD) und Geschlecht (das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, CEDAW).

Es gibt zwar Unterschiede zwischen den ausdrücklich in den offenen Modellen aufgezählten Gründen, doch sind die folgenden Gründe normalerweise enthalten und von besonderer Relevanz für Minderheiten: Rasse und Religion oder Weltanschauung. Andere Gründe, die gleichermaßen relevant sind, aber in den meisten Konventionen nicht enthalten sind, sind Sprache (ICCPR und ICESCR) und die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit (EMRK und Europäische Sozialcharta) ¹³¹. Ethnische Herkunft bzw. ethnische Herkunft und Hautfarbe sind auch nicht in allen Konventionen enthalten, doch werden sie zumeist so verstanden, dass sie im Begriff der „Rasse“ enthalten sind (siehe *infra*). Man könnte argumentieren, dass dies nicht viel ausmacht, zumal offene Modelle eben offen und mit einer Generalklausel versehen sind wie „oder ein anderer Status“, die alles, was nicht erwähnt wird, umfasst.

Die Tatsache, die Artikel 14 EMRK als verbotenen Diskriminierungsgrund „die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit“ zählt, schien von Anfang an das Bestreben zu reflektieren, dass die Vertragsstaaten das Thema Minderheiten nicht vernachlässigen sollten. Dennoch war der EGMR traditionell relativ restriktiv bei der Bewertung von durch Angehörige von Minderheiten eingereichten Klagen ¹³². Im Zusammenhang mit Klagen wegen Diskriminierung aus diesem Grund sollte darauf hingewiesen werden, dass das Gericht diesen Grund bisweilen nicht anspricht, und selbst wenn es dies doch tut, zieht es das Gericht vor, dies im Unklaren zu lassen ¹³³.

Zum Thema verbotener Diskriminierungsgrund „Rasse“ muss unterstrichen werden, dass das ICERD zur Rassendiskriminierung die Diskriminierung aufgrund der Rasse, Hautfarbe, Abstammung und der nationalen oder ethnischen Herkunft zählt. Hierzu gehört sicherlich auch, dass „Rasse“ so interpretiert wird, dass dazu auch Hautfarbe, Abstammung und nationale oder ethnische Herkunft gehören. Der Ausschuss für die Beseitigung von Rassendiskriminierung (CERD-Ausschuss) hat in seiner Praxis, insbesondere in seinen Abschließenden Bemerkungen zu den periodischen Berichten der Staaten, auch Themen behandelt, die mit Sprache zu tun haben. Beispielsweise hat er die Staaten dazu aufgefordert, den verschiedenen ethnischen Gruppen die Möglichkeit beizubehalten, Unterricht in ihren Sprachen zu erhalten ¹³⁴ sowie privat und in der Öffentlichkeit ihre Muttersprache zu verwenden ¹³⁵.

¹³¹ Es sollte betont werden, dass das Protokoll Nr. 12 auch eine offene Aufzählung der verbotenen Diskriminierungsgründe enthält, die mit der in Artikel 14 EMRK identisch ist.

¹³² *Inter alia* A. Fenet, 'Europe et les Minorités', in A. Fenet et al (eds.), *Le Droit et les Minorités: Analyses et Textes* (Bruxelles, 1995) 97, 102; Gilbert, 'The Legal Protection Accorded to Minority Groups in Europe', *N. YB. I.L.* 1992, 90.

¹³³ EGMR, *Ozgur Gundum vs. Türkei* (16. März 2000), Nr. 75.

¹³⁴ UN Doc. CERD/C/304/A, Add.51, Nr. 13 (Armenien); UN Doc. CERD/C/304/Add.46, Nr. 13 (Niederlande).

¹³⁵ UN Doc. CERD/C/304/Add.38, Nr. 15 (Mazedonien).

Ähnlich hat der CERD-Ausschuss auch darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf die Konvention spezifische Rechtsvorschriften zum Status von Sprachen erforderlich sein können ¹³⁶. Aus der Stellungnahme des Ausschusses wird deutlich, dass der CERD-Ausschuss der Meinung ist, dass sprachliche Anforderungen in der Beschäftigung der (mittelbaren) Diskriminierung aufgrund der Rasse gleichkommen könnten, sofern es für diese Anforderungen keine vernünftige und objektive Rechtfertigung gibt ¹³⁷.

Es ist ebenfalls offensichtlich, dass „Rasse“ und „Religion“ Begriffe sind, die sich überschneiden ¹³⁸, und die insbesondere seit dem 11. September zu einer Reihe von Grenzfällen sowie zu einem Anstieg der Islamfeindlichkeit geführt haben ¹³⁹.

Ähnlich dazu ist man sich weitgehend einig, dass es eine große Überschneidung gibt zwischen ethnischen Minderheitsgemeinschaften und Ausländern bzw. Nicht-Staatsangehörigen ¹⁴⁰. Mit anderen Worten könnte sich hinter einer Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit möglicherweise eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse verbergen, die sich durch eine unverhältnismäßige Auswirkung auf eine Rasse (oder ethnische) Gruppe bemerkbar machen würde. Auch dies unterstreicht erneut die Bedeutung des Begriffs der „mittelbaren Diskriminierung“. Dennoch schließt das ICERD (Artikel 1 Abs. 2) ausdrücklich Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit vom Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots aufgrund der Rasse aus. Jedoch sollte unterstrichen werden, dass der CERD-Ausschuss in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 30 von 2004 zur Benachteiligung von Nichtbürgern die Zulässigkeit der Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit drastisch verringert ¹⁴¹. Es wird ausdrücklich betont, dass Artikel 1 Abs. 2 des ICERD das grundlegende Verbot der Rassendiskriminierung nicht untergraben sollte, was indirekt die Verbindung mit mittelbarer Diskriminierung aufgrund der Rasse anerkennt ¹⁴². Diese Position lässt sich, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung, auch in der Überwachungspraxis anderer Organe erkennen. Die Erklärung des CESCR in seinen Allgemeinen Bemerkungen zu Bildung bzw. Wasser, dass die Staatsangehörigkeit kein Grund für eine Ungleichbehandlung sein sollte ¹⁴³ ist sicherlich ein Hinweis darauf, dass die Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit nur sehr bedingt gerechtfertigt ist. In ähnlicher Weise betont auch der Menschenrechtssausschuss, dass die jeweiligen Umstände im Einzelfall vorsichtig überprüft werden sollten, um festzustellen, ob eine Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit objektiv und vernünftig ist. Bezüglich der für solche Ungleichbehandlungen abgegebenen Rechtfertigungen scheint der Ausschuss relativ kritisch zu sein ¹⁴⁴. Der Diskriminierungsgrund „ethnische Herkunft“ gehört vorrangig in den Bereich des ICERD, und es sollte betont werden, dass sich der Ausschuss ausdrücklich Problemen von Minderheiten im Zusammenhang mit diesem Grund der Ungleichbehandlung widmet. Interessanterweise zieht der CERD-Ausschuss sogar Schlussfolgerungen auf die Definition von Minderheiten, die nicht zu restriktiv gehandhabt werden sollte ¹⁴⁵. Der besondere Schwerpunkt des ICERD auf Minderheiten wird

¹³⁶ UN Doc. CERD/C/65/Add.38, Nr. 12 (Kasachstan).

¹³⁷ CERD-Ausschuss, *Emir Sefic vs. Dänemark*, (Mitteilung 032/2003), Nr. 7.2.

¹³⁸ M. Bell, 'Setting Standards in the Fight against Racism: a Comparison of the EU and the Council of Europe', in J. Niessen & I. Chopin (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe* (Dordrecht, 2004), 219.

¹³⁹ P. Thornberry, 'Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective', 5 *Human Rights Law Review* 2005, 259.

¹⁴⁰ *Inter alia* Bell, *Setting Standards...*, 218-219.

¹⁴¹ W. VandenHole, *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies* (Antwerp: Intersentia, 2005), 91.

¹⁴² CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 25, Abs. 2 und 4.

¹⁴³ UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7, Allgemeine Bemerkung Nr. 13 (1999), Das Recht auf Bildung, Abs. 30 und 34; UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, Allgemeine Bemerkung Nr. 15 (2002), Das Recht auf Wasser, Abs. 16(f).

¹⁴⁴ Siehe u. a. HRC (UNO-Menschenrechtssausschuss, *Karakurt vs. Österreich* (Mitteilung 965/00), Nr. 8.4. Siehe auch UNO-Menschenrechtssausschuss, *Kriz vs. Tschechische Republik* (Mitteilung 1054/2002, 1. November 2005) Nr. 7.3. Siehe auch HRC, *Adam vs. Tschechische Republik* (Mitteilung Nr. 586/1994 23. Juli 1996) Nr. 12.6; HRC, *Blazek vs. Tschechische Republik* (Mitteilung 857/1999), Nr. 5.8; HRC, *Marik vs. Tschechische Republik* (Mitteilung 945/2000), Nr. 6.4.

¹⁴⁵ Siehe auch CERD-Ausschuss, *Abschließende Bemerkungen zu Estland*, A/57/18, Nr. 356; und CERD-Ausschuss, *Abschließende Bemerkungen zur Ukraine*, A/56/18, Nr. 376.

auch sichtbar an der Formulierung einer Allgemeinen Empfehlung über Roma ¹⁴⁶. Gleichzeitig reflektiert diese besondere Aufmerksamkeit für Roma auch Überlegungen zur echten Gleichstellung, da die besonders verletzbare Situation der Roma zusätzliche Aufmerksamkeit erfordert ¹⁴⁷.

Inwieweit das Verbot der Rassendiskriminierung in den privaten Bereich hineinreicht, hängt davon ab, wie sehr die dem Staat auferlegten positiven Verpflichtungen dies erfordern, um die Beachtung des Diskriminierungsverbots in den Beziehungen zwischen privaten Parteien zu gewährleisten (siehe *infra*).

3.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich

In materieller Hinsicht gelten beim Anwendungsbereich der internationalen Konventionen nicht die begrenzten Zuständigkeiten wie bei den EU-Dokumenten. Falls ein Diskriminierungsverbot nicht allgemeiner Natur sondern akzessorisch wäre, kommt es zu solchen Begrenzungen, da dies bedeutet, dass das Verbot der Diskriminierung nur in Bezug auf die anderen in diesem Instrument enthaltenen Rechte gelten würde. Die Nichtdiskriminierungsvorschrift des ICESCR und der Europäischen Sozialcharta ist akzessorisch, während sowohl der ICCPR ¹⁴⁸ als auch die EMRK ein akzessorisches (Artikel 2 ICCPR und 14 EMRK ¹⁴⁹) sowie ein allgemeines Diskriminierungsverbot (Artikel 26 ICCPR und 12. Zusatzprotokoll zur EMRK) enthalten.

Zur ICERD muss gesagt werden, dass Artikel 2 zeigt, dass die Vertragsstaaten die allgemeine Verpflichtung eingehen, Rassendiskriminierung in allen Formen zu beseitigen. Die Aufzählung der Rechte in Artikel 5, deren nichtdiskriminierender Genuss gewährleistet werden muss, schränkt den allgemeinen Charakter dieser Verpflichtung nicht ein, da sie sich auf sehr breit angelegten Kategorien von Rechten bezieht (politische, bürgerliche, wirtschaftliche, gesellschaftliche und kulturelle Rechte). Außerdem ist diese Aufzählung nicht erschöpfend, wie aus den Wörtern „notably“ (insbesondere) und „in particular“ (vor allem) hervorgeht ¹⁵⁰.

3.3 Öffnung hin zur echten Gleichstellung

Bei einem Vergleich der Rechtfertigungstests, der von den verschiedenen Überwachungsorganen verwendet wird, wird deutlich, dass diese weitgehend ähnlich sind, und normalerweise eine vernünftige und objektive

¹⁴⁶ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 27: Die Diskriminierung der Roma.

¹⁴⁷ Siehe auch die Feststellung verschiedener Schwachpunkte der Antirassismusrichtlinie bezüglich eines angemessenen Schutzes und einer angemessenen Integration von Roma, die das EU-Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich Grundrechte dazu veranlasst, von der Notwendigkeit einer speziell auf Roma abzielenden Richtlinie zu sprechen. Thematische Bemerkung Nr. 3: Der Schutz von Minderheiten in der Europäischen Union, 2005, 52-55.

¹⁴⁸ UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 18, Nr. 12.

¹⁴⁹ Das Fehlen eines allgemeinen Diskriminierungsverbots hatte u. a. bei mit dem Minderheitenschutz befassten Wissenschaftlern umfassend Kritik hervorgerufen, was jetzt vom 12. Zusatzprotokoll behoben wurde. Man muss anerkennen, dass der Gerichtshof die Unflexibilität des akzessorischen Charakters von Artikel 14 insofern abgeschwächt hat, da er nicht fordert, dass gegen diese anderen Artikel an sich verstoßen werden muss. Dennoch kann es keinen Raum für die Anwendung von Artikel 14 geben, es sei denn, der jeweilige Sachverhalt fällt in den Bereich einer oder mehrerer materieller Rechte der EMRK. Das Gericht hat diese Anforderung tendenziell unscharf interpretiert, und zwar in dem Sinne, dass es relativ leicht akzeptieren kann, dass der Sachverhalt bei einem Fall in den Bereich einer der materiellen Bestimmungen fällt.

¹⁵⁰ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 20: Die diskriminierungsfreie Umsetzung der Rechte und Freiheiten (Artikel 5), Nr. 1.

Rechtfertigung erforderlich ist ¹⁵¹, damit eine Ungleichbehandlung als gerechtfertigt gilt. Dies wird meist aufgeteilt in die Anforderung eines rechtmäßigen Zieles und in die Anforderung, dass die Ungleichbehandlung proportional ¹⁵² zu diesem rechtmäßigen Ziel ¹⁵³ sein muss.

Im Zusammenhang mit dem ICCPR sollte hervorgehoben werden, dass die Allgemeine Bemerkung Nr. 23 einen klaren Hinweis gibt auf das Verhältnis zwischen minderheitsspezifischen Sondermaßnahmen gemäß Artikel 27 und dem Verbot der Diskriminierung. Nach dem Hinweis, dass die Staaten gemäß Artikel 27 eventuell die positive Verpflichtung haben, Sondermaßnahmen zu ergreifen, um die Identität einer Minderheit zu schützen, betont der Menschenrechtsausschuss, dass „solche positiven Maßnahmen die Bestimmungen von Artikel 2, Abs. 1 und Artikel 26 des Paktes sowohl im Hinblick auf den Umgang der verschiedenen Minderheiten untereinander als auch den Umgang der diesen Minderheiten angehörenden Menschen mit dem übrigen Teil der Bevölkerung beachten müssen. Solange diese Maßnahmen jedoch darauf abzielen, Bedingungen zu korrigieren, die den Genuss der gemäß Artikel 27 garantierten Rechte verhindern oder beeinträchtigen, können sie eine legitime Ungleichbehandlung gemäß des Vertrags darstellen, vorausgesetzt, sie beruhen auf vernünftigen und objektiven Kriterien“ [nicht amtliche Übers.] ¹⁵⁴. Diese jeweiligen Maßnahmen sind sicherlich nicht inhärent zeitweilig.

3.3.1 Mittelbare Diskriminierung

Betrachtet man die UNO-Vertragsorgane, so ist die Praxis bei der mittelbaren Diskriminierung sehr unregelmäßig.

Sowohl der CERD- als auch der CEDAW-Ausschuss haben zum Thema mittelbare Diskriminierung von Anfang an eine sehr positive Position eingenommen. Der CERD-Ausschuss erkennt ausdrücklich in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 14 zur Definition des Begriffs „Rassendiskriminierung“ an:

„Wenn festgestellt werden soll, ob eine Maßnahme eine gegen die Konvention verstoßende Auswirkung hat, muss geprüft werden, ob diese Aktion eine nicht zu rechtfertigende unterschiedliche Auswirkung auf eine Gruppe hat,

¹⁵¹ Bis 2005 hatte der CESCR-Ausschuss nie ausdrücklich gesagt, dass aufgrund von objektiven und vernünftigen Kriterien erfolgte Ungleichbehandlungen nicht gleichbedeutend sind mit Diskriminierung (VandenHole, *UN Human Rights Treaty Bodies...*, 63). In seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 16 zur Rechtsgleichheit zwischen Mann und Frau bei der Wahrnehmung aller wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte bezog der Ausschuss jedoch ausdrücklich das Kriterium der objektiven Rechtfertigung ein (Nr. 12).

¹⁵² Es sollte betont werden, dass dieser Verhältnismäßigkeits-test, je nachdem, wie genau untersucht wird, mehr oder weniger streng sein kann. Für eine weitere Erörterung zur Genauigkeit der Untersuchung und zum Diskriminierungsverbot und Minderheitenschutz siehe *inter alia* K. Henrard, *The Impact of International non-discrimination norms in combination with general human rights for the protection of national minorities: The European Convention on Human Rights*, October 2006, DH-MIN (2006) 021 prov, 11-13, 17-18.

¹⁵³ In jedem Fall gibt es beim EGMR seit dem belgischen Sprachenfall (23. Juli 1968, Nr. 10) eine bewährte Entscheidungspraxis. Der Menschenrechtsausschuss verwendet die Begriffe „rechtmäßiges Ziel“ und „Verhältnismäßigkeit“ nicht, sondern untersucht, ob die Ungleichbehandlung objektiv und vernünftig ist, wobei bei „vernünftig“ auch Verhältnismäßigkeitsüberlegungen impliziert sind (HRC, Lahcen BM Oulajin und Mohammed Kaiss vs. die Niederlande, Mitteilung 406/1990 und 426/1990, 23. Oktober 1992, Nr. 7.4; HRC, Sister Immaculate Joseph and 80 teaching sisters of the Holy Cross of the third Order of Saint Francis in Menzingen of Sri Lanka vs. Sri Lanka, Mitteilung 1249/2004, 21. Oktober 2005, Nr. 7.4). Der Ausschuss betonte in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 18 (Nr. 13) und in seiner Quasi-Rechtsprechung, dass das Diskriminierungsverbot noch nicht alle Formen der Ungleichbehandlung diskriminierend macht, da eine auf vernünftigen und objektiven Kriterien basierende Ungleichbehandlung nicht der verbotenen Diskriminierung gleichkommt (siehe auch R. Hanski & M. Scheinin, *Leading Cases of the Human Rights Committee* (Abo, 2003), 326). Die Allgemeine Bemerkung fügt ausdrücklich hinzu, dass das Ziel der Ungleichbehandlung darin besteht, einen Zweck zu erreichen, der gemäß dem Vertrag rechtmäßig ist (was tatsächlich auch unter der Anforderung „vernünftiger und objektiver Kriterien“ für eine Ungleichbehandlung zusammengefasst ist).

