

#### 4 Fazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zumindest die landesschulrechtlichen Erlaubnisvorbehalte nur am Rande von den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie betroffen sind und Art. 7 Abs. 4 GG den materiellen Anforderungen dieses Sekundärrechtsakts entspricht. Nachbesserungs- im Sinne von Konkretisierungsbedarf dürfte aber im Hinblick auf die Genehmigungsvorschriften über die staatliche Anerkennung von Ergänzungsschulen bestehen.

*Verf.: Wiss. Ass. Dr. iur. Stefan Korte, Dipl.-Kfm., Freie Universität Berlin, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin, E-Mail: stefan.korte@fu-berlin.de*

*Wiss. Mit. Kathrin Dingemann, Freie Universität Berlin, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Boltzmannstraße 3, 14195 Berlin, E-Mail: k.dingemann@fu-berlin.de*

*Hans-Peter Folz*

## Ethnische Diskriminierung im Bildungswesen Das Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Sache *D.H./Tschechische Republik* vom 13. November 2007

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in seinem Urteil vom 13. November 2007 in der Sache *D.H. u.a./Tschechische Republik* eine grundlegende Entscheidung zur mittelbaren Diskriminierung von Romakindern im Bildungswesen wegen ihrer ethnischen Herkunft getroffen.<sup>1</sup>

#### 1 Einführung

Der EGMR ist in den letzten Jahren mit zahlreichen Fällen befasst gewesen, in denen Roma die Opfer schwerwiegender Verletzungen ihrer Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) geworden waren. Dies betraf Gewalttaten, die von staatlichen Organen ausge-

1 EGMR, Grosse Kammer, *D.H. u.a./Tschechische Republik*, Urt. v. 13.11.2007, in deutscher Übersetzung abgedruckt in: EuGRZ 2009, S. 90. Zur Besprechung vgl. *Heyden/von Ungern-Sternberg*, Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK, Europäische Grundrechtezeitschrift (EuGRZ) 2009, S. 81; *Dubout*, L' interdiction des discriminations indirectes par la Cour europeenne des droits de l' homme: renovation ou revolution?, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme* 2008, S. 821; *Hobcraft*, Roma Children and Education in the Czech Republic: D.H. v Czech Republic: Opening the Door to Indirect Discrimination Findings in Strasbourg, *European Human Rights Law Review* 2008, S. 245; *Sambuc Bloise*, L' arret de la Cour europeenne des droits de l' homme, D.H. et autres c. Republique tcheque: une decision de principe en matiere de non-discrimination raciale, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER)* S. 2998, S. 31. Die zitierten Urteile des EGMR sind in den offiziellen Vertragssprachen der EMRK, Englisch und Französisch, auf der Homepage des Gerichtshofs – <http://echr.coe.int/> – zugänglich.

gangen waren,<sup>2</sup> ebenso wie Verfolgungen durch Private, die entweder staatlicherseits pflichtwidrig nicht verhindert worden waren oder bei denen ein Versagen staatlicher Ermittlungs- und Aufklärungstätigkeit festzustellen war.<sup>3</sup> Diese Verfolgungen betreffen auch Fälle, in denen die Eltern von Schülern versucht haben, den Besuch derselben Schulen durch schulpflichtige Romakinder zu verhindern.<sup>4</sup> Jenseits derart offenkundiger Fälle von Ausgrenzung liegen jedoch zahlreiche Berichte internationaler Gremien vor, die auch eine Benachteiligung von Romakindern im Bildungswesen offenlegen.<sup>5</sup> Diese Benachteiligungen können bis zu einer de facto-Segregation, d.h. zu einer Abschottung der Betroffenen von den Bildungschancen, die den Angehörigen der Durchschnittsbevölkerung offenstehen, führen.<sup>6</sup> Diese Situation ist konventionsrechtlich relevant, da Art. 2 I. Zusatzprotokoll (ZP)<sup>7</sup> ein Recht auf Bildung vorsieht<sup>8</sup> und Art. 14 EMRK<sup>9</sup> ein Diskriminierungsverbot enthält, das im Anwendungsbereich der Konventionsrechte eine Ungleichbehandlung wegen der Rasse, der nationalen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit oder eines sonstigen Status untersagt.<sup>10</sup> Dieses Diskriminierungsverbot erfasst nicht nur offene Diskriminierungen, bei denen eine Ungleichbehandlung ausdrücklich an die genannten verbotenen Merkmale anknüpft, sondern auch mittelbare bzw. indirekte Diskriminierungen, bei denen eine scheinbar gleichermaßen anwendbare Maßnahme vor allem benachteiligende Auswirkungen auf Gruppen hat, die durch die in Art. 14 EMRK genannten Merkmale charakterisiert sind.<sup>11</sup>

## 2 Das Urteil der Grossen Kammer

Die Grosse Kammer wendet sich mit ihrem Urteil vehement gegen die Bildungspolitik eines Vertragsstaats, die im Ergebnis zu einer Segregation einer Bevölkerungsminderheit vom Bildungssystem der Bevölkerungsmehrheit geführt hat.<sup>12</sup>

