

Diskriminierung in Bosnien und Herzegowina

Magdalena Pöschl, Innsbruck/Salzburg*

- I. Vorbemerkung
- II. Das Abkommen von Dayton: Vorgeschichte und Inhalt
- III. Diskriminierung in Bosnien und Herzegowina
 - A. Die Diskriminierungsformel des EGMR
 - B. Das „Diskriminierungsmuster“
 - 1. Anwendung der Diskriminierungsformel
 - 2. Inadäquanz der Diskriminierungsformel in zweifacher Hinsicht
 - 3. Modifikation der Diskriminierungsformel
 - 4. Missachtung des Gesetzes als Eingriff
 - C. Fehlen einer Vergleichsgruppe
 - 1. Anwendung der Diskriminierungsformel
 - 2. Mittelbare Ungleichbehandlung?
 - 3. Diskriminierung trotz Gleichbehandlung?
 - 4. Diskriminierung durch Gesetzlosigkeit
- IV. Schluss

Deskriptoren: Diskriminierung; Gleichheit vor dem Gesetz.

Rechtsquellen: Friedensabkommen von Dayton, Annex 4 und Annex 6; EMRK Art 14.

I. Vorbemerkung

Bosnien und Herzegowina ist seit nunmehr drei Jahren Mitglied des Europarates. Kaum je war die Aufnahme eines Staates in den Europarat so umstritten wie in diesem Fall, war doch gerade dieses Land nur wenige Jahre zuvor in

* Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 9. Dezember 2004 in Graz gehalten hat.

einen Krieg von solcher Grausamkeit gestürzt, wie ihn Europa gehofft hatte, nie mehr erleben zu müssen. Das Friedensabkommen von Dayton beendete zwar im Dezember 1995 die bewaffneten Auseinandersetzungen, nicht jedoch die Feindseligkeiten und Diskriminierungen: In diesem Land steht der Mehrheit nicht nur eine Minderheit gegenüber, vielmehr prallen hier drei verschiedene Ethnien und auch drei Religionen aufeinander. Jede dieser Ethnien stellt in einem Teil des Landes zwar die Mehrheit, in anderen Regionen aber auch die Minderheit dar – letztlich ist damit jeder Bürger stets Mehrheit und Minderheit zugleich. Auch nach dem Abkommen von Dayton wurden Diskriminierungen in Bosnien und Herzegowina nicht bloß punktuell, sondern systematisch vorgenommen, und zwar keineswegs in erster Linie durch das Gesetz, sondern häufig auch schon auf der Ebene der Vollziehung – durch Behörden, die ethnisch weitgehend homogen besetzt waren und die sich über das Gesetz aus ethnischen Gründen hinwegsetzten. Zusammengekommen führten diese Umstände zu Diskriminierungen von einer Dichte und Intensität, die die Menschenrechtskammer in Bosnien und Herzegowina mit schwierigen Problemen konfrontiert hat. Der vorliegende Beitrag analysiert die Judikatur dieses Gremiums – und stellt eine scheinbar absurde These auf: Diskriminierung ist auf Vergleich und Ungleichbehandlung nicht angewiesen.

II. Das Abkommen von Dayton: Vorgeschichte und Inhalt

Das heutige Bosnien und Herzegowina (BiH) war vor rund 15 Jahren eine Teilrepublik Jugoslawiens, in der Serben, Kroaten und bosnische Muslime nebeneinander lebten und trotz aller religiösen Differenzen und Spannungen miteinander auskommen mussten. 1991 erklärte sich diese Region unter ihrem muslimischen Präsidenten als „Sozialistische Republik Bosnien und Herzegowina“ für unabhängig – eine Erklärung, die die EG-Staaten nur anerkennen wollten, wenn sich auch die Mehrheit der Bevölkerung für die Unabhängigkeit ausspricht.¹ Eine daraufhin durchgeführte Volksabstimmung brachte zwar ein scheinbar eindeutiges Ergebnis: 99% der abgegebenen Stimmen votierten für die Unabhängigkeit. Hinter dieser Fassade verbargen sich jedoch tief gehende Unstimmigkeiten. Denn die Serben, die nicht zu einer Minderheit in einem mehrheitlich muslimischen, souveränen Staat werden wollten, hatten diese Abstimmung geschlossen boykottiert.²

Nachdem die EG-Staaten, gestützt auf das eingemahnte Referendum, die Republik BiH als unabhängigen Staat anerkannt hatten, kam es zu Über-

¹ Hiezu und zum Folgenden *Küttler*, Die Menschenrechtskammer für Bosnien-Herzegowina (2003) 24f.

² *Küttler*, Menschenrechtskammer 24f.

griffen, militärischen Auseinandersetzungen und Ausschreitungen, wie sie Europa seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges nicht erlebt hatte.³ Bereits Anfang 1992 hatten die in BiH lebenden Serben die „Republika Srpska“ ausgerufen. Wenig später verschafften sich serbische Truppen die Kontrolle über zwei Drittel des Staatsgebietes von Bosnien und Herzegowina. Bosnische Kroaten nahmen kurz darauf ein Drittel des Staatsgebietes ein, um eine eigene „Kroatische Republik Herceg-Bosna“ zu gründen.⁴ Die größte Bevölkerungsgruppe in BiH stellten mit 44% aber die bosnischen Muslime, die ihrerseits entschlossen um einen unabhängigen Staat kämpften.⁵ In dem folgenden Krieg zwischen den drei Volksgruppen kam es zu massenhaften Vertreibungen, Vergewaltigungen und Massakern, die sich allesamt gegen die Zivilbevölkerung richteten und die dem Ziel einer so genannten „ethnischen Säuberung“ dienten: Jede der drei Volksgruppen versuchte, sich ihr eigenes Territorium zu schaffen. Wer mit der falschen Ethnie am falschen Ort lebte, wurde vertrieben, wenn nicht ermordet.

Erst durch das Abkommen von Dayton am 14. Dezember 1995 gelang es, die Kampfhandlungen zwischen den drei Volksgruppen zu beenden.⁶ Dieses Abkommen nimmt Bosnien und Herzegowina zwar die vormalige Staatsbezeichnung „Republik“, anerkennt es aber als Staat, der in zwei Entitäten zerfällt:⁷ Die „Republika Srpska“ (RS), die – als Folge der ethnischen Säuberungen – nun fast ausschließlich serbisch besiedelt war,⁸ und die Föderation Bosnien und Herzegowina (FBiH), die aus zehn Kantonen besteht, die ihrerseits – wiederum als Folge der ethnischen Säuberungen – zum Großteil entweder kroatisch oder aber bosniakisch dominiert waren.⁹ Die drei Volks-

³ S dazu mwN zB *Nowak*, Die Menschenrechtsbestimmungen des Abkommens von Dayton, in *Benedek et al* (Hrsg), Menschenrechte in Bosnien und Herzegowina: Wissenschaft und Praxis (1999) 29; *derselbe*, Menschenrechtsschutz als Voraussetzung für einen dauerhaften Frieden in Bosnien und Herzegowina (BiH) 13 Thesen, in *Ginther et al* (Hrsg), 25. Österreichischer Völker- und Europarechtstag (2001) 89f.

⁴ *Küttler*, Menschenrechtskammer 25.

⁵ *Küttler*, Menschenrechtskammer 24.

⁶ Zu diesem Abkommen und zu den vorangehenden internationalen Friedensbemühungen näher und mwN *Küttler*, Menschenrechtskammer 25ff; s auch *Nowak*, in *Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina*, Digest für Decisions 1996 – 2002 (2003) 1ff.

⁷ S dazu *Marko*, Integration durch Recht, in *Mokre et al* (Hrsg), Europas Identitäten. Mythen, Konflikte, Konstruktionen (2003) 160 (161ff); *derselbe*, Fünf Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in Bosnien und Herzegowina: Eine erste Bilanz, *Adamovich-FS* (2002) 385f.

⁸ 1991 hatten im Territorium der Republika Srpska noch 54,30% Serben, 28,77% Bosniaken, 9,39% Kroaten und 7,53% andere gelebt; 1997 betrug der Anteil der Serben 96,79%, der der Bosniaken 2,19%, die Kroaten stellten 1,02% der Bevölkerung, andere gab es nicht mehr; s *Marko* in *Mokre et al* (Hrsg), Europas Identitäten 167.

