



Universitätsverlag Potsdam

MenschenRechtsZentrum

## MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK – Chancen und Potenziale eines allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbots
- Dimensionen von Macht – Unter Betrachtung des ethischen Berufskodex, der professionellen Haltung und systemimmanenten Dilemmata im ungarischen Kinderschutzsystem
- Extraterritorial Constitutional Rights: A Comparative Case Study of the United States and Germany



MenschenRechtsZentrum

## **MenschenRechtsMagazin**

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK – Chancen und Potenziale eines allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbots
- Dimensionen von Macht – Unter Betrachtung des ethischen Berufskodex, der professionellen Haltung und systemimmanenten Dilemmata im ungarischen Kinderschutzsystem
- Extraterritorial Constitutional Rights: A Comparative Case Study of the United States and Germany

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de/> abrufbar.

**Universitätsverlag Potsdam 2023**

<http://verlag.ub.uni-potsdam.de/>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: 2292

E-Mail: [verlag@uni-potsdam.de](mailto:verlag@uni-potsdam.de)

**Herausgeber:**

Prof. Dr. phil. Logi Gunnarsson ([logi.gunnarsson@uni-potsdam.de](mailto:logi.gunnarsson@uni-potsdam.de))

Prof. Dr. iur. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard) ([andreas.zimmermann@uni-potsdam.de](mailto:andreas.zimmermann@uni-potsdam.de))

Begründet von Prof. Dr. iur. Eckart Klein

MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam

August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 3450 / Fax: 3451 ([mrz@uni-potsdam.de](mailto:mrz@uni-potsdam.de))

**Redaktion:**

Prof. Dr. iur. Norman Weiß ([weiss@uni-potsdam.de](mailto:weiss@uni-potsdam.de))

Theresa Lanzl, Navin Mienert ([redaktion-mrm@uni-potsdam.de](mailto:redaktion-mrm@uni-potsdam.de))

Soweit nicht anders gekennzeichnet, ist dieses Werk unter einem Creative-Commons-Lizenzvertrag Namensnennung 4.0 lizenziert. Dies gilt nicht für Zitate und Werke, die aufgrund einer anderen Erlaubnis genutzt werden.

Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem Hyperlink:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Satz: text plus form, Dresden

Online veröffentlicht auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam

<https://doi.org/10.25932/publishup-60757>

## Inhaltsverzeichnis

Editorial .....	92
AUFsätze:	
Alexandra Geisler Dimensionen von Macht. Unter Betrachtung des ethischen Berufskodex, der professionellen Haltung und systemimmanenten Dilemmata im ungarischen Kinderschutzsystem .....	93
Stephan Gerbig Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK – Chancen und Potenziale eines allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbots .....	106
Jennifer Grafe Zum aktuellen Stand und zu aktuellen Fragen des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-Personen .....	118
Lina Heuberger Fragen nach gerechter Verteilung – eine menschenrechtliche Analyse der Allokation am Beispiel von COVID-19-Impfstoffen für Ältere .....	129
Fritz Kainz Extraterritorial Constitutional Rights: A Comparative Case Study of the United States and Germany .....	140
BERICHTE UND DOKUMENTATIONEN:	
Theresa Lanzl Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2022 – Teil II: Individualbeschwerden .....	151
Autor:innen in diesem Heft: .....	170

## Editorial

In diesem Heft präsentieren wir insgesamt fünf Beiträge. Zunächst thematisiert Alexandra Geisler unter dem Titel „Dimensionen von Macht“ praktische und berufsethische Fragen im Hinblick auf das ungarische Kinderschutzsystem. Mit dem zweiten Text „Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK – Chancen und Potenziale eines allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbots“ greift Stephan Gerbig ein Thema auf, das am MRZ bereits in zwei Konferenzen diskutiert wurde und auch Gegenstand juristischer Dissertationen war, die von am MRZ tätigen Hochschullehrern betreut wurden.

Jennifer Grafe äußert sich „Zum aktuellen Stand und zu aktuellen Fragen des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-Personen“, und Lina Heuberger diskutiert „Fragen nach gerechter Verteilung – eine menschenrechtliche Analyse der Allokation am Beispiel von COVID-19-Impfstoff für Ältere“. Diese beiden Beiträge behandeln aktuelle und kontrovers diskutierte Themen des Menschenrechtsschutzes.

In einer rechtsvergleichenden, grundsätzlich angelegten Studie widmet sich Fritz Kainz dem Thema der extraterritorialen Geltung von Grundrechten: „Extraterritorial Constitutional Rights: A Comparative Case Study of the United States and Germany“.

Im Dokumentationsteil setzt Theresa Lanzl mit ihrem „Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2022 – Teil II: Individualbeschwerden“ die traditionelle Berichterstattung über die Arbeit des Ausschusses fort. Diese wird im neuen Jahrgang nicht fortgeführt; ab der nächsten Nummer werden wir die Tätigkeit des Ausschusses in kürzeren, analytisch und thematisch fokussierten Beiträgen begleiten.

Die Redaktion möchte darauf hinweisen, dass das *MenschenRechtsMagazin* ab Heft 1/2024 über Open Journal Systems (OJS) unter der Web-Adresse [www.menschenrechtsmagazin.de](http://www.menschenrechtsmagazin.de) zugänglich sein wird. Auf der Webseite des MRZ und in dessen Newsletter werden die notwendigen Informationen veröffentlicht. Natürlich werden wir unsere früheren Abonnent:innen auch direkt kontaktieren.

Wir wünschen unseren Leser:innen eine interessante Lektüre.



## Dimensionen von Macht

### Unter Betrachtung des ethischen Berufskodex, der professionellen Haltung und systemimmanenten Dilemmata im ungarischen Kinderschutzsystem

Alexandra Geisler

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Bedeutung des Ethikkodexes der Sozialen Arbeit im Berufsalltag der Kinder- und Jugendhilfe und des Kinderschutzes in Ungarn und Deutschland
- III. Dialogische Annäherungen zum Kinderschutzsystem in Ungarn
- IV. Abschließende Gedanken

#### I. Einleitung

Die universellen Menschenrechte gelten für alle Menschen. Aber junge Menschen unter 18 Jahren brauchen einen besonderen Schutz, verschiedene und spezifische Formen der Beteiligung, der Förderung und Unterstützung, und sie haben eigene Bedürfnisse, die sich von den Lebenslagen der Erwachsenen unterscheiden. Daher gelten für junge Menschen unter 18 Jahren eigene Rechte, die in dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen, der UN-Kinderrechtskonvention,<sup>1</sup> festgehalten sind.

In der Kinder- und Jugendhilfe sind Kinder und Jugendliche teilweise durch eine hohe Vulnerabilität gekennzeichnet und können bspw. in der stationären Hilfe im Rahmen der Fremdunterbringung von unterschiedlichen Abhängigkeits- und Machtverhältnissen betroffen sein.

Dieser Artikel präsentiert zu Beginn die Ergebnisse einer wissenschaftlichen Studie über den Ethikkodex in der Profession der Sozialen Arbeit im Bereich des Kinderschutzes in stationären Einrichtungen in Ungarn und Deutschland. Es wird sich auf eine Auswahl untersuchter Schlüsselthemen wie bspw. Machtmissbrauch und Gewaltanwendung konzentriert.

Des Weiteren wird in diesem Artikel in Form einer dialogischen Annäherung mit einer ungarischen Kollegin verschiedenen Fragestellungen in Bezug auf das Kinderschutzsystem in Ungarn nachgegangen.

#### II. Die Bedeutung des Ethikkodexes der Sozialen Arbeit im Berufsalltag der Kinder- und Jugendhilfe und des Kinderschutzes in Ungarn und Deutschland

Ethisches Bewusstsein und Ethik als eine Form der Reflexion über normative Aspekte des beruflichen Handelns ist ein grundlegender Bestandteil der beruflichen Praxis von Sozialarbeiter:innen. Die *International Federation of Social Workers* (IFSW) und die *International Association of Schools of Social Work* (IASSW) haben Leitlinien herausgegeben, die Ethik als unverzichtbaren Bestandteil von Ausbildung und Praxis betonen. Bereits 1994 haben die Vereinten Nationen unter Mitwirkung von Vertreter:innen der IFSW und der IASSW das Handbuch *Social Work and Human Rights* konzipiert und in ihrer Empfehlung für die Ausbildung in der Sozialen Arbeit die Reflexion über berufliche Wertegrundlagen und das Verständnis von Menschenrechten und Fragen der sozialen

1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, UNTS Bd. 1577, S. 3, BGBl. 1992 II, S. 121 ff.

Gerechtigkeit in den Mittelpunkt gestellt.<sup>2</sup> Der internationale berufsethische Kodex der Sozialen Arbeit bietet einen Rahmen und eine Ressource für ethische Überlegungen. Darüber hinaus werfen die verschiedenen Mandate der Sozialen Arbeit – *das Doppelmandat des Staates und der Adressat:innen der Sozialen Arbeit*<sup>3</sup> sowie *das Mandat der Sozialen Arbeit als Menschenrechtsprofession*<sup>4</sup> – ethische Probleme und Konflikte auf. In der Praxis muss ein Ausgleich zwischen diesen Mandaten oder Interessen auf vielfältige Weise gefunden werden, was nicht immer leicht zu erreichen ist.

