

Neue Grenzen der Ungleichheit

Das 12. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention

TILMANN ALTWICKER*

I. Einführung

Der Schutz des Gleichheitsrechts gehörte bislang nicht zur Erfolgsgeschichte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹. Dieser Befund könnte sich jetzt ändern durch das am 1. April 2005 in Kraft getretene 12. Zusatzprotokoll (ZP 12). Das neue Protokoll enthält in Art. 1 ein allgemeines, völkerrechtliches Diskriminierungsverbot:

„1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

* Tilmann Altwicker erhält seit September 2006 ein Baden-Württemberg-STIPENDIUM der Landesstiftung Baden-Württemberg

¹ Zur Kritik an der gegenwärtigen Gleichheitsrechtsdogmatik siehe unter II.3. Zu den bis in die 1960er-Jahre zurückreichenden Versuchen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates und anderer Institutionen, das Gleichheitsrecht der EMRK zu modernisieren, vgl. *Joergen Schokkenbroek, A New European Standard Against Discrimination: Negotiating Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, in: *Stéphanie Lagoutte (ed.), Prohibition of Discrimination in the Nordic Countries: The Complicated Fate of Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, Kopenhagen 2005, S. 19-36.

2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.“²

Dieses allgemeine Diskriminierungsverbot, das derzeit für 15 von 47 Mitgliedstaaten des Europarats Rechtsverbindlichkeit besitzt und neben den weiterhin anwendbaren Art. 14 EMRK tritt, stellt den Versuch dar, den seit langem als unzureichend empfundenen Gleichheitsrechtsschutz unter der EMRK aufzuwerten. Es mag erstaunen, dass die EMRK auf Normenebene bislang hinter dem Schutzniveau anderer völkerrechtlicher Gleichheitsrechtsnormen zurückblieb³. Trotz dieser Rückständigkeit bestehen seitens vieler Mitgliedstaaten, darunter auch die Bundesrepublik Deutschland, Vorbehalte gegen die mit einer Ratifizierung verbundene Ausweitung der Straßburger Kontrolle von Gleichheitsrechtsproblemen⁴.

Dieser Beitrag bezweckt, die Leistungsfähigkeit des konventionsrechtlichen Gleichheitsrechts vor dem Hintergrund des Inkrafttretens von ZP 12 einer Neueinschätzung zu unterziehen. Dabei stellen sich zwei Fragen: Erfüllt das ZP 12 die Anforderungen an ein zeitgemäßes völkerrechtliches Gleichheitsrecht? Welche Folgen ergeben sich für das Spannungsverhältnis zwischen nationalen Souveränitätsbedenken und dem Interesse an einem lückenlosen Gleichheitsrechtsschutz auf regionaler Ebene?

² ETS No. 177. Die bereinigte Übersetzung in der zwischen Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz abgestimmten Fassung lautet: „Der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes 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.“ (<http://www.conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/177.htm>) (Stand: 12.11.2007).

³ Vgl. die allgemeinen völkerrechtlichen Gleichheitssätze in Art. 26 IPbPR, Art. 24 AMRK und Art. 3 Abs. 1, 2 AfrCh.

⁴ BT-Drucks. 16/2800, 14.12.2006, S. 12..

II. Ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen im Bereich der Freiheitsrechte

1. Grundlegung der Gleichheitsrechtsdogmatik im sog. Belgischen Sprachenfall

Das gegenwärtige Ringen um ein zeitgemäßes Gleichheitsrecht auf EMRK-Ebene ist leichter nachvollziehbar, wenn man sich der bisherigen Konventionsdogmatik des Diskriminierungsverbots – mit Art. 14 EMRK als normativer Basis⁵ – vergewissert. Grundlegend für die dogmatische Entwicklung des Diskriminierungsverbots unter der EMRK ist das Urteil im sog. *Belgischen Sprachenfall* (1968)⁶. Hier rügten französischsprachige Eltern eine belgische Regelung über den Zugang zu französischsprachigen Schulen. Die Regelung sah eine Einteilung Belgiens in sprachliche Regionen vor, wobei sechs Regionen im Randgebiet von Brüssel einen „Sonderstatus“ innehatten. Problematisch war nun, dass die französischen Schulen in den Sonderstatusgebieten nur Kinder von Gebietsansässigen aufnehmen durften, während diese Beschränkung für die holländischen Schulen nicht galt. Indem die Ansässigkeitsbedingung allein auf sprachliche Erwägungen zurückführbar war, sah der Gerichtshof in der Differenzierung aufgrund der Sprache beim Zugang zu Bildungsein-

⁵ Lediglich der Vollständigkeit halber sei auf folgende gleichheitsrechtlich relevante Konventionsnormen hingewiesen: der besondere Gleichheitssatz zur Gleichberechtigung der Ehegatten (Art. 5 ZP 7), der aus dem Gleichheitsprinzip folgende und im Fairnessprinzip verankerte Grundsatz der Waffengleichheit vor Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und das spezielle richterrechtliche Diskriminierungsverbot aus Gründen der ethnischen Herkunft und Rasse, das in gravierenden, die Menschenwürde betreffenden Fällen Anwendung findet und auf Art. 3 EMRK, gestützt wird, vgl. dazu *Doris König/Anne Peters*, Das Diskriminierungsverbot, in: *Rainer Grote/Thilo Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, S. 1219 ff. Rn. 199 ff. Zur Waffengleichheit vgl. bereits EGMR A 8, § 22 – *Neumeister* sowie EGMR A 92, § 33 – *Bönisch*.

⁶ EGMR A 6, § 9 – *Belgischer Sprachenfall*.

richtungen eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 2 ZP 1 EMRK (Recht auf Bildung).