⁹ Die Föderation BiH war bereits im März 1994 über Vermittlung der USA im Washingtoner Abkommen gegründet worden, s mwN *Küttler*, Menschenrechtskammer 29. 1991 hatten auf ihrem Territorium 52,09% Bosniaken, 22,13% Kroaten, 17,62% Serben und 8,16% andere gelebt. 1997 war der Anteil der Kroaten mit 22,27% zwar fast gleich, die

gruppen lebten also nicht mehr miteinander, sie lebten auf ethnischen „Inseln“ des Landes weitgehend voneinander getrennt. Der Preis dieser Trennung war denkbar hoch: Mehr als die Hälfte der Bevölkerung befand sich am Ende des Krieges an einem anderen Ort als vor dem Krieg.¹⁰

In Ansehung dieser Zahlen war es ein erklärtes Ziel des Abkommens von Dayton, dieser ungeheuren Masse an Vertriebenen und Flüchtlingen ehestmöglich zur Rückkehr in ihre Heimat zu verhelfen. Um dies zu erreichen und einen dauerhaften Frieden zu sichern, verpflichtet das Abkommen von Dayton BiH ebenso wie seine beiden Entitäten dazu, das höchste Niveau des international anerkannten Menschenrechtsschutzes zu gewährleisten.¹¹ Besonders hervorgehoben wird dabei nicht von ungefähr der Schutz vor Diskriminierung,¹² war doch gerade die Ablehnung, Verfolgung und Vertreibung

Bosniaken stellten nun aber mit 72,61% beinahe drei Viertel der Bevölkerung, während die Serben mit 2,32% zu einer verschwindenden Minderheit geworden waren; s *Marko*, in *Mokre et al* (Hrsg), *Europas Identitäten* 169; s auch die Angaben bei *Neussl*, *Bosnia and Herzegovina Still Far From the Rule of Law – Basic Facts and Landmark Decisions of the Human Rights Chamber*, HRLJ 1999, 290 (293ff).

¹⁰ S dazu *Nowak* in *Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina*, Digest 1, der von 2,6 Millionen Vertriebenen spricht, sowie die Angaben in der abweichenden Stellungnahme zur Entscheidung der Menschenrechtskammer HRCh 14.5.1999, *Đ.M./FBiH*, CH/98/756 = HRLJ 1999, 357: Danach gab es im Dezember 1995 2 Millionen Flüchtlinge und Vertriebene, im Jahr 1998 waren 1.231.100 Flüchtlinge noch immer nicht an ihren Heimatort zurückgekehrt. In der Zwischenzeit hat sich die Situation allerdings gebessert, s dazu den Bericht der Kommission an den Rat über die Fähigkeit Bosniens und Herzegowinas zur Aushandlung eines Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens mit der Europäischen Union vom 18.11.2003, KOM (2003) 692 endgültig, 15.

¹¹ Das Abkommen von Dayton besteht aus einem Rahmenvertrag, 11 Annexen und verschiedenen Begleitschreiben der Beteiligten. Die Pflicht, das höchste Niveau des international anerkannten Menschenrechtsschutzes zu gewährleisten, wird zweimal statuiert: Zunächst in Art II Annex 4, der die Verfassung BiHs enthält, dann aber auch in Art I Annex 6, der einen eigenen Menschenrechtsvertrag beinhaltet. Dass zwischen diesen Garantien und der Praxis in BiH eine tiefe Kluft besteht, wurde schon oft festgestellt, s etwa *Sadiković*, Ein Überblick über den Schutz der Menschenrechte nach den Bestimmungen des Dayton-Abkommens, in *Benedek et al* (Hrsg), *Menschenrechte in Bosnien und Herzegowina: Wissenschaft und Praxis* (1999) 19 (20): „Proklamiert wurde das höchste Niveau von international anerkannten Menschenrechten und verwirklicht wurde das niedrigste mögliche Niveau“.

¹² Zufolge Art II Abs 2 Annex 4 des Abkommens von Dayton sind die EMRK und ihre ZP in BiH unmittelbar anwendbar, sie verdrängen sogar entgegenstehendes nationales Recht. Darüber hinaus enthält Annex 4 eine Liste mit internationalen Menschenrechtsabkommen; die darin garantierten Rechte sollen allen Menschen in BiH ohne Diskriminierung zukommen. Schließlich zählt Art II Abs 3 Annex 4 noch 13 weitere Rechte auf, die allen Menschen in BiH garantiert sind. Diese 13 Rechte werden sodann in Art I Annex 6 neuerlich aufgelistet, wiederholt wird dort ebenso die Pflicht der Vertragsparteien, neben den genannten 13 Rechten jene Rechte zu gewähren, die in der EMRK und ihren ZPen sowie in den im Anhang zu Annex 6 aufgelisteten internationalen Menschenrechtsabkommen garantiert sind. In Art I Abs 14 wird sodann eigens garantiert, dass alle diese Rechte ohne Diskriminierung gewährleistet sind.

der jeweils anderen Ethnie die Keimzelle des gesamten Konflikts, der nun beendet werden sollte.

Als wichtigstes Organ zur Überwachung der Menschenrechte setzt das Abkommen von Dayton zeitlich befristet eine Menschenrechtskommission ein, die aus einer Ombudsperson und aus einer Menschenrechtskammer besteht.¹³ Diese Kammer wurde im März 1996 eingerichtet, ihr Mandat endete am 31. Dezember 2003.¹⁴ Sie wird im Abkommen von Dayton zwar nicht als „Gericht“ bezeichnet, ihre 14 Mitglieder sind bei der Ausübung ihrer Tätigkeit aber unabhängig.¹⁵ Acht dieser Mitglieder wurden vom Ministerkomitee des Europarates ernannt; sie sollten aus Ländern stammen, die nicht einmal eine gemeinsame Grenze mit BiH besitzen.¹⁶ Vier Mitglieder ernannte die Föderation Bosnien und Herzegowina: zwei davon kroatisch, zwei bosniakisch. Zwei weitere Mitglieder nominierte schließlich die Republika Srpska; dass ihre Wahl auf zwei Serben fiel, liegt auf der Hand.¹⁷ Dieser nationale Anteil der Kammer sollte die Akzeptanz ihrer Entscheidungen im Land sichern. Durch ihren internationalen Anteil rückte die Kammer institutionell aber auch in die Nähe des EGMR, der über Menschenrechtsverletzungen in BiH noch nicht entscheiden konnte, weil dieser Staat zum damaligen Zeitpunkt noch kein Mitglied des Europarates war.¹⁸ Auch die Aufgaben der Menschenrechtskammer decken sich zum Teil mit jenen des EGMR: Wie dieser hatte die Kammer über Verletzungen der EMRK und ihrer ZP zu entscheiden,¹⁹ darüber hinaus aber auch über Diskriminierungen bei der Gewährung von Rechten, die in 15 anderen, im

¹³ Art II Annex 6 des Abkommens von Dayton. S zu diesen Organen eingehend und mwN *Küttler*, Menschenrechtskammer 36ff; *Nowak in Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina*, Digest 3ff. Neben der Menschenrechtskommission setzt das Abkommen von Dayton noch eine Reihe weiterer Organe zur Sicherung der Menschenrechte ein, s zu diesen mwN *Küttler*, Menschenrechtskammer 54ff, sowie *Nowak in Benedek et al (Hrsg), Menschenrechte* 31ff; s zum Verfassungsgericht in BiH im Besonderen *Marko, Adamovich-FS* 385.

¹⁴ Zu diesem Zeitpunkt noch anhängige Fälle wurden von einer Menschenrechtskommission innerhalb des Verfassungsgerichts von BiH entschieden, die bis 31. Dezember 2004 tätig war. Über Beschwerden, die nach diesem Zeitpunkt einlangen, entscheidet das Verfassungsgericht von BiH nach Annex 4 des Abkommens von Dayton, s dazu *Nowak in Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina*, Digest 4, 19.

¹⁵ Art VII Annex 6 des Abkommens von Dayton. Einzelne Richter schienen sich anfänglich allerdings eher als Vertreter der Regierung zu verstehen, s *Küttler*, Menschenrechtskammer 39f.

¹⁶ Näher *Küttler*, Menschenrechtskammer 39.

¹⁷ S die Übersicht über die Mitglieder der Menschenrechtskammer bei *Nowak in Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina*, Digest 4, 401ff.

¹⁸ Kritisch zur Aufnahme BiHs in den Europarat *Nowak*, Is Bosnia and Herzegovina Ready for Membership in the Council of Europe? HRLJ 1999, 285; s auch *Matscher/Amigo*, Report on the conformity of the legal order of Bosnia and Herzegovina with Council of Europe standards, HRLJ 1999, 393.

¹⁹ Art II Abs 2 (a) Annex 6 des Abkommens von Dayton.

Abkommen von Dayton aufgezählten völkerrechtlichen Verträgen eingeräumt sind.²⁰

III. Diskriminierung in Bosnien und Herzegowina

A. Die Diskriminierungsformel des EGMR

Das Abkommen von Dayton stellt den Schutz vor Diskriminierung zwar ganz in den Vordergrund, erläutert aber nicht, was unter einer „Diskriminierung“ zu verstehen ist; es setzt diesen Begriff vielmehr voraus, und kann das auch, existiert doch eine reichhaltige Judikatur des EGMR zu Art 14 EMRK.²¹ Diese Vorschrift enthält kein selbständiges, sondern ein akzessorisches Diskriminierungsverbot: Sie untersagt Diskriminierungen nicht an sich, sondern nur im Hinblick auf die in der EMRK sonst gewährten Rechte. Das Prüfungsschema, das der EGMR entwickelt hat, um eine Diskriminierung iSd Art 14 EMRK festzustellen, ist bekanntlich dreigliedrig: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob eine staatliche Maßnahme überhaupt eines der Konventionsrechte betrifft.²² Ist das der Fall, so untersucht der EGMR weiter, ob die staatliche Maßnahme Personen in gleicher oder relevant ähnlicher Situation ungleich behandelt.²³ Kann auch das bejaht werden, so fragt der EGMR schließlich in einem dritten Schritt, ob die festgestellte Ungleichbehandlung einem legitimen Ziel dient und ob die zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel zu diesem Ziel nicht außer Verhältnis stehen.²⁴ Fehlt es an einem legitimen Ziel oder verfolgt der Staat ein Ziel mit unverhältnismäßigen Mitteln, so liegt eine Diskriminierung vor.