- 2 EGMR, Grosse Kammer, Nachova u.a./Bulgarien, Urt. v. 06.07.2005, EGMR, Beganovic/Kroatien, Urt. v. 25.06.2009; EGMR, Stoica/Rumänien, Urt. v. 04.03.2008; EGMR, Cobzaru/Rumänien, Urt. v. 26.07.2007; EGMR, Tzekov/Bulgarien, Urt. v. 23.02.2006; EGMR, Ognyanova u. Choban/Bulgarien, Urt. v. 23.02.2006; EGMR, Bekos u. Koutropoulos/Griechenland, Urt. v. 13.12.2005.
- 3 EGMR, Dzeladinov u.a./The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Urt. v. 10.4.2008; EGMR, Petropoulou-Tsakiris/Griechenland, Urt. v. 06.12.2007; EGMR, Angelova u. Iliev/Bulgarien, Urt. v. 26.07.2007.
- 4 EGMR, Sampanis u.a./Griechenland, Urt. v. 05.06.2008.
- 5 Vgl. zuletzt EU-Midis, Erhebung der Europäischen Union zu Minderheiten und Diskriminierung, 01/2009, [http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachment/EU-MIDIS\\_ROMA\\_DE.pdf](http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachment/EU-MIDIS_ROMA_DE.pdf).
- 6 Council of Europe, Office of the Commissioner for Human Rights, CommDH (2006) 1, Final Report on the situation of the Roma, Sinti and Travellers in Europe, 15.02.2006, S. 20 ff.
- 7 Vgl. den Wortlaut der Norm: „Niemandem darf das Recht auf Bildung verwehrt werden. Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“
- 8 Zum Recht auf Bildung nach Art. 2 I. ZP vgl. *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, S. 231.
- 9 Vgl. den Wortlaut der Norm: „Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“
- 10 Zum Gewährleistungsinhalt von Art. 14 EMRK vgl. *Uerpmann-Witzack*, Höchstpersönliche Rechte und Diskriminierungsverbot, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2005, S. 63, 88; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, S. 417.
- 11 Zum Verbot der mittelbaren Diskriminierung vgl. EGMR, Zarb Adami/Malta, Urt. v. 20.06.2006, Rn 75–79; zuletzt EGMR, Opuz/Türkei, Urt. v. 09.06.2009, Rn 183–191.
- 12 Zur Organisation des EGMR in Kammern und die Grosse Kammer und den damit verbundenen Instanzenzug vgl. *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, S. 44.

## 2.1 Sachverhalt

In den Jahren 1996–1999 wurden die späteren Beschwerdeführer – wie zahlreiche andere Romakinder in Ostrava – zur Einschulung auf Sonderschulen überwiesen. Die Überweisung erfolgte auf der Grundlage von Untersuchungen in bildungspsychologischen Zentren und mit der ausdrücklichen Zustimmung ihrer erziehungsberechtigten Eltern. Der Besuch von Sonderschulen war nach der damaligen Rechtslage in der Tschechischen Republik ausdrücklich für Kinder mit geistiger Behinderung vorgesehen. Ein Wechsel auf eine reguläre Grundschule war theoretisch möglich, wenn sich die Grundlage der Beurteilung ändern sollte. Dies hatte zur Konsequenz, dass Romakinder 1999 56 % der Sonderschüler, aber nur 2,3 % der Regelgrundschüler stellten. Die Beschwerdeführer mussten damit einem weniger anspruchsvollen Lehrplan folgen als Kinder in Regelklassen. Sie erhielten eine weniger gute Ausbildung, was ihre weiteren Bildungschancen beeinträchtigte. Vor allem aber wurden Romakinder frühzeitig am Kontakt mit Nicht-Romakindern gehindert. Die Beschwerdeführer wandten sich von 1999 an gegen die Überweisungsentscheidungen und machten eine faktische Diskriminierung und damit eine Verletzung von Art. 2 I. ZP iVm Art. 14 EMRK geltend. Die Einschulungspraxis in der Tschechischen Republik habe zu einer de facto-Segregation im Erziehungswesen geführt. Nach der erfolglosen Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges wandten sich die Beschwerdeführer an den Strassburger Gerichtshof.<sup>13</sup>

## 2.2 Die Urteilsbegründung der Grossen Kammer

In einem ersten Urteil vom 7. Februar 2006 hatte die Zweite Kammer des EGMR noch eine Verletzung der EMRK in dieser Sache verneint und die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.<sup>14</sup> Wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Falls war dieser gem. Art. 43 EMRK an die Grosse Kammer, den höchstrangigen Spruchkörper innerhalb des EGMR verwiesen worden.<sup>15</sup> Die Grosse Kammer kommt zu dem gegenteiligen Ergebnis, dass eine Verletzung von Art. 2 I. ZP iVm Art. 14 EMRK vorliegt.

Der Gerichtshof fasst zunächst die Grundsätze zusammen, die er im Laufe seiner Rechtsprechung zum Verbot der Diskriminierung nach Art. 14 EMRK entwickelt hat.<sup>16</sup> Danach verbietet das Diskriminierungsverbot, Personen in vergleichbarer Lage ohne objektive und vernünftige Rechtfertigung unterschiedlich zu behandeln. Eine allgemeine Politik oder Maßnahme, die sich auf eine bestimmte Gruppe überdurchschnittlich nachteilig auswirkt, kann für diskriminierend erachtet werden, auch wenn sie nicht speziell gegen diese Gruppe gerichtet ist. Selbst aus einer rein tatsächlichen Lage kann sich eine möglicherweise konventionswidrige Diskriminierung ergeben. Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft stelle eine besondere Form der Rassendiskriminierung dar, die ihrerseits besonders verletzend sei und einer besonderen Aufmerksamkeit und Reaktion durch die Behörden bedürfe. Eine offene Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft könne sachlich nicht gerechtfertigt sein.<sup>17</sup>

13 Rn 29–53 des Urteils; zu den Verfahrensvoraussetzungen einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK vgl. *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz, 2004, S. 220.