Zur Rechtsnatur des Diskriminierungsverbots hielt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im *Belgischen Sprachenfall* fest, dass der Anspruch auf Nichtdiskriminierung einen „integralen Bestandteil“ der Freiheitsrechte darstelle⁷. Dies ist ein Hinweis darauf, dass hinter dem subjektivrechtlichen Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK das objektivrechtliche Prinzip der Rechtsgleichheit steht⁸. Im *Belgischen Sprachenfall* wurde ferner herausgestellt, dass – entgegen dem Anschein der französischen Fassung des Art. 14 EMRK („sans distinction aucune“) – nicht jede Ungleichbehandlung, auch nicht, wenn sie sich auf verdächtige Merkmale wie Geschlecht, Religion, Nationalität etc. bezieht, als konventionswidrig zu gelten hat, sondern zu einem Rechtfertigungsanspruch führt⁹.

Wegweisend für die weitere Entwicklung waren die Aussagen zur Akzessorietät des Diskriminierungsverbots. Nach dem Wortlaut des Art. 14 EMRK wird die Diskriminierungsfreiheit nur in Bezug auf „den Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten“ gewährleistet¹⁰. Im *Belgischen Sprachenfall* stellte der EGMR heraus, dass Art. 14 EMRK „keine unabhängige Existenz“ zukomme, sondern vielmehr ein uneigenständiges, vom System der kon-

⁷ *Ibid.*, § 9.

⁸ Zum Prinzip der Rechtsgleichheit im Völkerrecht vgl. *Warwick McKean*, *Equality and discrimination under international law*, Oxford 1985, S. 264-270. Vgl. zur Doppelnatur des Diskriminierungsverbots auch unten unter III.3.

⁹ EGMR (Fn. 6), § 10. Konsequenterweise liegt der Prüfungsschwerpunkt bei Art. 14 EMRK-Fällen in der Regel auf der Rechtfertigungsebene sowie der Prüfung des staatlichen Beurteilungsspielraums.

¹⁰ Umfassend zur Akzessorietät vgl. *König/Peters* (Fn. 5), S. 1131 ff. Rn. 28 ff.

ventionsrechtlichen Freiheitsrechte abhängiges Diskriminierungsverbot vorsehe.

Im Laufe seiner Rechtsprechung hat der EGMR das rechtliche Band, das die Akzessorietät zwischen den Freiheitrechten und dem Diskriminierungsverbot fordert, immer weiter gelockert. Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR ist für die Prüfbarkeit des Diskriminierungsverbots nicht erforderlich, dass eine Verletzung eines Freiheitsrechts vorliegt, ausreichend ist bereits, wenn der Sachverhalt in den „Regelungsbereich“¹¹ („ambit“) eines oder mehrerer Konventionsrechte fällt¹².

2. Begriff und Arten der Diskriminierung

Der Begriff der Diskriminierung, den der EGMR mangels Vorgabe in der EMRK im *Belgischen Sprachenfall* grundlegend zu bestimmen hatte, beinhaltet nach gefestigter Rechtsprechung nunmehr „the differential treatment of persons in relevant, similar situations, without an objective and reasonable justification.“¹³

Diese abstrakte Begriffsbestimmung der Diskriminierung bildet die Grundlage für die Unterscheidung von vier Diskriminierungsarten, die der Gerichtshof im Laufe seiner Rechtsprechung anerkannt hat. Danach liegt ein Fall *direkter Diskriminierung* vor, wenn die Ungleichbehandlung an ein verdächtiges Differenzierungskriterium anknüpft

¹¹ So *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München 2005, S. 374 f. Rn. 3, der zu Recht darauf hinweist, dass nach der Rechtsprechung des EGMR ein Sachverhalt nicht in den Schutzbereich eines Konventionsrechts fallen muss.

¹² St. Rspr., vgl. nur EGMR Rep. 1996-IV, § 36 – *Gaygusuz*; *König/Peters* (Fn. 5), S. 1131 ff. Rn. 28 ff.

¹³ EGMR No. 55762/00 und 55974/00, § 56 – *Timishev* (st. Rspr.).

und nicht gerechtfertigt ist¹⁴. Um eine solche direkte Diskriminierung handelte es im *Belgischen Sprachenfall*, da die Ungleichbehandlung auf dem Differenzierungskriterium der Sprache beruhte. In jüngerer Zeit hat der EGMR auch die Rechtsfigur der *indirekten Diskriminierung* anerkannt¹⁵. Indirekte Diskriminierung erfordert eine Ungleichbehandlung, die auf einem dem Anschein nach neutralen Differenzierungsgrund beruht, aber eine geschützte Personengruppe unverhältnismäßig belastet und nicht gerechtfertigt ist¹⁶. Die Behandlung der Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung auf völkerrechtlicher Ebene stellt eine der umstrittensten Fragen der gegenwärtigen Gleichheitsrechtsdogmatik dar, denn hierdurch werden sensible Kernbereiche der staatlichen Souveränität (z.B. Einrichtung des staatlichen Bildungssystems¹⁷, die Besetzung von Schöffengerichten¹⁸ oder die staatliche Einwanderungspolitik¹⁹) einer überstaatlichen Rechtskontrolle zugänglich. Richtungsweisend für die künftige Behandlung der indirekten Diskriminierung dürfte das jüngste Urteil der Großen Kammer des EGMR im Fall *D.H. u.a. v. Tschechische Republik* (2007) sein²⁰. In diesem Fall, der den überproportionalen Anteil von Roma-Kindern in tsche-

¹⁴ Vgl. zum Begriff der direkten Diskriminierung *Bernhard Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 312.

¹⁵ Der EGMR hat die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung der Sache nach bereits früh, jedoch begrifflich-dogmatisch erst in der Zulässigkeitsentscheidung *Hoogendijk* (No. 58641/00, § 2) erfasst; vgl. auch EGMR No. 24746/94, § 154 – *Hugh Jordan*; No. 17209/02, § 80 – *Zarb Adami*; No. 57325/00, §§ 175 ff. – *D.H. u.a. v. Tschechische Republik*.