Einige ethische Herausforderungen und Fragen, mit denen sich Fachkräfte der Sozialen Arbeit konfrontiert sehen, sind spezifisch für einzelne Länder, Regionen, Handlungsfelder und Bevölkerungsgruppen, während andere allgemeine Aspekte der Praxis der Sozialen Arbeit darstellen. Berufsethik und ethische Überlegungen sind notwendig, um professionelles Handeln an ihnen zu orientieren; sie unterstützen die Suche nach vertretbaren Lösungen für Dilemmata im jeweiligen Kontext und begründen den Umgang bzw. die Ausstattung mit der eigenen Handlungsmacht.

### 1. *Kinder- und Jugendhilfe sowie Kinderschutz in Ungarn und Deutschland*

„Heimerziehung in Europa stellt sich in einer großen Vielfalt dar; die Spannweite reicht von der anstaltsförmigen Verwahrung über

die individualisierende Betreuung bis zur familientherapeutischen Intensivstation. Zwischen diesen Polen existiert eine Fülle weiterer Formen der Heimerziehung: vom betreuten Jugendwohnen (...) über Außenwohngruppen (...) und professionelle Pflegefamilien (...) bis zu Kinderdörfern (...).“<sup>5</sup>

Für pädagogische Prozesse ist häufig ein Machtgefälle zugunsten der pädagogischen Fachkräfte konstitutiv. Strukturell ist die Gleichheit zwischen Erwachsenen und Kindern sowie Jugendlichen weder in der Familie noch in pädagogischen Einrichtungen gegeben. Kinder und auch Jugendliche im Entwicklungs- und Bildungsprozess sind stärker von den Erwachsenen abhängig als die Erwachsenen von ihnen – und je jünger, desto stärker. Ferner variieren die Dimensionen und der Grad der Abhängigkeit in der pädagogischen Beziehung je nach Situation und Institution; dennoch bleibt strukturell eine Art *Machtüberhang* der pädagogischen Fachkräfte bestehen. In vielen pädagogischen Beziehungen und Lernräumen geht es zudem darum, ein Machtgefälle herzustellen und aufrechtzuerhalten, um die Entwicklung, Bildung und Sozialisation junger Menschen zu fördern.<sup>6</sup> Sowohl die Ziele als auch die Wahl der Mittel müssen jedoch begründet werden und bedürfen einer ethischen Legitimation. Pädagogische Fachkräfte müssen sich selbst fragen und sich zudem fragen lassen, welche Konsequenzen ihr Handeln hat und wie dies die Möglichkeiten der Heranwachsenden einschränkt, sich selbst, andere und die Welt zu erfahren. Jede pädagogische Praxis ist im Kern eine Machtpraxis und damit immer auch mit dem Problem des Machtmissbrauchs und der Machtübergriffe zwischen den unterschiedlich positionierten Beteilig-

2 United Nations, Human Rights and Social Work. Professional Training Series Nr. 1. A Manual for Schools of Social Work and the Social Work Profession, 1994.

3 Lothar Böhnisch/Hans Lösch, Das Handlungsverständnis des Sozialarbeiters und seine institutionelle Determination, in: Hans-Uwe Otto/Siegfried Schneider (Hrsg.), Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit, Bd. 2, 1973, S. 21–39.

4 Silvia Staub-Bernasconi, Soziale Arbeit: Dienstleistung oder Menschenrechtsprofession? Zum Selbstverständnis Sozialer Arbeit in Deutschland mit einem Seitenblick auf die internationale Diskussionslandschaft, in: Andreas Lob-Hüdepohl/Walter Lesch (Hrsg.), Ethik Sozialer Arbeit. Ein Handbuch, 2007, S. 20–54.

5 Wolfgang Trede, Konzepte der Heimerziehung im europäischen Vergleich, in: Reinhard Fatke et al. (Hrsg.), Erziehung und sozialer Wandel. Brennpunkte sozialpädagogischer Forschung, Theoriebildung und Praxis, in: Zeitschrift für Pädagogik Beiheft 39 (1999), S. 317–338 (317).

6 Anne Sophie Winkelmann, Machtgeschichten. Ein Fortbildungsbuch zu Adultismus für Kita, Grundschule und Familie, 2022.



ten konfrontiert.<sup>7</sup> Auch in der Kinder- und Jugendhilfe sowie im Kinderschutz sind Adressat:innen der Sozialen Arbeit teilweise durch eine hohe Vulnerabilität gekennzeichnet und können von unterschiedlichen Abhängigkeits- und Machtverhältnissen betroffen sein.

Ein Diskussions- und Forschungsraum zu Jugendhilfe und Kinderschutz ist in Europa rudimentär vorhanden. Es existieren beispielsweise Untersuchungen zu einzelnen Aspekten des Kinderschutzes, wie Risikowahrnehmungen von Fachkräften in Schweden und Kroatien<sup>8</sup> oder Beziehungsgestaltung mit Adressat:innen in den Niederlanden und England<sup>9</sup> sowie Aspekte des Fallmanagements im Kinderschutz in Schweden und Kanada<sup>10</sup>. Die jeweiligen nationalen Fachdiskurse könnten durch den Blick auf andere Systeme bereichert werden. Vor allem die östlichen und südöstlichen Länder sind jedoch, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in diesen Diskursen weitgehend unsichtbar.

Daher konzentrierte sich die hier vorgestellte Untersuchung<sup>11</sup> auf Fachkräfte der Jugendhilfe in Deutschland und Ungarn.

Die zentrale These dieser Untersuchung kann wie folgt formuliert werden: Die Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland und Ungarn verfügen über Kenntnisse der ethischen Codes und Richtlinien der Sozialen Arbeit. In der Praxis der Kinder- und Jugendhilfe zeigen sich jedoch Diskrepanzen zwischen Anspruch und Umsetzung und damit auch konkrete Praktiken unethischen Verhaltens.

Die Erhebung wurde in Form eines standardisierten Online-Fragebogens durchgeführt. Gegenstand der quantitativen Fragebogenerhebung waren die Aussagen von Mitarbeiter:innen sozialer Dienste im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe. Die Datenanalyse erfolgte mit Hilfe der deskriptiven Statistik, durch Berechnung statistischer Maße entsprechend dem Messniveau der Daten, Verdichtung der Daten, tabellarische sowie grafische Darstellung der Daten und zusammenfassende Beschreibung.<sup>12</sup> Die Auswertung der Antworten auf die offenen Fragen erfolgte in Form des induktiven Ansatzes der Grounded Theory.<sup>13</sup>

Der Fragebogen als Erhebungsinstrument gliederte sich neben einem einleitenden Text und der Abfrage von persönlichen und beruflichen Informationen in sechs Hauptteile:

- a) ethischer Kodex und Inhalte
- b) ehrlicher Umgang, Autorität/Macht, Bestrafung, Hilfe/Kontrolle
- c) Gewalt und freiheitsentziehende Maßnahmen
- d) institutionelle Schutzkonzepte sowie Beschwerdemanagement

7 Werner Thole et al. (Hrsg.), *Sexualisierte Gewalt, Macht und Pädagogik*, 2012, S. 17f.

8 Elinor Brunnberg/Ninoslava Pećnik, *Assessment processes in social work with children at risk in Sweden and Croatia*, in: *International Journal of Social Welfare* 16/3 (2007), S. 231–241.

9 Carolus van Nijnatten, *Authority relations in families and child welfare in the Netherlands and England: new styles of governance*, in: *International Journal of Law, Policy and the Family* 14/2 (2000), S. 107–130.

10 Evelyn Grace Khoo, *Protecting our Children: A comparative study of the dynamics of structure, intervention and their interplay in Swedish Child Welfare and Canadian Child Protection*, Umeå University: *Studies in Social work Series* Nr. 39, 2004.

11 Alexandra Geisler/Marco Wille/Timea Bagdi, *The Relevance of the Code of Ethics of Social Work in Professional Everyday Life in Youth Services and Child Protection Systems in Hungary and Germany*, in: *European Research Institute for Social Work (ERIS) Journal* 22/1 (2022), S. 26–45.

12 Alfred Kuß/Martin Eisend, *Marktforschung: Grundlagen der Datenerhebung und Datenanalyse*, 2010, S. 181 ff.

13 Anselm Strauss/Juliet Corbin, *Basics of Qualitative Research: Grounded Theory Procedures and Techniques*, 1990.

- e) Fortbildung, Supervision sowie Stress und Selbstfürsorge
- f) Datenschutz

Der Fragebogen wurde in deutscher und ungarischer Sprache erstellt und zunächst in einem Pretest auf seine Praktikabilität, Verständlichkeit und Qualität in beiden Ländern getestet. Basierend auf den Erkenntnissen aus den Pretests wurde der Fragebogen überarbeitet.<sup>14</sup>

Während des Erhebungszeitraums von 2021 bis 2022 wurden 447 Fragebögen gestartet, davon 187 in Deutschland und 260 in Ungarn. Die vollständig ausgefüllten gültigen Datensätze belaufen sich auf insgesamt 122 Fragebögen, davon 89 aus Deutschland und 33 aus Ungarn.