14 EGMR, D.H. u.a./Tschechische Republik, Urt. v. 07.02.2006.

15 Zu den Voraussetzungen für die Verweisung an die Grosse Kammer nach Art. 43 Abs. 2 EMRK vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK – Handkommentar, 2003, Rn 7–10 zu Art. 43 EMRK.

16 Rn 175–176 des Urteils.

17 Vgl. aber den vor der Grossen Kammer anhängigen Fall *Sejdic u. Finci/Bosnien-Herzegowina*, der die besonderen Verhältnisse in Bosnien-Herzegowina betrifft, wo Staatsangehörige, die nicht zu den drei Teilstämmen, Bosniaken, Ser-

Besondere Aufmerksamkeit findet die Frage der Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung.<sup>18</sup> Während es dem Beschwerdeführer obliege, eine unterschiedliche Behandlung nachzuweisen, müsse der Vertragsstaat deren Rechtfertigung aufzeigen. Anderenfalls könne es für den Beschwerdeführer in der Praxis sehr schwierig sein, eine indirekte Diskriminierung zu beweisen. In Fällen behaupteter indirekter Diskriminierung sollten deshalb weniger strenge Beweisregeln Anwendung finden. Der Gerichtshof betont, dass er frei ist in der Würdigung aller Beweismittel, die untrennbar mit den Besonderheiten des Sachverhalts, der Art des Vorwurfs und dem betroffenen Konventionsrechts verknüpft sind.<sup>19</sup> Dabei könnten auch Statistiken Verwendung finden. Der EGMR weist schließlich auf zwei besondere Umstände hin: Zum einen gebiete die gefährdete Lage der Roma, dass ihre Bedürfnisse und ihr abweichender Lebensstil bei der Entscheidungsfindung im Einzelfall besonders berücksichtigt werden sollten. Zum anderen könne ein entstehender internationaler Konsens unter den Vertragsstaaten des Europarats ausgemacht werden, der die besonderen Bedürfnisse von Minderheiten anerkenne.<sup>20</sup>

Der Gerichtshof hält die vorliegenden Statistiken und die Berichte internationaler Gremien für aussagekräftig genug, um einen Beweis des ersten Anscheins für das Vorliegen einer Diskriminierung zu Lasten von Romakindern zu führen. Während nur 1,8 % der Nicht-Roma-Schüler auf Sonderschulen gingen, betrug der Anteil der Sonderschüler unter den Roma-Schülern 50,3 %. Nach Ansicht des Gerichtshofs zeigen die Statistiken trotz möglicher Fehlerquellen einen klaren Trend auf. Trotz der neutralen Formulierung der tschechischen Rechtsvorschriften führte deren praktische Anwendung zu einer erheblich stärkeren Belastung von Romakindern im Vergleich zu Nicht-Romakindern. Eine Diskriminierungsabsicht seitens der Behörden sei für die Annahme einer Ungleichbehandlung nicht erforderlich.<sup>21</sup>

Nachdem auf diese Weise der Nachweis einer Ungleichbehandlung erfolgt war, lag es an der Tschechischen Republik, nachzuweisen, dass diese auf einer sachlichen und vernünftigen Rechtfertigung beruhte. Dies setzt voraus, dass zwischen dem legitimen Ziel und dem eingesetzten Mittel eine vernünftige Beziehung der Verhältnismäßigkeit existiert.<sup>22</sup> Der Gerichtshof betont hier seinen strengen Prüfungsmaßstab, indem er darauf hinweist, dass in Fällen einer mittelbaren Diskriminierung wegen der Rasse, Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft die vernünftige und sachliche Rechtfertigung so eng wie möglich ausgelegt werden müsse.<sup>23</sup>

---

ben und Kroaten gehören, vom passiven Wahlrecht ausgeschlossen sind. Press Release issued by the Registrar – Grand Chamber Hearing *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, 03.06.2009.

18 Die Große Kammer setzt sich in Rn 54–107 ausführlich mit aktuellen internationalen und nationalen Rechtsquellen des Antidiskriminierungsrechts auseinander und verweist in Rn 184 des Urteils ausdrücklich auf die Antidiskriminierungsrichtlinie 2004/43 der EG, Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000, Nr. L 180/22. Vgl. die Legaldefinition der mittelbaren Diskriminierung in Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie: „... liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, 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.“ Gem. Art. 3 Abs. 1 lit. g) findet die Richtlinie generell Anwendung auf den Bereich der Bildung.

19 Zur Technik der Beweislastverschiebung in der Rechtsprechung des EGMR vgl. *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, S. 152, Rn 33.

20 Rn 177–181 des Urteils.

21 Rn 185–195 des Urteils.

22 *Jacobs & White*, European Convention on Human Rights, 3. Aufl., 2002, S. 357.