¹⁶ Vgl. die Bestimmung der indirekten Diskriminierung durch den EGMR in *D.H. u.a.* (Fn. 15), § 175: „The Court has also accepted that a general policy or measure that has disproportionately prejudicial effects on a particular group may be considered discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed at that group.“ Vgl. auch die leicht abw. Definition bei *König/Peters* (Fn. 5), S. 1150 Rn. 61; wie hier *Waldmann* (Fn. 14), S. 348.

¹⁷ Vgl. EGMR, *D.H. u.a. v. Tschechische Republik* (Fn. 15).

¹⁸ Vgl. EGMR, *Zarb Adami* (Fn. 15).

¹⁹ Vgl. EGMR A 94 – *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali*.

²⁰ EGMR, *D.H. u.a. v. Tschechische Republik* (Fn. 15).

chischen Sonderschulen betraf, bestätigte die Große Kammer die Möglichkeit eines statistischen *prima-facie*-Beweises von indirekter Diskriminierung mit der Folge, dass die Regierung für die Rechtfertigung der Maßnahme beweislspflichtig wird²¹. Mit der Rechtsfigur der *passiven Diskriminierung* findet eine weitere, subtile Form der Diskriminierung Berücksichtigung in der Rechtsprechung des EGMR. In diesen Fällen geht es um Diskriminierung durch Unterlassen. Erforderlich ist daher das Bestehen einer positiven Verpflichtung zu einer Gleich- bzw. Ungleichbehandlung. Drei Arten positiver Verpflichtungen hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot bereits anerkannt: die Pflicht zur Ungleichbehandlung (*Thlimmenos*), Gleichstellungspflichten (*Petrovic*) und Schutzpflichten (*Marckx*)²². Die vierte Art der Diskriminierung, *positive* Diskriminierung („affirmative action“), hat der EGMR in einem Fall, der eine Regelung betraf, die Menschen mit Behinderungen bevorzugte, als Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung angesehen (*Wintersberger*)²³.

3. Kritik an der gegenwärtigen Gleichheitsrechtsdogmatik

Die hier nur ansatzweise skizzierte Gleichheitsrechtsdogmatik wird seit langem kritisiert. Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Kritik am Schutzniveau und an der Dogmatik des Gleichheitsrechts unter der EMRK:

– In der Hauptsache wird das Akzessorietätsfordernis gerügt. Da schon das System der Freiheitsrechte in der EMRK unvollständig (z.B.

fehlt eine Berufsfreiheit²⁴) und der Schutz sozialer Rechte (z.B. Zugang zu sozialen Sicherungssystemen) in der EMRK nicht vorgesehen ist, sind viele potentielle Diskriminierungsfälle dem Anwendungsbereich des Art. 14 EMRK entzogen²⁵. Das Erfordernis der Akzessorietät ist ein Grund, weswegen sich unter der EMRK eine eigene Gleichheitsrechtsdogmatik nur zögerlich entwickeln konnte²⁶. So erklärt es sich auch, dass der ehemalige Präsident des EGMR, *Luzius Wildhaber*, das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK als eine bloße „second-class guarantee“ bezeichnen kann²⁷.

– In Ermangelung eines eigenständigen, ausgereiften gleichheitsrechtlichen Ansatzes lässt der EGMR die Gleichheitsproblematik oft menschenrechtsdogmatisch unbefriedigend in der freiheitsrechtlichen Prüfung aufgehen²⁸. Dadurch werden die kategoriale und die rechts-ethische Verschiedenheit von Freiheitsbeschränkungen einerseits und ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen andererseits verwischt.

²¹ Ibid., § 195.

²² EGMR Rep. 2000-IV, §§ 41, 42 – *Thlimmenos*; Rep. 1998-II – *Petrovic* und A 31 – *Marckx*. Eine abweichende Einteilung der positiven Nichtdiskriminierungspflichten findet sich bei *Oddný Mjöll Arnadóttir*, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, The Hague 2003, S. 108-109.

²³ EGMR No. 57448/00, § 2 – *Wintersberger*.

²⁴ Der Zugang zu einem privaten Arbeitsverhältnis wird allerdings durch Art. 8 EMRK geschützt, vgl. EGMR No. 55480/00 und 59330/00, §§ 47-50 – *Sidabras u.a.* (nicht hingegen der Zugang zum öffentlichen Dienst).

²⁵ Eine „Vermessung“, wie groß die Lücke im Diskriminierungsschutz aufgrund des Akzessorietätsfordernisses tatsächlich ist, findet sich bei *Robert Wintemute*, „Within the ambit“: How big is the „gap“ in Article 14 European Convention on Human Rights? Part 1, EHRLR 4 (2004), S. 366-382.

²⁶ Vgl. *Robert Uerpmann-Witzack*, Höchstpersönliche Rechte und Diskriminierungsverbot, in: *Dirk Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005, S. 90 Rn. 71.

²⁷ *Luzius Wildhaber*, Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights – A Second-Class Guarantee?, BYIL 2 (2002), S. 71-82.

²⁸ Vgl. *Uerpmann-Witzack* (Fn. 26), S. 90 Rn. 71 (unter Verweis auf die Transsexuellen-Rechtsprechung des EGMR).

– In manchen Fällen wird der Regelungsbereich von substantiellen EMRK-Rechten (insbesondere Art. 1 ZP 1) über Gebühr erweitert, um eine Prüfung unter Art. 14 EMRK zu ermöglichen²⁹.

– Ferner wird von manchen gerügt, Art. 14 EMRK biete nicht genügend Schutz gegen subtilere Formen der Diskriminierung, die indirekte und die passive Diskriminierung³⁰.