Auch wenn die Studie nicht repräsentativ sein kann oder will, ergibt sich aus den Ergebnissen eine Reihe von Erkenntnissen, die allein aufgrund ihrer Häufung Beachtung finden müssen. Nachfolgend werden einige wichtige Erkenntnisse beschrieben.

## 2. Ethikkodex und unethische Handlungen

Der Fragebogen orientierte sich am zuvor genannten internationalen berufsethischen Kodex der Sozialen Arbeit und den darin enthaltenen allgemeinen Richtlinien zum beruflichen Verhalten der IFSW und der IASSW.<sup>15</sup>

Eine besondere Herausforderung besteht in der Sozialen Arbeit, wenn es darum geht, im Spannungsfeld zwischen *Hilfe und Kontrolle*

zu agieren, da dies zwei Gegensätze sind, die in der sozialarbeiterischen Fallarbeit nie vollständig aufgelöst werden können. Soziale Arbeit muss darauf achten, dass die Autonomie der Adressat:innen nicht verloren geht oder (wieder) hergestellt wird. Was aber als hilfreich empfunden wird, ist subjektiv und wird von den Adressat:innen entschieden. Dieses Spannungsfeld zwischen *Hilfe und Kontrolle* prägt die Soziale Arbeit.<sup>16</sup>

Zudem sind Machtverhältnisse auch in der Sozialen Arbeit stark ausgeprägt. Einerseits arbeiten Sozialarbeiter:innen zu einem großen Teil in Organisationen und Institutionen, in denen strukturelle Macht von vornherein gegeben ist. Auf der anderen Seite haben Sozialarbeiter:innen in vielen Bereichen die Definitions- und Entscheidungsmacht gegenüber ihren Adressat:innen. Sozialarbeit ist daher immer mit Fragen der Autorität, der Bestrafung, der übergeordneten Macht, der Machtverteilung und der Machtkontrolle konfrontiert.

Die Fragebogenteilnehmer:innen wurden gefragt, ob sie in ihrem direkten Tätigkeitsbereich bereits selbst unethische Handlungen erlebt haben. In Ungarn antworteten 33 % mit ja (67 % mit nein) und in Deutschland 53 % der Teilnehmer:innen mit ja (47 % mit nein). Die an der Umfrage beteiligten Personen wurden auch gebeten, in einer offenen Frage ein oder zwei Beispiele zu nennen, wenn sie mit *Ja* geantwortet hatten. In beiden Ländern wurden am häufigsten körperliche, psychische und sexualisierte Gewalt thematisiert. In diesem Artikel können nur einige exemplarische Beispiele für die offenen Antworten aufgeführt werden:

- Täglich werden wir mit Aussagen des Allgemeinen Sozialen Dienstes (ASD) konfrontiert, die sich teilweise schon weigern, Notfalleinsätze bei Minder-

14 Elisabeth Raab-Steiner/Michael Benesch, Der Fragebogen. Von der Forschungsidee zur SPSS-Auswertung, 2008, S. 59.

15 International Federation of Social Work (IFSW)/ International Association of Schools of Social Work (IASSW), Ethics in Social Work, Statement of Principles, 2004, abrufbar unter: [https://www.ethikdiskurs.de/fileadmin/user\\_upload/ethikdiskurs/Themen/Berufsethik/Soziale\\_Arbeit/IASW\\_Kodex\\_Englisch\\_Deutsch2004.pdf](https://www.ethikdiskurs.de/fileadmin/user_upload/ethikdiskurs/Themen/Berufsethik/Soziale_Arbeit/IASW_Kodex_Englisch_Deutsch2004.pdf) (zuletzt besucht am 20. Mai 2023).

16 Björn Kraus, Macht - Hilfe - Kontrolle, Grundlagen und Erweiterungen eines systemisch-konstruktivistischen Machtmodells, in: Björn Kraus/Wolfgang Krieger (Hrsg.), Macht in der sozialen Arbeit. Interaktionsverhältnisse zwischen Kontrolle, Partizipation und Freisetzung, 4. Aufl., 2016, S. 101-130.

jährigen durchzuführen oder ihnen eine Betreuung oder gar Unterkunft anzubieten.

- Ausnutzung einer autoritären Machtposition, Anwendung von *Zwang* oder *Drohungen* (Familiengericht).
- Diskriminierung von Klient:innen (aus dem arabischen Sprachraum/*Rroma*-Familien) und unseren Fachkräften aufgrund ihres Migrationshintergrundes oder ihrer religiösen Überzeugung durch pädagogisches Personal an Schulen und Sozialarbeiter:innen in Jugendämtern.
- Abfällige Bemerkungen, unangemessene Bestrafungen.
- Isolation von Jugendlichen.
- Aufessen müssen.
- Betreten von Räumen ohne Erlaubnis.
- Mit dem Gesicht zur Wand.
- Die *Fixierung* von Klient:innen bei Wutausbrüchen, bei Selbst- oder Fremdgefährdung.
- Sexuelle Übergriffe auf ein Kind durch einen Mitarbeiter.
- Ich möchte einen der vielen Fälle erwähnen, die mir plötzlich in den Sinn kommen und von denen ich mich seitdem nicht mehr erholte habe: Die Fallmanagerin, vom Kinderschutzzentrum, besuchte eine Familie, setzte sich auf einen Stuhl, legte die Füße auf den Tisch und winkte den Eltern, den Kühlschrank zu öffnen, um zu prüfen, ob es zu Hause etwas zu essen gibt.<sup>17</sup>

### 3. *Gewalt*

Gewalt hat viele Facetten, die hier nicht im Detail aufgezählt werden können. In Anlehnung an die Weltgesundheitsorganisation<sup>18</sup> wird in dieser Untersuchung nach den folgenden Formen möglicher Gewalt im Kinderschutzsystem differenziert:

- körperliche Gewalt (z. B. grobe Berührungen, Schläge oder Tritte)
- psychische Gewalt (z. B. Drohungen, Beleidigungen, Ignorieren, Anschreien, Beschimpfungen)
- sexuelle Gewalt/sexueller Missbrauch (z. B. sexuelle Handlungen mit Minderjährigen oder besonders schutzbedürftigen Erwachsenen)
- finanzielle Ausbeutung (z. B. Diebstahl, Veruntreuung von Eigentum)
- Vernachlässigung (z. B. unzureichende Versorgung mit Nahrungsmitteln und Getränken; unterlassener Wechsel der Bettwäsche bei Inkontinenz; unterlassene angemessene Versorgung von Verletzungen)
- Einschränkung des freien Willens (z. B. unnötige freiheitsentziehende Maßnahmen).

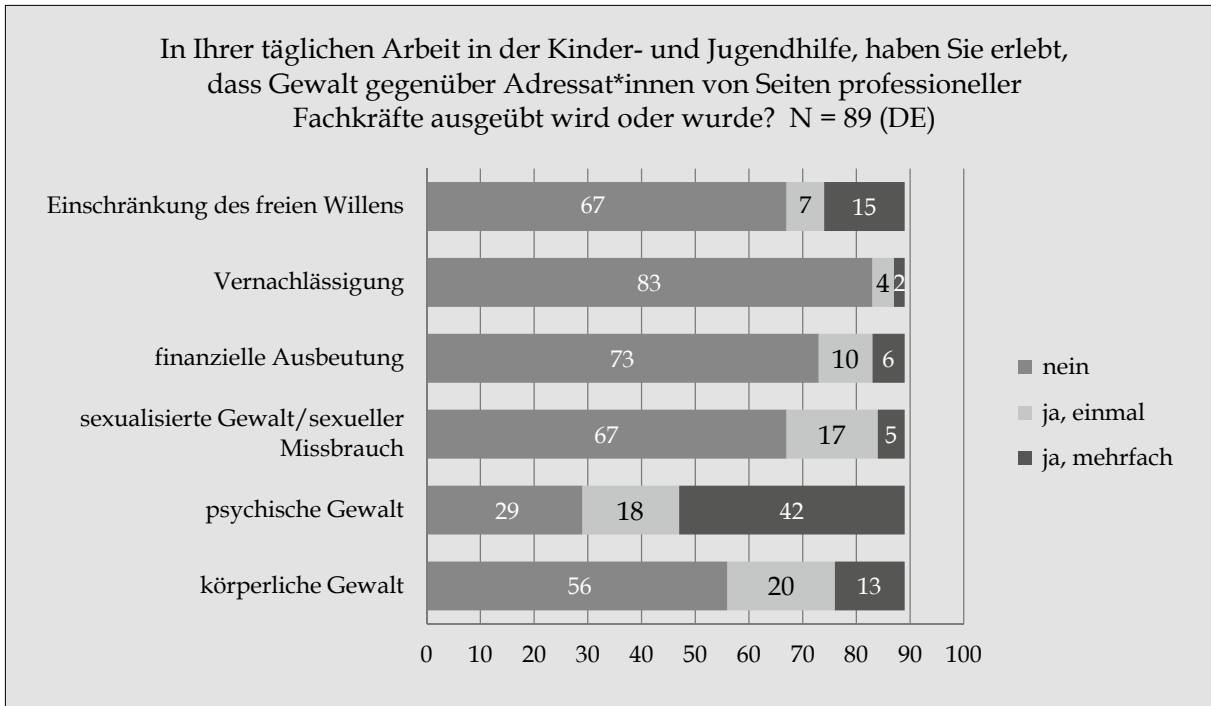
Die Forschungsteilnehmer:innen wurden gefragt, ob sie die Erfahrung gemacht haben, dass in ihrer täglichen Arbeit in der Kinder- und Jugendhilfe Gewalt von Fachkräften gegen Adressat:innen ausgeübt wird/wurde, und zwar nach den oben genannten Kategorien. Die Ergebnisse nach Ländern sind in den folgenden Grafiken dargestellt.