23 Rn 196 des Urteils.

Die Tschechische Republik hatte argumentiert, dass die Ungleichbehandlung dazu gedient habe, das Bildungssystem den Fähigkeiten von Kindern mit besonderen Bedürfnissen anzupassen. Die besonderen Bedürfnisse seien objektiv durch bildungspsychologische Tests festgestellt worden.<sup>24</sup>

Der Gerichtshof erkennt demgegenüber zwar das Ziel, besonderen Bildungsbedürfnissen Rechnung zu tragen, als legitim an. Angesichts der de facto-Segregation, die durch dieses System entstanden ist, verneint die Große Kammer jedoch die Verhältnismäßigkeit der Lösung durch das Sonderschulsystem. Der EGMR hält bereits die verwendeten Tests für problematisch. Diese seien für die Mehrheitsbevölkerung konzipiert worden und seien deshalb nicht in der Lage, die Besonderheiten der Roma zu berücksichtigen. Der Gerichtshof zitiert andere internationale Gremien, nach denen infolge der tatsächlichen oder angenommenen sprachlichen und kulturellen Unterschiede zwischen Roma und der Mehrheitsbevölkerung oft Kinder auf Sonderschulen geschickt wurden, ohne geistig behindert zu sein. Tests müssten widerspruchsfrei, objektiv und umfassend konzipiert sein; sie müssten fair sein und die wirklichen Fähigkeiten eines jeden Kindes müssten richtig beurteilt werden können. Der Gerichtshof kommt zu dem Schluss, dass zumindest die Gefahr bestehe, dass die Tests zu Verzerrungen führten und die Ergebnisse nicht im Licht der Besonderheiten und speziellen Eigenschaften der teilnehmenden Romakinder ausgewertet wurden. Unter diesen Umständen könnten die Tests nicht als Rechtfertigung für die angegriffene Ungleichbehandlung dienen.<sup>25</sup>

Schließlich setzt sich der Gerichtshof mit der Bedeutung der elterlichen Zustimmung zur Einschulung von Romakindern auf Sonderschulen auseinander. Vor allem an diesem Punkt war das Urteil der 2. Kammer des EGMR zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Verletzung von Art. 2 I. ZP iVm Art. 14 EMRK nicht vorlag.<sup>26</sup> Demgegenüber hält die Große Kammer fest, dass die erfolgte Zustimmung der Eltern keinerlei Auswirkung auf die Rechtfertigung der Diskriminierung zu Lasten ihrer Kinder hat. Ein Verzicht auf das Recht auf Nichtdiskriminierung scheidet aus. Ein Verzicht auf ein Konventionsrecht sei nur möglich, soweit er in eindeutiger Weise festgestellt werden könne, soweit er in voller Kenntnis aller Tatsachen erteilt werde, das heißt auf der Grundlage eines aufgeklärten Einverständnisses, und nur soweit der Verzicht ohne Zwang erfolge. Der Gerichtshof zweifelt hier, ob die Zustimmung der Eltern die genannten Kriterien erfüllt habe. Die Eltern hätten zu einer benachteiligten Gemeinschaft gehört und seien oft wenig gebildet gewesen; sie hätten deshalb nicht alle Aspekte des Sachverhaltes und die Folgen ihrer Zustimmung einschätzen können. Die Behörden hätten von sich aus keine Anstrengungen unternommen, die betroffenen Eltern aufzuklären. Im übrigen sei nach Auffassung der Großen Kammer ein Verzicht auf das Recht nicht aus rassistischen Gründen diskriminiert zu werden generell unzulässig, da dies ansonsten angesichts der herausragenden Bedeutung des Verbots der Rassendiskriminierung einem wichtigen öffentlichen Interesse zuwiderlaufe.<sup>27</sup>

Abschließend bemängelt der Gerichtshof die Ausgestaltung der Verfahrensgarantien, die keine angemessenen Vorkehrungen zur Kontrolle der Einschulungsentscheidungen im Einzelfall getroffen hätten.<sup>28</sup>

---

24 Rn 197 des Urteils.

25 Rn 198–201 des Urteils.

26 EGMR, D.H./Tschechische Republik, Urt. v. 07.02.2006, Rn 50–51.

27 Rn 202–204 des Urteils.

28 Rn 206 des Urteils.

Zuletzt stellt der Gerichtshof fest, dass durch die beanstandeten Praktiken die Gruppe der Roma als solche diskriminiert worden war. Die Beschwerdeführer waren als Angehörige dieser Gruppe Opfer einer Konventionsverletzung, ohne dass der EGMR die einzelnen Fälle gesondert prüfen müsse.<sup>29</sup>

### 3 Analyse und Kritik

Das Verdienst des Urteils der Grossen Kammer in der Sache *D.H./Tschechische Republik* liegt vor allem darin, dass der EGMR auf die nach wie vor anhaltende Diskriminierung von Romakindern im Bildungswesen eines Vertragsstaates aufmerksam gemacht hat. Insbesondere eine de facto-Segregation, die Romakinder bereits in der Grundschule von der Mehrheitsbevölkerung fernhält und ihnen gleichermassen Bildungs- und Integrationschancen vorenthält, ist inakzeptabel. Das Urteil enthält jedoch auch einzelne Begründungselemente, die sich nicht in die gewachsene Dogmatik der EMRK einfügen und gegen deren Verfestigung auch rechtspolitische Gründe sprechen.

#### 3.1 Die Rolle der Eltern

Wenig überzeugend, wenn nicht mißverständlich, erscheinen die Ausführungen des EGMR zur Wirkung des Einverständnisses durch die Eltern.