III. Möglichkeiten und Grenzen der Gleichheitsrechtsdogmatik unter dem 12. Zusatzprotokoll

1. Schutz vor ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte

Die wichtigste Neuerung des ZP 12 ist ohne Zweifel die Aufhebung des Akzessorietätsfordernisses. Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots unter der EMRK wird damit beträchtlich erweitert. Durch das ZP 12 tritt das Diskriminierungsverbot erstmals gleichberechtigt neben die konventionsrechtlichen Freiheitsrechte. Gleichwohl zeigt schon der Wortlaut von Art. 1 ZP 12, dass es sich – der Rechtsnatur nach – nicht um einen allgemeinen Gleichheitssatz, sondern noch immer um ein

²⁹ So z.B. im Fall *Gaygusuz* (Fn. 12, § 36), in dem der Beschwerdeführer gegen die Vorenthaltung von auf Beitragsleistungen beruhenden Sozialleistungen vorging. Der EGMR entschied, dass solche Sozialleistungen dem Eigentumsbegriff der EMRK gemäß Art. 1 ZP 1 unterfielen, weshalb es eine unzulässige Diskriminierung darstelle, diese aufgrund der Staatsangehörigkeit vorzuenthalten. In der Entscheidung *Koua Poirrez* (Rep. 2003-X) dehnte der EGMR den Schutz auch auf Sozialleistungen aus, die nicht auf einer Beitragsleistung beruhen (im vorliegenden Fall eine Behindertenbeihilfe in Frankreich). Auch diese Leistungen seien als Eigentum im Sinne der EMRK anzusehen und dürften nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit vorenthalten werden.

³⁰ Der unzureichende Schutz vor indirekter Diskriminierung aufgrund von Art. 14 EMRK wird z.B. gerügt von *Morag Goodwin, D.H. and Others v. Czech Republic: a major set-back for the development of non-discrimination norms in Europe*, GLJ 7 (2006), S. 421-432 sowie *Beate Rudolf, Der völkerrechtliche Rahmen von Gleichbehandlungsrecht*, in: *dies./Matthias Mahlmann* (Hrsg.), *Gleichbehandlungsrecht*, Handbuch, Baden-Baden 2007, S. 66 Rn. 28.

Diskriminierungsverbot handelt³¹. In funktionaler Betrachtung dürfte jedoch die schon für Art. 14 EMRK problematische Abgrenzung zum allgemeinen Gleichheitssatz weiter an Bedeutung verlieren. So hat der EGMR Art. 14 EMRK bereits durch die Lockerung des Akzessorietätsfordernisses, die Erweiterung der Liste verdächtiger Differenzierungskriterien³² und die prinzipielle Anerkennung auch der komplexeren Typen von Diskriminierungen (indirekte, passive und positive Diskriminierung) einem allgemeinen Gleichheitssatz zumindest angenähert³³.

Wiewohl Ungleichbehandlungen im Bereich der Freiheitsrechte, wie sie gegenwärtig von Art. 14 EMRK erfasst werden, regelmäßig die schwerwiegenderen, oft menschenwürderelevanten Diskriminierungen betreffen, besteht das vordringliche, gleichheitsrechtliche Problem moderner, pluralistischer Gesellschaften immer mehr in der gerechten Güter- und Lastenverteilung³⁴. Ungleichbehandlungen hinsichtlich sozialer und wirtschaftlicher Güter und Lasten lagen bislang weitgehend außerhalb der Kontrolle des Straßburger Menschenrechtsgerichtshofs. Insbesondere Diskriminierungen in so sensiblen Bereichen wie Arbeit, Wohnung und der sozialen Sicherungssysteme waren der konventionsrechtlichen Überprüfung entzogen³⁵.

Dies könnte sich nun durch das ZP 12 ändern. Ausweislich dessen Art. 1 wird die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung hinsichtlich *jedes gesetzlich niedergelegten Rechts* („any right set forth by law“), mithin

³¹ H.M., *Wildhaber* (Fn. 27), S. 72; *Uerpmann-Witzack* (Fn. 26), S. 89 Rn. 67; a.A. *Grabewarter* (Fn. 11), S. 384 Rn. 22 („allgemeiner Gleichheitssatz“).

³² Vgl. EGMR Rep. 1999-IX, § 28 – *Salgueiro da Silva Mouta* (betreffend das im Katalog der verdächtigen Differenzierungsgründe des Art. 14 EMKR nicht genannte Kriterium der „sexuellen Orientierung“).

³³ Vgl. *Rudolf* (Fn. 30), S. 62 Rn. 16.

³⁴ Vgl. dazu umfassend die Ausführungen bei *Matthias Mahlmann*, *Die Ethik des Gleichbehandlungsrechts*, in: *Beate Rudolf/ders.* (Fn. 30), S. 33 (42 f.).

³⁵ *König/Peters* (Fn. 5), S. 1134 Rn. 32.

auch der wirtschaftlichen und sozialen Rechte, konventionsrechtlich justiziabel. Die bisherige freiheitsrechtliche Lösung von der Sache nach gleichheitsrechtlichen Problemen wird sich in Zukunft weniger anbieten. Ebenso bedarf es nicht mehr der dogmatisch bedenklichen Ausweitung der freiheitsrechtlichen Schutzbereiche – insbesondere dem der Eigentumsgarantie –, um das Diskriminierungsverbot anwendbar zu machen.