Einrichtungen, die mit Kindern und Jugendlichen arbeiten, stehen vor der Herausforderung, diesen jungen Menschen geschützte Räume zu bieten. Schulen, Kindertagesstätten, stationäre Einrichtungen der Jugendhilfe und andere Institutionen sollten Bedin-

<sup>17</sup> Geisler/Wille/Bagdi (Fn. 11), S. 34.

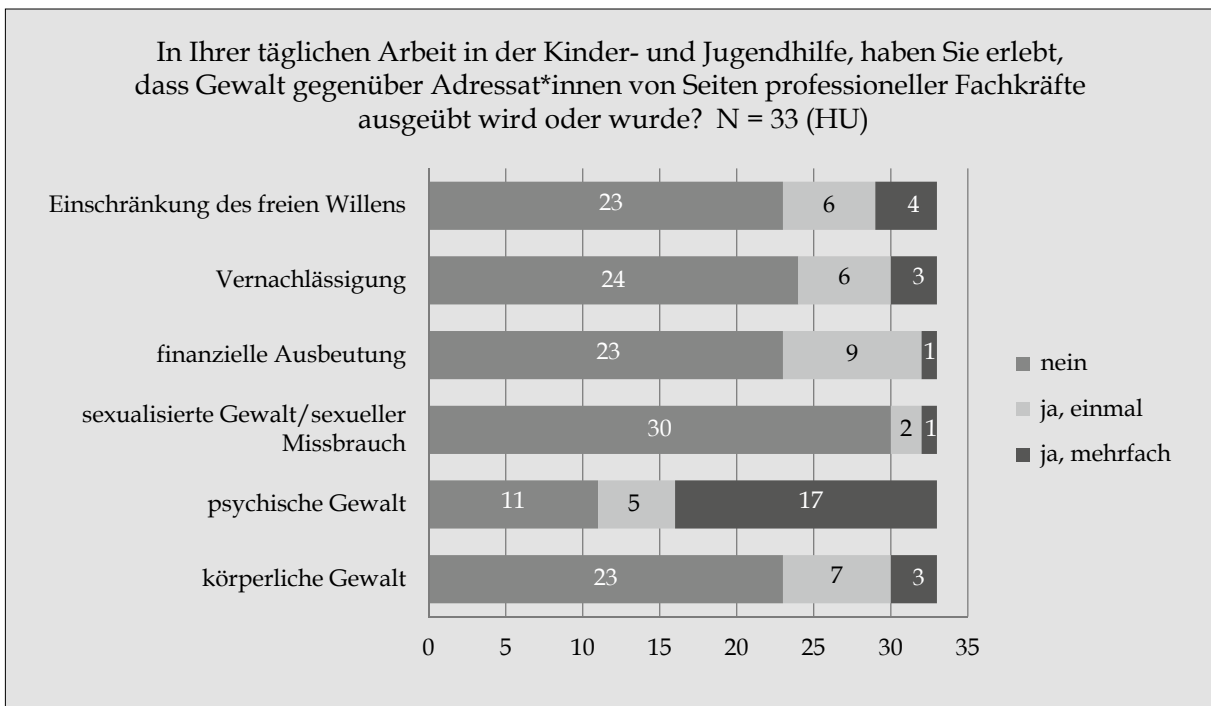
<sup>18</sup> Weltgesundheitsorganisation (WHO), Weltbericht Gewalt und Gesundheit, 2002.

Grafik 1: Erlebte Gewalt durch Fachkräfte gegen Adressat:innen in Deutschland



Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Geisler/Wille/Bagdi (Geisler/Wille/Bagdi, S. 35)

Grafik 2: Erlebte Gewalt durch Fachkräfte gegen Adressat:innen in Ungarn



Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Geisler/Wille/Bagdi (Geisler/Wille/Bagdi, S. 36)

gungen schaffen, die das Risiko verringern, zum Schauplatz von Gewalt zu werden. Darüber hinaus sollten junge Menschen bei kompetenten Ansprechpartner:innen in der Einrichtung Hilfe finden, wenn sie dort oder anderswo – zum Beispiel im familiären Umfeld – Gewalt erfahren.

Missbrauch ist kein Zufall, und insbesondere sexualisierte Gewalt setzt oftmals sogar geplante Handlungen voraus. Damit es nicht dem Zufall überlassen bleibt, ob junge Menschen geschützt werden, braucht auch die Prävention in Einrichtungen und Institutionen einen Plan: ein Schutzkonzept. Institutionen und Einrichtungen aus dem Bildungs-, Gesundheits- und Sozialbereich, die mit Kindern und Jugendlichen arbeiten, stehen vor der Herausforderung, ein sicherer Ort zu werden.

Die Teilnehmer:innen wurden gefragt, ob es in ihrer Einrichtung ein Schutzkonzept zur Prävention von sexualisierter Gewalt gibt. 36 % der Befragten aus Ungarn antworteten mit *Ja* (49 % antworteten mit *nein* und 15 % wussten es nicht) und 64 % in Deutschland (18 % antworteten mit *nein* und 18 % wussten es nicht).<sup>19</sup>

Schutzkonzepte für Prävention und Intervention sind ein Zusammenspiel aus Analyse, strukturellen Veränderungen, Vereinbarungen und Absprachen sowie der Einstellung und Kultur einer Organisation. Grundlage eines Schutzkonzeptes ist die so genannte Potential- und Risikoanalyse, die aufzeigt, wo die „verwundbaren“ Punkte einer Einrichtung liegen – sei es im Umgang mit Nähe und Distanz, im strukturellen Bereich oder im Einstellungsprozess.

#### 4. Verhalten gegenüber Adressat:innen

In Bezug auf die Grundsatzerklärung des Berufskodex, dass den Adressat:innen der Sozialen Arbeit mit Mitgefühl, Empathie und Achtsamkeit begegnet werden soll,<sup>20</sup> wurden die Teilnehmer:innen gefragt, ob

sie in ihrem Arbeitsbereich bereits Verstöße gegen diese Richtlinie beobachtet haben. In Ungarn antworteten 39 % mit *Ja* (61 % mit *Nein*) und in Deutschland 56 % der Teilnehmer:innen mit *Ja* (44 % mit *Nein*).<sup>21</sup> Die an der Umfrage beteiligten Personen wurden auch gebeten, in einer offenen Frage ein oder zwei Beispiele zu nennen, wenn sie mit *Ja* geantwortet haben. Hier können nur einige Beispiele genannt werden, die exemplarisch für alle offenen Antworten stehen:

- Herabwürdigende Haltung gegenüber Klient:innen durch einzelne Mitarbeiter:innen.
- Jugendliche müssen im Hilfeplangespräch draußen warten, während die Erwachsenen diskutieren. Lösungen werden in Fachgesprächen ohne Beteiligung der Eltern oder Kinder/Jugendlichen erarbeitet.
- Stigmatisierung, Vorurteile und latenter Rassismus.
- Ein professioneller Betreuer, der eine intime Beziehung zu einem jugendlichen Klienten unterhält.
- Fachkräfte nehmen das Verhalten von Klient:innen persönlich./Fachkräfte verlieren die Beherrschung/Fachkräfte werten Klient:innen ab/Sie überprüfen ihre (negativen, abwertenden) Hypothesen nicht, sondern sind voreingenommen./Sie haben Vorurteile und reflektieren diese nicht.
- Machtausübung, Androhung der Inobhutnahme des Jugendlichen.
- In den Teamsitzungen wird abwertend über die Klient:innen gesprochen.
- Die Fallmanager:innen in unserem Dienst besuchen ihre Familien nicht, die Klient:innen werden verhöhnt oder verspottet. Einige der Klient:innen wissen nicht einmal, dass ihr Kind in Ob-

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> IFSW/IASSW (Fn. 15), S. 5.

<sup>21</sup> Geisler/Wille/Bagdi (Fn. 11), S. 40.

hut genommen wurde, weil sie nicht informiert werden.<sup>22</sup>

Die Umsetzung des Berufskodex spiegelt sich zum einen in der Haltung der Sozialarbeiter:innen wider, die von Wertschätzung, Respekt, Achtung der Selbstbestimmung des Gegenübers, Interesse und Aufmerksamkeit geprägt ist, und zum anderen in der konkreten Gesprächsführung und im professionellen, zuverlässigen, authentischen und freundlichen Verhalten. Darüber hinaus sind geeignete Rahmenbedingungen und ausreichende Zeitressourcen unerlässlich. 39 Prozent der ungarischen Befragten (n = 33) und 56 Prozent der deutschen Befragten (n = 89) gaben an, im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit bereits beobachtet zu haben, dass Adressat:innen nicht entsprechend dem professionellen Berufskodex behandelt wurden.<sup>23</sup> Die oben beschriebenen exemplarischen Zitate aus den Fragebögen geben einen anschaulichen Einblick in bestimmte Realitäten der Praxis.