²⁰ Art II Abs 2 (b) Annex 6 des Abkommens von Dayton. Die Kammer konnte Diskriminierungen damit an sich nach zwei verschiedenen Grundlagen aufgreifen: Zum einen nach Art 14 EMRK, über dessen Verletzung sie zufolge Art II Abs 2 (a) zu befinden hatte, zum zweiten nach Art II Abs 2 (b). In der Praxis stützte sich die Kammer regelmäßig auf den zweiten Tatbestand: Diskriminierungen wurden daher nach Art II Abs 2 (b) geprüft, sonstige Verletzungen der EMRK hingegen nach Art II Abs 2 (a); s dazu *Küttler*, Menschenrechtskammer 209.

²¹ S zu dieser Rechtsprechung mwN *Partsch*, Discrimination, in *Macdonald/Matscherl/Petzold* (Hrsg), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) 571; *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² (1996) Art 14 EMRK Rz 3ff; *Villiger*, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention* (EMRK)² (1999) 431ff; *Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention* (2003) § 26 I; *Uerpman*, in *Ehlers* (Hrsg), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* (2003) § 3 III.

²² S jeweils mwN *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² Art 14 EMRK Rz 3ff; *Grabenwarter*, *Menschenrechtskonvention* § 26 I Rz 2ff.

²³ S jeweils mwN *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² Art 14 EMRK Rz 19ff; *Grabenwarter*, *Menschenrechtskonvention* § 26 I Rz 5.

²⁴ S jeweils mwN *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² Art 14 EMRK Rz 22ff; *Grabenwarter*, *Menschenrechtskonvention* § 26 I Rz 7ff.

Dieses Prüfungsschema ist, soweit zu ersehen, heute allgemein anerkannt, und deshalb wohl hat es auch die Menschenrechtskammer ihren Entscheidungen zugrunde gelegt.²⁵ Die Diskriminierungsfälle, die sich in BiH ereignet haben, geben aber Anlass, die Richtigkeit, oder genauer: die Vollständigkeit dieses Schemas zu überdenken.

B. Das „Diskriminierungsmuster“

1. Anwendung der Diskriminierungsformel

Die Fälle, die an die Menschenrechtskammer unter dem Titel der Diskriminierung herangetragen worden sind, fanden zwar nicht nur, aber doch in beachtlicher Zahl auf der Ebene der Vollziehung statt.²⁶ Auch nach dem Friedensabkommen von Dayton ließen sich die Behörden bei der Anwendung des Gesetzes offenbar von der ethnischen oder nationalen Herkunft des jeweiligen Rechtsunterworfenen leiten. Im Regelfall wurde dies freilich nicht offengelegt – wenn Behörden Angehörige einer bestimmten Ethnie benachteiligten, schoben sie entweder ungläubwürdige Begründungen vor oder sie begründeten ihre Vorgangsweise überhaupt nicht.

²⁵ S zB HRCh 18.2.1998, *Hermas/FBiH*, CH/97/45 = HRLJ 1999, 242, sowie die Entscheidung HRCh 14.5.1999, *Đ.M./FBiH*, CH/98/756, in der sich die Kammer ausdrücklich auf die Judikatur des EGMR zu Art 14 EMRK und auf die Spruchpraxis anderer internationaler Gerichte und Kontrollkörper, namentlich des UN-Menschenrechtskomitees zu Art 2 und 26 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) beruft; s weilers HRCh 8.7.1999, *Zabirović/BiH und FBiH*, CH/97/67 = HRLJ 1999, 372; 10.9.1999, *Pletilić ua/RS*, CH/98/659 ua; 8.10.1999, *Pletilić/RS*, CH/98/777; 5.11.1999, *Šebić/FBiH*, CH/97/77; 10.12.1999, *Bašić ua/RS*, CH/98/752 ua; 7.4.2000, *Rajić/FBiH*, CH/97/50; 6.4.2001, *Pogarčić/FBiH*, CH/98/1018; 12.10.2001, *Brkić/FBiH*, CH/99/2696; 12.4.2002, *Kraljević/FBiH*, CH/01/7351; 10.5.2002, *Trklja ua/FBiH*, CH/00/6444 ua; 5.7.2002, *Krvavac ua/FBiH*, CH/00/6436 ua; 6.9.2002, *Mitrović/FBiH*, CH/98/948; 6.9.2002, *Šrbac ua/FBiH*, CH/00/6134; 8.11.2002, *Vanova/FBiH*, CH/99/1714; 7.3.2003, *M.M./FBiH*, CH/00/3476; 22.12.2003, *M.K./FBiH*, CH/98/565; 22.12.2003, *Bojić/FBiH*, CH/02/12435.

²⁶ Einen Überblick über diese Fälle gibt Küttler, Menschenrechtskammer 206ff; s auch die Aufstellung in *Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina*, Digest 392f, sowie die Berichte aus der Praxis von Aleson, Menschenrechtsschutz in Bosnien und Herzegowina: Aus der Sicht der internationalen Gemeinschaft, in *Benedek et al (Hrsg), Menschenrechte in Bosnien und Herzegowina: Wissenschaft und Praxis (1999) 51 (58ff)*, und *Neussl*, HRLJ 1999, 291ff. Die zahlreichen Diskriminierungen sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das Verwaltungs- und Justizsystem auf der Ebene der Entitäten schwach entwickelt war und dass Gerichte, Behörden und Polizei weitgehend ethnisch homogen besetzt waren, s dazu *Neussl*, HRLJ 1999, 302; *Marko*, Einige Thesen zum „Politischen Wiederaufbau“ Gemeinsame Institutionen, Zivilgesellschaft und die Rolle der Medien, in *Benedek et al (Hrsg), Menschenrechte in Bosnien und Herzegowina: Wissenschaft und Praxis (1999) 101 (107f)*; *derselbe*, Friedenssicherung im 21. Jahrhundert: Bosnien und Herzegowina als europäische Herausforderung, in *Ginther et al (Hrsg), 25. Österreichischer Völker- und Europarechtstag (2001) 55 (76, 79)*.

Eine Fallkonstellation, die sich in BiH je nach dem Ort des Geschehens in unterschiedlicher ethnischer Besetzung immer wieder ereignet hat, sah zB folgendermaßen aus: Eine Schule,²⁷ die Post,²⁸ ein staatsnaher Betrieb²⁹ hatte vor den bewaffneten Auseinandersetzungen Angehörige mehrerer Volksgruppen beschäftigt. Während der Auseinandersetzungen wurde ein Teil dieser Arbeitnehmer entlassen³⁰ oder in den Wartestand versetzt und von diesem nicht mehr abberufen,³¹ oder nach dem Ende der Auseinandersetzungen aufgefordert, sich neu zu bewerben, um dann doch abgelehnt zu werden.³² Der jeweilige Arbeitgeber bzw das vom Arbeitnehmer angerufene Gericht stützte sich dabei in der Regel auf ein Gesetz, das eine Entlassung erlaubt, wenn ein Arbeitnehmer sich „auf die Seite des Aggressors“ stellt³³ oder wenn er dem Dienst für eine bestimmte Dauer ohne gerechtfertigten Grund ferngeblieben ist.³⁴ Nun ist klar, dass die Menschen in BiH während der bewaffneten Auseinandersetzungen immer wieder für längere Zeit nicht zum Dienst erscheinen konnten, etwa, weil ihr Wohnort vom Arbeitsplatz durch eine Frontlinie getrennt war,³⁵ weil sie schwer verwundet waren oder weil sie vertrieben worden sind. Entlassen oder in den Wartestand versetzt wurden aber auffallend häufig gerade die Angehörigen jener Ethnie, die aufgrund der ethnischen Säuberungen in die Minderheit geraten sind.

Die Menschenrechtskammer lehnte sich bei der Beurteilung dieser Fälle an das Prüfungsschema an, das sie vom EGMR übernommen hat: Sie stellte zunächst fest, dass die inkriminierten Maßnahmen das in Art 6 des UN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) garan-

²⁷ S zB 7.4.2000, *Rajić/FBiH*, CH/97/50; HRCh 6.4.2001, *Pogarčić/FBiH*, CH/98/1018; 7.3.2003, *M.M./FBiH*, CH/00/3476.

²⁸ HRCh 8.11.2002, *Vanova/FBiH*, CH/99/1714.