¹⁵⁴ UNO-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 23, Nr. 6.2.

die sich durch Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationale oder ethnische Herkunft unterscheidet“¹⁵⁵ (Hervorhebung durch die Autorin) [nicht amtliche Übers.].

Dies kommt eindeutig einer Anerkennung gleich, dass die Einbeziehung der „Auswirkung“ zusätzlich zur „Absicht“ in der Definition in Artikel 1 auf das Phänomen der „mittelbaren Diskriminierung“ verweisen soll. Ähnlich betont auch der CEDAW-Ausschuss zur ausführlichen Definition in Artikel 1 der Konvention, dass unter das Verbot der Diskriminierung sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Diskriminierung durch öffentliche und private Akteure fallen¹⁵⁶.

Die Überwachungspraxis des CERD-Ausschusses bestätigt diese Anerkennung des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung. Der Ausschuss neigt dazu, das Thema mittelbare Diskriminierung direkt anzugehen¹⁵⁷, und gibt in dieser Hinsicht regelmäßig Erklärungen ab, die für Minderheiten von besonderer Relevanz sind. In seinen Abschließenden Bemerkungen zu Dänemark stellte er zum Beispiel fest, dass die berichteten Fälle des Verbots der Verwendung der Muttersprache in einigen dieser Einrichtungen, auch wenn sie die Integration fördern sollen, zur indirekten Benachteiligung von Minderheiten führen kann¹⁵⁸.

In der Überwachungspraxis des Menschenrechtsausschusses gab es lange Zeit keine Kohärenz bezüglich der Annahme der Idee der „mittelbaren Diskriminierung“¹⁵⁹. Dies ist deshalb eigentümlich, da die Allgemeine Bemerkung Nr. 18 ausdrücklich von „Auswirkung“ spricht, während die Formulierung „oder Auswirkung“ allgemein so verstanden worden ist, dass sie eine Öffnung hin zur mittelbaren Diskriminierung impliziert¹⁶⁰. Erst seit relativ kurzer Zeit scheint der Menschenrechtsausschuss das Phänomen (bzw. das Verbot) der mittelbaren Diskriminierung vollständig anerkannt zu haben¹⁶¹, insbesondere in den Entscheidungen *Althammer vs. Österreich*¹⁶² und *Derksen vs. die Niederlande*¹⁶³. Beide Entscheidungen zeigen eine klare Anerkennung des Begriffs der „mittelbaren Diskriminierung“¹⁶⁴.

¹⁵⁵ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 14, Nr. 2

¹⁵⁶ VandenHole, UN Human Rights Treaty Bodies..., 71.

¹⁵⁷ Ebenda, 42.

¹⁵⁸ CERD/C/60/CO/5, Nr. 12.

¹⁵⁹ Scott Davidson, 'Equality and Non-discrimination', in Conte, Davidson and Burchill (eds.), *Defining Civil and Political Rights* (Ashgate, 2004), 167; Joseph, Schultz and Castan, *Cases, Materials and Commentary* ..., 696. Vgl. z. B. HRC, *Ballantyne et al vs. Kanada*, Nr. 11.5 mit HRC, *Diergaardt vs. Namibia*, Nr. 10.10. In der *Ballantyne*-Entscheidung ließ der Menschenrechtsausschuss die Tatsache außer Acht, dass sich das Verbot von Außenwerbung in einer anderen Sprache als Französisch unverhältnismäßig auf englische Händler in der überwiegend französischsprachigen Provinz Quebec auswirken würde. Der Ausschuss konzentrierte sich auf die Tatsache, dass diese Vorschrift gleichermaßen sowohl für französisch- als auch für englischsprachige Händler gelten würde. In der *Diergaardt*-Entscheidung stellte der Menschenrechtsausschuss jedoch eine Verletzung von Artikel 26 des ICCPR fest, weil das Verbot für Beamte, bei Telefongesprächen und schriftlich nicht Afrikaans zu verwenden, eine negative Auswirkung auf Afrikaanssprachige hätte. Auch in diesem Fall galt die Maßnahme dennoch für jedermann, unabhängig vom ethnischen Hintergrund.

¹⁶⁰ Joseph, Schultz and Castan, *Cases, Materials and Commentary*..., 694.

¹⁶¹ Seit 2002 spricht der CESC-Ausschuss auch ausdrücklich von verdeckten Formen der Diskriminierung, während seine Allgemeine Bemerkung Nr. 16 (2005) in Absatz 13 eine ausdrückliche Definition der mittelbaren Diskriminierung enthält, die dem allgemeineren Verständnis dieses Begriffs entspricht: „Mittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn ein Gesetz, eine Politik oder ein Programm dem Anschein nach nicht diskriminierend sind, bei ihrer Umsetzung aber eine diskriminierende Auswirkung haben.“ [nicht amtliche Übers.]

¹⁶² Menschenrechtsausschuss, *Althammer vs. Österreich* (Mitteilung Nr. 998/2001), Nr. 10.2.

¹⁶³ Menschenrechtsausschuss, *Althammer vs. Österreich* (Mitteilung Nr. 976/2001), Nr. 9.3.

¹⁶⁴ Zwar bemerkt der Ausschuss zunächst, dass eine bestimmte Maßnahme dem Anschein nach neutral ist und keine diskriminierende Absicht hat, kommt dann jedoch zu der Schlussfolgerung, dass diese Maßnahme dennoch wegen ihrer ausschließlichen oder unverhältnismäßigen schädlichen Wirkungen auf eine bestimmte Kategorie von Menschen im Ergebnis diskriminierend ist.

Von der Rechtsprechung des EGMR kann nicht gesagt werden, dass sie auch mittelbare Diskriminierung umfasst. Vielmehr zeigt sich, dass sie noch immer Schwierigkeiten hat mit dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung. Die Zögerlichkeit des Gerichtes, den Begriff der mittelbaren Diskriminierung überhaupt zu akzeptieren, wurde im Fall *Abdulaziz, Cabales und Balkandali* sehr deutlich ¹⁶⁵. Bei diesem Fall zeigte die Argumentation des Gerichtes, dass es faktisch unmöglich ist, sich erfolgreich auf mittelbare Diskriminierung zu berufen, da es die unterschiedlichen Auswirkungen von dem Anschein nach neutralen Bestimmungen auf bestimmte Gruppen (aufgrund ihrer typischen Merkmale) als irrelevant bezeichnete ¹⁶⁶.

Erst seit Mai 2001 erkennt das Gericht ausdrücklich an: „Wo eine allgemeine Politik oder Maßnahme unverhältnismäßig nachteilige Auswirkungen auf eine spezielle Gruppe hat, ist es nicht ausgeschlossen, dass diese als diskriminierend betrachtet werden kann, ungeachtet der Tatsache, dass sie nicht ausdrücklich auf diese Gruppe abzielt oder sich an diese richtet.“ ¹⁶⁷ Auch wenn diese Anerkennung zu begrüßen ist, sollte ihre Bedeutung nicht überbewertet werden, da das Gericht sofort hinzufügt: „Obwohl es statistisch so scheint, dass die meisten der von den Sicherheitskräften getöteten Menschen aus der katholischen oder nationalistischen Gemeinschaft stammten, ist das Gericht jedoch nicht der Ansicht, dass Statistiken an sich eine Praxis bekanntmachen können, die im Sinne von Artikel 14 als diskriminierend bezeichnet werden können“ (ebd.). Offensichtlich scheint das Gericht eine schwere Beweislast zu fordern, wobei es nicht genau festlegt, was damit genau gemeint ist.

Die Zulässigkeitsentscheidung im Fall *Hoogendijk vs. die Niederlande* (6. Januar 2005) schien vielversprechend, da darin eine positivere Haltung in Bezug auf diese Art von Beweisen zum Ausdruck kam, da nicht mehr ausgeschlossen wurde, dass statistische Beweise (d. h. aussagekräftige amtliche Statistiken) ausreichen würden, um einen *Prima-facie*-Fall festzustellen ¹⁶⁸. Der nächste „Mittelbare-Diskriminierungsfall“ wurde mit der Aussicht auf weitere Klärung zur Haltung des Gerichts in der Rechtssache *Hoogendijk* erwartet. Die Entscheidung des Gerichtes hat diese Erwartungen im Fall *D.H. et al. vs. Tschechische Republik* allerdings nicht erfüllt. In diesem Fall geht es um das weit verbreitete Problem von Roma-Kindern, die in mehreren osteuropäischen Ländern, in diesem Fall in der Tschechischen Republik, in Sonderschulen für geistig behinderte Kinder geschickt werden. Das Gericht scheint in mehrfacher Hinsicht das „Versprechen“ im Fall *Hoogendijk* zurückzunehmen ¹⁶⁹. Zunächst scheint es den gesamten Begriff der „mittelbaren Diskriminierung“ wieder in Frage zu stellen, indem es so viel Nachdruck auf die Bedeutung der „Absicht“ legt ¹⁷⁰, während die „größte Stärke des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung darin liegt, dass sie die Relevanz für alle diskriminierenden Absichten als Voraussetzung für die Vorlage einer erfolgreichen Klage ablehnt.“ ¹⁷¹ Außerdem bestätigt das Gericht seine positive Haltung zu den „aussagekräftigen amtlichen Statistiken“ nicht, sondern geht vielmehr zurück zu seiner alten Formulierung, dass Statistiken an sich nicht ausreichend seien. Während dieser

¹⁶⁵ EGMR, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*, Serie A Nr. 94, § 85.

¹⁶⁶ Siehe auch J. H. Gerards, *Rechtelijke Toetsing aan het Gelijkeheidsbeginsel* (2002) 114. Cf. De Schutter, *Le Droit au Mode de la Vie Tsigane ...*, 79-85. Die Weigerung des Gerichtes, den größeren Zusammenhang zu berücksichtigen, trägt zu dieser Situation bei. Dies macht es außerdem schwierig, das Thema systemische Diskriminierung auszugreifen. EGMR, *Buckley vs. Vereinigtes Königreich* (25. September 1996) ist paradigmatisch für diese restriktive Haltung des Gerichtes im Hinblick auf Klagen von Sinti/Roma. Siehe auch De Schutter, *Le Droit au Mode de la Vie Tsigane ...*, 84-85.

¹⁶⁷ EGMR, *Kelly vs. Vereinigtes Königreich* (4. Mai 2001), Nr. 148; EGMR, *Hugh Jordan vs. Vereinigtes Königreich* (4. Mai 2001), Nr. 154; EGMR, *McShane vs. Vereinigtes Königreich* (28. Mai 2002), Nr. 135. Diese „Gründungsfälle“ bezogen sich alle auf die Klage, dass die Aktivitäten der Sicherheitsdienste im Nordirland-Konflikt zur einer unverhältnismäßig hohen Anzahl von Todesopfern bei einer bestimmten religiösen Gruppe geführt haben, was sich auf eine Verletzung des Artikels 14 in Verbindung mit Artikel 9 belaufen würde. Dieser Grundsatz wurde (*inter alia*) auch in Fällen, die Roma betrafen, wiederholt. EGMR, *Nachova vs. Bulgarien* (26. Februar 2004), Nr. 167.

¹⁶⁸ Siehe auch Art Hendriks, 'Noot bij Hoogendijk t Nederland (EHRM 6. Januar 2005)', *NJCM Bulletin* 2005, 452. Hier muss jedoch anerkannt werden, dass dieser Fall keine Minderheiten betrifft.

¹⁶⁹ Siehe auch K. Henrard, 'Noot bij D. H. en overige t. Tsjechië', EHRM 7 February 2006, *ECHR* 2006/43, 392-393.

¹⁷⁰ EGMR, *D.H et al vs. Tschechische Republik* (7. Februar 2006) Nr. 48, 52, 53.

¹⁷¹ T. Loenen, 'Indirect discrimination: Oscillating between Containment and Revolution', in T. Loenen & P. R. Rodriguez (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives* (Martinus Nijhoff, 1999), 201; Tobler, *Indirect Discrimination...*, 114.

Fall vor allem das Unbehagen des EGMR im Zusammenhang mit dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung zu bestätigen schien¹⁷², zeigt das neue Urteil *Zarb Adami vs. Malta* (20. Juni 2006), dass (zumindest in Fällen von indirekter Benachteiligung von Männern) das Gericht auch ein anderes Gesicht zeigen kann. Ohne große Umschweife leitete das Gericht aus der Tatsache, dass Statistiken eine enorme Diskrepanz zwischen Frauen und Männern belegen, die zu einem Dienst als Geschworene verpflichtet werden, dass „ein Unterschied bei der Behandlung zwischen zwei Gruppen in einer ähnlichen Situation“ vorgelegen hatte¹⁷³. Eine strenge Bewertung der Frage, ob eine vernünftige und objektive Rechtfertigung vorliegt, führt zu der Feststellung einer Verletzung von Artikel 14¹⁷⁴.

Das Überwachungsorgan der Europäischen Sozialcharta, der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte, war eindeutig eher bereit, das Verbot der Diskriminierung so zu verstehen, dass auch die mittelbare Diskriminierung darin impliziert ist. Besonders interessant ist die Anerkennung einer engen Verbindung zwischen dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung einerseits und der Bedeutung der Verpflichtung zur Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung andererseits¹⁷⁵.

3.3.2 Pflicht zur Ungleichbehandlung

Trotz der zögerlichen Haltung des EGMR zur mittelbaren Diskriminierung zeigt der Fall *Thlimmenos vs. Griechenland* (6. April 2000), dass das Gericht bereit ist, seine Nichtdiskriminierungsrechtsprechung zugunsten der echten Gleichstellung deutlich zu erweitern, weil es Folgendes anerkennt:

„Der Gerichtshof ist zu der Auffassung gelangt, dass das unter Artikel 14 gewährte Recht, im Genuss der durch die Menschenrechtskonvention verbürgten Rechte nicht benachteiligt zu werden, immer dann verletzt ist, wenn Staaten Menschen in vergleichbaren Situationen ohne objektive und vertretbare Rechtfertigung unterschiedlich behandeln... Der Gerichtshof ist jedoch der Auffassung, dass dies nicht der einzige Aspekt des Benachteiligungsverbots in Artikel 14 ist. Das Recht, im Genuss der durch die Menschenrechtskonvention verbürgten Rechte nicht benachteiligt zu werden, wird *auch dann verletzt, wenn Staaten es unterlassen, Menschen in deutlich voneinander abweichenden Situationen unterschiedlich zu behandeln.*“¹⁷⁶ (Hervorhebung durch die Autorin)

Mit anderen Worten kann das Verbot der Diskriminierung für Staaten unter bestimmten Umständen die Verpflichtung mit sich bringen, „Menschen in deutlich voneinander abweichenden Situationen unterschiedlich zu behandeln“. Je nachdem, inwieweit das Gericht dazu bereit wäre, dieses Grundprinzip zu erweitern, könnte dies eine Basis sein für die Anerkennung von positiven Verpflichtungen für den Staat, bestimmte Sonderrechte für Minderheiten anzunehmen, die auf die besonderen Bedürfnisse und die besondere Position der Mitglieder der jeweiligen Minderheit abgestimmt sind. In diesem speziellen Fall war das Gericht ebenfalls der Auffassung, dass

¹⁷² Siehe auch *Podkolzina vs. Lettland* (ausführliche Besprechung *infra*), wo das Gericht nicht einmal die mögliche Verletzung von Artikel 14 untersuchte, während ein Kernthema des Falles die strengen Sprachanforderungen im lettischen Wahlrecht mit möglichen mittelbar diskriminierenden Auswirkungen betraf. Dies ist umso bedauerlicher, da solche Sprachanforderungen den Kern des Problems bei sprachlichen Minderheiten bilden. Siehe auch A. Spiliopoulou-Akermark, *Justifications of Minority Protection in International Law* (London, 1997), 6.

¹⁷³ EGMR, *Zarb Adami vs. Malta*, 20. Juni 2006, Nr. 77-78.

¹⁷⁴ EGMR, *Zarb Adami vs. Malta*, Nr. 80-83.

¹⁷⁵ In seiner Entscheidung zu *Autismus-Europa vs. Frankreich* unterstrich der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte ausdrücklich, dass das Verbot der Diskriminierung eine Pflicht impliziert, unterschiedliche Maßnahmen zu ergreifen: Eine solche indirekte Diskriminierung kann entstehen, wenn es unterlassen wird, alle relevanten Unterschiede gebührend und positiv zu berücksichtigen, oder wenn es unterlassen wird, angemessene Schritte zu unternehmen, um sicherzustellen, dass die Rechte und kollektiven Vorteile, die für alle offen sind, auch wirklich durch alle und für alle zugänglich sind.“ (Kollektivbeschwerde Nr. 13/2002, *Autismus-Europa vs. Frankreich*, Entscheidung über die Zulässigkeit, 4. November 2003, Nr. 52). Siehe auch EU-Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich Grundrechte, Thematische Bemerkung Nr. 3, 2005, S. 23.

¹⁷⁶ EGMR, *Thlimmenos vs. Griechenland*, Nr. 44.

ein aufgrund seiner Wehrdienstverweigerung Verurteilter, der seine Freiheit ausübt, seine Religion zu bezeugen, nicht gleich behandelt werden konnte wie jemand, der eine andere Art von Überzeugung hatte, die nichts mit der Wahrnehmung der Grundrechte zu tun hat. Sofern jedoch das Gericht die *Thlimmenos*-Grundprinzipien in anderen Fällen verwendet hat, die mit (ethnischen oder nationalen) Minderheiten zusammenhängen, waren die Ergebnisse relativ bescheiden¹⁷⁷. Das Gericht ist eindeutig sehr vorsichtig bei der „Auferlegung“ von Ausnahmen zur Anwendung allgemeiner Normen, wenn es nicht um die Ausübung der Freiheit geht, seine Religion zu bezeugen¹⁷⁸. Im Fall *Chapman vs. Vereinigtes Königreich* könnte die wichtige Regel festgelegt worden sein, dass Staaten eine positive Verpflichtung haben, die Lebensform von Sinti/Roma zu erleichtern¹⁷⁹. Das Gericht war nicht bereit festzustellen, dass Roma im Hinblick auf die Anwendung von allgemeinen Planungsverordnungen und -maßnahmen nicht wie andere Menschen behandelt werden sollten, angesichts ihrer besonderen Bedürfnisse, die sich aus ihrer Tradition des Lebens und Reisens in Wohnwagen ergeben¹⁸⁰.