### III. Dialogische Annäherungen zum Kinderschutzsystem in Ungarn<sup>24</sup>

*Alexandra Geisler:* In Ungarn hat jedes gefährdete Kind formal Anspruch auf vorübergehenden Schutz und die Zuweisung eines Vormunds durch das staatliche Amt für Kinderschutz und Vormundschaftsangelegenheiten auf lokaler Ebene (Gemeinde oder Bezirk).

Auf der Grundlage der Regelung im ungarischen Kinderschutzgesetz<sup>25</sup> kann ein junger Mensch gemäß nationalem Recht im Rah-

men des Kinderschutzes von der Regierung in Obhut genommen werden.<sup>26</sup>

Daten des Ungarischen Zentralen Statistikamtes (KSH) aus dem Jahr 2021 zeigen, dass in dem betreffenden Jahr 21 041 Kinder im Kinderschutzsystem aufwuchsen, 14 866 davon bei Pflegeeltern. 2 286 junge Menschen erhielten Nachsorgebetreuung. In den Vorjahren schwankte die Zahl der in Pflege lebenden Kinder im Alter von 0–12 Monaten zwischen 700 und 800, im Jahr 2021 waren 923 Kleinkinder in Kinderheimen oder Pflegefamilien untergebracht. Die *Hintalovon Child Rights Foundation* hat bereits in früheren Berichten darauf hingewiesen, dass ab dem 31. Dezember 2016 alle Kinder unter 12 Jahren, die in Kinderschutzzeinrichtungen leben, bei Pflegeeltern untergebracht werden müssen. Bis Ende 2021 hatte Ungarn dies noch nicht erreicht, denn von den 2 420 Kindern unter 3 Jahren, die im Kinderschutzsystem aufwuchsen, waren 306 noch in Kinderheimen untergebracht.<sup>27</sup>

Nach Angaben des KSH befanden sich im Jahr 2020 22 934 Kinder und Jugendliche in Unterbringung im Kinderschutz, davon 16 753 in Pflegefamilien, und jedes vierte Kind lebte in einem Heim. Ende 2020 hatte Ungarn es noch nicht geschafft, alle fremdunterbrachten Kinder unter 12 Jahren in Pflegefamilien unterzubringen: Von den 2 590 Kindern im Alter von 0–2 Jahren lebten 316 in Kinderheimen.<sup>28</sup>

Die *Hintalovon Child Rights Foundation* schreibt in ihrem *Child Rights Report 2020* jedoch auch eindringlich, dass es im Zentrum politischer und ideologischer Kämpfe

22 Ibid., S. 40f.

23 Ibid., S. 41.

24 Im Gespräch mit Dr. Júlia Mink, Assistant Professor an der Wesley János University for Applied Sciences in Budapest und ehemalige externe Beraterin für FRANET und das ungarische Helsinki Komitee.

25 Ungarisches Gesetz Nr. XXXI 1997, Törvény a gyermekek védelméről és a gyámügyi igazgatásról (GYVT), on the Protection of Children and Guardianship Administration.

26 Ibid.

27 *Hintalovon Gyermekjogi Alapítvány/Hintalovon Child Rights Foundation, Child Rights Report 2021*, abrufbar unter: [https://hintalovon.hu/wp-content/uploads/2022/09/Hintalovon\\_jelentes\\_2021\\_eng\\_final.pdf](https://hintalovon.hu/wp-content/uploads/2022/09/Hintalovon_jelentes_2021_eng_final.pdf) (zuletzt besucht am 25. Mai 2023), S. 26ff.

28 *Hintalovon Gyermekjogi Alapítvány/Hintalovon Child Rights Foundation, Child Rights Report 2020*, abrufbar unter: [https://hintalovon.hu/wp-content/uploads/2021/12/hintalovon\\_child-rights-report\\_2020\\_EN.pdf](https://hintalovon.hu/wp-content/uploads/2021/12/hintalovon_child-rights-report_2020_EN.pdf) (zuletzt besucht am 25. Mai 2023), S. 30f.

Tabelle 1: Fremdunterbringung in der Kinder- und Jugendhilfe in Ungarn

	Gesamtzahl der Institutionen/Klein- gruppenheime	Anzahl der Kinder
Institutionelle Unterbringung (gesamt in 2019)	n/a	7 072
Institutionen für Kinder mit Beeinträchtigung	n/a	2 247
Institutionen für Kinder 0–6	75 (darunter 37 allgemeine Kinderheime, 16 spezielle Kinderheime und 22 Kleingrup- penheime für Kinder unter 6 Jahren)	304
Anzahl der Kinder in familien- orientierter Unterbringung/ bei Pflegefamilien	n/a	13 018 2 256 (Kinder 0–3)

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Eurochild (Eurochild, *Growing up in lockdown: Europe's children in the age of COVID-19*. 2020 Eurochild Report, abrufbar unter: <https://eurochild.org/uploads/2020/12/2020-Eurochild-Semester-Report.pdf>, zuletzt besucht am 25. Mai 2023, S. 87.)

immer schwieriger wird, überhaupt verlässliches professionelles Material und wissenschaftliche Daten zu erhalten: "It seems as if we are viewing children's rights through an ever narrowing peephole."<sup>29</sup>

Welche besonderen Herausforderungen bestehen deiner Meinung nach im Hinblick auf die Kinderrechte in Einrichtungen der stationären Kinder- und Jugendhilfe und des Kinderschutzes in Ungarn?

*Julia Mink:* Die Hauptthemen bzw. grundlegenden Problematiken in Bezug auf Kinderheime und Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe sind beispielsweise der Personalmangel, der Mangel an adäquaten materiellen Bedingungen und während der Pandemie die digitale Bildung als besondere Herausforderung.

Im Zusammenhang mit der Überlastung der Beschäftigten in Einrichtungen des ungarischen Kinderschutzes ist ein Mangel an Fachkräften festzustellen. Die Daten des KSH für 2020 zeigen, dass mehr als 10 % (394) der 3 649 Stellen in Kinderheimen unbesetzt waren. Noch schlimmer sieht es in den Einrichtungen für Kinder mit Beein-

trächtigung aus, wo 164 der 644 Stellen unbesetzt waren, d. h. jede vierte Stelle. Zudem sind von den ungefähr 5 700 Pflegeeltern nur 14 dazu qualifiziert, Kinder mit Beeinträchtigungen zu betreuen.<sup>30</sup>

Die Stelle des *Commissioner for Fundamental Rights* könnte eine wichtige externe Kontrollinstanz sein, und über das Büro wurden aktuelle Fallberichte in Bezug auf Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe<sup>31</sup> veröffentlicht. Doch die Empfehlungen und Erklärungen sind rechtlich nicht bindend, und es obliegt den staatlichen Behörden, notwendige weitere Schritte zu unternehmen. Die unabhängige Kontrolle bzw. Überwachung ist unzureichend.

Eine weitere Problematik ist, dass Kinder und Jugendliche im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe sich sehr oft ihrer Rechte nicht bewusst sind. Gesetz Nr. XXXI sieht die Ernennung eines Vormunds (einer gesetzlichen Vertretung) vor. Die gesetzlichen Vertretungen sind beim *Department of Child Protection Services* (TEGYESZ) angesiedelt. Sie sind einer extremen Arbeitsbelastung

<sup>29</sup> Hintalovon *Gyermekjogi Alapítvány/Hintalovon Child Rights Foundation* (Fn. 27), S. 4.

<sup>30</sup> Ibid., S. 26.