Es bleibt abzuwarten, wie der EGMR die Fälle, in denen Beschwerdeführer eine Diskriminierung im Bereich wirtschaftlicher und sozialer Rechte rügen, behandeln wird. Anhand der vorhandenen Rechtsprechung zu Ungleichbehandlungen betreffend bestimmter, unter die Eigentumsgarantie fallender Sozialleistungen ist aber schon jetzt deutlich, dass den Staaten hier ein weiter, rechtlicher Nachprüfung zugänglicher Einschätzungsspielraum („margin of appreciation“) zugebilligt wird. Richtungsweisend für den Umgang des Gerichtshofes mit Diskriminierungen in Bezug auf wirtschaftliche und soziale Rechte könnte insofern das Urteil der Großen Kammer im kürzlich entschiedenen Fall *Stec u.a.* (2006) sein³⁶. In diesem Fall ging es um die Zahlung einer einkommensbezogenen Invaliditätsrente („reduced earnings allowance“), die (ehemaligen) Arbeitnehmern im Vereinigten Königreich gezahlt wird, deren Erwerbsfähigkeit aufgrund eines Arbeitsunfalls oder sonstiger berufsbedingter Schädigung eingeschränkt ist. Die Zahlung der Invaliditätsrente endet mit dem Eintritt in das gesetzliche Rentenalter, das für Frauen bei 60 Jahren, für Männer bei 65 Jahren liegt. Eine Beschwerdeführerin im Fall *Stec u.a.* rügte, dass ihr mit Erreichen des 60. Lebensjahres die Invaliditätsrente entzogen würde, während Männer bis zum 65. Lebensjahr bezugsberechtigt blieben.

* EGMR No. 65731/01 und 65900/01, § 52 – *Stec u.a.*

Obwohl in diesem Fall eine Geschlechterdiskriminierung vorlag, zu deren Rechtfertigung nach ständiger Rechtsprechung „besonders gewichtige Gründe“³⁷ vorgebracht werden müssen, lag die Entscheidung, eine unterschiedliche Bezugshöchstdauer für Männer und Frauen einzuführen, nach Ansicht des Straßburger Menschenrechtsgerichtshofes noch im staatlichen Einschätzungsspielraum. Dazu heißt es im Fall *Stec u.a.*:

„[a] wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature’s policy choice unless it is ‘manifestly without reasonable foundation’.“³⁸

Die Zubilligung eines weiten staatlichen Einschätzungsspielraums sowie die Beschränkung auf eine Evidenz- oder Willkürkontrolle, bei der auch das Vorhandensein eines europaweiten Konsenses bzw. einheitlicher Standards berücksichtigt wird³⁹, erscheint als ein empfehlenswerter Ansatz, mit dem der Gerichtshof die Balance zwischen der notwendigen internationalen Kontrolle und dem staatlichen Souveränitätsanspruch wahrt.

2. Fortentwicklung der Gleichheitsrechtsdogmatik durch das ZP 12?

Nach dem erläuternden Bericht ist zwischen Art. 14 EMRK und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot eine konzeptionelle Kontinuität von

³⁷ Erstmals, soweit ersichtlich, vom EGMR verlangt in *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali* (Fn. 19), § 78.

³⁸ EGMR No. 65731/01 und 65900/01, § 52 – *Stec u.a.*

³⁹ *Ibid.*, § 64.

den Vertragsparteien intendiert⁴⁰. Begriff und Prüfungsstruktur⁴¹ der Diskriminierung werden durch das ZP 12 nicht verändert.

Zwei Bereiche der konventionsrechtlichen Gleichheitsrechtsdogmatik befinden sich derzeit in einer Umbruch- und Entwicklungsphase: die differenzierungsgrundrelative Prüfungsdichte und die Behandlung der subtileren Formen der Diskriminierung, d.h. die indirekte und die passive Diskriminierung. Welche Veränderungen sind in diesen umstrittenen Fragen aufgrund des ZP 12 zu erwarten?

In erster Näherung ist der Ertrag des ZP 12 für diese wichtigen Problemfelder gering. Der Text des ZP 12 gebietet von sich aus keine Veränderung der Dogmatik der verdächtigen Differenzierungsgründe. So ist die Liste der Differenzierungsgründe identisch mit der in Art. 14 EMRK, was insbesondere bei der Parlamentarischen Versammlung des Europarats auf Kritik gestoßen ist⁴². Die Aufnahme weiterer Differenzierungsgründe (z.B. Alter, sexuelle Orientierung, Behinderung) ist allerdings deswegen nicht unbedingt erforderlich, da es sich in beiden Normen nicht um abschließende Kataloge handelt. Zur wichtigen Frage der Dichte der Diskriminierungsprüfung relativ zu den verschiedenen Differenzierungsgründen schweigt der Text des ZP 12. Es ble

⁴⁰ Council of Europe, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, § 18, 19 (<http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>) (Stand: 12.11.2007).

⁴¹ Ein Prüfungsschema für das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot findet sich bei *Anne Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, S. 215 f.

⁴² Die Parlamentarische Versammlung befürwortete die Aufnahme der „sexuellen Orientierung“ in den Katalog der verdächtigen Differenzierungsgründe, vgl. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, Doc. 8614, 14.01.2000, § 35. (<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/workingdocs/doc00/edoc8614.htm>) (Stand: 12.11.2007).

dem Gerichtshof überlassen, die Dogmatik der differenzierungsgrundrelativen Prüfungsdichte weiter auszubauen⁴³.

Der Wortlaut des ZP 12 bringt auch keine Klarheit hinsichtlich der Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung: Weder in der Präambel noch im operativen Teil des neuen Zusatzprotokolls wird diese Rechtsfigur erwähnt. Auch der erläuternde Bericht gibt keine Hinweise. Offensichtlich wollte man die weitere Entwicklung dem Gerichtshof überlassen⁴⁴. Sieht man sich allerdings die Rechtsentwicklung in den Konventionsstaaten sowie in der Europäischen Union an, so wird deutlich, dass sich eine Anerkennung der Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung immer mehr durchsetzt. Mit guten Gründen lässt sich vertreten, dass das Verbot der indirekten Diskriminierung ein integraler Bestandteil des in der Präambel zu ZP 12 erwähnten Prinzips der Rechtsgleichheit darstellt. Auch für die Fälle indirekter Diskriminierung unter dem ZP 12 liefert das grundlegende Urteil der großen Kammer in *D.H. u.a. v. Tschechische Republik* (2007) eine tragfähige Dogmatik⁴⁵. Hinzu kommt, dass durch die Aufhebung des Akzessorietätsanfordernisses im Rahmen des ZP 12 mehr Fälle einer behaupteten indirekten Diskriminierung den Gerichtshof erreichen werden, da diese typischerweise im Arbeits- und Sozialkontext auftreten. Für die Rechtsfigur der passiven Diskriminierung, bei der es um Diskriminierung durch Unterlassen geht, sieht die Lage etwas besser aus. Schon der Wortlaut des Art. 1 ZP 12 („shall be secured“) deutet – insoweit übereinstimmend mit Art. 14 EMRK – die Möglichkeit positiver Ver-