Der Menschenrechtsausschuss hat diese zweite Dimension des Diskriminierungsverbots nicht als solche entwickelt, aber seine Praxis zeigt nachweislich, dass eine Verpflichtung zum Ergreifen von positiven Maßnahmen sowie anderen „Sondermaßnahmen“ (nicht zwangsläufig rückwärts gewandte, zeitweilige Maßnahmen), für die sprechen könnte, dass sie im Verbot der Diskriminierung insofern inhärent sind, als das Unterlassen des Ergreifens solcher Maßnahmen, mit denen solche Gruppen auf ein Maß an Gleichstellung mit anderen Mitgliedern der Gesellschaft gebracht werden, als das Fortbestehenlassen von systematischer Diskriminierung betrachtet werden könnte, und somit Staaten nicht ihrer Verpflichtung entsprechen würden, gleichen und wirksamen Schutz gegen Diskriminierung wie von Artikel 26 gefordert, zu gewährleisten“¹⁸¹.

Der CESCR-Ausschuss scheint beim Verbot der Diskriminierung in Artikel 2 ICESCR insofern einen ähnlichen Ansatz zu verfolgen, als der Ausschuss darauf hingewiesen hat, dass die staatlichen Verpflichtungen zur Förderung (des Diskriminierungsverbots) erfordern würden, Maßnahmen zu ergreifen, um Chancengleichheit sicherzustellen. Außerdem hat der Ausschuss die Verpflichtung hervorgehoben, auf mehreren Gebieten, insbesondere aber in den Bereichen Beschäftigung, Wohnen, Gesundheit und Bildung Chancengleichheit für Minderheiten (einschließlich Roma) zu gewährleisten¹⁸².

Sowohl im CEDAW als auch im ICERD erkennen die überwachenden Ausschüsse zumeist eine Pflicht zur Ungleichbehandlung im Sinne einer Verpflichtung zum Ergreifen von positiven Maßnahmen¹⁸³ (wie ausdrücklich aus Artikel 2,1 ICERD hervorgeht und im CEDAW inhärent sein soll). Dies hat zu der Kritik geführt, dass das ICERD keine Schutzmaßnahmen gegen eine auf Assimilierung abzielende Politik enthält, weil der Ansatz der Konvention

¹⁷⁷ Im Fall *Nachova vs. Bulgarien* legte das Gericht den Grundsatz fest, der seitdem mehrere Male bestätigt worden ist (*inter alia* EGMR, *Bekos & Koutropoulos vs. Griechenland* (13. Dezember 2005), Nr. 73; EGMR, *Ognyanova und Choban vs. Bulgarien* (23. Februar 2006), Nr. 14, dass staatliche Behörden eine besondere Pflicht haben, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um festzustellen, ob ethnischer Hass oder Vorurteile eine Rolle bei den Ereignissen gespielt haben. (EGMR, *Nachova vs. Bulgarien* (26. Februar 2004), Nr. 158).

¹⁷⁸ Siehe jedoch das Sondervotum des Richters Cabral im Fall *D.H. et al. vs. Tschechische Republik*, der betont, dass „Diese Schüler die aus verschiedenen Gründen – ob kultureller, sprachlicher oder anderer Art – Schwierigkeiten haben, dem normalen Schulunterricht zu folgen, das Recht haben sollten, zu erwarten, dass der Staat positive Maßnahmen ergreift, um ihre Beeinträchtigung auszugleichen und ihnen die Möglichkeit zu geben, dem normalen Lehrplan wieder zu folgen.“ (Nr. 2) [nicht amtliche Übers.].

¹⁷⁹ Siehe *infra*.

¹⁸⁰ EGMR, *Chapman vs. Vereinigtes Königreich*, Nr. 127-129.

¹⁸¹ S. Davidson, 'Equality and Non-Discrimination', in A. Conte, S. Davidson & R. Burchill (eds.), *Defining Civil and Political Rights: the jurisprudence of the UN Human Rights Committee* (Aldershot: Ashgate, 2004), 178.

¹⁸² VandenHole, *UN Human Rights Treaty Bodies...*, 234.

¹⁸³ H.B. Schöpp-Schilling, 'Reflections on a General Recommendation on Article 4(1) of the Convention on the Elimination of all forms of discrimination against women', in I. Boerefijn et al (eds.), *Temporary Special Measures* (Antwerp, 2003), 28. Siehe auch VandenHole, *UN Human Rights Treaty Bodies...*, 219. HRC, Allgemeine Bemerkung Nr. 18, Nr. 10.

bestenfalls integrationistisch wäre und zusätzlich zu den zeitweiligen Sondermaßnahmen keine strukturellen, institutionellen Maßnahmen vorsehen würde ¹⁸⁴. Dennoch sollte betont werden, dass der CERD-Ausschuss die allgemeinere internationale Gesetzesentwicklung übernommen zu haben scheint, in Anerkennung der Tatsache, dass Minderheiten ein Recht auf eine eigene Identität haben, die geschützt, erhalten und gefördert werden sollte. Der CERD-Ausschuss hat sogar gesagt:

„Die Regierungen sollten sensibel umgehen mit den Rechten von ethnischen Gruppen angehörenden Menschen, insbesondere mit dem Recht auf ein Leben in Würde, auf die Bewahrung ihrer Kultur... Innerhalb des jeweiligen verfassungsrechtlichen Rahmens sollten die Regierungen erwägen, zu ethnischen oder sprachlichen Gruppen gehörenden Menschen gegebenenfalls das Recht zu geben, sich Aktivitäten zu widmen, die für die Erhaltung der Identität dieser Menschen oder Gruppen besonders relevant sind.“ [nicht amtliche Übersetzung] ¹⁸⁵

Diese Argumentation entspricht offensichtlich zumindest einer Anregung (wenn nicht sogar der Einführung einer klaren Verpflichtung) zum Ergreifen von „unterschiedlichen“ Sondermaßnahmen (siehe oben), um am Verbot der Rassendiskriminierung, dem Schwerpunkt des ICERD, festzuhalten.

Der Text der CEDAW scheint „zeitweilige Sondermaßnahmen“ zuzulassen, enthält jedoch keine richtige Verpflichtung für die Staaten zum Ergreifen solcher Maßnahmen. Dennoch ist überzeugend argumentiert worden, dass auch Artikel 4(1) des CEDAW eine Verpflichtung impliziert, „zeitweilige Sondermaßnahmen“ zu ergreifen, die auf echte Gleichstellung abzielen ¹⁸⁶. In der Tat besteht das allgemeine Ziel des CEDAW darin, die Benachteiligung von Frauen zu beseitigen, und die wirksame Beseitigung von unmittelbarer sowie mittelbarer Diskriminierung kann möglicherweise den Einsatz von zeitweiligen Sondermaßnahmen erfordern ¹⁸⁷.

Wichtig: Die Verpflichtungen zum Ergreifen von Sondermaßnahmen zur Verwirklichung von echter Gleichstellung sind nicht auf „zeitweilige Sondermaßnahmen“ beschränkt. Eine spätere Allgemeine Empfehlung zu Artikel 4, Abs. 1 des CEDAW betont: Die Vertragsstaaten sollten klar unterscheiden zwischen zeitweiligen Sondermaßnahmen nach Artikel 4, Abs. 1, zur schnelleren Erreichung eines konkreten Ziels für Frauen im Hinblick auf die De-facto- oder echte Gleichstellung und anderen allgemeinen sozialpolitischen Maßnahmen, die zur Verbesserung der Situation von Frauen und Mädchen verabschiedet werden. Nicht alle Maßnahmen, die potenziell vorteilhaft sind oder Frauen zugute kommen, sind zeitweilige Sondermaßnahmen. Die Schaffung allgemeiner Bedingungen zur Gewährleistung der bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Rechte von Frauen und Mädchen, die ihnen ein Leben in Würde und Nichtdiskriminierung ermöglichen sollen, kann nicht als zeitweilige Sondermaßnahme bezeichnet werden ¹⁸⁸. Dies ist sicherlich ein Hinweis auf eine Verpflichtung zum Ergreifen von unterschiedlichen Maßnahmen für Frauen, um am Verbot der Diskriminierung festzuhalten.

¹⁸⁴ K. Boyle and A. Baldaccini, 'A Critical Evaluation of Human Rights Approaches to Cases of Racism', in S. Fredman (ed.), *Discrimination and Human Rights: the Case of Racism* (Oxford, 2001), 158.

¹⁸⁵ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 21: Das Recht auf Selbstbestimmung, Nr. 5. Dies wurde in der Allgemeinen Empfehlung Nr. 30 über die Diskriminierung von Nichtstaatsbürgern aufgenommen und weiter vertieft, in der der CERD-Ausschuss unterstrich, dass die Vertragsstaaten die Erhaltung der Kultur und der kulturellen Identität dieser ethnischen Gruppen (von Nichtstaatsbürgern) zu gewährleisten haben. In diesem Sinne sollte an die vorherigen Referenzen auf Vorschläge des ICERD-Ausschusses zur Verabschiedung von Sprachgesetzen usw. erinnert werden.

¹⁸⁶ R. Cook, 'Obligations to Adopt Temporary Special Measures under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women', in I. Boerefijn et al (eds.), *Temporary Special Measures* (Antwerp, 2003), 129.

¹⁸⁷ Cook, 'Obligations to adopt temporary special measures'..., 134. Der CEDAW-Ausschuss betont hierzu auch: „Es reicht nicht aus, die Gleichbehandlung von Frauen und Männern zu garantieren. Vielmehr müssen biologische, aber auch gesellschaftlich und kulturell bedingte Unterschiede zwischen Frau und Mann berücksichtigt werden. Unter bestimmten Umständen ist eine Ungleichbehandlung von Frau und Mann erforderlich, um auf derartige Unterschiede einzugehen.“ (CEDAW, Allgemeine Bemerkung Nr. 25 zu Artikel 4, Abs. 1 über zeitweilige Sondermaßnahmen, §8. Siehe auch ebd. §11).

¹⁸⁸ CEDAW, Allgemeine Bemerkung Nr. 25, Nr. 19.

3.3.3 Positive Maßnahmen

Die Praxis der Kontrollorgane bestätigt allgemein, dass das Verbot der Diskriminierung die äußere Grenze für positive Maßnahmen bildet ¹⁸⁹.

Während es im ICCPR keine ausdrückliche Bestimmung gibt, akzeptiert der Menschenrechtsausschuss eindeutig die Rechtmäßigkeit von positiven Maßnahmen, da er sogar auf eine Verpflichtung hinweist, solche Maßnahmen unter bestimmten Umständen zu ergreifen, „um Bedingungen abzuschwächen oder zu beseitigen, die Diskriminierung verursachen oder dazu beitragen, dass sie fortbesteht“ ¹⁹⁰. Der Schwerpunkt auf Abhilfemaßnahmen impliziert, dass diese Sondermaßnahmen zeitweilig sein müssen, um angemessen zu sein. Die Ansichten des Menschenrechtsausschusses im Fall *Jacobs vs. Belgien* vom 7. Juli 2004 ¹⁹¹ weisen eindeutig darauf hin, dass der Ausschuss für positive Maßnahmen relativ offen ist, da er betont, dass das Ziel von positiven Maßnahmen die echte Gleichstellung ist und daher keine Ausnahme zum Gleichstellungsgrundsatz ist ¹⁹². Diese Ansichten bestätigen außerdem, dass der Menschenrechtsausschuss positive Maßnahmen und Nichtdiskriminierung als an sich miteinander zusammenhängend ansieht, da die Nichtdiskriminierung eine Grenze für gerechtfertigte positive Maßnahmen bildet ¹⁹³. Wie auch immer, der Menschenrechtsausschuss scheint im Zusammenhang mit einer der sensibelsten positiven Maßnahmen ziemlich großzügig zu sein: mit dem Einsatz von Quotenregelungen ¹⁹⁴. Dies lässt sich auch aus einigen seiner Abschließenden Bemerkungen ablesen ¹⁹⁵.

Die Überwachungspraxis des CESCR-Ausschusses zeigt auch, dass der Ausschuss nicht nur positive Maßnahmen zulässt, sofern sie am Grundsatz der Nichtdiskriminierung festhalten ¹⁹⁶, sondern hält sie unter bestimmten Umständen sogar für obligatorisch. In seiner Allgemeinen Bemerkung zum Thema Frauen aus dem Jahr 2005 spricht der CESCR-Ausschuss von einer Verpflichtung zum Ergreifen von positiven Maßnahmen („zeitweiligen Sondermaßnahmen“) um zu einer echten Gleichstellung zu gelangen. Trotz des Schwerpunkts dieser Allgemeinen Bemerkung beschränkt sich diese eine Erklärung nicht nur auf Genderthemen, da sie folgendermaßen lautet: „Zeitweilige Sondermaßnahmen sind möglicherweise irgendwann erforderlich, um benachteiligte oder marginalisierte Gruppen von Menschen auf den gleichen tatsächlichen Stand zu bringen wie andere“ [nicht amtliche Übers.] ¹⁹⁷. In ähnlicher Weise wird in der Allgemeinen Bemerkung zur Diskriminierung von Roma die Verpflichtung zum Ergreifen von besonderen Maßnahmen für diese benachteiligte Gruppe hervorgehoben. Gleichzeitig ist es jedoch klar, dass dies keine absolute Verpflichtung zu Ergebnissen ist, da die Vertragsstaaten dazu aufgefordert werden, Maßnahmen zu ergreifen, um u. a. bei der Teilnahme am öffentlichen Leben

¹⁸⁹ Entscheidend ist auch die Genauigkeit der Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Gründe, die verdächtig sind. Ungleichbehandlung aus verdächtigen Gründen führt normalerweise dazu, dass genauer untersucht wird, was bei positiven Maßnahmen wegen ihrer tatsächlichen Gleichstellungsüberlegungen nicht angebracht erscheint. Siehe auch die vorherige Fußnote.

¹⁹⁰ Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 18, Nr. 10. Siehe auch Joseph, Schultz and Castan, *Cases, Materials and Commentary* ..., 738. In dieser Hinsicht sollte auch auf die Allgemeinen Bemerkungen Nr. 4 und Nr. 28 zu Artikel 3 verwiesen werden, da diese (in Abs. 2 bzw. 3) sagen, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung in allen drei Artikeln des ICCPR nicht nur Schutzmaßnahmen sondern auch positive Maßnahmen erfordert, mit denen der positive Genuss von Rechten gewährleistet werden soll.

¹⁹¹ Menschenrechtsausschuss, *Jacobs vs. Belgien* (Mitteilung 943/2000, 7. Juli 2004).

¹⁹² Menschenrechtsausschuss, *Jacobs vs. Belgien*, Nr. 9.3: Menschenrechtsausschuss, *Jacobs vs. Belgien*, Nr. 9.3: Die Staaten können Maßnahmen ergreifen, um zu garantieren, dass das Gesetz Frauen gleichberechtigt wie Männern die (in Artikel 25 ICCPR enthaltenen) Rechte garantiert.

¹⁹³ Menschenrechtsausschuss, *Jacobs vs. Belgien*, Nr. 9.4–9.5.

¹⁹⁴ Menschenrechtsausschuss, *Jacobs vs. Belgien*, Nr. 13.11.

¹⁹⁵ In seiner Abschließenden Bemerkung zu Indien (1998) akzeptierte der Menschenrechtsausschuss ausdrücklich den Einsatz von Quoten, damit Frauen und Menschen, die niedrigeren Kasten angehören, stärker repräsentiert werden.

¹⁹⁶ CESCR-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 5 über „Zeitweilige Sondermaßnahmen“, Nr. 32.

¹⁹⁷ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 16, Nr. 15.

„Chancengleichheit“ (und nicht Ergebnisgleichheit) zu verwirklichen. Der Fokus liegt auch hier wieder bei den zeitweiligen Sondermaßnahmen.

Sowohl zum CERD- als auch zum CEDAW-Ausschuss muss gesagt werden, dass beide Konventionen und auch die damit zusammenhängende Überwachungspraxis offen sind für positive Maßnahmen¹⁹⁸, sofern diese Maßnahmen am Verbot der Diskriminierung festhalten¹⁹⁹. Damit wären permanente Maßnahmen ausgeschlossen²⁰⁰. Beide Konventionen sowie die Praxis der Kontrollorgane enthalten positive Maßnahmen und machen diese sogar unter bestimmten Umständen obligatorisch. Während diese Verpflichtung in Artikel 2(2) ICERD ausdrücklich ist, scheint die Praxis des CEDAW-Ausschusses darauf hinzudeuten, dass man davon ausgehen kann, dass auch gemäß dem CEDAW das Ergreifen solcher Maßnahmen obligatorisch wäre, wenn belegt werden kann, dass sie für ein schnelleres Erreichen des allgemeinen Ziels der De-facto- bzw. echten Gleichstellung der Frauen erforderlich und angemessen sind²⁰¹.

Was die Bewertung des Einsatzes von Quoten anbelangt, ist die Praxis des CERD-Ausschusses nicht sehr aufschlussreich,²⁰² während der CEDAW-Ausschuss besonders liberal erscheint. In seinen Abschließenden Bemerkungen hat der Ausschuss häufig nicht nur positive Maßnahmen empfohlen²⁰³, sondern sogar den Einsatz von Quoten zur Erlangung einer Geschlechterausgewogenheit in öffentlichen und politischen Gremien verteidigt²⁰⁴. Der Ausschuss bezeichnet positive Maßnahmen nicht nur ausdrücklich als eine Ausnahme zum Gleichstellungsgrundsatz, sondern als eine Form, diesen Grundsatz anzuwenden²⁰⁵. Es fördert auch eindeutig Ergebnisgleichheit und nicht nur Chancengleichheit. Aufschlussreich ist es daher in dieser Hinsicht, dass die Allgemeine Bemerkung Nr. 23 darauf hinzuweisen scheint, dass der Ausschuss die Ergebnisgleichheit als eine logische Folge der echten Gleichstellung betrachtet²⁰⁶.