<sup>31</sup> Z. B. Case Reports of the Commissioner for Fundamental Rights (sz. ügyekben készült jelentések) AJB-125/2021, AJB-416/2021, AJB-643/2021, AJB-1327/2021, AJB-3105/2021.

ausgesetzt. Im Durchschnitt vertreten sie 31 Kinder und Jugendliche (die gesetzliche Vorgabe liegt bei max. 30). Die höchste Fallzahl lag bei 53, aber jede zehnte gesetzliche Vertretung hat über 40 Kinder und Jugendliche in ihrer Zuständigkeit.<sup>32</sup>

Ein letzter Aspekt, den ich noch erwähnen möchte, ist die zunehmende Übernahme vieler Aufgaben des Staates im Bereich des Kinderschutzes durch die Kirchen, insbesondere der katholischen Kirche Ungarns. Beispielsweise wurden im Mai 2021 die Pflegeeltern des TEGYESZ in Budapest darüber informiert, dass ab Juli die Trägerschaft des Pflegefamilienetzes wechselt. Ihre neue arbeitgebende Instanz wurde der *Szent Ágota Gyermekvédelmi Szolgálat*<sup>33</sup> (St. Agatha-Kinderschutzdienst), welcher zur *Szeged-Csanádi Diözese* gehört. Während im Jahr 2016 weniger als 1 % der Kinderschutzeinrichtungen von religiösen Organisationen geleitet wurden, stieg dieser Anteil bis 2021 bereits auf 60 %. Der *Szent Ágota Gyermekvédelmi Szolgálat* ist hier hervorzuheben. Bis Juli 2020 war er in drei Landkreisen vertreten, bis 2021 ist der Kinderschutzdienst auf 13 Landkreise angewachsen und bietet Dienstleistungen für 7000 fremduntergebrachte Kinder und Jugendliche an.<sup>34</sup>

Diese Rasanz und die Zentralisierung im Allgemeinen stellen Herausforderungen für die Qualität des Kinderschutzsystems dar. Zudem hatten die Kirchen kaum ausreichend Zeit, sich für eine Reihe von Bereichen des Kinderschutzes (z.B. Abhängigkeitserkrankungen) zu qualifizieren oder Vorbereitungen zur Trennung religiöser und beruflicher Aktivitäten zu treffen. Letztendlich kann festgehalten werden, dass eine Vielfalt von Dienstleistungen die Qualität fördern würde.

*Alexandra Geisler*: Aufgrund mangelnder statistischer Daten, die einen Rückschluss auf eine ethnische Zugehörigkeit der Kinder und Jugendlichen bzw. ihrer Herkunftsfamilien in der Fremdunterbringung zulassen würden, können keine staatlichen Daten zur Repräsentation von Kindern und Jugendlichen der Ethnie *Rroma* herangezogen werden. Der Erhebung *Life Sentence* zufolge machen Kinder und Jugendliche der Ethnie *Rroma* unter den fremd untergebrachten Kindern in der Tschechischen Republik 40,6 % aus, im Vergleich zu einem offiziellen Bevölkerungsanteil von 3 %, in der Slowakei 82,5 % im Vergleich zu 9 %, in Ungarn 65,9 % im Verhältnis zu 7 % und in Rumänien 28,8 % verglichen mit 9 %.<sup>35</sup>

Die Ergebnisse der Studie *Dis-Interest of the Child – Romani Children in the Hungarian Child Protection System* zeigen, dass eine Überrepräsentativität von Kindern und jungen Menschen der Ethnie *Rroma* in staatlichen Institutionen des Kinderschutzes in Ungarn vorherrscht. Von den im Rahmen der Studie befragten Kindern in professionellen Betreuungseinrichtungen gehörten 40 % der jungen Menschen der Ethnie *Rroma* an, und 18 % der Kinder gab an, dass ein Elternteil der Ethnie *Rroma* zugehörig ist, insgesamt also 58 %. Nach Schätzungen machen Kinder der Ethnie *Rroma* nur 13 % dieser Altersgruppe in Ungarn aus.<sup>36</sup> Auch der Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte des Kindes, der die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen überwacht, hat in seinen abschließenden Bemerkungen zu Ungarn erklärt, dass der Ausschuss "particularly worried about the considerable over-representation of Roma children among children in institutions"<sup>37</sup> ist.

32 *Hintalovon Gyermekjogi Alapítvány/Hintalovon Child Rights Foundation* (Fn. 27), S. 26.

33 Nähere Informationen unter: <https://szentagota.hu/?lang=en> (zuletzt besucht am 25. Mai 2023).

34 *Hintalovon Gyermekjogi Alapítvány/Hintalovon Child Rights Foundation* (Fn. 27), S. 26f.

35 European Roma Rights Center/Bulgarian Helsinki Committee/Milan Šimečka Foundation/Osservazione, *Life Sentence – Romani Children in Institution Care*, 2011, S. 7.

36 European Roma Rights Centre (ERRC), *Dis-Interest of the Child, Romani Children in the Hungarian Child Protection System*, 2007, S. 17.

37 Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on Hungary from the 17th of March 2006*, UN-Dok. CRC/C/HUN/CO/2.



Aufgrund sozialstruktureller Bedingungen wie Armut, Arbeitslosigkeit der Eltern, gesellschaftliche Ausgrenzung, Diskriminierung und Ghettoisierung als auch geringerer Ressourcenausstattung innerhalb der Familie sind Kinder und Jugendliche, die der Ethnie *Rroma* zugeordnet werden, vielfach ungünstigeren Entwicklungsmöglichkeiten ausgesetzt. Heimunterbringung stellt eine der letzten Interventionsmöglichkeiten des Kinderschutzes dar, während ambulante Hilfen oder teilstationäre Hilfen präferiert werden sollten. Doch indirekte Diskriminierung der Ethnie *Rroma* durch die Anwendung der Bestimmungen des Kinderschutzgesetzes und die Funktionsweise des Systems selbst wirken sich unverhältnismäßig negativ auf die Ethnie *Rroma* aus.

Ferner werden Kinder der Ethnie *Rroma* überproportional häufig im institutionellen System der Kinder- und Jugendhilfe als verhaltensauffällig, sprachlich, geistig und/oder seelisch beeinträchtigt, verwahrlost, schwer erziehbar sowie entwicklungsverzögert klassifiziert. "Romani children are also disproportionately categorised as mentally disabled, which impacts their position in the child protection system and with regard to educational and later-life opportunities."<sup>38</sup> Ohne adäquate Überwachung des Diagnoseverfahrens führt die Kategorisierung oftmals zu einer Pathologisierung.

In einem wegweisenden Urteil entschied am 4. Oktober 2021 das Hauptstädtische Gericht in Budapest zugunsten des *Europäischen Zentrums für die Rechte der Roma* (ERRC) im Rahmen einer Sammelklage aller Kinder der Ethnie *Rroma*, die von einer Inobhutnahme betroffen waren. In der Klage ging es um die Überrepräsentation und Diskriminierung von in staatliche Obhut genommenen Kindern und Jugendlichen im Landkreis Nógrád in Ungarn. In dem Urteil heißt es, dass die Familien aufgrund ihres sozioökonomischen Status und ihrer Armut sowie aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Ethnie *Rroma* diskriminiert wurden und

das Recht der Kinder auf Gleichbehandlung verletzt wurde.<sup>39</sup>

Ethnizität ist nicht zu trennen von Macht-, Herrschafts- und Klassenverhältnissen, sondern eng damit verbunden. Die Überrepräsentativität von fremduntergebrachten Kindern und Jugendlichen der Ethnie *Rroma* steht in engem Zusammenhang mit einem geschichtlich gewachsenen Rassismus und der weiterhin stattfindenden Diskriminierung von *Rroma*.

Was würdest du sagen, wie sieht es mit dem Recht auf Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung aus, insbesondere in Bezug auf die Ethnie *Rroma*?

*Julia Mink*: Ich würde auch sagen, dass Kinder der Ethnie *Rroma* im Kinderschutzsystem deutlich überrepräsentiert sind. Die Trennung der Kinder von ihrer Familie und ihre Unterbringung in Kinderheimen darf – nach den einschlägigen Rechtsnormen – nicht aufgrund der benachteiligten sozialen Stellung der Familie erfolgen, sondern nur in Fällen von schwerem Missbrauch. In der Praxis ist jedoch genau dies sehr häufig der Fall, und die Kinder werden im Kinderschutzsystem untergebracht, weil diese Familien oftmals in großer Armut leben und das soziale Unterstützungssystem nicht ausreicht bzw. nicht bereit ist, angemessene Unterstützung der Lebensbedingungen in Bezug auf Unterkunft, Ernährung usw. zu gewährleisten. Es wurde von zahlreichen Fällen berichtet, in denen Kinder der Ethnie *Rroma* unrechtmäßig aus Familien entfernt wurden. Diese Kinder werden im Kinderschutzsystem, in Kinderbetreuungseinrichtungen und im öffentlichen Bildungswesen (als *Rroma* und als Kinder, die in Kinderheimen leben) in vielerlei Hinsicht diskriminiert. Seit 2011 fehlt eine spezielle Ombudsperson für nationale und ethnische Minderheiten.

38 ERRC (Fn. 36), S. 18.

39 ERRC, Budapest court rules state removal of Romani children from families is discrimination, abrufbar unter: <http://www.errc.org/press-releases/budapest-court-rules-state-removal-of-romani-children-from-families-is-discrimination> (zuletzt besucht am 27. Mai 2023).

*Alexandra Geisler:* Wie bereits zuvor in diesem Artikel ausgeführt, besteht bei Kindern und Jugendlichen, die in der Kinder- und Jugendhilfe untergebracht sind, eine erhöhte Vulnerabilität Betroffene körperlicher, sexualisierter oder psychischer Gewalt in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe zu werden.

Wie wird deiner Meinung nach das Recht auf Schutz vor jeglicher Form von körperlicher oder psychischer Gewalt, Missbrauch oder Vernachlässigung – einschließlich sexualisierter Gewalt – sowie die Möglichkeit der Beschwerde in Kinderschutzeinrichtungen gewährleistet?