²⁹ Etwa eine Busgesellschaft in HRCh 8.7.1999, *Zabirović/BiH und FBiH*, CH/97/67; s auch HRCh 6.9.2002, *Mitrović/FBiH*, CH/98/948.

³⁰ ZB HRCh 6.4.2001, *Pogarčić/FBiH*, CH/98/1018; 6.9.2002, *Mitrović/FBiH*, CH/98/948; 22.12.2003, *M.K./FBiH*, CH/98/565.

³¹ So im Fall *Zabirović/BiH und FBiH*, HRCh 8.7.1999, CH/97/67, in dem 52 bosniakische Arbeiter der Livno-Bus-Company während der bewaffneten Auseinandersetzungen auf eine Warteliste gesetzt und auch nach Kriegsende nicht wieder eingesetzt wurden; wohl aber wurden 40 Kroaten neu beschäftigt; s zu diesem Fall auch *Küttler*, Menschenrechtskammer 217ff; s weiters HRCh 12.10.2001, *Brkić/FBiH*, CH/99/2696; 7.3.2003, *M.M./FBiH*, CH/00/3476.

³² ZB HRCh 7.4.2000, *Rajić/FBiH*, CH/97/50; s zu diesem Fall auch *Küttler*, Menschenrechtskammer 221ff.

³³ HRCh 7.4.2000, *Rajić/FBiH*, CH/97/50; 6.9.2002, *Mitrović/FBiH*, CH/98/948.

³⁴ HRCh 6.4.2001, *Pogarčić/FBiH*, CH/98/1018; 12.4.2002, *Kraljević/FBiH*, CH/01/7351; 6.9.2002, *Mitrović/FBiH*, CH/98/948; s auch HRCh 7.4.2000, *Rajić/FBiH*, CH/97/50.

³⁵ So in HRCh 6.4.2001, *Pogarčić/FBiH*, CH/98/1018; s auch HRCh 12.4.2002, *Kraljević/FBiH*, CH/01/7351; 6.9.2002, *Mitrović/FBiH*, CH/98/948; 8.11.2002, *Vanova/FBiH*, CH/99/1714.

tierte Recht auf Arbeit betreffen.³⁶ In einem zweiten Schritt untersuchte sie, wie viele Arbeitnehmer der einen und wie viele der anderen Ethnie entlassen oder auf die Warteliste gesetzt worden waren. Dabei zeigte sich ein „Diskriminierungsmuster“: Der Arbeitgeber habe Angehörige der ethnischen Minderheit signifikant häufiger vom Dienst entlassen oder suspendiert als Angehörige der Mehrheit.³⁷ Diese Ungleichbehandlung sei, wie die Kammer schließlich meinte, nicht durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt,³⁸ also liege eine Diskriminierung vor.

³⁶ In HRCh 8.7.1999, *Zabirović/BiH und FBiH*, CH/97/67 und 8.11.2002, *Vanova/FBiH*, CH/99/1714 überdies Art 7 IPWSKR; in HRCh 12.4.2002, *Kraljević/FBiH*, CH/01/7351, darüber hinaus Art 5 des Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (RDK); in HRCh 7.4.2000, *Rajić/FBiH*, CH/97/50 und 6.4.2001, *Pogarčić/FBiH*, CH/98/1018, außerdem Art 1 RDK.

³⁷ Indem die Kammer hier (anders als noch in der Entscheidung HRCh 10.9.1998, *Kevešević/FBiH*, CH/97/46) auf Faktoren zurückgreift, die außerhalb des Beschwerdefalles liegen, modifiziert sie zwar in gewisser Weise die Prüfungsmethode des EGMR (s. *Neussl*, HRLJ 1999, 298; *Küttler*, Menschenrechtskammer 216); dies aber nur, um eine Ungleichbehandlung feststellen zu können, letztlich also, um das Prüfungsschema des EGMR gerade beibehalten zu können. Das Diskriminierungsmuster, das die Kammer zu diesem Zweck konstatiert, ist manchmal mehr, manchmal weniger deutlich: Im Fall *Zabirović/BiH und FBiH*, HRCh 8.7.1999, CH/97/67, waren etwa nur Bosniaken auf die Warteliste gesetzt worden, hingegen kein einziger Kroat. Im Fall *Pogarčić/FBiH*, HRCh 6.4.2001, CH/98/1018, waren 43 Personen entlassen worden, 26 davon waren serbischer, 12 kroatischer und fünf bosniakischer Herkunft; von diesen 43 Personen wurde nur ein Bosniake wiedereingestellt; überdies wurden seit 1995 34 Bosniaken neu eingestellt, aber nur zwei Personen serbischer und vier Personen kroatischer Herkunft. Im Fall *Brkić/FBiH*, HRCh 12.10.2001, CH/99/2696, waren außer dem Beschwerdeführer noch 12 weitere Bosniaken auf die Warteliste gesetzt, vier Bosniaken allerdings auch wiedereingestellt worden. Im Fall *M.K./FBiH*, HRCh 22.12.2003, CH/98/565, genügte, dass ein serbischstämmiger Mechaniker während der bewaffneten Auseinandersetzungen durch einen bosniakischen Trainee ersetzt und dass nach Kriegsende zwei weitere Mechaniker bosniakischer Herkunft angestellt wurden. Im Fall *Kraljević/FBiH*, HRCh 12.4. 2002, CH/01/7351, konstatierte die Kammer, dass sich die Belegschaft zugunsten bosniakischer Arbeitnehmer verändert habe, was freilich viele Gründe haben kann, auch den, dass die Angehörigen der anderen Ethnien in der Region während der bewaffneten Auseinandersetzungen vertrieben worden sind. Gleiches gilt für den Fall *M.M./FBiH*, HRCh 7.3.2003, CH/00/3476, in dem die Kammer feststellt, dass in einer Schule nach den bewaffneten Auseinandersetzungen vorwiegend kroatischstämmige Lehrer neu eingestellt worden sind. Im Fall *Rajić/FBiH*, HRCh 7.4.2000, CH/97/50, meinte die Kammer, der Kündigungsgrund, jemand habe sich auf die Seite des „Aggressors“ gestellt, führe in der Praxis zu einer Ungleichbehandlung, meist von Personen nicht-bosniakischer Herkunft. Dasselbe attestierte die Kammer im Fall *Mitrović/FBiH*, HRCh 6.9.2002, CH/98/948, dem Kündigungsgrund der ungerechtfertigten Abwesenheit vom Arbeitsplatz: Unter Berufung auf diesen Grund seien in der Praxis vor allem Nichtbosniaken entlassen worden.

³⁸ Im Fall *Zabirović/BiH und FBiH*, HRCh 8.7.1999, CH/97/67, wurde etwa erwogen, letztlich aber verneint, dass die Versetzung von Minderheitsangehörigen auf eine Warteliste mit dem Ziel gerechtfertigt werden könne, die Besetzung der Belegschaft an die Bevölkerungsstruktur anzupassen.

2. Inadäquanz der Diskriminierungsformel in zweifacher Hinsicht

So plausibel das zunächst klingt, so wenig passt das Prüfungsschema auf diese Fallkonstellation bei näherer Betrachtung: Denn die Suche nach der Ungleichbehandlung und die anschließende Frage nach dem legitimen Ziel verdeckt, dass der eigentliche Fehler der Behörde in diesen Fällen zuallererst in der unrichtigen Anwendung des Gesetzes lag.³⁹ Bei Licht besehen kann einem Arbeitnehmer, der vertrieben worden ist oder der durch eine Frontlinie von seinem Arbeitsplatz getrennt ist, doch nicht ernstlich zum Vorwurf gemacht werden, dass er dem Dienst ohne Erklärung fernbleibt. Sinnvoll verstanden berechtigt das Gesetz in einem solchen Fall, wie auch die Kammer feststellte, überhaupt nicht zur Entlassung.⁴⁰ Gleiches galt auch für die anderen entschiedenen Fälle: Selbst wenn es während der kriegerischen Auseinandersetzungen gesetzlich erlaubt gewesen sein mag, bei einem Busunternehmen beschäftigte Minderheitsangehörige aus Sicherheitsgründen in den Wartestand zu versetzen, so fiel dieser Grund nach Kriegsende weg und damit auch die gesetzliche Basis, die Arbeiter weiterhin im Wartestand zu belassen.⁴¹ Wenn die Angehörigen der Minderheit dennoch entlassen oder nicht wieder beschäftigt wurden, dann wurden sie zwar auch anders behandelt als die Angehörigen der anderen Ethnie. Entscheidend ist aber, dass sie nicht dem Gesetz entsprechend behandelt worden sind. Die Frage, ob diese Behandlung durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, kann sich dann aber von vornherein nicht stellen. Denn die Missachtung des Gesetzes kann in einem Rechtsstaat nie legitim sein.