Andererseits hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hierzu nicht klar und eindeutig Stellung bezogen, weil er nur zwei Mal über positive Maßnahmen befinden musste, von denen keine konkrete Maßnahmen für den Zugang zur Beschäftigung betraf. In beiden Fällen führten die jeweiligen Maßnahmen zu einer Behandlung, mit der Frauen bevorzugt und Männer ausgeschlossen wurden. Im Fall *Petrovic vs. Österreich*²⁰⁷ wurde Elternurlaub nur Frauen bewilligt und im Fall *Van Raalte vs. Niederlande*²⁰⁸ waren nur Frauen über 45 von der Zahlung einer mit Kindern zusammenhängenden Abgabe befreit worden. Während das Gericht zu diesen positiven Maßnahmen sich eine ebenso genaue Untersuchung zu eigen zu machen schien wie in Bezug auf Maßnahmen, die Frauen benachteiligen, mäßigte es seinen Standpunkt im *Petrovic-Fall* aufgrund des Fehlens einer gemeinsamen europäischen Elternurlaubsregelung²⁰⁹. In dem neueren Urteil zum Fall *Stec et al vs. Vereinigtes Königreich* im

¹⁹⁸ J. Swiebel, 'What could the EU learn from the CEDAW convention?', in I. Boerefijn et al (eds.), *Temporary Special Measures* (Antwerp, 2003), 52.

¹⁹⁹ Thornberry, 'Confronting Racial Discrimination' ..., 256; VandenHole, *UN Human Rights Treaty Bodies* ..., 265.

²⁰⁰ ICERD-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 16, Nr. 15. Siehe auch H.B. Schöpp-Schilling, 'Reflections on a General Recommendation on Article 4(1) of the Convention on the Elimination of all forms of discrimination against women', in I. Boerefijn et al (eds.), *Temporary Special Measures* (Antwerp, 2003), 28.

²⁰¹ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 25, Nr. 24.

²⁰² K. Boyle and A. Baldaccini, 'A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism', in S. Fredman (ed.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism* (Oxford, 2001), 157.

²⁰³ Für einen ausführlicheren Überblick über die Fälle, in denen der Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung von Frauen (CEDAW-Ausschuss) die Staaten zum Ergreifen von positiven Maßnahmen auffordert, siehe VandenHole, *UN Human Rights Treaty Bodies* ..., 267-271.

²⁰⁴ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 23, Nr. 29.

²⁰⁵ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 25, Nr. 14.

²⁰⁶ Schöpp-Schilling, 'Reflections on ...', 27.

²⁰⁷ EGMR, *Petrovic vs. Österreich* (27. März 1989).

²⁰⁸ EGMR, *Van Raalte vs. Niederlande* (21. Februar 1997).

²⁰⁹ Gerards, *Rechterlijke Toetsing* ..., 210.

Zusammenhang mit unterschiedlichen Ansprüchen von Männern und Frauen auf Sozialversicherungsleistungen aufgrund von Unterschieden beim Renteneintrittsalter, erklärte das Gericht ausdrücklich: „Artikel 14 verbietet es einem Mitgliedstaat nicht, verschiedene Gruppen unterschiedlich zu behandeln, um ein ‚Ungleichgewicht‘ zwischen diesen Gruppen zu korrigieren; in der Tat kann unter bestimmten Umständen ein unterlassener Versuch, ein ‚Ungleichgewicht‘ durch unterschiedliche Behandlung zu korrigieren, an sich schon einen Verstoß gegen den Artikel verursachen. Ursprünglich... sollte mit dem unterschiedlichen Renteneintrittsalter ein ‚faktisches Ungleichgewicht‘ korrigiert werden... Es scheint daher auch gemäß Artikel 14 objektiv gerechtfertigt gewesen zu sein.“ [nicht amtliche Übers.] ²¹⁰ Sicherlich scheint das Gericht nicht nur positive Maßnahmen zu akzeptieren, die mit der echten Gleichstellung zusammenhängen, auch wenn es anerkennt, dass die Nichtdiskriminierung die Grenzen dieser Maßnahmen definiert und sogar auf eine Verpflichtung zum Ergreifen solcher positiven Maßnahmen hindeutet ²¹¹. Wie entgegenkommend das Gericht in Bezug auf konkrete Formen von positiven Maßnahmen sein wird, bleibt jedoch abzuwarten ²¹².

In jedem Fall hat der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte vom Verbot der Diskriminierung die Verpflichtung abgeleitet, positive Maßnahmen zu ergreifen, um die volle, echte Gleichstellung zu erreichen ²¹³.

Es kann festgehalten werden, dass die Überwachungsorgane in Bezug auf positive Maßnahmen ziemlich voneinander abweichende Haltungen und Ansätze vertreten haben. Sicherlich ist die Haltung von Überwachungsorganen, die befugt sind, verbindliche Rechtsurteile zu sprechen, vorsichtiger und zurückhaltender als die von anderen Stellen.

3.3.4 Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung: Positive Verpflichtungen

Die Überwachungspraxis des CESCR-Ausschusses beinhaltet eindeutig Überlegungen zur echten Gleichstellung, wenn er darauf hinweist, dass die staatlichen Verpflichtungen zur Förderung (des Diskriminierungsverbots) erfordern würden, dass Maßnahmen zur Sicherstellung von Chancengleichheit ergriffen werden müssen. Insbesondere hat der Ausschuss die Verpflichtung hervorgehoben, auf mehreren Gebieten, insbesondere aber in Beschäftigung, Wohnen, Gesundheit und Bildung Chancengleichheit für Minderheiten (einschließlich Roma) zu gewährleisten ²¹⁴. In seinen Abschließenden Bemerkungen zu Japan betont der Ausschuss in ähnlicher Weise die Notwendigkeit, „dass die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen seien, um Muster von De-jure- und De-facto-Diskriminierung aller Minderheitsgruppen zu bekämpfen.“ [nicht amtliche Übers.] ²¹⁵.

Gemäß den Konventionen ICERD, CEDAW und ICCPR werden proaktive Verpflichtungen von Staaten in erster Linie in Bezug auf positive Maßnahmen aufgezeigt, während aus der Praxis des CERD- und des CEDAW-Ausschusses auch die positiven Verpflichtungen zum Ergreifen von Sondermaßnahmen, die sich aus dem Verbot der Diskriminierung ergeben, deutlich wurden.

²¹⁰ EGMR, *Stec et al vs. Vereinigtes Königreich*, 12. April 2006, Nr. 51 und 61.

²¹¹ Es sollte betont werden, dass das Gericht mit dieser Aussage ausdrücklich auf seine Argumentation im Fall *Thlimmenos* (Par. 44) verweist.

²¹² Siehe auch A. Hendriks & F. Wegman, 'Straatsburg ziet onderscheid naar geslacht bij pensioenen door de vingers': noot bij EHRM, *Stec e.a. t het Verenigd Koninkrijk*, 31 *NJCM Bulletin* 2006, 892.

²¹³ Europäischer Ausschuss für soziale Rechte, Schlussfolgerungen XVI-1, 125-129; Schlussfolgerungen XVI-1, Bd. 2 (Norwegen) 485-487.

²¹⁴ VandenHole, *UN Human Rights Treaty Bodies...*, 234.

²¹⁵ CESCR-Ausschuss, Abschließende Bemerkung: Japan, 2001, Nr. 40. Der Ausschuss spricht ähnlich wie hier auch in seinen Abschließenden Bemerkungen zum Vereinigten Königreich (2001, Nr. 31) und zu Brasilien (2003, Nr. 44) von der Notwendigkeit, auf Chancengleichheit hinzuarbeiten.

In der Tat hat der CERD-Ausschuss die Staaten dazu aufgefordert, auch dauerhafte „Sondermaßnahmen“ für Minderheiten anzunehmen, die ausdrücklich darauf abzielen, ihre eigene Identität zu schützen ²¹⁶.

Außerdem ist bemerkenswert, dass sich mehrere Allgemeine Empfehlungen des CERD-Ausschusses auf bestimmte Arten von Minderheitsgruppen und insbesondere auf indigene Völker, Roma und Gruppen einer bestimmten Abstammung konzentrieren. Diese Empfehlungen unterstreichen jeweils in unterschiedlicher Ausprägung die mehrfachen positiven Verpflichtungen von Staaten in Bezug auf den Schutz und die Förderung des Rechts dieser Gruppen auf eine eigene Identität, einschließlich zum Ergreifen von Sondermaßnahmen. Der CERD-Ausschuss fordert die Staaten sogar ausdrücklich dazu auf, zu garantieren, dass diese Gemeinschaften ihre Rechte auf Ausübung und Wiederbelebung ihrer Kultur und auf Bewahrung und Praktizieren ihrer Sprache ausüben können, dass sie ein angemessenes Maß an politischer Teilnahme haben (einschließlich der Repräsentation in Polizei und Rechtsdurchsetzungseinrichtungen), und mitunter auch, dass muttersprachlicher sowie zweisprachiger und/oder multikultureller Unterricht (was angepasste Lehrbücher u. Ä. impliziert) gewährleistet sind ²¹⁷.

Da die Praxis des UNO-Ausschusses für die Rechte des Kindes ebenfalls die Verpflichtung betont, besondere Maßnahmen für Minderheitsgruppen angehörende Menschen zu ergreifen, um den Genuss ihrer Grundrechte zu garantieren ²¹⁸, bestätigt die Praxis dieses Vertragsorgans das Wesen des Gleichstellungsansatzes der UNO-Vertragsorgane im Allgemeinen.

Eine spezielle positive Verpflichtung, die in dieser Hinsicht besondere Aufmerksamkeit verdient, ist die zur Bekämpfung von Diskriminierung durch private Akteure. Bereits der Text der ICERD enthält klare Bestimmungen über der Existenz einer solchen positiven Verpflichtung, und zwar in Artikel 2(1)(d). Diese Bestimmung verpflichtet die Staaten tatsächlich dazu, Rassendiskriminierung durch Menschen, Gruppen oder Organisationen mit allen angemessenen Mitteln, je nach Umständen auch mit gesetzlichen Mitteln, zu verbieten und zu beseitigen ²¹⁹. Diese Verpflichtung würde unter anderem durch die Bestimmungen in Artikel 4 und 5 (zu Beschäftigung und Wohnen) noch verstärkt werden. Dennoch scheint sie nicht ganz so klar (und weit reichend) zu sein ²²⁰.

Es ist bemerkt worden, dass der Menschenrechtsausschuss trotz der Annahme des Grundsatzes der positiven Verpflichtungen von Staaten in dieser Hinsicht – verglichen mit der Aufmerksamkeit, die der CERD-Ausschuss in seinen Abschließenden Bemerkungen der Diskriminierung durch private Akteure widmet – in seinem systematischen Umgang mit den Verpflichtungen für Staaten zum Schutz vor Diskriminierung durch Dritte wesentlich zögerlicher zu sein scheint ²²¹.

Der CESCR-Ausschuss erkennt eindeutig an, dass Staaten zum Schutz vor Diskriminierung durch private Akteure insbesondere aufgrund von Rasse (und Geschlecht) verpflichtet sind ²²². Ähnlich dazu hat er von der Notwendigkeit

²¹⁶ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 21: Das Recht auf Selbstbestimmung, Nr. 5. Siehe auch CERD-Ausschuss, Abschließende Beobachtungen: Ecuador, 2003, Nr. 11. Siehe auch CERD-Ausschuss Abschließende Bemerkungen: Russische Föderation 2003, Nr. 27.

²¹⁷ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 23, Indigene Völker, Nr. 4 (a)(e); Allgemeine Empfehlung Nr. 27, Benachteiligung von Roma, Nr. 15, 18, 26, 28-9, 41; Allgemeine Empfehlung Nr. 29, Abstammung, Nr. 6, 24, 27-8, 36, 48.

²¹⁸ Ausschuss für die Rechte des Kindes, Abschließende Bemerkungen: Bangladesch, 2003, Nr. 79; Abschließende Bemerkungen: Israel, 2002, Nr. 55.

²¹⁹ Fredman, 'Introduction...', 192-3; Thornberry, 'Confronting Racial Discrimination...', 251.

²²⁰ Siehe auch die Abschließenden Bemerkungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes, in denen der Ausschuss der Ansicht ist, dass die Staaten zur Ächtung von Rassendiskriminierung durch Privatpersonen in den Bereichen Bildung und Beschäftigung verpflichtet sind. Da diese Lehrmeinung nicht so weit entwickelt ist wie beim ICERD, ist es unwahrscheinlich, dass dies eine strenge Pflicht zum Erzielen von Ergebnissen implizieren würde.

²²¹ VandenHole, UN Human Rights Treaty Bodies..., 217.

²²² *Inter alia* CESCR-Ausschuss, Abschließende Bemerkungen: Kroatien (UN Doc. E/C.12/1/Add.73), Nr. 9.

gesprochen, dass unter anderem für den Schutz von Roma gesetzliche Maßnahmen ergriffen ²²³ und bestimmte Formen von Rassendiskriminierung unter Strafe gestellt werden müssen ²²⁴. Zur Klärung, wie weit diese positive Verpflichtung reichen soll, gibt es allerdings keine weiteren Hinweise.

Im Hinblick auf die EMRK und die Rechtsprechung des Gerichtes ist es nicht richtig klar, ob (und inwieweit) es eine positive Verpflichtung für Staaten gibt, private Formen von Diskriminierung auszurotten. Dies steht im Gegensatz zur Herausbildung von positiven Verpflichtungen für Staaten zur Gewährleistung der anderen (wesentlichen materiellen) Rechte zwischen Privatparteien untereinander ²²⁵, und kann zum allgemein größeren Ermessensspielraum in Beziehung gesetzt werden, der Staaten beim Verbot der Diskriminierung eingeräumt wird ²²⁶.

Trotz des im Zusatzprotokoll Nr. 12 verwendeten Wortlauts „ist zu gewährleisten“, der auf weit reichende positive Verpflichtungen für Staaten hinweist, betont der Erläuternde Bericht, dass keine allgemeine positive Verpflichtung auferlegt werden sollte ²²⁷. Im Erläuternden Bericht zu Protokoll Nr. 12 heißt es „das Unterlassen eines Staates, im Verhältnis zwischen Privatpersonen untereinander Schutz vor Diskriminierung zu bieten, kann so eindeutig und schwerwiegend sein, dass dies eindeutig in die Verantwortung des Staates fallen kann, und damit Artikel 1 des Protokolls ins Spiel kommen könnte [nicht amtliche Übers.] ²²⁸. Es wird interessant sein, zu sehen, wo im Verlauf der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR hier die Linie gezogen wird.

3.4 Die Gleichstellungsvorschriften in spezifischen Rechtsinstrumenten für Minderheiten

Kapitel 1 gibt einen kurzen Überblick darüber, welche minderheitenspezifischen Rechte in den minderheitenspezifischen Rechtsinstrumenten (bzw. in den einzelnen Bestimmungen dieser Instrumente) enthalten sind. Der Schwerpunkt liegt hier auf den Gleichstellungsvorschriften dieser Rechtsinstrumente, genauer gesagt der Absätze 31 und 33(2) des Kopenhagen-Dokuments der OSZE, des Artikels 4 des FCNM ²²⁹, sowie der Artikel 2(1), 3, 4(1) und 8(3) der (oben zitierten) UNO-Minderheitenerklärung.

Da es keinen richtigen Überwachungsmechanismus für die UNO-Erklärung und das Kopenhagen-Dokument gibt, gibt es keine Überwachungspraxis im eigentlichen Sinne, auf die man sich stützen kann. Dennoch ist zu diesen Instrumenten eine Reihe von anderen Dokumenten entwickelt worden, die sich mit deren Bedeutung und Auswirkungen befassen. Da die UNO-Minderheitenarbeitsgruppe vom Wirtschafts- und Sozialrat der UNO (Ecosoc) unter anderem zur Förderung der Rechte in der Erklärung eingesetzt wurde, verfügt der Kommentar zur UNO-Minderheitenerklärung, ²³⁰ der in diesem Gremium formuliert wurde, offensichtlich über eine gewisse *De-facto*-Autorität.

²²³ CESCR-Ausschuss, Abschließende Bemerkungen: China (UN Doc. E/C.12/1/Add.58), Nr. 30.

²²⁴ *Inter alia* CESCR-Ausschuss, Abschließende Bemerkungen: Belgien (UN Doc. E/C.12/1/Add.54), Nr. 21.

²²⁵ Für eine ausführliche Diskussion: A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford: Hart, 2004).

²²⁶ Wie Goedertier hier im Zusammenhang mit den als „verdächtig“ geltenden Diskriminierungsgründen betont, kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Gericht künftig tatsächlich positive Verpflichtungen für Staaten zur Beseitigung von Diskriminierung aus diesen Gründen auch im privaten Bereich festlegen wird ('Verbod van discriminatie' in J. Vande Lanotte & Y. Haecck (eds.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar* (Antwerp: Intersentia, 2004), 146-148).

²²⁷ Erläuternder Bericht zum 12. Zusatzprotokoll, Nr. 24.

²²⁸ Ebenda, 26.

²²⁹ Zu Artikel 6(2) FCNM sollte auch erwähnt werden, dass er eine positive Verpflichtung zum Schutz von Minderheiten angehörenden Menschen gegen Drohungen oder diskriminierende Handlungen enthält. Dies kann in engem Zusammenhang mit Artikel 4(1) gesehen werden, der die Staaten dazu verpflichtet, jede Diskriminierung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit zu verbieten.

²³⁰ E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2.