*Julia Mink:* Es gibt einen Mangel an angemessenen internen Kontrollmechanismen bspw. in Form eines institutionellen Schutzkonzepts, selbst in Fällen von schwerem Kindesmissbrauch. Seit dem Jahr 2018 gibt es ein Protokoll zur Untersuchung und zum Umgang mit Fällen des Kindesmissbrauchs in Kinderschutzeinrichtungen, Pflegefamilien und Justizvollzugsanstalten durch das *Ministry for Human Resources*.<sup>40</sup> Die Einrichtungsleitungen im Kinderschutz reagieren jedoch oft nicht angemessen, und es gibt keine Untersuchungen zur Wirksamkeit des Protokolls.

Die Behörden (Ministerien) behaupten immer wieder, sie wüssten nichts von Fällen des Kindesmissbrauchs in ihren Einrichtungen, aber einige Fälle gelangten in der Vergangenheit an die Öffentlichkeit und erschienen in der Presse. Viele der Fachkräfte aus dem Bereich des Kinderschutzes, die ich unterrichtete, haben noch nichts von dem Protokoll gehört und sind sich keiner Überführung der Inhalte in die internen Regelungen in ihren Einrichtungen bewusst.

40 Emberi Erőforrások Minisztériuma, Módszertan a gyermekvédelmi szakellátást nyújtó intézményekben, nevelőszülői hálózatokban és a javítóintézetekben felmerült gyermekbántalmazási esetek kivizsgálása és kezelése kapcsán, abrufbar unter: <https://szocialisportal.hu/wp-content/uploads/2021/08/Gyermekbántalmazas-elleni-modszertan-also-modositott-valtozat.pdf> (zuletzt besucht am 25. Mai 2023).

Generell würde ich die Vulnerabilität in Kinderheimen, in denen eine große Anzahl von Kindern untergebracht ist, besonders hervorheben wollen. Die Isolation der Kinder und Jugendlichen in institutioneller Unterbringung von ihren Sorgeberechtigten, weiteren Verwandten und oftmals der Gesellschaft als Ganzes und die fehlende Beteiligung von Nichtregierungsorganisationen in Bezug auf Schulung, Sensibilisierung, Rechtsberatung etc. stellen besondere Problematiken dar.

#### IV. Abschließende Gedanken

Die exemplarischen Ergebnisse der Studie haben gezeigt, dass in der täglichen Praxis der Sozialen Arbeit im Bereich der stationären Kinder- und Jugendhilfe von Seiten der pädagogischen Fachkräfte Verstöße gegen die Berufsethik vorkommen. Besonders besorgniserregend sind die Ergebnisse bezüglich Gewalt und Missbrauch gegenüber minderjährigen Adressat:innen, inklusive sexualisierter Gewalt.

Einige kinderrechtliche Herausforderungen in Bezug auf Institutionen der stationären Kinder- und Jugendhilfe und des Kinderschutzes in Ungarn wurden darüber hinaus in einem Dialog vertiefend erörtert. Implikationen für die Praxis zeigen sich auf struktureller, organisatorischer und finanzieller Ebene (u.a. Zeitmangel, Arbeitsbelastung, Personalmangel, fehlende Qualifikation, fehlende Unterstützung und Ressourcen am Arbeitsplatz, mangelnde Aufsicht, nicht vorhandene Partizipationsmöglichkeiten/Beschwerdesysteme, Zentralisierung, ausgebliebene Deinstitutionalisierung, mangelnde kulturelle Sensibilität bzw. Diskriminierung). Ohne eine nachhaltige Adressierung der Thematiken, tritt die Professionalität in den Hintergrund und die Unkenntnis der (Kinder-)Rechte hat zudem schwerwiegende Folgen.

Die Profession der Sozialen Arbeit als Menschenrechtsprofession ist unweigerlich in normative Fragen der gesellschaftlichen Macht- und Dominanzverhältnisse verstrickt. Für professionelles Handeln

bedarf es daher zum einen der Kenntnisse über Kinder- sowie Menschenrechte, das Bewusstsein für moralische Normen, Stan-

dards und Werte sowie zum anderen die Fähigkeit zur ethischen Urteilsbildung, Selbstreflexion und Intervention.

## Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK – Chancen und Potenziale eines allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbots

Stephan Gerbig\*

### Inhaltsübersicht

- I. Rechtsnatur eines allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbots
- II. Allgemeine und umfassende Diskriminierungsverbote im internationalen Menschenrechtsschutzsystem
- III. Bedeutung und Praxis des Art. 26 UN-Zivilpakt
- IV. Spezifische Potenziale des ZP 12 EMRK für ausgewählte Themenfelder
- V. Ausblick

In Art. 14 EMRK<sup>1</sup> ist normiert, dass die in der EMRK enthaltenen Rechte diskriminierungsfrei gewährleistet sein müssen. Diese Norm steht grundlegend – auch in Anknüpfung an Art. 1 AEMR<sup>2</sup> – für ein modernes Menschenrechtsverständnis. Hierbei handelt es sich indes um ein sog. akzessorisches Diskriminierungsverbot, welches seine Bedeutung ausschließlich in den Kontexten, die die Ungleichbehandlung bei der Inanspruchnahme eines der in der EMRK verbrieften Freiheitsrechte betreffen, entfalten kann. Diskriminierungsschutz beschränkt sich indes nicht allein auf eine diskriminierungsfreie Inanspruchnahme von spezifischen Freiheitsrechten, sondern muss in sämtlichen Rechtskontexten eine Schlüsselrolle spielen.

Entscheidend hierfür sind allgemeine und umfassende Diskriminierungsverbote, die Diskriminierungen in sämtlichen staatlichen Kontexten verbieten, und nicht bloß bei der Inanspruchnahme von spezifischen Freiheitsrechten. Derartige Diskriminierungsverbote sind in vielen Verfassungen – in Deutschland beispielsweise in Art. 3 GG – verbrieft, aber auch in einigen internationalen Menschenrechtsverträgen. Auf der Ebene des Europarates gibt es mit dem 12. Zusatzprotokoll zur EMRK<sup>3</sup> (im Folgenden: ZP 12 EMRK) hierfür ein eigenständiges (fakultatives) Instrument. Das Protokoll trat am 1. April 2005 in Kraft und wurde bisher von 20 Mitgliedstaaten des Europarates ratifiziert, weitere 18 Staaten haben es – so auch die Bundesrepublik – zwar unterzeichnet, nicht aber ratifiziert. Die restlichen neun Staaten des Europarates haben das Protokoll nicht einmal unterzeichnet.<sup>4</sup> Trotz der sehr grundlegenden Bedeutung genießt das ZP 12 EMRK insofern noch nicht die ihm gebührende Akzeptanz.

Die Bundesregierung erklärte die bisher unterbliebene Ratifizierung des ZP 12 EMRK in der Vergangenheit damit, dass man die weitere Entwicklung der Ratifizierung durch andere Staaten sowie insbesondere die Auslegung und Rechtsprechung des EGMR abwarten und beobachten wolle, um mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung besser

\* Der Verfasser dieses Beitrags ist Referent im Bayerischen Staatsministerium für Familie, Arbeit und Soziales. Der Beitrag gibt seine private Auffassung wieder.

1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 7. August 1952, BGBl. 1952 II, S. 686.

2 UN Dok. A/RES/217 A (III).

3 Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2000, SEV Nr. 177.

4 Hierzu zählen Bulgarien, Dänemark, Frankreich, Litauen, Monaco, Polen, Schweden, Schweiz und das Vereinigte Königreich, vgl. Webseite des Treaty Office des Europarates, abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures> (zuletzt besucht am 13. Juli 2023).

abwägen zu können.<sup>5</sup> Zugleich verwies die Bundesregierung in der Vergangenheit darauf, dass vom ZP 12 EMRK ohnehin keine unmittelbaren Rechtsfolgen für die deutsche Rechtsordnung ausgehen würden, weil Art. 3 GG den Regelungsinhalt des ZP 12 EMRK bereits abdecke.<sup>6</sup> Sachlich konkrete Bedenken der Bundesregierung gegenüber dem ZP 12 EMRK bezogen sich auf etwaige Konsequenzen für Ungleichbehandlungen wegen der Staatsangehörigkeit: Hier wurde in der Vergangenheit konkret die Sorge gesehen, dass „Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit, die in Deutschland verfassungskonform sowohl im Sozial- und Arbeitsgenehmigungsrecht als auch im Ausländer- und Asylrecht vorgenommen werden, nicht mehr zulässig wären“<sup>7</sup>. Zudem wurde befürchtet, dass das Verbot der Diskriminierung wegen „eines sonstigen Status“ so ausgelegt werden könnte, „dass etwa die statusrechtlichen Unterscheidungen im Recht des öffentlichen Dienstes in Frage gestellt würden“.<sup>8</sup> Dabei handelt es sich um sehr spezifische Bedenken, die man notfalls auch über entsprechende völkerrechtliche Vorbehalte adressieren könnte. Eine qualifizierte fachliche Diskussion zur möglichen deutschen Ratifizierung des ZP 12 EMRK hat es bisher noch nicht gegeben; der Aufsatz möchte im Weiteren hierzu einen Beitrag leisten.