Fraglich ist nur, ob die Entlassung der Arbeitnehmer nicht nur gesetzlos, sondern darüber hinaus auch diskriminierend war. Nun ist zwar offenkundig, dass sich die Behörde bei ihrer Entscheidung von ethnischen Motiven hat leiten lassen, wenn ein Diskriminierungsmuster vorliegt, wenn das Gesetz also in einem vorwiegend kroatisch besiedelten Kanton bei 40 Bosniaken missachtet wird, aber bei keinem einzigen Kroaten. Was aber soll gelten, wenn die Behörde das Gesetz nur bei einem einzigen Bosniaken aus ethnischen Gründen missachtet? Und wie steht es um den ersten Fall, in dem sich die Behörde aus ethnischen Gründen über das Gesetz hinwegsetzt? Soll die Feststellung der Diskriminierung des einen wirklich davon abhängen, dass auch andere aufgrund ihrer Ethnie benachteiligt worden sind? Bejaht man

³⁹ Besonders deutlich im Fall *Pogarčić/FBiH*, HRCh 6.4.2001, CH/98/1018, in dem die Kammer sogar meint, es sei gleichgültig, ob die Entlassungen im Einzelfall rechtmäßig waren oder nicht, jedenfalls seien signifikant mehr Nicht-Bosniaken als Bosniaken entlassen worden. Anders im Fall *Brkić/FBiH*, HRCh 12.10.2001, CH/99/2696k, in dem die Kammer zuerst feststellt, dass der Beschwerdeführer rechtswidrig auf die Warteliste gesetzt wurde, und erst dann prüft, ob darin eine Ungleichbehandlung liegt.

⁴⁰ Dies konstatierte die Kammer im Fall *Zabirović/BiH und FBiH*, HRCh 8.7.1999, CH/97/67; s auch HRCh 6.9.2002, *Mitrović/FBiH*, CH/98/948.

⁴¹ S HRCh 8.7.1999, *Zabirović/BiH und FBiH*, CH/97/67.

diese Frage, dann verliert das Diskriminierungsverbot den Charakter eines Individualgrundrechts, es wird zu einem kollektiven Recht, das nur die Gruppe schützt, nicht aber den Einzelnen. Ein Diskriminierungsmuster mag also zwar nachweisen, dass die Behörde das Gesetz aus ethnischen Gründen missachtet hat. Eine Diskriminierung muss aber auch dann geahndet werden können, wenn sie nicht gehäuft auftritt, wenn sich ein Diskriminierungsmuster also nicht feststellen lässt.⁴²

3. *Modifikation der Diskriminierungsformel*

In manchen der genannten Fälle argumentierte die Menschenrechtskammer denn auch tatsächlich eine Nuance anders: Sie konstatierte zwar – wiederum gestützt auf ein Diskriminierungsmuster – eine Ungleichbehandlung, fragte dann aber nicht, ob diese Ungleichbehandlung durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, sondern beanstandete völlig zur Recht, dass sich für diese Ungleichbehandlung keine objektive Rechtfertigung *im Gesetz* finde.⁴³ Die Kammer stellte also eine *gesetzlose* Ungleichbehandlung fest und sagte damit implizit: Eine Ungleichbehandlung aufgrund der ethnischen Herkunft bedarf zuallererst einer Grundlage im Gesetz. Dass diese Ungleichbehandlung dann automatisch zulässig ist, ist damit noch nicht gesagt. Denn das Gesetz, das zur Ungleichbehandlung ermächtigt, könnte ja seinerseits diskriminierend sein. Der richtigen Diskriminierungsformel für die Vollziehung rückt man damit aber einen Schritt näher: Diskriminierend ist eine Ungleichbehandlung nach der ethnischen Herkunft dann, wenn sie gesetzlos ist – ist sie das, so kann sich die Frage, ob diese Ungleichbehandlung durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, von vorneherein nicht stellen.

4. *Missachtung des Gesetzes als Eingriff*

Diese Formel weist nun unübersehbar eine Parallele zu den Freiheitsrechten auf: So wie ein Eingriff in ein Freiheitsrecht einer gesetzlichen Grundlage bedarf,⁴⁴ so bedarf auch eine Ungleichbehandlung aufgrund der ethnischen Herkunft einer Ermächtigung durch das Gesetz. Sieht man als Eingriff in das

⁴² Wie in FN 37 gezeigt, war das jeweils konstatierte Diskriminierungsmuster in manchen Fällen auch nicht wirklich deutlich.

⁴³ S zB den Fall *Kraljević/FBiH*, HRCh 12.4.2002, CH/01/7351, in dem die Kammer die Versetzung des kroatischstämmigen Beschwerdeführers in den Wartestand zuerst als gesetzwidrig qualifiziert und im zweiten Schritt konstatiert, dass sich die Belegschaft zugunsten bosniakischer Arbeitnehmer verändert habe, um schließlich festzustellen, dass die darin liegende Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers weder während noch nach dem bewaffneten Konflikt durch irgendeine rechtliche Vorschrift objektiv gerechtfertigt gewesen sei.

⁴⁴ Sofern dieses Freiheitsrecht nicht vorbehaltlos garantiert ist; diesfalls wäre nämlich auch eine gesetzliche Ermächtigung, in diese Freiheit einzugreifen, unzulässig.

Diskriminierungsverbot allerdings nur die Ungleichbehandlung an, dann fragt sich: Wie soll diese Ungleichbehandlung festgestellt werden, wenn kein Diskriminierungsmuster vorliegt, wenn die Behörde das Gesetz also nicht gehäuft, sondern nur in einem einzigen Fall missachtet? Soll das Recht, nicht diskriminiert zu werden, ein Individualgrundrecht bleiben, dann muss für einen Eingriff genügen, dass sich die Behörde – wenn auch nur in einem Einzelfall – aus ethnischen Gründen über das Gesetz hinwegsetzt.

Das Problem verschiebt sich damit auf die Frage: Wie stellt man fest, dass die Behörde bei ihrer Entscheidung von ethnischen Motiven geleitet war, und vor allem: Wen trifft hierfür die Beweislast? Träfe sie den Rechtsunterworfenen, so wäre er in einer ungünstigen Situation. Denn der Nachweis einer ethnischen Motivation wird ihm nur dann gelingen, wenn die Behörde ihre Motive in der bekämpften Entscheidung offengelegt hat. Die gewitzte Behörde wird sich hüten, das zu tun: Sie wird eine Entlassung gerade nicht damit begründen, dass der Entlassene ein Bosniake, Kroate oder Serbe ist. Sie wird die Entlassung mit der Begründung billigen, dass der Betroffene der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben ist. Soll die Behörde für eine derartige Verschleierung ihrer Motive nicht belohnt werden, dann muss es an ihr liegen nachzuweisen, dass hinter einer vorgeschobenen Begründung, die dem Gesetz offensichtlich nicht entspricht, etwas anderes steht als ein ethnisches Ressentiment.⁴⁵

⁴⁵ Derartige Scheinbegründungen begegnen in den hier einschlägigen Fällen regelmäßig; so etwa im Fall *Pogarčić/FBiH*, HRCh 6.4.2001, CH/98/1018, in dem ein bosniakischer Lehrer in den Wartestand versetzt worden war mit der Begründung, nach ihm bestehe kein Bedarf; zugleich wurde aber im Lehrplan gerade für das Unterrichtsfach dieses Lehrers die Stundenzahl erhöht. Eine derart unglaubwürdige Begründung weckt wohl den Verdacht einer Diskriminierung, den zu widerlegen der Schule bzw der Behörde, die deren Verhalten billigt, obliegen müsste. Es erübrigte sich dann auch der von der Kammer verlangte und für den Betroffenen doch ganz bedeutungslose Nachweis, dass die Schule außer dem Beschwerdeführer auch noch andere Bosniaken grundlos auf eine Warteliste gesetzt, kroatischstämmige Lehrpersonen aber im Dienst belassen hat. Im Fall *Brkić/FBiH*, HRCh 12.10.2001, CH/99/2696, war ein Bosniake während der bewaffneten Auseinandersetzungen rechtswidrig auf die Warteliste gesetzt und am Ende des Krieges ohne Begründung nicht wieder eingestellt worden; der Kammer genügte dies für den Verdacht einer Diskriminierung offenbar nicht, sie stellte vielmehr zuvor eine Ungleichbehandlung fest: Außer dem Beschwerdeführer seien noch zwölf weitere Bosniaken in den Wartestand versetzt worden; dass vier andere Bosniaken wiedereingestellt worden waren, hebe diese Ungleichbehandlung nicht auf. Das lässt sich vielleicht noch vertreten – wie aber hätte die Kammer argumentiert, wenn die Zahl der Bosniaken auf der Warteliste etwas kleiner und die der Wiedereingestellten etwas höher gewesen wäre? Gleiches gilt für den Fall *M.M./FBiH*, HRCh 7.3.2003, CH/00/3476, in dem eine serbischstämmige Lehrerin während der bewaffneten Auseinandersetzungen ohne Grund und auch ohne Begründung auf die Warteliste gesetzt und nach Kriegsende nicht wieder eingestellt worden ist, wohl aber wurden in der Schule Kroaten angestellt – wäre die Behandlung der Lehrerin wirklich anders zu beurteilen gewesen, wenn die Schule auf diese kroatischstämmigen Lehrer verzichtet hätte? Gezwungen wirkt die Suche nach einer Ungleichbehandlung auch im Fall *Rajić/FBiH*,

C. Fehlen einer Vergleichsgruppe

1. Anwendung der Diskriminierungsformel

Die solcherart gewonnene Diskriminierungsformel verzichtet also auf der Ebene der Vollziehung auf den Nachweis einer Ungleichbehandlung. Sie verlangt nur die Missachtung des Gesetzes und ein diskriminierendes Motiv; die Beweislast für das Fehlen eines solchen Motivs trifft bei begründungslosen oder nur zum Schein begründeten Entscheidungen die Behörde, da ja nur sie über das erforderliche Wissen verfügt.