⁴³ Vgl. dazu umfassend *Arnadóttir* (Fn. 22) sowie *Janneke Gerards*, Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases, NILR 2004, S. 135-183.

⁴⁴ Ähnlich auch *Urfan Khaliq*, Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights: A step forward or a step too far, Public Law (2001), S. 457 (462)

⁴⁵ EGMR, *D.H. u.a. v. Tschechische Republik* (Fn. 15).

pflichtungen aufgrund des Diskriminierungsverbots an. Die oben skizzierte Rechtsprechung zur Figur der passiven Diskriminierung wird unter dem neuen ZP 12 fortgesetzt und vertieft werden. Der erläuternde Bericht spricht in diesem Zusammenhang von einem „balanced approach“: Auch wenn das ZP 12 primär negative Unterlassungspflichten enthalte, könnten positive Pflichten nicht ganz ausgeschlossen werden⁴⁶. Besonders problematisch ist die Fallgruppe der Pflicht zum Schutz vor privater Diskriminierung⁴⁷. Hier ist zunächst eine Negativabgrenzung dessen erforderlich, was mit Sicherheit *nicht* von dem neuen konventionsrechtlichen Diskriminierungsverbot erfasst wird. Der erläuternde Bericht spricht insofern von staatlichen Regelungen und Maßnahmen, die „rein private Angelegenheiten“ betreffen, deren konventionsrechtliche Überprüfung in Konflikt mit dem Freiheitsrecht aus Art. 8 EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens) geriete⁴⁸. M.a.W. ist der Staat also konventionsrechtlich nicht in der Pflicht, Regelungen zu schaffen, die Diskriminierungen in *Kernbereichen* privater Lebensgestaltung verbieten. Diese Negativabgrenzung lässt aber einen erstaunlich weiten Spielraum für die Annahme positiver Verpflichtungen seitens des Staates zur Verhinderung von Diskriminierung. Nach dem erläuternden Bericht sind positive Verpflichtungen zur Verhinderung von Diskriminierung durch Private nicht auszuschließen betreffend „[...] relations in the public sphere normally regulated by law, for which the state has a certain responsibility (for example, arbitrary denial of access to work, access to restaurants, or to services which private persons may make

⁴⁶ Explanatory Report (Fn. 40), § 24.

⁴⁷ Das Problem einer positiven Verpflichtung zum Schutz vor Diskriminierung durch Private war bei den Beratungen zu ZP 12 eines der am stärksten umstrittenen Themen, siehe *Schokkenbroek* (Fn. 1), S. 19 (32).

⁴⁸ Explanatory Report (Fn. 40), § 28.

available to the public such as medical care or utilities such as water and electricity, etc).“⁴⁹

In diesem Lichte dürfte die deutsche Antidiskriminierungsgesetzgebung, sofern die Bundesrepublik das ZP 12 ratifiziert, somit auch völkerrechtlich geboten sein⁵⁰. Allerdings erscheint zweifelhaft, dass der Straßburger Menschenrechtsgerichtshof gewillt ist, sich dem extensiven Verständnis positiver Antidiskriminierungspflichten im erläuternden Bericht anzuschließen.

3. Grenzen des allgemeinen Diskriminierungsverbots

Das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 1 ZP 12 enthält – ebenso wie Art. 14 EMRK – keine Ausnahme- oder Beschränkungsklausel. Dies steht im Einklang mit der Doppelnatur des Diskriminierungsverbots, dem neben der subjektivrechtlichen Dimension auch der Charakter eines Rechtsprinzips zukommt, bei dem es keine Ausnahmen, sondern nur andere kollidierende Prinzipien geben kann⁵¹.

Eine Einschränkung des Diskriminierungsverbots kann nur auf der Ebene des Anwendungsbereichs erfolgen. Nach dem erläuternden Bericht zu ZP 12 ist eine konzeptionelle Kontinuität beabsichtigt, so dass die Rechtfertigungsfähigkeit (und -bedürftigkeit) von *prima facie* diskriminierendem Verhalten weiterhin besteht⁵².

Neben dieser im Diskriminierungsbegriff selbst enthaltenen Einschränkung wird Art. 1 ZP 12 durch weitere Anwendungsbedingungen begrenzt. Die erste Einschränkung des Anwendungsbereichs be-

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ähnlich auch *Beate Rudolf*, Endlich ein allgemeines Diskriminierungsverbot in der EMRK: Aber wo bleibt Deutschland?, AI 1 (2005), S. 19.

⁵¹ Hier liegt der von *Ronald Dworkin* entwickelte Prinzipienbegriff zugrunde, siehe *ders.*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977, S. 22-28.