Der im Rahmen der OSZE eingeführte Hochkommissar für Nationale Minderheiten ist vielleicht kein Überwachungsmechanismus ²³¹, er hat jedoch mehrere Empfehlungen zu bestimmten wiederkehrenden Themen unterstützt, mit denen er bei seinen Aktivitäten konfrontiert wurde ²³². Die von unabhängigen Experten entwickelten Erläuterungen zu diesen Empfehlungen verweisen üblicherweise auf einschlägiges „Quellenmaterial“, zu dem auch das Dokument von Kopenhagen gehört. Diese Quellen enthalten normalerweise weitere Klärungen bezüglich des tatsächlichen Inhalts der Paragraphen dieses Dokuments ²³³.

Der Überwachungsmechanismus zum FCNM enthält kein Beschwerdeverfahren und beschränkt sich auf ein Verfahren der periodischen Berichterstattung ²³⁴. Aus verschiedenen Gründen sollte der Wert dieses Verfahrens nicht unterschätzt werden. Einer dieser Gründe ist, dass die Prüfung der vom Beratenden Ausschuss formulierten und normalerweise vom Ministerkomitee ²³⁵ bestätigten Ansichten bestimmte Muster aufweist, die den häufig vagen Wortlaut des Textes des Rahmenübereinkommens deutlicher machen ²³⁶.

3.4.1 Geltungsbereich

Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots in den minderheitsspezifischen Rechtsinstrumenten ist so groß, wie er nur sein kann, in dem Sinne, als er hinsichtlich der Diskriminierungsgründe oder Kompetenzen nicht begrenzt und nicht akzessorisch ist ²³⁷. Wie bereits oben unterstrichen wurde, wurden die Themen mit spezieller Relevanz für Minderheiten in gewissem Umfang alle sowohl im Hinblick auf das Recht auf Identität als auch auf die echte Gleichstellung in die spezifischen Minderheitsrechtsinstrumente aufgenommen. Wie weiter unten noch entwickelt werden soll, reichen auch die den Staaten auferlegten positiven Verpflichtungen in den privaten Bereich hinein.

Dennoch ist es weiterhin interessant, die Gleichstellungsvorschriften etwas genauer zu analysieren, insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen besonderen Maßnahmen und der vollen Gleichstellung sowie der Rolle des Diskriminierungsverbots in dieser Hinsicht.

3.4.2 Öffnung hin zur echten Gleichstellung

Angesichts der zentralen Bedeutung des Ziels der echten Gleichstellung für den Minderheitenschutz ist es nicht überraschend, dass bei diesen spezifischen Minderheitsrechtsinstrumenten Überlegungen zur echten Gleichstellung vorherrschen.

Es sollte hervorgehoben werden, dass Artikel 4 FCNM zusätzlich zu dem Verbot der Diskriminierung in Absatz 1 auch eine Verpflichtung in Absatz 2 zum Ergreifen von unterschiedlichen „Sondermaßnahmen“ enthält, die auf die Verwirklichung der vollständigen oder echten Gleichstellung abzielen.

Angesichts der Tatsache, dass das FCNM die politischen Verpflichtungen der OSZE in Bezug auf Minderheiten in rechtsverbindliche Normen übertragen sollte, ist es nicht überraschend, dass sich im Kopenhagen-Dokument der

²³¹ R.M. Letschert, *The Impact of Minority Rights Mechanisms* (The Hague: TMC Asser, 2005), 53.

²³² Siehe auch *supra*.

²³³ Siehe auch Letschert, *The Impact of Minority Rights Mechanisms...*, 73-74.

²³⁴ Artikel 24-26 FCNM.

²³⁵ *Inter alia* AC/FCNM, Third Activity Report, 1. November 2000 bis 31. Mai 2002, ACF/INF(2002) 1, 7.

²³⁶ *Inter alia* Letschert, *The Impact of Minority Rights Mechanisms...*, 175.

²³⁷ In dieser Hinsicht sollte darauf hingewiesen werden, dass, obwohl der Beratende Ausschuss häufig Artikel 4 mit anderen Bestimmungen des FCNM in Beziehung gesetzt hat, aus dem Wortlaut von Artikel 4 FCNM absolut deutlich wird, dass er als ein allgemeines, nichtakzessorisches Recht auf Nichtdiskriminierung betrachtet werden muss. Siehe auch R. Hofmann, *The Added Value and Essential Role of the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, DH-MIN(2006) 018 prov, 12.

OSZE ein ähnlicher Wortlaut findet ²³⁸. Auch Artikel 4(1) der UNO-Minderheitenerklärung zeigt, dass die Staaten umfassende positive Verpflichtungen haben, besondere Maßnahmen zu ergreifen, um zu garantieren, dass Minderheiten angehörnde Personen ihre Rechte in voller Gleichstellung genießen können.

Anders als bei ICERD und CEDAW sind die „Sondermaßnahmen“ in den spezifischen Minderheitsrechtsinstrumenten nicht zwangsläufig zeitweilige Sondermaßnahmen, da sie, solange sie erforderlich sind, um vollständige Gleichstellung zu erreichen, bestehen können. Mit anderen Worten liegt der Schwerpunkt hier nicht ausschließlich auf der Beseitigung von historisch gewachsener Benachteiligung, sondern könnte auch eine Art institutionalisierter Maßnahmen umfassen. Es muss jedoch betont werden, dass die Verpflichtung zum Ergreifen von „Sondermaßnahmen“ in den minderheitsspezifischen Rechtsinstrumenten nicht als ein Aspekt des Diskriminierungsverbots sondern vielmehr als ein „zusätzlicher“ Grundsatz gesehen wird ²³⁹.

Im dritten Absatz von Artikel 4 FCNM heißt es ferner, dass die in Übereinstimmung mit Absatz 2 ergriffenen Maßnahmen nicht als Diskriminierung angesehen werden. Diese Aussage scheint mit den allgemein akzeptierten Kriterien zur Unterscheidung einer rechtmäßigen Ungleichbehandlung von der Diskriminierung nicht übereinzustimmen, weil sie lediglich ein bestimmtes rechtmäßiges Ziel (die vollständige Gleichstellung) ohne jeden Verweis auf die Verhältnismäßigkeit zu erfordern scheint. Der Erläuternde Bericht zum FCNM fügt jedoch hinzu, dass diese „Sondermaßnahmen“ „angemessen“ sein, also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen sollten, um nicht gegen das Verbot der Diskriminierung zu verstoßen ²⁴⁰.

Der Wortlaut der UNO-Minderheitenerklärung selbst ist genauer, da er sagt, dass die besonderen Maßnahmen, die erforderlich sind, um den wirksamen Genuss ihrer Menschenrechte in voller Gleichheit vor dem Gesetz zu gewährleisten ²⁴¹ prima facie nicht als im Gegensatz zum Grundsatz der Gleichstellung stehend betrachtet werden sollen. [nicht amtliche Übers.] ²⁴². Der Kommentar zu dieser Erklärung macht hierzu deutlich, dass es von entscheidender Bedeutung ist, „dass solche Maßnahmen nicht über das hinausgehen, was unter den Umständen vernünftig ist und proportional zu dem zu verwirklichenden Ziel steht.“ ²⁴³ Das Kopenhagen-Dokument der OSZE unterstreicht auch, dass die besonderen Maßnahmen, die für Minderheiten ergriffen werden, das Verbot der Diskriminierung nicht verletzen sollten ²⁴⁴.

Die Überwachungspraxis des Beratenden Ausschusses (FCNM) bestätigt diesen Schwerpunkt auf der echten Gleichstellung, die weit reichende positive Verpflichtungen für Staaten mit sich bringt, echte Gleichstellung zu erreichen. Er betont in all seinen Stellungnahmen, dass die volle, tatsächliche oder echte Gleichstellung die Annahme und Umsetzung von besonderen Maßnahmen für Menschen erfordert, die nationalen Minderheiten

²³⁸ Absatz 31 des Kopenhagen-Dokuments verweist sowohl auf das Diskriminierungsverbot als auch auf die vollständige Gleichheit vor dem Gesetz. Darüber hinaus spricht es von einer Verpflichtung zum Ergreifen von Maßnahmen, „um die volle Gleichheit von Angehörigen nationaler Minderheiten zu gewährleisten. Auf diesen Absatz wird in der Erläuterung zu den Richtlinien über die Verwendung von Minderheitensprachen in den Rundfunkmedien (2003), insbesondere in Richtlinie 4 über Gleichstellung und Nichtdiskriminierung (die eng an den Wortlaut von Absatz 31 angelehnt ist) ausdrücklich verwiesen. Siehe auch die Erläuterung zu den Empfehlungen von Den Haag über Bildungsrechte von nationalen Minderheiten und insbesondere Empfehlung 4 bezüglich der positiven Verpflichtung zum Ergreifen von Sondermaßnahmen bei der Umsetzung von Ausbildungsrechten in Minderheitssprachen.

²³⁹ Siehe auch G. Alfredsson, 'Article 4', in M. Weller (ed.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (Cambridge, 2005), 145-146.

²⁴⁰ Rahmenübereinkommen zum Schutze nationaler Minderheiten und Erläuternder Bericht (Council of Europe Press, 1995) Par. 9.

²⁴¹ UNO-Minderheiten-Erklärung, Artikel 4(1).

²⁴² UNO-Minderheiten-Erklärung, Artikel 8(3).

²⁴³ Kommentar zur UNO-Minderheitenerklärung, Absatz 83. Siehe auch Artikel 4(1) der Erklärung und Absatz 55 des Kommentars.

²⁴⁴ Kopenhagen-Dokument, Abs. 33(2).

angehören. Zum Beispiel unterstrich der Beratende Ausschuss in seiner Stellungnahme zu Österreich, dass auch für sehr kleine Gemeinschaften eine große Anzahl entschlossener Maßnahmen von Seiten der zuständigen Behörden erforderlich ist ²⁴⁵. Wie in der Praxis im Zusammenhang mit (verschiedenen) Menschenrechtskonventionen reichen diese positiven Verpflichtungen auch dadurch in den privaten Bereich hinein, dass der Beratende Ausschuss die Staatsparteien stets dazu aufgefordert hat, dafür Sorge zu tragen, dass private Akteure gegenüber Menschen, die nationalen Minderheiten angehören, keine diskriminierenden Praktiken anwenden können ²⁴⁶.

Der Kommentar zur UNO-Minderheitenerklärung hat in ähnlicher Weise unterstrichen, dass die Rechte von Minderheiten angehörenden Menschen auf die Wahrnehmung ihrer Rechte ohne jede Form von Diskriminierung (Artikel 2,1) zeigt, dass es für den Staat nicht ausreicht, eine Störung oder Diskriminierung zu unterlassen. Er muss auch garantieren, dass Menschen und Organisationen der gesamten Gesellschaft nicht stören oder diskriminieren.

Insgesamt ist die Argumentation des Beratenden Ausschusses (FCNM) insofern nicht sehr technisch, als sie nicht auf das Maß der Genauigkeit bei der Untersuchung verweist und bestimmte Praktiken nicht als (potenziell) mittelbare Diskriminierung bezeichnet. Dennoch kann man gelegentlich eine etwas technischere Argumentation beobachten. Genauer gesagt machte der Beratende Ausschuss in seiner Stellungnahme zur Slowakei zwei wichtige Anmerkungen. Zuerst betonte er, dass „besondere Maßnahmen nicht nur legitim sind, sondern unter bestimmten Umständen sogar erforderlich sein können, um die vollständige und echte Gleichstellung von Menschen zu fördern, die nationalen Minderheiten angehören“ [nicht amtliche Übers.]. ²⁴⁷ Zweitens bemerkte der Beratende Ausschuss (und nutzt dabei die typischen Kriterien zur Erkennung einer verbotenen Diskriminierung), dass diese Sondermaßnahmen nicht als diskriminierende Handlung gelten können, vorausgesetzt, sie entsprechen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ²⁴⁸. Diese Betonung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beim Verweisen auf Grenzen für zulässige „Sondermaßnahmen“ ist tatsächlich ein konsequent angewandtes Element der Praxis des Beratenden Ausschusses, das dem allgemeinen Verständnis vom Verhältnis zwischen besonderen Minderheitenmaßnahmen und dem Verbot der Diskriminierung entspricht ²⁴⁹. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezieht sich sowohl auf die Zeit, während der solche positiven Maßnahmen angewendet werden dürfen, sowie auf ihren materiellen Geltungsbereich.

Es gilt zu betonen, dass die gemäß dem Rahmenübereinkommen, der UNO-Erklärung und dem Kopenhagen-Dokument vorgesehenen Maßnahmen nicht zwangsläufig zeitweilige Sondermaßnahmen sind, weil sie sich nicht ausschließlich auf den Ausgleich von historisch gewachsenen Benachteiligungen konzentrieren. Daher könnten diese Maßnahmen auch eine Art von institutionalisierten ²⁵⁰ sowie andere Arten von „Dauermaßnahmen“ enthalten ²⁵¹. Solange diese nicht zeitweiligen Sondermaßnahmen allerdings noch erforderlich sind für die Verwirklichung der vollen, echten Gleichstellung, sollten sie bestehen bleiben.

²⁴⁵ Beratender Ausschuss, Stellungnahme zu Österreich (I), Abs. 82.

²⁴⁶ Siehe *supra* den Text zu Fußnote 23.

²⁴⁷ Beratender Ausschuss, Stellungnahme zur Slowakei (II), ACFC/OP/II(2005) 004, Abs. 38.

²⁴⁸ Beratender Ausschuss, Stellungnahme zur Slowakei (II), ACFC/OP/II(2005) 004, Abs. 38.

²⁴⁹ Siehe z. B. Abs. 18 der (ersten) Stellungnahme zu Italien, wo es ausdrücklich hieß, dass in Südtirol geltende gesetzliche Bestimmungen, die solche positiven Maßnahmen begründen, „im Laufe der Zeit Entwicklungen zulassen und nicht zeitlich festgelegt sein sollten.“

²⁵⁰ *Inter alia* Beratender Ausschuss, Ansicht für Bulgarien (I), ACFC/OP/I(2006) 001, Nr. 45, in dem er den Staat zu mehr staatlicher Unterstützung für die Wiedereinführung von traditionellen Kulturinstituten und die Bereitstellung von Kulturzentren für Türken oder Roma auffordert.

²⁵¹ Leider spricht der Kommentar zur UNO-Erklärung in Absatz 55 (über Artikel 4(1)) nur von Abhilfe- und daher nur von zeitweiligen Maßnahmen. Absatz 34 des Kommentars verweist auf die positiven Verpflichtungen (zum Ergreifen von Sondermaßnahmen), die keine Abhilfemaßnahmen sind, und daher nicht zwangsläufig zeitweilig.

Domenico | 1987

Kapitel 4

Länderstudien²⁵²

²⁵² Dieser Überblick stützt sich auf Informationen aus den Nationalen Berichten des EU-Netzes unabhängiger Experten auf dem Gebiet der Grundrechte aus dem Jahr 2005 zu Art. 20-22 der EU-Charta; die Jahresberichte 2005 des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich des Nichtdiskriminierungsrechts (im Folgenden: „Sachverständige“ (*Legal Experts* genannt) und auf Informationen von diesem Netz.

Dieses Kapitel konzentriert sich nicht auf bestimmte Länder, sondern vielmehr auf bestimmte Themen(-schwerpunkte), die mit den einschlägigen Nichtdiskriminierungsthemen, auf die in Kapitel 1 verwiesen wurde, in Zusammenhang stehen können, weil sie für den Minderheitenschutz von besonderer Bedeutung sind. Dieser Ansatz erschien besser geeignet als eine bestimmte Auswahl von Ländern, da einige Länder möglicherweise interessante oder bemerkenswerte Positionen zu einer dieser Fragen eingenommen haben, aber nicht zwangsläufig zu den anderen.

Das Kapitel besteht aus zwei Teilen. Der erste enthält Informationen über einzelstaatliche Gesetzestexte, der andere über bestimmte Gerichtsentscheidungen. In beiden Teilen werden wichtige Punkte zur Reichweite des Diskriminierungsverbots und zur Öffnung hin zu einer echten Gleichstellung behandelt.

4.1 Gesetzestexte

4.1.1 Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots ²⁵³

Da die Antirassismusrichtlinie keine Definition des Begriffs „Rasse“ enthält, ist es zu begrüßen, dass einige Länder die breit gefasste Definition in Artikel 1 des Internationalen Übereinkommens für die Beseitigung aller Formen von Rassendiskriminierung (ICERD) verwenden (bzw. aufnehmen), einschließlich Hautfarbe, Abstammung und nationale oder ethnische Herkunft ²⁵⁴.

Es wurden zwar Vorschläge gemacht zur Berücksichtigung der umfassenden Rechtsprechung des Vereinigten Königreichs zur Bedeutung des Begriffs der „ethnischen Gruppe“, doch erscheint dies angesichts der problematischen Unterscheidungen, die dieser mit sich gebracht hat, fragwürdig: Juden und Sinti/Roma gelten als ethnische Gruppen, Muslime und Rastafarianer hingegen nicht ²⁵⁵.

Die Tatsache, dass im österreichischen Rechtssystem eine eher kulturell orientierte Sicht von Rassen- und ethnischer Diskriminierung vorherrscht ²⁵⁶, entspricht sicherlich Erwägungsgrund 6 der Antirassismusrichtlinie, in dem die Existenz von verschiedenen Rassen zurückgewiesen wird.

Wie schon in Kapitel 2 betont wurde, scheint es ratsam, den Ausschluss von Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit aus dem Geltungsbereich der Antirassismusrichtlinie (und der Umsetzung der Rechtsvorschriften) eng zu gestalten, aufgrund der möglichen Gefahr, dass die wichtige Kategorie der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Rasse trotz genauer Untersuchung übersehen wird. Glücklicherweise ist dies eine Haltung, die in zahlreichen Ländern anerkannt und übernommen wird. Im Zusammenhang mit dem dänischen Recht wurde darauf hingewiesen, dass das Gesetz über ethnische Gleichstellung keine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit umfasst, aber es wurde sofort hinzugefügt, dass „Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit auf dem Arbeitsmarkt indirekt keine Diskriminierung zum Beispiel wegen der nationalen

²⁵³ Auch wenn dies nicht ausdrücklich als eine Frage des „Geltungsbereichs“ behandelt wurde, ist es selbstverständlich relevant für den wirksamen Schutz gegen Diskriminierung, dass die Definitionen des Verbots der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung nach innerstaatlichem Recht nicht so gestaltet werden sollten, dass mehr Ausnahmen zugelassen würden, als die, die im Rahmen der Antirassismusrichtlinie erlaubt sind. Als Negativbeispiele wären hier die Definition von mittelbarer Diskriminierung im polnischen Recht (*Poland Country Report on Measures to Combat Discrimination*, 12) und die Definition von unmittelbarer Diskriminierung im belgischen Föderalgesetz (Artikel 2(2) des Gesetzes vom 25. Februar 2003) zu nennen, das in dieser Hinsicht eine generelle Rechtfertigungsmöglichkeit verwendet (*Belgium Country Report on Measures to Combat Discrimination*, 20-21).