Diese Formel ist zunächst nur aus der Not geboren, eine Ungleichbehandlung nachzuweisen. In BiH haben sich allerdings auch Fallkonstellationen ereignet, in denen eine Ungleichbehandlung von vornherein nicht vorliegen kann, die von der Kammer aber dennoch als diskriminierend qualifiziert worden sind. Diese Fälle haben sich mit verschiedener ethnischer Besetzung in beiden Entitäten zugetragen, sowohl in der Republika Srpska als auch in der Föderation BiH: Angehörige einer Ethnie, die während der bewaffneten Auseinandersetzungen aus ihren Häusern vertrieben worden sind, versuchten nach dem Ende dieser Auseinandersetzungen wieder an ihren Heimatort zurückzukehren und verlangten gerichtlich die Rückgabe ihrer Häuser. Die Behörden behandelten diese Rückforderungsklagen im Regelfall nicht;⁴⁶ wenn es einem Kläger aber ausnahmsweise doch gelang, ein positives Urteil zu erwirken, dann wurde dieses Urteil nicht vollstreckt.⁴⁷

HRCh 7.4.2000, CH/97/50, in dem die Kammer die Entlassung einer kroatischstämmigen Lehrerin zuerst als unplausibel und gesetzwidrig qualifizierte, um dann eine Ungleichbehandlung mit der Begründung zu konstatieren, der vom Gericht nachgeschobene (im Gesetz aber vorgesehene) Entlassungsgrund werde in der Praxis häufiger auf Nichtbosniaken angewendet als auf Bosniaken – wäre er das nicht, müsste die Beschwerde dann wirklich abgewiesen werden? Gleich argumentiert die Kammer auch im Fall *Mitrović/FBiH*, HRCh 6.9.2002, CH/98/948: Die Kündigung des Beschwerdeführers sei gesetzwidrig, weil er der Arbeit während der bewaffneten Auseinandersetzungen, anders als ihm vorgeworfen wurde, aus triftigen Gründen ferngeblieben sei; da der Kündigungsgrund der ungerechtfertigten Abwesenheit vom Arbeitsplatz in der Praxis häufiger auf Nichtbosniaken angewendet werde als auf Bosniaken, sei der Beschwerdeführer ungleich behandelt worden. Besonders streng meint die Kammer im Fall *Sofrić ua*, HRCh 12.10.2001, CH/97/76 ua, es sei möglich, dass die Nichteinstellung der Beschwerdeführer in einem Ministerium gesetzwidrig, vielleicht sogar willkürlich gewesen sei; das allein begründe aber noch keine Diskriminierung. Anders verfährt die Kammer dann aber im Fall *Vanova/FBiH*, HRCh 8.11.2002, CH/99/1714, in dem sie aus der offenkundigen Gesetzwidrigkeit einer Kündigung schließt, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner ethnischen Herkunft ungleich behandelt worden sei. Dass diese Behandlung objektiv durch das Gesetz gerechtfertigt gewesen sei, habe die belangte Partei nicht bewiesen, daher liege eine Diskriminierung vor.

⁴⁶ S zB HRCh 14.5.1999, *Đ.M./FBiH*, CH/98/756; s zu diesem Fall auch *Küttler*, Menschenrechtskammer 213ff.

⁴⁷ ZB HRCh 5.11.1999, *Šebić/FBiH*, CH/97/77; 10.12.1999, *Bašić ua/RS*, CH/98/752 ua; 10.5.2002, *Trklja ua/FBiH*, CH/00/6444 ua; 22.12.2003, *Bojić/FBiH*, CH/02/12435.

Die Kammer qualifizierte diese Justizverweigerung als diskriminierend und wendete auch hier die gängige Formel an: Das Verhalten der staatlichen Behörden berühre die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Achtung der Wohnung (Art 8 EMRK) und des Eigentums (Art 1 1. ZPEMRK), allenfalls auch in ihrem Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 EMRK).⁴⁸ Die Justizverweigerung weise, wie die Kammer weiter konstatierte, ein Diskriminierungsmuster auf: Sie treffe nur oder doch signifikant häufiger die Angehörigen der ethnischen Minderheit als die der ethnischen Mehrheit.⁴⁹ Diese Ungleichbehandlung verfolge aber kein legitimes Ziel. Sie sei daher diskriminierend.

2. Mittelbare Ungleichbehandlung?

Sieht man einmal davon ab, dass auch eine Justizverweigerung in einem Rechtsstaat nie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt werden kann, so fragt sich bei näherer Betrachtung der konkreten Umstände, worin die Ungleichbehandlung in diesen Fällen eigentlich lag.⁵⁰ Genau genommen befanden

⁴⁸ In HRCh 14.5.1999, *Đ.M./FBiH*, CH/98/756, überdies das in Art 26 IPBPR garantierte Recht auf gleichen Schutz durch das Gesetz; in HRCh 5.11.1999, *Šebić/FBiH*, CH/97/77; 10.5.2002, *Trklja ua/FBiH*, CH/00/6444 ua; 5.7.2002, *Krvavac ua/FBiH*, CH/00/6436 ua, außerdem das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art 13 EMRK.

⁴⁹ In Ansehung dieses Diskriminierungsmusters hielt es die Kammer im Fall *Đ.M./FBiH*, HRCh 14.5.1999, CH/98/756, nicht mehr für erforderlich nachzuweisen, dass der betreffende Kanton die Minderheitenangehörigen *gezielt* an der Rückkehr hindern wollte. In HRCh 5.11.1999, *Šebić/FBiH*, CH/97/77, stützt die Kammer das Diskriminierungsmuster hingegen auf die gezielte Politik der kantonalen Stellen, Klagen der Minderheitsangehörigen nicht zu behandeln oder für sie günstige Urteile nicht zu vollstrecken; s ebenso HRCh 5.7.2002, *Krvavac ua/FBiH*, CH/00/6436 ua, sowie den Fall *Trklja ua/FBiH*, HRCh 10.5.2002, CH/00/6444 ua, in dem die ethnische Inhomogenität der Beschwerdeführer ein Diskriminierungsmuster gerade nicht nahe legte: Zwei von ihnen waren bosniakischer, vier serbischer und einer kroatischer Herkunft. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die belagte Partei kümmere sich zwar um die Wohnungsprobleme kroatischstämmiger Einwohner, nicht hingegen um die serbischstämmiger oder bosniakischer Rückkehrer, genügte im Fall *Bojić/FBiH*, HRCh 22.12.2003, CH/02/12435, um ein Diskriminierungsmuster zu begründen. Im Fall *Pletilić ua/RS*, HRCh 10.9.1999, CH/98/659 ua, wurde das Diskriminierungsmuster nicht allein durch die Vollziehung erzeugt, sondern schon zuvor durch das Gesetz, das Rückkehrern für die Geltendmachung ihrer Ansprüche ganz unrealistisch kurze Fristen einräumte und ihnen damit eine realistische Chance nahm, ihr Eigentum wiederzuerlangen; s auch die Entscheidung HRCh 8.10.1999, *Pletilić ua/RS*, CH/98/777 und 10.12.1999, *Bašić ua/RS*, CH/98/752 ua, in denen die Kammer feststellt, dass auch das neue Gesetz an dem Diskriminierungsmuster nichts Wesentliches geändert habe.

⁵⁰ Zum Problem, Vergleichsgruppen zu bilden, s auch *Küttler*, Menschenrechtskammer 211, allerdings bezogen auf Fälle, in denen das anzuwendende Gesetz Vertriebenen für die Wiedererlangung ihres Eigentums unrealistisch kurze Fristen setzte. Dieses Gesetz differenzierte zwar nicht nach der ethnischen oder nationalen Herkunft, im Ergebnis hinderte es aber die jeweils vertriebene Minderheit an der Rückkehr. Die Kammer sah darin zunächst keine

sich die Angehörigen der ethnischen Minderheit und jene der Mehrheit nämlich gar nicht in einer vergleichbaren Situation: Da nur die Minderheitsangehörigen vertrieben worden waren, beehrten auch nur sie die Rückgabe ihrer Häuser. Die Angehörigen der ethnischen Mehrheit mussten solche Klagen nicht erheben, sie hatten ja alle ein Dach über dem Kopf. Das Problem lag daher auch hier weniger darin, dass die Rückkehrer anders behandelt worden wären als die Angehörigen der ethnischen Mehrheit. Problematisch war vielmehr, dass sie abweichend vom Gesetz behandelt worden sind.