⁵² Explanatory Report (Fn. 40), §§ 18, 19.

steht darin, dass sich die Ungleichbehandlung auf „Rechte“, und nicht etwa auf bloße „Erwartungen“ oder sonstige rechtlich nicht geschützte „Interessen“ beziehen muss⁵³. Bei diesen „Rechten“ kann es sich sowohl um solche des nationalen wie des internationalen Rechts handeln⁵⁴. Fraglich ist allerdings, ob man so weit gehen darf, auch nicht-subjektive Rechte darunter zu fassen⁵⁵. Nach hier vertretener Ansicht ist dies abzulehnen, da im der Rahmen der EMRK eine Berufung auf nicht-subjektive Rechte systemfremd erscheint. Hinzu kommt, dass das Diskriminierungsverbot funktional nicht der Schaffung von mehr subjektiven Rechten, sondern der gerechten Verteilung von bestehenden Rechten dient. Die unmittelbare Heranziehung von Rechten der Europäischen Sozialcharta⁵⁶ als durch das Völkerrecht gewährte „Rechte“ im Sinne von Art. 1 ZP 12 kommt somit nicht in Betracht⁵⁷. Mangels unmittelbarer Anwendbarkeit handelt sich dabei nicht um subjektive Rechte. Auch dürfte es unzulässig sein, mittels eines weiten Diskriminierungsverbots andere menschenrechtliche Kontrollmechanismen – im Fall der Europäischen Sozialcharta das Berichtsverfahren gemäß Art. 21 ff. – zu umgehen⁵⁸.

Die relevanten Rechte müssen zweitens auch im Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung existent sein, d.h. es darf sich nicht um zukünftige,

⁵³ Den Wert als echte Anwendungsbereichsbeschränkung bezweifeln *König/Peters* (Fn. 5), S. 1139 Rn. 41.

⁵⁴ Vgl. Explanatory Report (Fn. 40), § 29.

⁵⁵ So wohl *König/Peters* (Fn. 5), S. 1139 Rn. 40, die sich auf die Fallgruppen des erläuternden Berichts beziehen.

⁵⁶ ETS No. 35 bzw. 163 (revidierte Fassung).

⁵⁷ Anders aber *König/Peters* (Fn. 5), a.a.O. Allerdings kann die Europäische Sozialcharta mittelbar bei der Prüfung des Vorhandenseins eines europäischen Konsenses bzw. eines einheitlichen Standards eine Rolle spielen, vgl. oben unter Fn. 39.

⁵⁸ So auch *Stefan Trechsel*, Überlegungen zum Verhältnis zwischen Art. 14 EMRK und dem 12. Zusatzprotokoll, in: *Rüdiger Wolfrum* (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin u.a. 2003, S. 119 (127); vgl. den Explanatory Report (Fn. 40), § 29.

bloß in Aussicht gestellte Rechte handeln. Diese Einschränkungen ergeben sich bereits aus dem Gebot der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Indem sich die Ungleichbehandlung auf existente Rechte beziehen muss, wird der Bereich der passiven Diskriminierung begrenzt: Eine positive Pflicht zur Einführung bisher nicht vorhandener sozialer Leistungsrechte (etwa die Einführung eines Anspruchs auf das Existenzminimum) kann sich nach wie vor nicht auf das Diskriminierungsverbot stützen.

Die dritte Einschränkung des Anwendungsbereichs betrifft die Rechtsquelle der „Rechte“, hinsichtlich deren eine Diskriminierung behauptet wird. In der bereinigten deutschen Sprachfassung ist von „gesetzlich niedergelegten Rechten“ die Rede, während die allein verbindlichen Textfassungen des Englischen von „any right set forth by law“ bzw. des Französischen von „tout droit prévu par la loi“ sprechen. Zumindest die englische Fassung erscheint weiter als die deutsche, da als „law“ nicht bloß Gesetze im formellen Sinn bezeichnet werden, sondern auch die administrative Rechtssetzung⁵⁹. Problematisch könnte das einschränkende Merkmal der Rechtsquelle beispielsweise sein, wenn eine Diskriminierung in Bezug auf Betriebsrentenanprüche eines staatlichen Unternehmens behauptet wird. Die Einschränkung bezüglich der Rechtsquelle wird allerdings durch den zweiten Absatz von Art. 1 ZP 12 wieder relativiert: Indem jede Ausübung öffentlicher Gewalt, insbesondere auch das Realhandeln der Verwaltung und auch die Tätigkeit der Rechtsprechung, an das allge-

⁵⁹ Vgl. den Eintrag „law“ in: *Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner (ed.), 7th ed., St. Paul/Minn. 1999, p. 889. Vgl. auch *Janneke Gerards*, Protocol No. 12 – The Dutch Debate, in: *Stéphanie Lagoutte* (ed.), *Prohibition of Discrimination in the Nordic Countries: The Complicated Fate of Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, Kopenhagen 2005, S. 37 (41).

meine Diskriminierungsverbot gebunden wird, verliert der Nachweis eines subjektiven öffentlichen Rechts nach Absatz 1 seine Beschränkungsfunktion⁶⁰. Es wird die Aufgabe des Gerichtshofs sein, das durch den zweiten Absatz des Art. 1 ZP 12 nochmals erweiterte allgemeine Diskriminierungsverbot rechtlich einzuhegen.

Im Zusammenhang mit dem Problem der Rechtsquelle steht die vierte Einschränkung des Anwendungsbereichs, die sich aus einer systematischen Interpretation der beiden Absätze des Art. 1 ZP 12 sowie dem Schutzzweck des Diskriminierungsverbots der EMRK ergibt: Nach dieser Einschränkung muss die Diskriminierung einer Behörde, genauer der öffentlichen Gewalt („public authority“), zurechenbar sein⁶¹. Ausweislich des erläuternden Berichts ist der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Art. 1 Abs. 2 ZP 12 identisch mit dem in Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 EMRK⁶². Daraus ergibt sich eine Beschränkung in Fällen der passiven Diskriminierung; Diskriminierungen durch Private sind nur bei gleichzeitiger Verletzung staatlicher Schutzpflichten konventionsrechtlich relevant⁶³. Eine unmittelbare Drittwirkung des ZP 12 ist ausgeschlossen.