Dies gilt zunächst für die Behauptung des Gerichtshofs, dass ein Verzicht auf das Verbot der Rassendiskriminierung nicht möglich sei.<sup>30</sup> Dies mag für das Verbot einer direkten Diskriminierung aus rassistischen Gründen gelten. Eine nationale Regelung, die eine Benachteiligung aus Gründen der rassistischen oder ethnischen Herkunft unter der Voraussetzung erlaubt, dass der Betroffene seiner Benachteiligung zustimmt, erscheint nicht nur lebensfremd. Sie würde in der Tat einem zwingenden Interesse der Konvention widersprechen. In Fällen mittelbarer Diskriminierung ist eine besondere Benachteiligungsabsicht dagegen nicht erforderlich. Eine mittelbare Diskriminierung ergibt sich aus den objektiven Auswirkungen einer formell neutralen Regelung. Diese Auswirkung kann sich ergeben als gewollte Folge einer bewußten Umgehung des Verbotes direkter Diskriminierung.<sup>31</sup> In einem solchen Fall läge tatsächlich ein rassistisches Motiv für die Ungleichbehandlung vor. Eine mittelbare Diskriminierung kann aber auch als ungewollte Folge einer formell neutralen Maßnahme eintreten. Wie der Gerichtshof formuliert, kann selbst in der Nichtreaktion des Gesetzgebers auf eine vorgefundene Situation der Ungleichheit eine mittelbare Diskriminierung liegen. Eine objektiv benachteiligende Wirkung kann das Resultat fehlender Bedachtsamkeit, unter Umständen sogar guter Absichten des Gesetzgebers sein. In einer Situation, in der keine Absicht des Gesetzgebers erkennbar ist, eine Gruppe zu benachteiligen, kann die Einwilligung eines Rechtsträgers in eine Ungleichbehandlung keinen Verzicht auf das Verbot der Rassendiskriminierung und damit doch wohl eine Rechtfertigung darstellen.

Im übrigen tragen die Eltern als Erziehungsberechtigte die Verantwortung für die Auswahl der richtigen Schule für ihre Kinder. Art. 2 S. 2 I. ZP enthält nicht nur besondere Rechte der Eltern

<sup>29</sup> Rn 209 des Urteils.

<sup>30</sup> Zur Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, S. 122.

<sup>31</sup> *Heyden/von Ungern-Sternberg*, EuGRZ 2009, S. 81, 84.

auf Achtung ihrer eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen durch den Staat in Erziehung und Ausbildung.<sup>32</sup> Diese Rechte erlegen den Eltern auch eine besondere Verantwortung für das Wohl ihrer Kinder im Bereich des Schul- und Bildungswesens auf. Die 2. Kammer hatte in der Vorinstanz diesem Gedanken der Eigenverantwortung ausschlaggebende Bedeutung zugemessen.<sup>33</sup> Dies entspricht auch dem Charakter der EMRK als Instrument des Individualrechtsschutzes.<sup>34</sup> Wie nicht zuletzt aus dem Grundsatz der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges nach Art. 35 Abs. 1 EMRK deutlich wird,<sup>35</sup> ist es Sache des Rechtssuchenden, alle Rechtsbehelfe zu ergreifen, die möglich und effektiv sind. Dies muss auch für materiellrechtliche Voraussetzungen gelten, die im Zusammenhang mit Konventionsrechten stehen.

Allerdings setzt dies voraus, dass die Träger von Konventionsrechten auch tatsächlich in der Lage sind, von ihren Rechten eigenverantwortlich Gebrauch zu machen.<sup>36</sup> An diesem Punkt setzt die Große Kammer an. Die Eltern der Beschwerdeführer hatten nach Ansicht der Großen Kammer durch ihre Zustimmung keinen wirksamen Verzicht auf die Rechte ihrer Kinder erklärt, weil sie durch die tschechischen Behörden nicht in hinreichender Weise aufgeklärt worden waren.<sup>37</sup> Dies trifft wahrscheinlich zu. Der Verweis des Gerichtshofs auf die Tatsache, dass die Eltern der Beschwerdeführer zu einer benachteiligten Gruppe gehörten und wenig gebildet waren, ebenso wie die Weigerung, die einzelnen Fälle separat zu prüfen, geht jedoch über eine sachliche Subsumtion hinaus und erscheint tatsächlich als Abkehr vom traditionellen System des Individualrechtsschutzes. Zum einen handelt es sich um eine pauschalisierende Behauptung, die ihrerseits die Grundlage weiterer Stereotypisierung bilden kann.<sup>38</sup> Zum anderen wandelt die Herangehensweise der Großen Kammer die Individualrechtsgarantien der EMRK in Gruppenrechte um. Ist ein Individuum Angehöriger einer benachteiligten Gruppe, so wird von ihm die Geltendmachung seiner Rechte nicht verlangt und es ist allein aufgrund seiner Zugehörigkeit zu dieser Gruppe Opfer einer Konventionsverletzung.<sup>39</sup>

Im Hinblick auf beide Aspekte bleibt zu hoffen, dass der Gerichtshof auch in Diskriminierungsfällen in Zukunft wieder stärker auf die Situation der konkret Betroffenen abstellen wird.