²⁵⁴ Legal Experts, Denmark: Country Report on Measures to Combat Discrimination, 2005, 15.

²⁵⁵ Legal Experts, United Kingdom: Country Report on Measures to Combat Discrimination, 2005, 8.

²⁵⁶ Legal Experts, Austria: Country Report on Measures to Combat Discrimination, 2005, 7.

Herkunft²⁵⁷ (die von der Definition von Rassendiskriminierung im ICERD abgedeckt und Bestandteil des dänischen Rechtssystems ist) widerspiegeln darf. Recht schön ist dies auch im österreichischen Länderbericht formuliert, in dem darauf hingewiesen wird, dass das Thema Schutz gegen Diskriminierung aufgrund von Staatsangehörigkeit oder Staatsbürgerschaft für die österreichische Situation entscheidend ist, da rassistische Äußerungen keine Begriffe wie „Rasse“ oder „ethnische Herkunft“ enthalten. In der Diskussion um „Sündenböcke“ und „Feinde“ ist vielmehr die Rede von „Ausländern“, „Asylbewerbern“ oder „Asylbetrug“²⁵⁸. Zwar nimmt das Gleichbehandlungsgesetz selbst eine Bestimmung wie Artikel 3(2) der Antirassismusrichtlinie auf, doch unterstreichen die Erläuterungen zum Gesetz, dass „diese Ausnahme nicht verwendet werden darf, um Diskriminierungen aus den in diesem Gesetz genannten Gründen zu legitimieren. Das Verbot der Diskriminierung schützt auch Staatsangehörige von Drittstaaten. [nicht amtliche Übers.] Es muss jedoch anerkannt werden, dass die Rechtsprechung und Auslegungen der Gerichte, die den tatsächlichen Umfang des Schutzes gegen mögliche mittelbare Diskriminierung aufgrund von Rasse zu klären haben, noch ausstehen“²⁵⁹. Die Position, die im finnischen Rechtssystem aufgenommen wurde, kommt der Allgemeinen Empfehlung Nr. 30 des CERD-Ausschusses nahe, da diese auch die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet. Diese Position kann so verstanden werden, dass, solange die Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit nicht verhältnismäßig ist (und somit eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit wäre), würde sie auch der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Rasse gleichkommen²⁶⁰.

Betont werden sollte auch, dass das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in den Ländern besonders wichtig ist, wo viele in dem Land lebende Menschen nicht die Staatsangehörigkeit des Landes haben. Diesen Punkt betonte der Beratende Ausschuss (FCNM) ausdrücklich, als er den periodischen Staatenbericht von Estland hinsichtlich des Entwurfs zum Gleichstellungsgesetz überprüfte²⁶¹. In dieser Hinsicht betont die Thematische Bemerkung Nr. 3 des EU-Netzes unabhängiger Experten auf dem Gebiet der Grundrechte, dass es unter diesen Umständen nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Bedingungen für den Erhalt der Staatsangehörigkeit möglicherweise selbst eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft darstellen können²⁶².

Zum Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots im privaten Bereich wurde in Kapitel 2 unterstrichen, dass es abzuwarten bleibt, wie der EuGH entscheiden wird, was das richtige (Minimal-)Verständnis von „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Waren und Dienstleistungen“ sein wird. Um Rassendiskriminierung auszurotten, ist es selbstverständlich wichtig, dass dies so weit als möglich auch in den privaten Bereich hineinreicht (ohne dass dabei das Recht auf Privatsphäre unverhältnismäßig gestört wird). In dieser Hinsicht ist es zu begrüßen, dass in bestimmten Ländern keine Unterscheidung gemacht wird zwischen der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Waren und Dienstleistungen und Waren und Dienstleistungen, die nur privat zur Verfügung stehen, wie in Slowenien und Frankreich²⁶³. Ähnlich dazu wurde im Vereinigten Königreich in den Bestimmungen zu den Beziehungen der Rassen (Race Relations Regulations) die ursprüngliche Unterscheidung gestrichen, die im Rassenbeziehungsgesetz noch gemacht worden war, zwischen dem vollständig privaten Verkauf von Immobilien und dem Verkauf, bei dem entweder eine Anzeige oder die Dienstleistung eines Grundstücksmaklers involviert

²⁵⁷ Legal Experts, *Denmark*... 2005, 21.

²⁵⁸ Legal Experts, *Austria*... 2005, 21.

²⁵⁹ Ebd., 21-22.

²⁶⁰ Siehe auch CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 30 zu Nichtstaatsbürgern, Par. 4.

²⁶¹ Siehe auch das EU-Netz unabhängiger Experten auf dem Gebiet der Grundrechte, Bericht über Estland 2005, CFR-CDF/Rep {EE}2005, 33 (mit Bezug auf die zweite Stellungnahme des BA zu Estland, 2005, ACFC/OP/II(2005) 001).

²⁶² EU-Netz unabhängiger Experten auf dem Gebiet der Grundrechte, Thematische Bemerkung Nr. 3, 21. Siehe auch CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 30 zu Nichtstaatsbürgern, Par. 15.

²⁶³ Französisches Strafgesetzbuch (Code Pénal) Artikel 255(2) (French Country Report on Measures to Combat Discrimination, 25); Slovenia Country Report on Measures to Combat Discrimination, 3.2.9.

sind, so dass jetzt jede Form vertraglicher Absprachen zwischen zwei natürlichen Personen vom Verbot der Diskriminierung abgedeckt ist ²⁶⁴.

4.1.2 Öffnung hin zur echten Gleichstellung

Allgemein muss zum französischen Rechtssystem gesagt werden, dass der enge formalistische Ansatz bezüglich der Gleichstellung in der französischen Rechtstradition im Widerspruch steht zu den Versuchen, Nichtdiskriminierung so zu interpretieren, dass sie eine Öffnung darstellt hin zur tatsächlichen oder echten Gleichstellung ²⁶⁵. Nach einer Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu den positiven Maßnahmen in Kapitel 2 werden die auf das Erreichen von Chancengleichheit abzielenden „weicheren“ positiven Maßnahmen (wie etwa besondere Vorkehrungen im Bereich Bildung und Ausbildung sowie die Aufforderung, sich zu bewerben), die im Vereinigten Königreich gesetzlich erlaubt sind ²⁶⁶, sicherlich der geforderten Norm entsprechen. Auch wenn Artikel 5 der Antirassismusrichtlinie die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, positive Maßnahmen zu ergreifen, erscheint es als eine unverhältnismäßige Einschränkung, wenn die Möglichkeiten privater Unternehmen zum Ergreifen von besonderen Maßnahmen für die Integration von Gruppen einer bestimmten Rasse/ethnischen Minderheit auf dem Arbeitsmarkt beschränkt werden, wie dies im dänischen Rechtssystem der Fall ist ²⁶⁷.

Die Art der nach polnischem Recht ergriffenen besonderen Maßnahmen, mit denen die vollständige Gleichstellung zwischen Angehörigen nationaler Minderheiten und der übrigen Bevölkerung verwirklicht werden soll, ist nicht beschränkt auf Abhilfemaßnahmen sondern umfasst auch dauerhaftere Maßnahmen wie etwa zusätzliche staatliche Fördermittel für Minderheitenschulen. Zwar kann dies als eine Form von präventiven positiven Maßnahmen gesehen werden, die in Artikel 5 der Antirassismusrichtlinie vorgesehen sind, weil diese zusätzlichen Fördermittel für höhere Betriebskosten entschädigen sollen ²⁶⁸, doch könnten sie tatsächlich auch als Ungleichbehandlung bezeichnet werden, die sich aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung ergibt.

Auch wenn die Antirassismusrichtlinie keine ausdrücklich positive Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung (durch Ergreifen von besonderen Maßnahmen hierfür) enthält, haben sich einige Mitgliedstaaten einen solchen proaktiveren Ansatz zu eigen gemacht. Das finnische Nichtdiskriminierungsgesetz verpflichtet alle Behörden, Schritte zu unternehmen, um die Gleichstellung zu fördern ²⁶⁹. Auch die griechische Verfassung erlegt dem Staat eine Pflicht auf, positive Maßnahmen zu ergreifen, um Gleichstellung zu fördern ²⁷⁰. Die italienische Verfassung verankert in ihrer Bestimmung zum Diskriminierungsverbot einen Grundsatz der echten Gleichstellung, mit dem der Staat aufgefordert wird, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um auf dem sozialen und wirtschaftlichen Gebiet echte Gleichstellung zu erreichen ²⁷¹.

4.2 Rechtsprechung

4.2.1 Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots

Angesichts der Bedeutung eines wirksamen Schutzes gegen Diskriminierung für Menschen, die einer Minderheit angehören, ist es wichtig, dass auch potenzielle (im Sinne von noch nicht tatsächlich bestehender) Diskriminierung

²⁶⁴ Legal Experts, United Kingdom: Country Report on Measures to Combat Discrimination, 2005, 30.

²⁶⁵ Legal Experts, French Country Report on Measures to combat Discrimination 2005, 3.

²⁶⁶ Legal Experts, United Kingdom: Country Report on Measures to Combat Discrimination, 2005, 42.

²⁶⁷ Legal Experts, Denmark: Country Report on Measures to Combat Discrimination, 2005, 34.

²⁶⁸ Legal Experts, Poland: Country Report on Measures to Combat Discrimination, 2005, 33.

²⁶⁹ Legal Experts, Finland: Country Report on Measures to Combat Discrimination 2005, 28.

²⁷⁰ Legal Experts, Greece: Country Report on Measures to Combat Discrimination 2005, 37-38.

²⁷¹ Legal Experts, Italy: Country Report on Measures to Combat Discrimination 2005, Punkt 1 und 5.

von dem Verbot abgedeckt ist. Hierzu kann ein interessanter Fall in Belgien besonders erwähnt werden, in dem das Gericht der Ansicht war, dass öffentliche Aussagen von diskriminierendem Charakter durch Arbeitgeber als Diskriminierung gewertet werden können, auch wenn keinerlei Nachweis vorliegt, dass gegenüber einer bestimmten Person eine Praxis oder Maßnahme durchgeführt worden ist ²⁷².

Wie bereits in Kapitel 2 betont wurde, können bestimmte Arten von Ungleichbehandlung aufgrund der Sprache potenziell als mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse gelten, was für sprachliche Minderheiten offensichtlich von Bedeutung wäre. Einige nationale Beispiele belegen dies. Die Entscheidung des schwedischen Arbeitsgerichts vom Oktober 2005 hat vielleicht keine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse aufgrund von Tatsachen festgestellt, aber mit ihr erkannte das Gericht an, dass sprachliche Anforderungen für einen Arbeitsplatz der mittelbaren Rassendiskriminierung gleichkommen können, sofern sie nicht für eine angemessene Leistung der jeweiligen Stelle objektiv begründet, angemessen und erforderlich sind ²⁷³. In ähnlicher Weise wiesen das belgische Zentrum für Chancengleichheit und zur Bekämpfung von Rassismus die flämische Regierung darauf hin, dass die Pflicht, einen Niederländisch-Kurs zu absolvieren, um für eine Sozialwohnung in Frage zu kommen, der verbotenen mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft gleichkommen würde ²⁷⁴.

Ein Urteil des britischen Oberhauses ²⁷⁵ sollte hervorgehoben werden, da es verdeutlicht, wie Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft im Zusammenhang mit Einwanderung vorkommt, was angesichts des Artikels 3(2) leider oft Gefahr läuft, nicht in den Geltungsbereich der Antirassismusrichtlinie zu fallen. In dem Fall *R- vs. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte ERRC and others* geht es um die Behandlung von Roma bei der Abfertigung am Prager Flughafen durch Behörden des Vereinigten Königreichs. Es wurde nachgewiesen, dass sich Roma längeren und intensiveren Fragen unterziehen mussten und es 400 mal wahrscheinlicher war, dass sie nicht (in das Vereinigte Königreich) ausreisen durften ²⁷⁶. Das Oberhaus bezeichnete dieses Vorgehen als weniger günstige Behandlung aufgrund der Rasse und betonte, dass diese unmittelbare Diskriminierung nicht zu rechtfertigen sei. Eine stärkere Bestätigung der Notwendigkeit, aufmerksam zu sein für Fälle von mittelbarer Diskriminierung aufgrund der Rasse in diesem Zusammenhang, wird sich kaum finden lassen.

Schließlich ist die enorme Zahl von Rechtsfällen im Zusammenhang mit Roma und dem diskriminierenden Zugang nicht nur zu Beschäftigung, sondern auch zu öffentlichen Einrichtungen wie Restaurants, Bars und Diskotheken nicht nur auffallend, sondern bestätigt auch eindeutig die Bedeutung einer Einbeziehung von Artikel 3(1)(h) in den Geltungsbereich der Antirassismusrichtlinie ²⁷⁷.

²⁷² Der Fall Zentrum für Chancengleichheit und Rassismusbekämpfung vs. NV Feryn; Urteil des Arbeitsgerichts Brüssel, 26. Juni 2006, zu Ankündigungen in Medien, nach denen die Bewerbungen von Marokkanern nicht willkommen seien. Der Text des Urteils (in Niederländisch) kann hier abgerufen werden: http://www.diversiteit.be/NR/rdonlyres/B7C7706C-E400-4833-8197-AAE4099A6070/0/r060626_ar_brussel.pdf
Ein Antrag auf Vorabentscheidung wurde später vom belgischen Gericht gestellt; siehe http://www.diversiteit.be/CNTR/FR/about_the_center/press/cntr_press_07-01-24Fr.htm (in Französisch).

²⁷³ Entscheidung des Schwedischen Arbeitsgerichts vom 19. Oktober 2005, AD 2005 Nr. 98.

²⁷⁴ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Report on Belgium*, 2005 (CFR-CDF/Rep[BE]2005), 150.
Ähnliche Bedenken im Zusammenhang mit der Anforderung an Sprachkenntnisse beim Zugang zur Beschäftigung sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor kamen u. a. in den Stellungnahmen des Beratenden Ausschusses (FCNM) zu Lettland und Estland zum Ausdruck (siehe auch EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Report on Estonia* 2005 (CFR-CDF/Rep[EE]2005), 34).

²⁷⁵ Informationen vom Netzwerk der Rechtsexperten auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung.

²⁷⁶ Zwar ging es hier scheinbar um einen Fall der mittelbaren Diskriminierung bei der Umsetzung von Normen, die (nachweislich) neutral sind, doch das britische Oberhaus betrachtete ihn als einen Fall von unmittelbarer Diskriminierung.

²⁷⁷ Das Netzwerk der Rechtsexperten auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung stellte unter anderem im Jahre 2004 ein Problem einer Gruppe von Roma fest, die in einer Sportgaststätte in der Tschechischen Republik nicht bedient wurde, und von zwei männlichen Roma, denen der Zugang zu einer Diskothek in Ungarn verweigert wurde.

4.2.2 Öffnung hin zur echten Gleichstellung

Mehrere nationale Fälle haben die Bedeutung des Verbots von mittelbarer Diskriminierung hervorgehoben, um an tief verankerte Vorurteile zu rühren (gegenüber Menschen, die Minderheiten angehören) – einige im negativen, andere im positiven Sinn. Ein Beispiel für die erste Kategorie ist die Entscheidung des ersten französischen Arbeitsgerichts im so genannten Boulogne-Fall, bei der es um eine von fünf Personen afrikanischer Herkunft eingereichte Klage geht. Die Analyse der Aufzeichnungen des Arbeitgebers durch einen Experten hatte gezeigt, dass eine Ungleichbehandlung hinsichtlich Entlohnung, Status- und Laufbahnentwicklung vorlag (*Confédération Générale de travailleurs [Gewerkschaft] und Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples [NRO] gegen Renault S.A.*, Arbeitsgericht Boulogne, Urteil des „Conseil des Prud’hommes“ vom 12. Dezember 2005). Das Gericht wies diese Klage zurück, weil kein Beweis vorlag, dass die Ungleichbehandlung vorsätzlich erfolgt war. Daran zeigt sich die Bedeutung eines soliden Verständnisses des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung und insbesondere die Irrelevanz der Vorsätzlichkeit.

Ein Beispiel für die zweite Kategorie findet sich im Gutachten von 2005 der niederländischen Gleichbehandlungskommission zu den geplanten Anpassungen in der Wohnungsbaupolitik in der Stadt Rotterdam. Die Kommission kam zu der Schlussfolgerung, dass die geplante neue Wohnungspolitik, nach der es nur für Menschen mit einem Einkommen von 120 Prozent des Mindestlohnes möglich sein sollte, ein Haus in der Stadt zu mieten, der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft gleichkam.

Sowohl zum Stichwort positive Maßnahmen als auch zur Pflicht zur Ungleichbehandlung (als ein zweiter Aspekt des Diskriminierungsverbots) sollte die Entscheidung des slowakischen Bundesverfassungsgerichts vom 18. Oktober 2005 als negatives Beispiel genannt werden, da es das (verfassungsrechtliche) Diskriminierungsverbot so auslegt, dass es positive Maßnahmen ausschließt, und darüber hinaus noch den Grundsatz zu leugnen scheint, dass wesentlich voneinander abweichende Situationen unterschiedlich behandelt werden sollten²⁷⁸.

²⁷⁸ EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Report on Slovakia 2005* (CFR-CDF/Rep[SV]2004, 49).