IV. Das allgemeine Diskriminierungsverbot als Basis eines zeitgemäßen völkerrechtlichen Gleichheitsrechts?

Schon jetzt zeichnen sich zwei aufeinander bezogene Entwicklungen des künftigen regionalen Gleichheitsrechts ab: Zum einen ist erkennbar, dass

⁶⁰ Vgl. Explanatory Report (Fn. 40), § 30.

⁶¹ Dies ergibt sich auch aus einer Zusammenschau der vier Fallgruppen, die der erläuternde Bericht exemplarisch anführt, vgl. a.a.O. (Fn. 40), § 22.

⁶² Ibid. (Fn. 40), § 30.

⁶³ Dazu siehe ausführlich oben unter III.2.

die Kontrolle von staatlichen Verteilungsentscheidungen hinsichtlich sozioökonomischer Güter künftig nicht mehr nur eine Angelegenheit nationaler Gerichte bleiben wird, sondern immer stärker einer völkerrechtlichen Nachprüfung standhalten können muss. Die dogmatischen Strukturen zur Bewältigung dieser Fälle, insbesondere die Zuerkennung eines weiten staatlichen Einschätzungsspielraums, die Beschränkung auf eine Willkürkontrolle und ein rechtsvergleichendes Vorgehen, hat der Straßburger Gerichtshof, wie oben gezeigt, bereits in gefestigter Rechtsprechung entwickelt. Die tiefgreifenden Souveränitätsbedenken einiger Mitgliedstaaten können unter Hinweis auf diese bestehende Dogmatik ein Stück weit abgemildert werden. Manche bezweifeln allerdings, dass der EGMR die „politische Legitimation“ zur Entscheidung in solchen Fällen besitzt⁶⁴. Damit wird auch die fundamentalere Frage nach dem Zweck des regionalen Gleichheitsrechts gestellt. Ohne dass man an dieser Stelle hierauf eine zufriedenstellende Antwort geben könnte, wird man – angesichts der skizzierten Entwicklungen – den ethischen Rahmen des regionalen Gleichheitsrechts vermehrt durch Ansätze der Verteilungsgerechtigkeit abstecken müssen.

Das Stichwort der „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ bezeichnet eine zweite Entwicklung, die am Beispiel des Diskriminierungsverbots unter der EMRK in besonderer Weise sichtbar wird⁶⁵. Ein Element des komplexen Phänomens der „Konstitutionalisierung“ ist die „aktivistische“, d.h. vom Willen der Vertragsparteien sich emanzipierende, Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch internationale

⁶⁴ So Trechsel (Fn. 58), S. 133.

⁶⁵ Zur „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ vgl. nur Brun-Otto Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, *Der Staat* 42 (2003), S. 61 ff. m.w.N.

Rechtsprechungsorgane⁶⁶. Der EGMR nimmt längst die Möglichkeit einer „dynamischen Auslegung“ von Konventionsbestimmungen für sich in Anspruch⁶⁷. Die jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt die Bereitschaft erkennen, die vielfältigen, zum Teil Kernbereiche staatlicher Souveränität berührenden Gleichheitsrechtsprobleme moderner demokratischer Gesellschaften der subsidiären Kontrolle durch die EMRK zu unterwerfen. Das Diskriminierungsverbot unter Art. 14 EMRK hat so in den letzten Jahren eine beachtliche dogmatische Fortentwicklung erfahren, insbesondere durch die Anerkennung und Ausgestaltung der subtileren Formen der indirekten und der passiven Diskriminierung.

Der Prozess der Konstitutionalisierung am Beispiel des Gleichheitsrechts hat allerdings gerade erst begonnen. Denn trotz der verzeichneten Fortschritte besitzt das Diskriminierungsverbot wie kaum ein anderes Konventionsrecht ein bislang vom Gerichtshof noch nicht voll ausgeschöpftes Potential. Hier seien nur die Fragen des Umgangs mit ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen im Bereich sozialer und wirtschaftlicher Rechte, der Pflicht zum Schutz vor privater Diskriminierung sowie der differenzierungsgrundrelativen Prüfungsdichte genannt. Es steht zu erwarten, dass diese Problemfelder den Gerichtshof in den nächsten Jahren stärker befassen werden. Dies hängt damit zusammen, dass der Problemdruck, der in den europäischen, demokratischen Gesellschaften aus unbewältigten Gleichheitsfragen erwächst – z.B. bei der Integration von Minderheiten, der Gleichstellung von Frauen und von Menschen mit Behinderungen etc. –, gegenwärtig eher

noch zuzunehmen scheint. Es ist sinnvoll, die Anstrengungen der Staaten bei der Lösung dieser Gleichheitsrechtsfragen zu begleiten durch eine effektive, zukunftsfähige Kontrolle auf regionaler Ebene. Die Effektivität dieser subsidiären Kontrolle hängt nicht zuletzt von deren Legitimierung durch klare, menschenrechtliche Normen ab. Zutreffend wird angemerkt, dass die sich auf Art. 14 EMRK stützende „Strategie der Effektivierung des Diskriminierungsverbots“ an ihr Ende gekommen ist⁶⁸. Um den gegenwärtigen dogmatischen wie lebensweltlichen Herausforderungen im Bereich des Gleichheitsrechts angemessen werden zu können, bedarf es der normativen Grundlage eines allgemeinen Diskriminierungsverbots im neuen ZP 12. Die Bundesrepublik Deutschland sollte ein Zeichen setzen und die Ratifizierung des ZP 12 nicht länger aufschieben.

⁶⁶ Ibid., S. 67.

⁶⁷ Vgl. zu dem Problem der „dynamischen Auslegung“ umfassend Hans-Joachim Cremer, Regeln der Konventionsinterpretation, in: Grote/Marauhn (Fn. 5), S. 155 ff. (174 ff.).

⁶⁸ So König/Peters (Fn. 5), S. 1137 Rn. 36.