32 Zu den Elternrechten gem. Art. 2 S. 2 I. ZP vgl. *Langenfeld*, Das Elternrecht im Schulwesen, in: Grote/Marauhn (Hrsg.) EMRK/GG – Konkordanzkommentar, 2006, S. 1370.

33 EGMR, D.H./Tschechische Republik, Urt. v. 07.02.2006, Rn 50–51: „It should also be borne in mind that, in their capacity as the applicants’ lawful representatives, the applicants’ parents failed to take any action, despite receiving a clear written decision informing them of their children’s placement in a special school; ... As to the applicants’ argument that the parental consent was not „informed“ and, in the case of two of the applicants (...) appears to have been predated, the Court notes that it was the parents’ responsibility, as part of their natural duty to ensure that their children receive an education, to find out about the educational opportunities offered by the State, to make sure they knew the date they gave their consent to their childrens’ placement in a particular school and, if necessary, to make an appropriate challenge to the decision ordering the placement if it was issued without their consent.“

34 *Korinek/Dujimovits*, Grundrechtsdurchsetzung und Grundrechtsverwirklichung, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. I, 2004, S. 921, Rn 28–29.

35 Zur Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, S. 59.

36 Zur Frage der Prozessfähigkeit eines Beschwerdeführers vor dem EGMR vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK – Handkommentar, 2003, Rn 5 zu Art. 34 EMRK.

37 Rn 202–203 des Urteils.

38 Vgl. die abweichende Meinung des Richters Borrego Borrego, EuGRZ 2009, S. 90, 100, Rn 7–18.

39 Kritisch auch *Heyden/von Ungern-Sternberg*, EuGRZ 2009, S. 81, 89.

### 3.2 Die Voraussetzungen der mittelbaren Diskriminierung im Bildungswesen

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung ist grundsätzlich unverzichtbar. Die Erfahrung mit dem Verbot der unmittelbaren Diskriminierung hat gezeigt, dass dieses Verbot Minderheiten nur unzureichend schützen kann. Es schützt weder vor der bewußten Umgehung von Diskriminierungsverboten durch scheinbar neutrale Regelungen, die aber von vorneherein darauf angelegt sind, bestimmte Gruppen nachteilig zu treffen, noch schützt es vor den nichtbeabsichtigten aber benachteiligenden Folgen neutraler Regelungen.<sup>40</sup> Das Verbot mittelbarer Diskriminierung entspricht der internationalen und europäischen Rechtsentwicklung.<sup>41</sup> Es entfaltet Auswirkungen auf immer weitere Rechtsbereiche. Trotz dieser grundsätzlich legitimen Entwicklung erscheint es angebracht, beim Umgang mit dieser Rechtsfigur im Bildungswesen zur Zurückhaltung zu mahnen.

#### 3.2.1 Ungleichbehandlung und Beweislastfragen

Bereits der Gesichtspunkt der benachteiligenden Ungleichbehandlung und des hierfür geltenden Beweismaßstabs wirft Fragen auf. Der Gerichtshof betont hier zum einen die Freiheit seiner Beweiswürdigung und zum anderen die Notwendigkeit der Beweiserleichterung für Betroffene einer mittelbaren Diskriminierung. Insbesondere Statistiken, selbst wenn sie wie im vorliegenden Fall nicht frei von Zweifeln sind, können zum Nachweis einer mittelbaren Diskriminierung dienen. Dies eröffnet grundsätzlich jeder Gruppe, die im Bildungswesen vom Durchschnitt der Bevölkerungsmehrheit nachteilig abweicht, die Möglichkeit eine mittelbare Diskriminierung geltend zu machen. Auch der Gerichtshof scheint hier Zweifel zu haben. Er betont mehrfach die besondere Situation der Roma in Europa, die sie besonders schutzbedürftig macht. Dennoch erscheint fraglich, ob sich die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung auf besonders schutzbedürftige Gruppen beschränken lässt und wie diese gegebenenfalls abstrakt-generell definiert werden können.

#### 3.2.2 Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung und gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum

Haben Beschwerdeführer eine Ungleichbehandlung nachgewiesen, so ist es Sache des betroffenen Vertragsstaates eine etwaige Rechtfertigung nachzuweisen. Bei der Frage, ob die vom Staat gewählten Mittel verhältnismäßig sind, um ein legitimes Ziel zu erreichen, ist der Prüfungsmaßstab des EGMR von entscheidender Bedeutung.<sup>42</sup> Im vorliegenden Fall hat der Gerichtshof dem gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum des Vertragsstaats, der *margin of appreciation*,<sup>43</sup> enge Grenzen gesetzt.

40 Vgl. Heyden/von Ungern-Sternberg, EuGRZ 2009, S. 81, 83: „Unabhängig davon, ob die indirekte Diskriminierung bewußt oder gezielt erfolgt, sichert das Verbot damit materielle Gleichbehandlung und Chancen-, Ressourcen- oder gar Ergebnisgleichheit.“

41 König/Peters, Das Diskriminierungsverbot, in: Grote/Maruhn (Hrsg.) EMRK/GG – Konkordanzkommentar, 2006, S. 1150, Rn 61–68.

42 Zum Vergleich der Prüfungsmaßstäbe bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Bundesverfassungsgericht, EGMR und Europäischem Gerichtshof vgl. Folz, Import und Export von Rechtsdenken und Rechtspraxis: Die deutsche Rechtsordnung innerhalb der Europäischen Union im Bereich des Öffentlichen Rechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Deutschlands Rolle in der Europäischen Union, 2008, S. 273, 280.