Milo | 1986

Kapitel 5

Die Antirassismusrichtlinie, das FCNM und der Minderheitenschutz: Parallelen und Unterschiede

Wie die vorherigen Kapitel zeigten, ist die zentrale Frage im Zusammenhang mit dem Schutz von Minderheiten (nach wie vor) die Rolle von Sonderrechten für Minderheiten. Zwar erscheinen „besondere“ Rechte auf den ersten Blick als das Gegenteil von „gleichen“ Rechten, doch hängt alles davon ab, wie der Begriff der Gleichstellung gesehen wird. Die andauernde Diskussion um die Frage, ob das Verbot der Diskriminierung für einen angemessenen Minderheitenschutz ausreichend ist, hängt in großem Ausmaß von der Art und Weise ab, wie dieses Verbot verstanden (bzw. interpretiert) wird, und insbesondere inwiefern es auch echte Gleichstellungsüberlegungen enthält.

Die Art und Weise, wie die Antirassismusrichtlinie vom EuGH interpretiert werden wird, wird klären, welches Potenzial die Richtlinie für den Minderheitenschutz beitragen kann, sowohl im Hinblick auf die Einbeziehung von Erwägungen zur echten Gleichstellung als auch auf den tatsächlichen Geltungsbereich des Rechtsinstruments.

Ein genauerer Vergleich zwischen der Antirassismusrichtlinie und dem Rahmenabkommen FCNM erscheint wie gerufen, um festzustellen, wo die Antirassismusrichtlinie noch zu kurz greift, und welchen Mehrwert das FCNM bietet ²⁷⁹. Dieser Vergleich soll sich auf vier Fragen konzentrieren: die jeweiligen (übergreifenden) Ziele der Rechtsinstrumente, der personelle Anwendungsbereich, der sachliche Anwendungsbereich und schließlich die Art der geplanten Sondermaßnahmen.

Es ist allerdings anzumerken, dass das FCNM zwar von insgesamt 39 Ländern, jedoch nicht von allen EU-Mitgliedstaaten ratifiziert wurde. Belgien, Griechenland und Luxemburg haben das Übereinkommen nur unterzeichnet, während Frankreich dies noch nicht einmal getan hat.

5.1 Das übergreifende Ziel

Ausgangspunkt scheint hier zu sein, dass die Antirassismusrichtlinie und das FCNM unterschiedliche übergeordnete Ziele haben, da die Antirassismusrichtlinie im Gegensatz zum FCNM nicht dafür da ist, die eigene Identität von Minderheiten zu schützen und zu fördern ²⁸⁰. Mit anderen Worten besteht das primäre Ziel der Antirassismusrichtlinie nicht darin, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, die Bedingungen zu fördern, die Minderheiten angehörnde Menschen brauchen, um ihre Kultur zu bewahren und weiter zu entwickeln und um die wesentlichen Elemente ihrer Identität, nämlich ihre Religion, Sprache, Traditionen und ihr kulturelles Erbe, zu erhalten. Das Ziel der Antirassismusrichtlinie besteht darin, den Gleichbehandlungsgrundsatz ungeachtet der Rasse und ethnischen Herkunft umzusetzen, wie dies auch in ihrem vollständigen Titel zum Ausdruck kommt. Wie jedoch weiter oben bereits betont wurde, ist die Bedeutung der Nichtdiskriminierung für Minderheiten allgemein anerkannt und auch ausdrücklich in Artikel 4 FCNM aufgenommen. Außerdem kann, wie schon mehrfach unterstrichen wurde, die Art und Weise, wie das Diskriminierungsverbot interpretiert wird, verschiedene Öffnungen hin zur echten Gleichstellung und sogar Verpflichtungen zum Ergreifen von besonderen Maßnahmen (zugunsten von Minderheiten) implizieren. Der Aspekt des Diskriminierungsverbots, das eine Pflicht zur Ungleichbehandlung enthält, ist hier besonders relevant, da es eine Pflicht implizieren kann, Ausnahmen aus allgemein anwendbaren Maßnahmen, die ansonsten Menschen einer bestimmten Rasse oder ethnischen Herkunft besonders benachteiligen würden, zu formulieren. Diese Pflicht zum Ergreifen von besonderen Maßnahmen wäre jedoch in zweifacher Hinsicht eingeschränkt. Zunächst wäre das Ziel nicht die Förderung der Identität, sondern nur die Vermeidung einer unverhältnismäßigen Benachteiligung, und dies könnte sich auf den Inhalt der Maßnahme auswirken. Eine zweite Einschränkung würde sich aus dem begrenzten Geltungsbereich

²⁷⁹ Siehe auch R. Hofmann, *The Impact of International Norms on the Protection of National Minorities in Europe: The Added Value and Essential Role of the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, DH-MIN(2006) 018 prov, 12.

²⁸⁰ Der Titel sowie die Bestimmungen des FCNM belegen dies eindeutig, siehe auch besonders Artikel 5(1) FCNM. Siehe auch T.H. Malloy, 'The Title and the Preamble', in M. Weller (ed.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the FCNM* (Oxford: OUP, 2005), 53-54.

der Antirassismusrichtlinie ergeben ²⁸¹. Die Rechtsprechung des EuGH zu positiven Maßnahmen ist dafür bekannt, restriktiv zu sein. Auch wenn verschiedentlich vielversprechende Entwicklungen beobachtet werden konnten, ist es doch unwahrscheinlich, dass die Gleichstellungsrechtsvorschriften der EG in naher Zukunft dasselbe Maß der Überlegungen zur echten Gleichstellung erreichen wie das FCNM. Ein ähnlicher Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstrumenten lässt sich feststellen im Hinblick auf die Einbeziehung von ausdrücklichen positiven Pflichten zur Gewährleistung von echter Gleichstellung.

5.2 Personeller Anwendungsbereich

Das FCNM wurde formuliert für Menschen, die nationalen Minderheiten angehören, während die Antirassismusrichtlinie die Gleichbehandlung von Menschen ungeachtet ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft fördern will. Es kann hervorgehoben werden, dass keines der Rechtsinstrumente eine Definition der Begriffe liefert, die ihren personellen Anwendungsbereich bestimmt. Ungeachtet der Tatsache, dass beide Rechtsinstrumente im Hinblick auf Rechte von Einzelnen und nicht von Gruppen formuliert oder konzipiert sind, haben sie offensichtlich starke Auswirkungen auf bestimmte Gruppen und geben dem Schutz eine wichtige Gruppendimension ²⁸². Obwohl eine allgemein akzeptierte Definition des Begriffs „nationale Minderheit“ im Sinne des positiven Völkerrechts fehlt, was auch an der fehlenden Definition des Begriffs „nationale Minderheit“ deutlich wird ²⁸³, gibt es nur wenig Uneinigkeit darüber, dass mit Minderheiten Gruppen mit verschiedenen ethnischen, religiösen oder sprachlichen Merkmalen gemeint sind ²⁸⁴. Die Antirassismusrichtlinie kommt (implizit) Menschen zugute, die ethnischen bzw. Rassengruppen angehören. Bedauerlicherweise enthält die Richtlinie keine Definition von Rasse oder ethnischer Herkunft, sie erfasst jedoch eindeutig die Ungleichbehandlung aufgrund der ethnischen Herkunft. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass die mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse je nach den einzelnen Umständen auch bestimmte Arten von Ungleichbehandlung aufgrund der Sprache oder Religion erreichen könnte. Dies wäre offensichtlich für sprachliche und religiöse Gruppen von Nutzen.

Keines der beiden Rechtsinstrumente legt ausdrücklich fest, wer berechtigt ist, die relevanten Gruppen zu bestimmen oder zu entscheiden, welche Menschen diesen Gruppen angehören. Artikel 3 FCNM Absatz 1 spricht wörtlich nur von dem Recht von Menschen, die nationalen Minderheiten angehören, darüber zu entscheiden, ob sie als solche behandelt werden möchten oder nicht, und dass ihnen aus dieser Entscheidung oder der Ausübung der mit dieser Entscheidung verbundenen Rechte keine Nachteile erwachsen dürfen. Berücksichtigt man jedoch die Praxis des Beratenden Ausschusses, geht es (nicht immer gleichermaßen weitgehend und ausdrücklich) um zwei weitere Dimensionen von Artikel 3, nämlich die Identifizierung von Gruppen als nationale Minderheiten und die Identifizierung von Mitgliedern dieser Gruppen.

Am meisten Aufmerksamkeit im Sinne von Artikel 3 FCNM bekommt tatsächlich die Bestimmung der Gruppen, die als nationale Minderheiten in Frage kommen. Zwar erkennt der Beratende Ausschuss an, dass die Vertragsstaaten einen Ermessensspielraum haben, wenn sie Entscheidungen zum personellen Anwendungsbereich des FCNM treffen, doch sollten keine willkürlichen oder ungerechtfertigten Unterscheidungen gemacht werden ²⁸⁵. Der Bera-

²⁸¹ Siehe *infra*.

²⁸² Siehe *inter alia* die Definition der mittelbaren Diskriminierung und die Bestimmung über positive Maßnahmen in der Antirassismusrichtlinie und Artikel 5 FCNM. Minderheitsrechte haben allgemein eine starke Gruppendimension (siehe auch Pentassuglia, *Minorities in International Law...*, 51).

²⁸³ Der Erläuternde Bericht zum FCNM begründet dies damit, dass er sagt, dass ein pragmatischer Ansatz gewählt wurde (Absatz 12).

²⁸⁴ G. Pentassuglia, *Minorities in International Law ...*, 58-59.

²⁸⁵ Dies ist tatsächlich eine Formulierung, die Teil der ständigen Rechtsprechung des Beratenden Ausschusses ist, siehe unter anderem AC, Stellungnahme zu Bulgarien, ACFC/OP/I (2006) 001, Abs. 15; BA, Stellungnahme zu Polen, ACFC/INF/OP/I (2004) 005, Abs. 17. Siehe auch H. J. Heintze, 'Article 3', in M. Weller (ed), *The Rights of Minorities: A Commentary on the FCNM* (Oxford: OUP, 2005), 112.

tende Ausschuss ist nicht befugt, die Staaten zu verpflichten, (bestimmte) Gruppen als nationale Minderheiten anzuerkennen, aber er versucht durch einen konstruktiven Dialog, die Behörden zu überzeugen, einen integrativen Ansatz zu verfolgen. Dabei scheint der Beratende Ausschuss der Selbst-Identifizierung der betreffenden Gruppen umfassendes Gewicht zu geben²⁸⁶. Zum Beispiel im Zusammenhang mit der zögerlichen Haltung Bulgariens, bestimmte Gruppen als nationale Minderheiten anzuerkennen, regt der Beratende Ausschuss die Regierung dazu an, diesen Gruppen angesichts ihres „starken Bewusstseins über die Zugehörigkeit zu unterschiedlichen ethnischen Gruppen... Zugang zum Schutz gemäß FCNM zu gewähren.“²⁸⁷ In seinem zweiten Gutachten zu Finnland sagt der Beratende Ausschuss ausdrücklich zur Anerkennung einer Gruppe als nationale Minderheit, dass „der Grundsatz der Selbst-Identifizierung der jeweiligen Menschen bei der Berücksichtigung dieser Angelegenheit ein Leitprinzip sein sollte“.²⁸⁸

Auffallend ist außerdem, dass der Beratende Ausschuss den Begriff „als solche behandelt zu werden“, sehr weit auslegt, womit eine obligatorische Volkszählung zu einem Verstoß gegen das FCNM werden würde²⁸⁹. „Behandlung“ wäre dann fast gleichgestellt mit „Identifizierung“ und der Entscheidung, als ein Mitglied einer Minderheit identifiziert zu werden²⁹⁰. Es sollte jedoch hervorgehoben werden, dass diese Selbst-Identifizierung nicht als eine absolute subjektive Angelegenheit verstanden werden, sondern eine auf Tatsachen beruhende Basis haben sollte²⁹¹.

Die Antirassismusrichtlinie soll andererseits Menschen/Gruppen einer bestimmten Rasse oder ethnischen Herkunft vor Diskriminierung schützen. Der Text der Antirassismusrichtlinie sagt nichts darüber, wer bestimmt, was eine bestimmte „Rasse oder ethnische Herkunft“ ist, welche Gruppen als Rassen- oder ethnische Gruppen betrachtet werden sollen, und wer als Mitglieder dieser Gruppen betrachtet werden kann. Die Praxis des CERD-Ausschusses in Verbindung mit dem ICERD könnte in dieser Hinsicht hilfreich sein, da in Artikel 1 ICERD Rassendiskriminierung definiert wird als Unterschiede aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Abstammung oder nationaler oder ethnischer Herkunft. Der CERD-Ausschuss wurde mit Fragen über die Art und Weise, wie Personen als Mitglieder einer bestimmten Rasse oder ethnischen Gruppe oder Gruppen bestimmt werden, konfrontiert. In seiner Allgemeinen Empfehlung VIII hat er betont, dass „eine solche Identifizierung, sofern keine gegenteilige Begründung vorliegt,

²⁸⁶ Zumeist bezeichnet der Begriff Selbst-Identifizierung die Stufe der Zugehörigkeit zu einer (Minderheits-)Gruppe.

²⁸⁷ Gutachten über Bulgarien (I, 2006) Abs. 24.

²⁸⁸ Beratender Ausschuss, Gutachten zu Finnland, ACFC/INF/OP/II (2006) 003, Par. 26. Siehe auch Gutachten zu Polen (ACFC/INF/OP/I (2006) 005) Par. 19, wo er eine Entscheidung der Regierung begrüßt, weil diese den Wünschen einer bestimmten Gruppe entspricht; siehe auch Beratender Ausschuss, Gutachten zu Russland, ACFC/INF/OP/I (2003) 005, Par. 21, wo er den Ansatz der Regierung begrüßt, die gegen die Bestrebungen, durch das FCNM geschützt zu werden, nicht prinzipiell Einspruch erhoben hat; siehe auch Beratender Ausschuss, Gutachten zu Slowenien, ACFC/INF/OP/II (2005) 005, Par. 39, wo der Beratende Ausschuss die Regierung auffordert, „einen integrativeren Ansatz zu verfolgen, um besser mit der Wirklichkeit vor Ort umgehen zu können“, was sich nachweislich auf den Wunsch mehrerer Gruppen, als nationale Minderheit anerkannt zu werden, bezieht.

²⁸⁹ Gutachten zu Bulgarien (I, 2006) Abs. 27, Italien I Par. 18-20, Beratender Ausschuss, Gutachten zu Estland, ACFC/INF/OP/I (2002) 005, Abs. 19, Gutachten zu Polen (II, 2004) Par. 24.

²⁹⁰ Dies ist auch zu erkennen im Gutachten zu Russland (I, 2003) Abs. 30, wo der Beratende Ausschuss betont, dass „ein obligatorischer Eintrag der ethnischen Herkunft in Pässe nicht mit den Grundsätzen in Artikel 3 vereinbar ist, vor allem, wenn diese an Einschränkungen bei der freien Entscheidung der Menschen gekoppelt ist, welche ethnische Gruppe darin angegeben werden sollte.“

²⁹¹ Die Begründung zum FCNM bestätigt dies und weist darauf hin, dass die Zugehörigkeitsentscheidung nach Artikel 3 kein Recht impliziert, dass eine Person willkürlich darüber beschließen kann, irgendeiner nationalen Minderheit anzugehören. Die subjektive Entscheidung des Einzelnen ist untrennbar verbunden mit den für die Identität der Person relevanten objektiven Kriterien (Abs. 35). Das war auch die Haltung des Völkerbunds in den Minderheitenverträgen bzw. in Artikel 27 ICCPR. Siehe PCIJ, Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools), PCIJ, Series A, no 15, 1928, 33; Menschenrechtsausschuss, Kitok vs. Sweden, Mitteilung Nr. 197/1985, Gutachten vom 27. Juli 1988, Nr. 9.7.

auf der Selbst-Identifizierung durch die jeweilige Person basieren soll“ [nicht amtliche Übers.]²⁹². Diese Position wurde in den Abschließenden Bemerkungen zu den periodischen Berichten der Staaten eindeutig bestätigt. In seinen Abschließenden Bemerkungen zu Nigeria von 2005 wies der Ausschuss darauf hin, dass die freiwillige Selbst-Identifizierung die Grundlage ist für die Bestimmung der Situation von Gruppen, die unter die Definition von Artikel 1 ICERD fallen²⁹³.

5.3 Sachlicher Anwendungsbereich

Der materielle Anwendungsbereich des FCNM wird nur begrenzt vom Inhalt der Rechte, die es umfasst, aber diese befassen sich ohnehin mit den typischen Bedürfnissen von Minderheiten. Außerdem sollte unterstrichen werden, dass die Gleichstellungsvorschrift in Artikel 4 nicht akzessorisch ist und somit theoretisch einen grenzenlosen Anwendungsbereich hat, der auch zulässt, dass unter das FCNM fallende Themen behandelt werden, die nicht ausdrücklich in seinen Bestimmungen enthalten sind, wie etwa der gleiche Zugang zu Beschäftigung und zu öffentlichen Diensten. Aus der Überwachungspraxis des Beratenden Ausschusses wird eine zunehmende Aufmerksamkeit für wirtschaftliche Schwierigkeiten von Minderheitsgruppen, insbesondere Roma, deutlich²⁹⁴.

Der materielle Anwendungsbereich der Antirassismusrichtlinie erscheint auf den ersten Blick sehr breit, vor allem im Vergleich mit den anderen EG-Gleichstellungsrichtlinien, es bleibt allerdings abzuwarten, ob der EuGH ebenfalls der Auffassung sein wird, dass alle Bereiche in Artikel 3 tatsächlich in den Zuständigkeitsbereich der EG fallen. Die Antirassismusrichtlinie betrifft eindeutig mehrere Bereiche, in denen diskriminiert wird. Hier wird die Auslegung des EuGH erwartet, um zu sehen, in welchem Ausmaß auch typische Minderheitsbelange wie die Verwendung von Sprache im Bildungsbereich und in öffentlichen Diensten abgedeckt sind. Es scheint unwahrscheinlich, dass alle Gebiete, für die das FCNM besondere Minderheitsrechte bietet, auch von der Antirassismusrichtlinie abgedeckt werden, auch wenn die Richtlinie großzügig interpretiert wird²⁹⁵.