Gegen diese Betrachtungsweise könnte man einwenden, dass sie formalistisch, wenn nicht gar oberflächlich sei. Denn in Wahrheit habe die Justizverweigerung doch das Ziel oder zumindest den Effekt gehabt, eine bestimmte Volksgruppe an der Rückkehr zu hindern, um die ethnische „Reinheit“ einer – je nach dem – kroatisch, bosniakisch oder serbisch dominierten Region aufrechtzuerhalten. Diese Regionen seien aber durch ethnische Säuberungen entstanden, also durch die Vertreibung der jeweils anderen Volksgruppe, worin ganz offensichtlich eine Ungleichbehandlung liegt. Wer die Folgen dieser Ungleichbehandlung aufrechterhält und befestigt, nehme aber seinerseits eine Ungleichbehandlung vor. Tatsächlich hat die Kammer in manchen Fällen auch in diese Richtung argumentiert und festgestellt, die Justizverweigerung verfolge das Ziel, die „ethnische Reinheit“ der jeweiligen Region zu zementieren. Ein solches Ziel sei schon an sich diskriminierend.⁵¹

3. Diskriminierung trotz Gleichbehandlung?

Ein Teil der nationalen Richter hat in abweichenden Stellungnahmen allerdings noch auf einen anderen Aspekt der ganzen Situation hingewiesen: Wenn die Behörden den Minderheitsangehörigen eine Entscheidung ihrer Klagen verweigern, dann, weil die Rückgabe eines Hauses an den ursprünglichen Eigentümer zur Folge hätte, dass der gegenwärtige Bewohner dieses Hauses delogiert werden muss. Er lebe in diesem Haus aber nur, weil er

Diskriminierung, weil nicht erwiesen sei, dass die Behörden bei der Anwendung des fraglichen Gesetzes durch die ethnische bzw nationale Herkunft des Beschwerdeführers motiviert gewesen seien (HRCh 10.9.1998, *Kevešević/FBiH*, CH/97/46, mit abweichenden Meinungen von *Nowak* und *Möller* = HRLJ 1999, 318). Richtigerweise konnte es auf einen solchen Nachweis auch gar nicht ankommen. So wenig die Missachtung des Gesetzes in einem Rechtsstaat durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein kann, so wenig kann nämlich umgekehrt die korrekte Anwendung des Gesetzes eine Diskriminierung darstellen. Diskriminierend könnte diesfalls nur das Gesetz selbst sein; in diesem Sinn hat die Kammer dann auch in späteren Fällen entschieden, s zB HRCh 10.9.1999, *Pletilić ua/RS*, CH/98/659 ua; 8.10.1999, *Pletilić ua/RS*, CH/98/777; 5.11.1999, *Šević/FBiH*, CH/97/77.

⁵¹ HRCh 10.5.2002, *Trklja ua/FBiH*, CH/00/6444 ua; 5.7.2002, *Krvavac ua/FBiH*, CH/00/6436 ua; 22.12.2003, *Bojić/FBiH*, CH/02/12435.

seinerseits aus seinem Haus in einem anderen Teil des Landes vertrieben oder weil sein Haus im Zuge der bewaffneten Auseinandersetzungen zerstört worden sei. Die Rückkehr des einen Flüchtlings führe also stets zur Vertreibung eines anderen – dieses Problem sei nicht von den kantonalen Stellen zu lösen, es unterfalle vielmehr dem im Abkommen von Dayton hiefür eigens geschaffenen Regime des Annex 7. Nach diesem Regime solle aber dem Vertriebenen ebenso wenig wie jedem anderen, der Menschenrechte genießt, Obdach und Nahrung genommen werden.⁵²

Sieht man es so, dann verfolgte die Justizverweigerung nur das Ziel, den status quo aufrechtzuerhalten, um weitere Delogierungen zu vermeiden. Negativ gewendet stand hinter ihr ein kollektiver Ausgleich für das Unrecht, das die eigene Ethnie erlitten hat. Dieses Begründungsmuster zieht sich – oft unausgesprochen, manchmal aber auch ganz offen – durch viele behördliche Entscheidungen in BiH: Angehörigen der fremden Ethnie wird die Rückkehr in ihre Häuser verweigert, weil es den Angehörigen der eigenen Ethnie dort, wo sie Minderheit sind, auch nicht anders ergeht.⁵³ Angehörige der Minderheit werden mit der Begründung entlassen, sie hätten sich während der bewaffneten Auseinandersetzungen auf die Seite des Aggressors gestellt⁵⁴ – wer aber ist der Aggressor? Aus der Sicht jeder Volksgruppe die jeweils andere. Angehörige der fremden Ethnie wurden sogar gefangen genommen, um sie gegen Gefangene der eigenen Ethnie auszutauschen.⁵⁵ Der Grund für all diese Maßnahmen ist Rache und Vergeltung, es ist ein: *Wie Du mir, so ich Dir* – es ist also nicht Ungleichbehandlung, sondern Gleichbehandlung, auf die diese Maßnahmen zielen.

⁵² S die abweichende Stellungnahme der Richter Vlatko Markotić, Želimir Juka, Vitomir Popović, Miodrag Pajić, HRCh 14.5.1999, *Đ.M./FBiH*, CH/98/756.

⁵³ S zB HRCh 5.11.1999, *Šečić/FBiH*, CH/97/77; s auch *Neussl*, HRLJ 1999, 295.

⁵⁴ S schon oben bei FN 33.

⁵⁵ S *Nowak* in *Benedek et al* (Hrsg), Menschenrechte 38, sowie die Entscheidung im Fall *Hermas/FBiH*, HRCh 18.2.1998, CH/97/45, in dem die Gefangennahme zum Zweck des Austausches als diskriminierend gewertet wird, dies aber mit der Begründung, die selektive Festnahme sei eine Ungleichbehandlung, der eine überzeugende Rechtfertigung fehle. Da die Inhaftierung eines Menschen zum Zweck seines Austausches gegen einen anderen schon an sich rechtswidrig, nämlich mit Art 5 EMRK unvereinbar ist, stellt sich die Frage nach einer Rechtfertigung erstens von vornherein nicht. Zweitens liegt das Problem derartiger Gefangennahmen wohl auch weniger darin, dass nur Angehörige der einen Ethnie inhaftiert werden, sondern darin, dass der Gefangene aufgrund seiner Ethnie zu einem Tauschobjekt herabgewürdigt wird. In HRCh 6.4.1998, *Marčeta/BFiH*, CH/97/41, wird eine Gefangennahme zum Zwecke des Austausches dann ohne weitere Suche nach einer Ungleichbehandlung als diskriminierend qualifiziert. In HRCh 5.11.1999, *H.R./FBiH*, CH/98/946, sucht die Kammer wieder eine Ungleichbehandlung und findet sie in der Tatsache, dass sich die Exekutivorgane im Zuge der Festnahme und Anhaltung mehrmals auf die ethnische bzw nationale Herkunft der Beschwerdeführer bezogen haben. Hätten diese Organe die Festnahme schweigend vorgenommen, wäre dann wirklich alles anders zu beurteilen gewesen?

4. Diskriminierung durch Gesetzlosigkeit

So vergeblich man sich hier auf die Suche nach einer Ungleichbehandlung macht, so sehr liegt doch auf der Hand: Was hier passiert, ist eine Diskriminierung, eine Diskriminierung, die, so absurd das klingen mag, letztlich *jeden* trifft. Wenn es in diesem Teufelskreis gegenseitiger Bezichtigungen *einen* Fixpunkt gibt, der zugleich den Ausweg aus dem dogmatischen Dilemma weist, dann ist es wieder das Gesetz – das ethnisch blinde Gesetz, das aus ethnischen Gründen missachtet wird. Das Gesetz, und auch das Gesetz in BiH ermächtigt eben nicht dazu, Menschen allein aufgrund ihrer Ethnie zu kündigen, über ihre Klagen nicht zu entscheiden, ihre Urteile nicht zu vollstrecken und sie festzunehmen.⁵⁶ Dass das Gesetz *aus ethnischen Gründen* missachtet worden ist, muss in einem Staat, der sich von den Folgen ethnischer Säuberungen noch nicht befreit hat, nicht der Rechtsunterworfenen beweisen. Die Diskriminierungsabsicht ist unter derartigen Umständen vielmehr zu vermuten, sodass der Behörde der Beweis des Gegenteils obliegt.⁵⁷ Hier bestätigt sich also, was oben schon behauptet worden ist: Nicht die Ungleichbehandlung, sondern schon die gröbliche Missachtung des Gesetzes an sich bewirkt den Eingriff, weckt also den Verdacht, dass eine Diskriminierung vorliegt. Hat die Behörde zu ihrer Verteidigung nur vorzubringen, dass auch Angehörige der ethnischen Minderheit das Gesetz missachtet haben, dann wird dieser Verdacht nicht widerlegt, sondern bestätigt. Denn erstens kann aus einem Unrecht kein Recht abgeleitet werden, zweitens legt die Behörde mit einer solchen Argumentation ja offen, dass sie den Rechtsunterworfenen nicht als Individuum betrachtet, sondern als Teil eines Kollektivs und dass sie ihn nur wegen seiner Zugehörigkeit zu diesem Kollektiv dem Gesetz zuwider behandelt hat.⁵⁸

⁵⁶ Enthielte das Gesetz eine derartige Ermächtigung, so wäre sie nach dem herkömmlichen Prüfungsschema des EGMR problemlos als diskriminierend zu qualifizieren.