43 Zum Konzept der *margin of appreciation* vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2008, S. 117.

Dies wird vor allem bei der Beurteilung der psychologischen Tests deutlich, welche die Grundlage für die Einschulung der Betroffenen auf Sonderschulen bildeten.<sup>44</sup> Der Fortschritt wissenschaftlicher Erkenntnis hat in der Tat deutlich gemacht, dass die Definition von Intelligenz sehr stark von sozialen und kulturellen Faktoren abhängt. Dementsprechend relativ ist die Aussagekraft eines psychologischen Tests je nach Teilnehmerkreis. Wenn auch die Grosse Kammer vorgibt, den Wert derartiger Tests nicht beurteilen zu wollen, so gibt sie doch klar zu erkennen, dass sie für eine Rechtfertigung eine Anpassung der Tests an die sprachlichen und kulturellen Besonderheiten der Roma für erforderlich hält.<sup>45</sup> Auch dieses Argument eignet sich dafür, von anderen Minderheiten in Anspruch genommen zu werden. Eine derartige Entwicklung mag dazu führen, dass der Versuch, einheitliche Kriterien für die Ermittlung besonderer Bildungsbedürfnisse zu finden, aufgegeben wird. Unklar erscheint aber, was an die Stelle derartiger Tests treten soll. Selbst wenn man davon ausginge, dass im Falle jeder individuellen Einschulung eine individuelle Begutachtung stattfinden sollte, stellt sich immer noch die Frage, anhand welcher Kriterien diese getroffen werden könnte. Umgekehrt würde ein staatlicher Verzicht auf die Definition von psychologischen Voraussetzungen für den Besuch von Schulen ebenfalls den Vertragsstaat dem Vorwurf einer mittelbaren Diskriminierung aussetzen, da er sich in diesem Fall weigern würde, auf bestehende Unterschiede Rücksicht zu nehmen.<sup>46</sup>

Es existiert bekanntlich kein Königsweg zur Bildung; auch für die Integration von Schülern aus Minderheiten mit besonderen Bildungsbedürfnissen in das Schulwesen der Mehrheitsbevölkerung gibt es kein Patentrezept.<sup>47</sup> Die Berichte internationaler Gremien lassen klar erkennen, dass die Tschechische Republik nicht der einzige Vertragsstaat ist, dem die Integration von Romakindern noch nicht gelungen ist.<sup>48</sup> Solange dies der Fall ist, sollte die Wahl der Mittel grundsätzlich im Ermessens- und Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten liegen.<sup>49</sup> Der EGMR sollte sich in diesem Fall darauf beschränken, lediglich offensichtlich untaugliche und unverhältnismäßige Lösungsansätze als Konventionsverletzung zu verwerfen.<sup>50</sup>

44 Zur generellen Zulässigkeit der Festlegung von Zugangsbedingungen- und -beschränkungen vgl. *Wildhaber*, in: *Gol-song/Karl et al.* (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 3. Lieferung – Januar 1995, Rn 53 ff.; vgl. auch EGMR, *Mürsel Eren/Türkei*, Urt. v. 07.02.2006.

45 Rn 198–201 des Urteils.

46 Kritisch auch *Heyden/von Ungern-Sternberg*, *EuGRZ* 2009, S. 81, 85.

47 Vgl. die ebenso vehement wie überzeugend formulierte abweichende Meinung von Richter *Jungwiert*, *EuGRZ* 2009, S. 90, 97.

48 Council of Europe, Office of the Commissioner for Human Rights, *CommDH (2006) 1*, Final Report on the situation of the Roma, Sinti and Travellers in Europe, 15.02.2006, S. 20 ff.

49 Vgl. zuletzt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon vom 30.06.2009, Rn 249: „Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf allerdings nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt. ... Zu diesen bedeutsamen Sachbereichen gehören auch kulturelle Fragen wie die Verfügung über die Sprache, die Gestaltung der Familien- und Bildungsverhältnisse, die Ordnung der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit oder der Umgang mit dem religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis. ... Rn 260: „... Die Gestaltung von Lehrplänen und Bildungsinhalten sowie etwa die Struktur eines gegliederten Schulsystems sind politische Grundentscheidungen, die einen starken Bezug zu den kulturellen Wurzeln und Wertvorstellungen eines jeden Staates haben. Die Gestaltung von Schule und Bildung berührt, wie das Recht der familiären Beziehungen und Entscheidungen über Fragen der Sprache und der Einbeziehung des Transzendenten in das öffentliche Leben, in besonderem Maße gewachsene Überzeugungen und Wertvorstellungen, die in spezifischen historischen Traditionen und Erfahrungen verwurzelt sind. Demokratische Selbstbestimmung erfordert hier, dass die jeweilige durch solche Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation bleibt.“

50 *Heyden/von Ungern-Sternberg*, *EuGRZ* 2009, S. 81, 88. Vgl. umgekehrt EGMR, *Grosse Kammer*, *Chapman/Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 18.01.2001.