5.4 Sondermaßnahmen

Während besondere Minderheitsrechte, die darauf abzielen, die eigene Identität von Minderheiten zu schützen und zu fördern, an sich keine zeitweiligen Sondermaßnahmen sind, ist dies im Hinblick auf die Antirassismusrichtlinie weniger scharf umrissen. Die besonderen Maßnahmen, die sich aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung und einer möglichen Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung ergeben, wären sicherlich an sich keine zeitweiligen Sondermaßnahmen. Im Zusammenhang mit positiven Maßnahmen sollte betont werden, dass die Antirassismusrichtlinie im Gegensatz zum ICERD dieses Konzept nicht auf Abhilfemaßnahmen beschränkt, die an sich zeitweilige Sondermaßnahmen sind. Die Einbeziehung positiver Maßnahmen, die darauf abzielen, Benachteiligungen zu verhindern, öffnet die Tür für dauerhaftere Maßnahmen. Dennoch müssen alle Sondermaßnahmen

²⁹² Siehe auch CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 27: Die Diskriminierung der Roma. Nr. 3.

²⁹³ CERD-Ausschuss, Abschließende Bemerkungen zu Nigeria, 2005, Nr. 10. Vgl. CERD-Ausschuss, Abschließende Bemerkungen zu Venezuela, 2005, Nr. 15. Siehe auch implizit CERD-Ausschuss, Abschließende Bemerkungen zu Turkmenistan von 2005, Nr. 9. In keiner der Einzelbeschwerden, über die der CERD-Ausschuss entschieden hat, war die Identifizierungsfrage ein Thema.

²⁹⁴ Siehe z. B. Beratender Ausschuss, Gutachten zu Albanien, ACFC/INF/OP, I (2003) 004, Nr. 75; Gutachten zu Bulgarien (I, 2006) Nr. 109; Ansicht über Italien (I, 2002) Nr. 65; Ansicht über Norwegen, ACFC/IF/OPI (2003) 003, Nr. 63.

²⁹⁵ Siehe auch Von Toggenburg, der argumentiert, dass zusätzlich zur Antirassismusrichtlinie auch spezifische Maßnahmen für Minderheiten ergriffen werden sollten, und minderheitensensible Auslegungen des EuGH unter anderem in Bezug auf die sprachliche und kulturelle Vielfalt erfolgen sollen. G. Von Toggenburg, *The Racial Equality Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe*, *European Yearbook of Minority Issues*, 2001/2, 243-244.

dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen (um nicht gegen das Verbot der Diskriminierung zu verstoßen), und dies könnte je nach Umständen ebenfalls zeitliche Begrenzungen mit sich bringen. Auf alle Fälle sollte unterstrichen werden, dass die Rechtsprechung des EuGH allmählich (und in nuancierterer Weise) in Bezug auf positive Maßnahmen weniger restriktiv zu sein scheint, was sich möglicherweise allgemein auch positiv auf das Ergreifen von besonderen Maßnahmen auswirkt.

Schlussfolgerung

Die zentrale Frage im Zusammenhang mit dem Schutz von Minderheiten ist (nach wie vor) die Rolle von Sonderrechten für Minderheiten. Zwar erscheinen „besondere“ Rechte auf den ersten Blick als das Gegenteil von „gleichen“ Rechten, doch hängt alles davon ab, wie der Begriff der Gleichstellung gesehen wird. Zur Konzipierung der echten Gleichstellung gehört die Anerkennung, dass Ungleichbehandlung („Sondermaßnahmen“) erforderlich ist, um echte Gleichstellung zu erreichen. Die andauernde Diskussion um die Frage, ob das Verbot der Diskriminierung für einen angemessenen Minderheitenschutz ausreichend ist, hängt in großem Ausmaß von der Art und Weise ab, wie dieses Verbot verstanden (interpretiert) wird, und insbesondere inwiefern es auch echte Gleichstellungsüberlegungen enthält. Es ist vielleicht nahe liegend, dass auch die tatsächliche Reichweite dieses Diskriminierungsverbots und insbesondere inwiefern dieses Verbot die für Minderheiten üblicherweise wichtigen Bereiche erreichen kann, eine Rolle spielt. Angesichts der zentralen Bedeutung des Rechts auf Identität von Minderheiten gehören zu diesen Bereichen neben dem gleichen Zugang zu und der wirksamen Beteiligung am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben sowie an öffentlichen Angelegenheiten sicherlich auch Angelegenheiten, die mit der Identität zusammenhängen.

Das allgemeine Verständnis, dass das Verbot der Diskriminierung bestimmte Formen von Ungleichbehandlung (und somit von besonderen Maßnahmen) zulässt, impliziert eine bestimmte Öffnung hin zur echten Gleichstellung. Es stellt in jedem Fall klar, dass besondere Rechte für Minderheiten nicht zwangsläufig ein Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung darstellen. In dem Maße, wie zum Verbot der Diskriminierung auch ein Verbot von mittelbarer Diskriminierung gehört, impliziert es auch entscheidende Überlegungen zur echten Gleichstellung. Mittelbare Diskriminierung widmet sich Vorschriften und Verfahren, die auf den ersten Blick neutral sein mögen, sich aber (wahrscheinlich) auf bestimmte Gruppen unverhältnismäßig auswirken. Da es leichter ist, einen Fall von *dem Anschein nach* mittelbarer Diskriminierung festzustellen, nützt dies ohne Zweifel den Opfern solcher Maßnahmen (häufig Personen, die Minderheiten angehören).

Der EuGH hat bei der Miteinbeziehung der unmittelbaren Diskriminierung in die Gleichstellungsvorschriften der EG eine wichtige Rolle gespielt und hat insbesondere im Vergleich zur Rechtsprechung des EGMR oder des UNO-Menschenrechtsausschusses bereits gute Ergebnisse vorzuweisen. Die Analyse in Kapitel 3 hat gezeigt, dass die Überwachungspraxis des CERD-Ausschusses und des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte in dieser Hinsicht eine ziemlich progressive Haltung einnimmt. Jedoch bietet insbesondere die Praxis des CERD-Ausschusses dadurch weniger Orientierung, dass der Zuständigkeitsbereich der EG begrenzt ist (was sich auch auf die Antirassismusrichtlinie auswirkt). Es sollte auf jeden Fall betont werden, dass die Definition in der Antirassismusrichtlinie den Schutz gegen mittelbare Diskriminierung zu verstärken scheint, da sie die Lage für Diskriminierungsopfer erleichtert.

Zwar hat der EGMR die Pflicht zur Ungleichbehandlung (von tatsächlich unterschiedlichen Sachverhalten), wie sie sich aus dem Verbot der Diskriminierung ergibt, definitiv anerkannt, doch ist die spätere Rechtsprechung im Hinblick auf besondere Rechte von Minderheiten nicht sehr vielversprechend gewesen. Die Rechtsprechung des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte birgt jedoch insofern mehr Potenzial, als sie anzuerkennen scheint, dass eine wirksame, nichtdiskriminierende Wahrnehmung von Rechten dem Staat eine Verpflichtung auferlegt, ggf. durch das Ergreifen von besonderen Maßnahmen relevanten Unterschieden Rechnung zu tragen²⁹⁶. Solange diese Sondermaßnahmen keine Abhilfemaßnahmen sind, ist es nicht erforderlich, dass diese zeitweilig sind. Jedoch sollte der Anwendungsbereich (sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf die Dauer) dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Angesichts der Tatsache, dass das Verbot der Diskriminierung eine Grenze für zulässige positive Maßnahmen darstellt, bestimmt die Auslegung (und Anwendung) dieses Verbots den Anwendungsbereich der positiven Maßnahmen. Zwar entwickelt sich die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die positiven Maßnahmen, und sie

²⁹⁶ *Inter alia* Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Beschwerde 27/2004, Nr. 21 und 36.

scheint zunehmend das Ziel der echten Gleichstellung anzuerkennen, doch bleibt sie relativ restriktiv im Hinblick auf die Formen von positiven Maßnahmen zur Förderung von Ergebnisgleichheit. Die Praxis des CERD-Ausschusses (und sogar des HRC) erscheint in dieser Hinsicht flexibler. Da der EuGH in seiner neuen Rechtsprechung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mehr Gewicht beizumessen scheint, folgt er möglicherweise insbesondere im Zusammenhang mit der Antirassismusrichtlinie dem Weg des CERD-Ausschusses. Diese Richtlinie erkennt nicht nur ausdrücklich das Ziel der echten Gleichstellung bei positiven Maßnahmen an, sondern bezieht sich neben *Gender*-Fragen auch auf andere soziale Anliegen. Außerdem sollte betont werden, dass Artikel 5 der Antirassismusrichtlinie positive Maßnahmen nicht nur auf Abhilfemaßnahmen (zeitweiliger Art) beschränkt, sondern auch die Möglichkeit von Präventivmaßnahmen mit einbezieht.

Zwar enthält die Antirassismusrichtlinie keine ausdrückliche Verpflichtung zur Förderung von Gleichstellung, doch könnte die Einbeziehung zahlreicher solcher positiven Verpflichtungen in das ICERD, wie dies in der Praxis des CERD-Ausschusses weiter entwickelt wird, für den EuGH aufschlussreich sein, insbesondere, wenn die weit reichenden positiven Verpflichtungen von Staaten in den privaten Bereich hineinreichen.

Zum Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots in der Antirassismusrichtlinie wurde bereits erwähnt, dass die Definition des ICERD ein guter Anhaltspunkt wäre. Die Praxis des CERD-Ausschusses hat auch eindeutig das Potenzial gezeigt, dass durch das Verbot von mittelbarer Diskriminierung aufgrund der Rasse auch die Ungleichbehandlung aufgrund von Sprache und Religion abgedeckt werden kann. Außerdem besteht Hoffnung, dass der EuGH die Allgemeine Empfehlung Nr. 30 des CERD-Ausschusses über den Ausschluss von Ungleichbehandlung aufgrund von Staatsangehörigkeit befolgen wird, da dieses Thema in der Empfehlung so weit ausgedehnt wird, dass mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse nicht zulässig wäre.

Schließlich verweist ein genauerer Vergleich zwischen der Antirassismusrichtlinie und dem Rahmenabkommen FCNM darauf, inwiefern das FCNM (im Vergleich mit der Richtlinie) einen Mehrwert bezüglich der Ziele des Minderheitenschutzes gebracht hat.

Obwohl ihre jeweiligen übergeordneten Ziele und Themen sehr unterschiedlich scheinen, könnten die Auslegung der einschlägigen Begriffe in Bezug auf den persönlichen und den sachlichen Anwendungsbereich und die Einbeziehung tatsächlicher Gleichstellungsüberlegungen ein höheres Maß an Konvergenz implizieren. Dennoch sollten die Zuständigkeitsgrenzen der EG berücksichtigt werden.

Das FCNM hat den offensichtlichen Nutzen, dass es entschieden auf echte Gleichstellung ausgerichtet ist, und dass es sich über die für Minderheiten besonders relevante Arten von Sonderrechten ausdrücklich äußert, insbesondere im Hinblick auf ihr Recht auf Identität. Diese besonderen Maßnahmen sind außerdem nicht im eigentlichen Sinne begrenzt auf zeitweilige Maßnahmen.

Möglicherweise ist die Antirassismusrichtlinie andererseits zu Identitätsfragen weniger deutlich, doch behandelt sie ausdrücklich für die Integration von Minderheiten im Alltag sehr wichtige Themen, die nicht explizit und nicht gleich detailliert im FCNM behandelt werden, wie der Zugang zu Beschäftigung, Gesundheitsfürsorge, zu für die Öffentlichkeit verfügbaren Waren und Dienstleistungen usw. Die Auslegung des EuGH wird bereits mit großer Spannung erwartet, um das tatsächliche Potenzial als Quelle von Sondermaßnahmen zugunsten von Minderheiten bestimmen zu können, einschließlich der Frage, ob diese besonderen Maßnahmen auch dauerhaft (und nicht nur zeitweilig) sein können.

Auf jeden Fall sollte betont werden, dass die Antirassismusrichtlinie keine gesonderten (oder besonderen) Maßnahmen verbietet (die gemäß dem FCNM ergriffen werden). Nicht nur der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der ARR ist begrenzt, doch können sich besondere Maßnahmen auch aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung und aus der Pflicht zur Förderung der Gleichstellung ergeben oder können als positive Maßnahmen (zur Verhinderung von Benachteiligungen) zulässig sein. Dennoch müssen diese Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, und auch hier hängt (wieder) alles von der Auslegung (bzw. der Genauigkeit der Prüfung) ab.

Ausgewählte Quellen

- R. Barents, *The Autonomy of Community Law* (The Hague: KLI, 2004).
- C. Barnard, 'The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality', *Mc Gill Law Journal* 2001, 956-977.
- M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, OUP, 2002.
- M. Bell, 'Equality and the European Union Constitution', 33 *Industrial Law Journal* 2004, 242-260.
- M. Bell, 'Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive', *European Law Journal* 2002, 384-399.
- M. Bell and L. Waddington, 'Reflecting on inequalities in European Equality Law', 28 *E.L. Rev.* 2003, 349-369.
- F. Brennan, 'The Racial Equality Directive: Recycling Racial Inequality?', *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2004, 311-331.
- Ch. Brown, 'The Racial Equality Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe?', 21 *Yearbook of European Law* 2002, 195-1228.
- D. Caruso, 'Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the new Equality Directives', *Harvard International Law Journal* 2003, 331-386.
- C. Costello & G. Davies, 'The Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality since 2000', erscheint in: *Common Market Law Review* 2006, S. 35.
- O. de Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, Brüssel, 2005.
- P. Eeckhout, *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations* (Oxford: OUP, 2004).
- E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford: OUP, 2005).
- L. Flynn, 'The Implications of Article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?', 36 *Common Market Law Review* 1999, 1127-1152.
- E. Guild, 'The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations', *Industrial Law Journal* 2000, 416-423.
- K. Henrard, 'An investigation into the desirable, and possible role of the Language Charter in expanding on article 22 of the EU's Charter of Fundamental Rights', www.ciemen.org/mercator.
- K. Henrard, 'Charting the gradual emergence of a more robust level of minority protection: minority specific instruments and the European Union', 22/4 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2004, 559-584.
- K. Henrard, 'An Ever Increasing Synergy towards a stronger level of minority protection between minority specific and non specific instruments', *European Yearbook of Minority Issues*, 2003/4, 15-41.

R. Holtmaat & Ch. Tobler, 'CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination', 12 MJ 2005, 399-425.

D. Houtzager, *Changing Perspectives: Shifting the Burden of Proof in Racial Equality Cases* (Brussels: ENAR, 2006).

E. Howard, 'Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts', *European Law Journal* 2005, 468-486.

Sandra Fredman, 'Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation', 12 MJ 4 (2005), 369-397.

T. Makkonen, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Luxemburg: European Communities, 2007).

Ch. McCrudden, 'Theorising European Equality Law', in C. Costello & E. Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), 1-38.

S. McInerney, 'Equal Treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin: a comment', 25 E.L.Rev. 2000, 317-323.

EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Thematic Comment no 3: The Protection of Minorities in the European Union*, 25 April 2005, insbesondere S. 18-28.

S. Pager, 'Strictness and Subsidiarity: An Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice', 26 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 35.

A. Rosas, 'The European Court of Justice: Sources of Law and Methods of Interpretation', in G. Sacerdoti et al (eds.), *The WTO at ten: the Contribution of the Dispute Settlement System* (Cambridge: CUP, 2006), 428-489.

D. Schiek, 'Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law', 12 MJ 2005, 427-466.

Th. Schilling, 'The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations', 37 *Harvard International Law Journal* 1996, 389-409.

C. Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC law*, Intersentia, Antwerp, 2005.

F. Van den Berghe, 'Race in European Law – An Analysis of Council Directive 2000/43/EC', eumap.org.

Article on Roma and EU, by Verstichel and de Schutter

G. Von Toggenburg (ed), *Minority Protection and the Enlarged European Union: the way forward* (Budapest: OSI, 2004).

G. Von Toggenburg, 'The Racial Equality Directive: a New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe', 1 *European Yearbook on Minority Issues* 2001/2, 231-244.

G. Von Toggenburg, 'A Remaining Share or a New Part? The Union's Role vis-à-vis Minorities after the Enlargement Decade', *EUI Working Papers* 2006/15, 27 S.

G. Von Toggenburg, 'Who is Managing Ethnic and Cultural Diversity in the European Condominium? The Moments of Entry, Integration and Preservation', 43 *JCMS* 2005, 727-738.

L. Waddington, 'The New Equality Directives: Mixed Blessings', in C. Costello & E. Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), 39-54.

L. Waddington and M. Bell, 'More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives', 38 *Common Market Law Review* 2001, 587-611.

J.H.H. Weiler & U. R. Haltern, 'The Autonomy of the Community Legal Order – through the Looking Glass', 37 *Harvard International Law Journal* 1996, 411-448.

M. Weller (ed.). *FCNM: A Commentary* (Oxford, OUP, 2005).

Europäische Kommission

Gleiche Rechte oder Sonderrechte? – Der Minderheitenschutz und das Diskriminierungsverbot

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften

2008 – 75 S. – 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-79-06381-7

Wie kann ich EU-Veröffentlichungen erhalten?

Alle kostenpflichtigen Veröffentlichungen des Amtes für Veröffentlichungen sind über den EU Bookshop <http://bookshop.europa.eu/> erhältlich, bei dem Sie über eine Verkaufsstelle Ihrer Wahl bestellen können.

Das Verzeichnis unseres weltweiten Verkaufstellennetzes können Sie per Fax anfordern: (352) 29 29-42758.

Falls Sie an den **Veröffentlichungen** der Generaldirektion Beschäftigung,
Soziales und Chancengleichheit interessiert sind,

können Sie sie unter folgender Adresse herunterladen:

http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/publications/index_de.cfm

oder sich unter folgender Adresse kostenlos online registrieren:

http://ec.europa.eu/employment_social/sagapLink/dspSubscribe.do?lang=de

ESmail ist der elektronische Informationsbrief der Generaldirektion
Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit.

Registrieren Sie sich online unter:

http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/news/esmail_de.cfm

http://ec.europa.eu/employment_social/index_de.html



Amt für Veröffentlichungen

Publications.europa.eu