⁵⁷ Ganz vereinzelt argumentiert dann auch die Kammer in diese Richtung, so im Fall *Štrbac ua/FBiH*, HRCh 6.9.2002, CH/00/6134, in dem das Diskriminierungsmuster allein aus dem konkreten Beschwerdefall geschlossen wird: Die Behandlung der Beschwerdeführer war aus mehreren Gründen gesetzwidrig und hinderte sie an einer Rückkehr in ihren Heimatort. Den eigentlichen Grund für diese Behandlung vermutete die Kammer in der Tatsache, dass die Beschwerdeführer Vertriebene serbischer Herkunft waren; da die belangte Partei keine vernünftige und objektive Begründung für deren Behandlung geben konnte und da auch der Kammer selbst eine solche Begründung nicht ersichtlich war, wurde das Vorgehen der Behörden als diskriminierend qualifiziert: Verantwortlich dafür war aber nicht mehr ein Vergleich mit der Behandlung anderer Personen, sondern allein die krasse Gesetzwidrigkeit, die die Beschwerdeführer traf und die – unwiderlegt gebliebene – Vermutung, dass diese Gesetzwidrigkeit ethnisch motiviert war.

⁵⁸ Auch die Kammer hat das Argument der Reziprozität verworfen, allerdings nur mit der Begründung, es sei kein legitimes Ziel für eine Ungleichbehandlung: HRCh 5.11.1999, *Šebić/FBiH*, CH/97/77.

IV. Schluss

Das Prüfungsschema, das der EGMR in seiner Judikatur zu Art 14 EMRK entwickelt hat, passt nach alldem zwar auf Diskriminierungen durch eine generelle Norm, es taugt aber nicht für Diskriminierungen, die die Vollziehung begehrt. Schon die Suche nach einer *Ungleichbehandlung* führt dort in die Irre, denn sie zwingt dazu, verschiedene Vollziehungsmaßnahmen miteinander zu vergleichen. Ein solcher Vergleich schwächt die Autorität des Gesetzes, das allein der Maßstab für das Handeln der Vollziehung ist. Hat die Behörde das Gesetz in einem Fall missachtet, so ist ganz unmaßgeblich, ob sie dies auch in anderen Fällen getan hat: Weder heilt eine Gesetzeswidrigkeit deshalb, weil sie gehäuft vorkommt, noch wird sie allein durch diese Häufung zu einer Diskriminierung. Hat die Behörde das Gesetz umgekehrt befolgt, so kann auch dagegen nicht mit der Behauptung vorgegangen werden, das Gesetz sei in vergleichbaren Fällen zum Vorteil des Rechtsunterworfenen ignoriert worden. Denn einem solchen Begehren stattzugeben hieße, das Schicksal des Gesetzes ganz in die Hände der Behörde zu legen – ein Ergebnis, das in einem Rechtsstaat unmöglich hingenommen werden kann. So irrig die Suche nach einer Ungleichbehandlung ist, so verfehlt ist auf der Ebene der Vollziehung auch die Frage, ob eine allenfalls festgestellte Ungleichbehandlung durch ein *legitimes Ziel* gerechtfertigt ist. Hat die Behörde nämlich Fälle, die das Gesetz gleich behandelt wissen will, ungleich behandelt, so missachtet sie das Gesetz – dafür kann es in einem Rechtsstaat nie ein legitimes Ziel geben.

Ganz zu Recht verzichten daher auch nationale Gerichte oft auf einen Vergleich mit anderen Fällen, wenn sie eine Vollziehungsmaßnahme als gleichheitswidrig qualifizieren; sie konstatieren eine Gleichheitswidrigkeit vielmehr bereits dann, wenn die Behörde Willkür übt, sich also – in den Worten des VfGH – „über das Gesetz hinwegsetzt, anstatt ihm zu dienen“.⁵⁹ Nur so wird auch tatsächlich eine der wichtigsten Forderungen der Gleichheit vor dem Gesetz realisiert, die Forderung nämlich, dass jeder unter dem

⁵⁹ VfSlg 4480/1963. S zur Judikatur des VfGH zu gleichheitswidriger Vollziehung allgemein zB den Überblick bei *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁵ (2003) Rz 793ff; *Berka* in *Rill/Schäffer* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht – Kommentar*, 1. Lieferung (2001) Art 7 B-VG Rz 109ff; für Deutschland s zB die Nachweise bei *Starck* in *v Mangoldt/Klein/Starck*, GG I⁴ (1999) Art 3 Abs 1 Rz 260; anderes gilt für die Schweiz, die das Willkürverbot nunmehr aus dem Gleichheitssatz (Art 8 BV) herausgelöst und als selbständiges Grundrecht in Art 9 BV statuiert hat, s dazu *J. P. Müller*, *Grundrechte in der Schweiz*³ (1999) 469f. Nur ausnahmsweise ist ein Fallvergleich auch auf der Ebene der Vollziehung angezeigt, dann nämlich, wenn das Gesetz der Behörde Ermessen einräumt: Macht die Behörde von diesem Ermessen in ungleichmäßiger, aber jeweils für sich genommen gesetzmäßiger Weise Gebrauch, so liegt eine Gleichheitswidrigkeit vor, die sich tatsächlich nur aus einem Vergleich verschiedener Vollziehungsakte ergibt. Dieser Fallvergleich dient aber wieder nur dazu, jene *generelle* Regel festzustellen, nach der die Behörde ihr Ermessen übt – behandelt diese Regel wesentlich Gleiches ungleich oder wesentlich Ungleich gleich, dann verletzt sie den Gleichheitssatz.

Gesetz und niemand außer ihm steht. Dieser Forderung ist nicht schon Genüge getan, wenn das Gesetz für niemanden – also für alle gleichermaßen nicht – gilt, sondern erst, wenn das Gesetz gilt, und zwar für jeden. Die gröbliche Missachtung des Gesetzes ist daher nicht gleichheitswidrig, weil das Gesetz in einem anderen Fall beachtet wurde. Sie ist gleichheitswidrig, weil die Behörde das Gesetz negiert, sich selbst also über das Gesetz und den Rechtsunterworfenen außer das Gesetz stellt. Dieses Unrecht würde nicht wieder gut gemacht, wenn die Behörde in gleicher Weise auch mit allen anderen Bürgern verführe. Auf einen Vergleich mit diesen anderen Fällen kommt es daher auch nicht an.

Das im Abkommen von Dayton und in der EMRK statuierte Diskriminierungsverbot kann als spezieller Gleichheitssatz in dieser Hinsicht nicht anders funktionieren: Es verbietet der Vollziehung, das Gesetz aus Gründen zu missachten, die – wie Ethnie oder Religion – in der Person des Rechtsunterworfenen liegen. Ob die Gesetzwidrigkeit auf derart diskriminierenden Gründen beruht, ist eine Beweisfrage. Dieser Beweis kann wohl durch ein „Diskriminierungsmuster“ geliefert werden; ein solches Muster ist für eine Diskriminierung aber nicht konstitutiv: Begründet die Behörde ein gesetzwidriges Vorgehen überhaupt nicht oder führt sie dafür nur Scheinbegründungen an, so ist zumindest die Vermutung gerechtfertigt, dass sie die wahren Gründe ihres Handelns verschleiern will. Dann aber muss es an ihr liegen zu beweisen, dass hinter ihrem Vorgehen etwas anderes steht als ein diskriminierendes Ressentiment.

Summary

The Dayton Peace Agreement obliges Bosnia and Herzegovina and its two entities, the Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina, to secure the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms; the rights mentioned in this agreement are especially guaranteed to everybody without discrimination. Nevertheless, a lot of discrimination cases occurred after the Dayton Agreement. The Human Rights Chamber, which mandat expired with the end of 2003, developed a rich jurisdiction following that of the European Court of Human rights to Article 14 EConvHR. This essay analyses the jurisdiction of the Human Rights Chamber, trying to demonstrate that the pattern of review elaborated by the European Court is suitable for discriminations caused by general provisions, but has to be modified to review discriminations performed by administrative authorities. It is pointed out that above all in such cases evidence of unequal treatment is abdicable.

Korrespondenz: Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl, Fachbereich für öffentliches Recht – Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Kapitelgasse 5–7, 5020 Salzburg, Österreich, e-mail: magdalena.poeschl@sbg.ac.at, magdalena.poeschl@uibk.ac.at