#### 4 Perspektiven für die weitere Entwicklung

„Hard cases make bad law“, so formuliert das Rechtssystem des Common Law die Erkenntnis, dass besondere Härtefälle meistens Einzelfallentscheidungen produzieren, in denen Richter Unbilligkeiten zu vermeiden suchen, aber keine tragfähigen Urteilsgründe entwickeln, die eine zukünftige Rechtsentwicklung tragen können.<sup>51</sup> Der Fall *D.H./Tschechische Republik* ist in dieser Hinsicht ein Grenzfall.

Das ausschlaggebende Moment dieses Falls ist das Resultat der romabezogenen Bildungspolitik in der Tschechischen Republik. Ein Bildungssystem, das zu einer derartigen de facto-Segregation führt, kann langfristig nicht verhältnismäßig sein.<sup>52</sup> Ungeachtet der Kritik an einzelnen Teilen der Urteilsbegründung scheint das Ergebnis zuzutreffen.

Die Frage bleibt, ob es dem EGMR in Zukunft gelingen wird, überzeugende allgemeingültige Kriterien für die Bekämpfung von Diskriminierungen im Bildungswesen wegen der ethnischen Herkunft zu entwickeln. In dieser Hinsicht könnte der Fall *Orsus/Kroatien* einen Anstoss für weitere Entwicklungen bieten.<sup>53</sup> Die Erste Kammer des Gerichtshofs hat in ihrem Urteil vom 17. Juli 2008 entschieden, dass die Unterbringung von Romakindern in gesonderten Klassen kroatischer Grundschulen keine Verletzung von Art. 2 I. ZP iVm Art. 14 EMRK darstellt. Die Kammer grenzt ihren Fall von der Entscheidung der Grossen Kammer in der Sache *D.H./Tschechische Republik* ab. In Kroatien seien Romakinder mit geringen oder gänzlich fehlenden Sprachkenntnissen in gesonderten Klassen einer regulären Grundschule eingeschult worden. Diese Maßnahme unterscheide sich von der Einschulung auf Sonderschulen in ihrer Natur und Bedeutung. Indem die kroatischen Behörden Romakinder auf regulären Grundschulen einschulden, sei der Wechsel von einer gesonderten Klasse in eine reguläre Klasse flexibel möglich. Ein derartiger Wechsel sei in der Praxis gangbar, auch wenn die Ausgestaltung der Verfahren für diesen Wechsel derzeit noch zu wünschen übrig lasse. Die unterschiedliche Behandlung beruhe ausschließlich auf dem Ausmaß der Sprachkenntnis, was für eine weiterreichende „margin of appreciation“ seitens Kroatiens spreche. Im Übrigen betreffe die Praxis der Einschulung in Sonderklassen nur eine geringe Anzahl von kroatischen Grundschulen in einem Gebiet, in dem es eine grosse Anzahl von Schülern aus Romafamilien gebe. Im übrigen hätten die Beschwerdeführer niemals bestritten, dass ihnen zum Zeitpunkt der Einschulung die notwendigen Kenntnisse der kroatischen Sprache fehlten. Die Kammer hebt ausdrücklich hervor, dass sie die Maßnahmen der kroatischen Behörden als Fördermaßnahme zur Beseitigung bestehender Ungleichheit, nämlich der unterschiedlichen Sprachbeherrschung, einschätzt.<sup>54</sup> Das Urteil erging einstimmig.<sup>55</sup>

Auch im Fall *Orsus/Kroatien* ist wegen der grundsätzlichen Bedeutung gem. Art. 43 EMRK eine Verweisung an die Grosse Kammer erfolgt.<sup>56</sup> Die Grosse Kammer wird deshalb Gelegenheit haben zu entscheiden, ob sie an den Maßstäben des Falls *D.H./Tschechische Republik* festhalten will, oder ob sie bereit ist, dem Urteil der Ersten Kammer zu folgen und damit den Vertragsstaa-

51 Vgl. <http://answers.com/topic/hard-cases-make-bad-law>.

52 Zum Verständnis von Art. 2 I. ZP iVm Art. 14 EMRK als prinzipielles Verbot der Segregation im Schulwesen vgl. *Langenfeld*, Das Recht auf Bildung, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG – Konkordanzkommentar, 2006, S. 1361, Rn 28.

53 EGMR, *Orsus u.a./Kroatien*, Urt. v. 17.07.2008.

54 Zum Anspruch des fremdsprachigen Kindes auf Förderung der Sprachkompetenz vgl. *Langenfeld*, Das Recht auf Bildung, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG – Konkordanzkommentar, 2006, S. 1361, Rn 28.

55 Rn 66–69 des Urteils.

56 Press release issued by the Registrar – Cases accepted for referral to the Grand Chamber, 15.12.2008.

ten einen grösseren gesetzgeberischen Ermessens- und Beurteilungsspielraum zuzugestehen.<sup>57</sup> Die Entwicklung des Rechts auf Nichtdiskriminierung im Bildungswesen unter der EMRK setzt sich damit fort. Sie verdient bereits jetzt auch in der Bundesrepublik Beachtung.<sup>58</sup>

*Verf.: Priv.Doz. Dr. Hans-Peter Folz, Universität Augsburg, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Universitätsstraße 2, 86135 Augsburg, E-Mail: Hans-Peter.Folz@jura.uni-augsburg.de*

---

57 Eine mündliche Verhandlung vor der Grossen Kammer hat am 01.04.2009 stattgefunden.

58 Zum Einfluss der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR auf die deutsche Rechtsordnung vgl. *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl., 2009, S. 346.