## I. Rechtsnatur eines allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbots

Die Reichweite des allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbots i.S.d. Art 1 ZP 12 EMRK wurde im sog. *Explanatory Report* zum ZP 12 EMRK – eine begleitende Kommentierung, die das Minis-

terkomitee des Europarates verabschiedet hatte – in vier unterschiedlichen Fallgruppen von Diskriminierung (zwischen denen es auch fließende Übergänge geben kann<sup>9</sup>) dargestellt<sup>10</sup>:

- Diskriminierungen bei der Inanspruchnahme eines Rechts, das einem Individuum nach nationalem Recht eingeräumt wird;
- Diskriminierungen bei der Inanspruchnahme eines Rechts, das aus einer eindeutigen Verpflichtung einer Behörde nach nationalem Recht abgeleitet werden kann;
- Diskriminierungen bei der Ausübung behördlichen Ermessens;
- Diskriminierungen bei jedem anderen Tun oder Unterlassen einer Behörde.

Akzessorische Diskriminierungsverbote – wie etwa Art. 14 EMRK – und allgemeine und umfassende Diskriminierungsverbote – wie etwa Art. 1 ZP 12 EMRK – sind sich strukturell sehr ähnlich: Sie schützen vor Ungleichbehandlungen, die der Staat in Anknüpfung an bestimmte personenspezifische Merkmale<sup>11</sup> vornimmt. Das gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung lediglich mittelbar bzw. indirekt erfolgt<sup>12</sup>, oder unabhängig davon, ob der Staat mit seinem Handeln überhaupt eine spezifische Personengruppe adressieren wollte.<sup>13</sup> Insofern liegt Art. 14 EMRK und Art. 1 ZP 12

5 Vgl. BT-Drs. 16/2800, S. 12; BT-Drs. 16/6314, S. 9; BT-Drs. 16/12858, S. 8; BT-Drs. 17/1495, S. 7; BR-Drs. 405/09, S. 12; BR-Drs. 253/10, S. 13; BT-Drs. 20/427, S. 6.

6 Vgl. BT-Drs. 16/6314, S. 9; BT-Drs. 17/13660, S. 23.

7 BT-Drs. 16/6314, S. 9; vgl. ferner BT-Drs. 17/13660, S. 23.

8 BT-Drs. 16/6314, S. 9.

9 Ministerkomitee des Europarates, Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 2000, Nr. 23.

10 Ibid., Nr. 22.

11 Die Diskriminierungsmerkmale in Art. 1 ZP 12 EMRK entsprechen jenen in Art. 14 EMRK; hierbei handelte es sich um eine bewusste Entscheidung, weil man so auch ungewollte Interpretationen bzw. Rückschlüsse zur Anwendung des Art. 14 EMRK vermeiden wollte, siehe *ibid.*, Nr. 20.

12 EGMR, *D. H. u. a. ./ Tschechische Republik* (57325/00), Urteil vom 13. November 2007, Rn. 175.

13 EGMR, *Pinkas u. a. ./ Bosnien und Herzegowina* (8701/21), Urteil vom 4. Oktober 2022, Rn. 62.

EMRK ein gleiches Verständnis von Diskriminierung zugrunde – die Unterschiede der Normen beziehen sich ausschließlich auf die Reichweite ihrer Anwendbarkeit<sup>14</sup>:

Art. 14 EMRK zeichnet sich dadurch aus, dass er nur vor Diskriminierungen bei der Inanspruchnahme von spezifischen Freiheitsrechten aus der EMRK (wie beispielsweise der Meinungs- oder Versammlungsfreiheit) schützt. Art. 1 ZP 12 EMRK beschränkt seine Schutzwirkung demgegenüber nicht bloß auf derartige Kontexte, sondern gilt für jegliches staatliche Handeln – auch dann, wenn das konkrete staatliche Handeln kein spezifisches Freiheitsrecht der EMRK betrifft.

Diese Unterschiede lassen sich gut anhand der Entscheidungen des EGMR in der Sache *Sejdić und Finci gegen Bosnien und Herzegowina*<sup>15</sup> veranschaulichen: Um für das sog. „Haus der Völker“ – eine der beiden Kammern des Parlaments in Bosnien und Herzegowina – wählbar zu sein, ist es erforderlich, dass man die Zugehörigkeit zu den „konstituierenden Völkern“ i. S. d. der Präambel der Verfassung Bosniens-Herzegowinas erklärt; hierzu zählen das bosnische, das kroatische und das serbische Volk. Gleiche Voraussetzungen gelten für den Fall, dass man als Mitglied im Staatspräsidium – das kollektive Staatsoberhaupt von Bosnien und Herzegowina – kandidieren will. Zwei Personen (mit der Staatsangehörigkeit aus Bosnien und Herzegowina) wurde die Wählbarkeit für das „Haus der Völker“ bzw. für das Staatspräsidium versagt, weil sie aufgrund ihrer jüdischen Herkunft bzw. Herkunft als Roma nicht ihre Zugehörigkeit zu einem der „konstituierenden Völker“ erklärt haben; maßgebliche Bedingung für die Wählbarkeit war nicht die Staatsangehörigkeit, sondern die ethnische Zugehörigkeit.

Anhand dieser Kasuistik lassen sich die zentralen Unterschiede zwischen Art. 14 EMRK und Art. 1 ZP 12 EMRK verdeutlichen: Das Recht, in das Haus der Völker gewählt werden zu können, ist als Teil des passiven Wahlrechts über Art. 3 ZP 1 EMRK<sup>16</sup> geschützt<sup>17</sup>; vor dem Hintergrund, dass ein spezifisches Freiheitsrecht aus der EMRK einschlägig war<sup>18</sup>, kam auch Art. 14 EMRK zur Anwendung: Der EGMR ist zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Verstoß gegen Art. 3 ZP 1 EMRK i. V. m. Art. 14 EMRK vorliegt, weil es sich um eine rassistische Diskriminierung handelt.<sup>19</sup> Im Hinblick auf die mögliche Wählbarkeit für das Staatspräsidium stellte sich die Situation anders dar: In diesem Fall konnte Art. 14 EMRK keine Wirkung entfalten, weil kein spezifisches Freiheitsrecht aus der EMRK einschlägig war: Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle kennen das aktive und passive Wahlrecht für Parlamentswahlen, nicht aber ein Recht, in bestimmte Staatsämter gewählt werden zu können.<sup>20</sup> Hier kam in der Judikatur des EGMR erstmals Art. 1 ZP 12 EMRK zur Anwendung: Auch hier hat der EGMR im Er-

14 Harrendorf/König/Voigt, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2023, Art. 1 Protokoll Nr. 12, Rn. 5.

15 EGMR, *Sejdić u. Finci ./. Bosnien und Herzegowina* (27996/06 u. 34836/06), Urteil vom 22. Dezember 2009.

16 Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952, BGBl. 1956 II, S. 1880.

17 Siehe Fn. 15, Rn. 40f.

18 Für die Anwendung des Art. 14 EMRK genügt die Einschlägigkeit eines spezifischen Freiheitsrechts aus der EMRK, es ist nicht erforderlich, dass dieses Recht selbst auch verletzt sein muss, siehe Belgischer Sprachenfall (EGMR, 23. Juli 1968, Nr. 1474/62 u. a.)

19 Der EGMR hat im Rahmen der Entscheidung darauf hingewiesen, dass bei derartigen Unterscheidungen, die der Staat vornimmt, die strengsten Anforderungen an eine etwaige Rechtfertigung anzulegen sind, vgl. EGMR, *Sejdić u. Finci ./. Bosnien und Herzegowina* (27996/06 u. 34836/06), Urteil vom 22. Dezember 2009, Rn. 44.

20 Zwar hat der EGMR die Frage, ob die Wählbarkeit in das Staatspräsidium von Art. 3 ZP 1 EMRK geschützt ist oder nicht, offen gelassen (vgl. EGMR, *Sejdić u. Finci ./. Bosnien und Herzegowina* (27996/06 u. 34836/06), Urteil vom 22. Dezember 2009, Rn. 53), allerdings bezieht sich Art. 3 ZP 1 EMRK klar auf Wahlprozesse der Legislative und ist nicht allgemein auf den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern gerichtet wie bspw. Art. 25 lit. c) UN-Zivilpakt.

gebnis eine rassistische Diskriminierung angenommen.

Bis 2016 hatte der EGMR nur in zwei weiteren Fällen eine Verletzung des Art. 1 ZP 12 EMRK erkannt, die ebenfalls Bosnien und Herzegowina und Fragen der rassistischen Diskriminierung im Kontext des passiven Wahlrechts betrafen.<sup>21</sup> Diese Entscheidungen haben insofern lange Zeit die Rezeption des ZP 12 EMRK maßgeblich geprägt. Mittlerweile hat es weitere einschlägige Entscheidungen des EGMR gegeben, sie betrafen:

- Diskriminierungen im Kontext der Wählbarkeit bei Kommunalwahlen in Bosnien und Herzegowina<sup>22</sup> sowie die verwehrte Teilnahme an Kommunalwahlen für Binnenvertriebene (*Internally displaced people*) in der Ukraine<sup>23</sup>;
- Benachteiligungen von blinden Sportler:innen, die Medaillen bei internationalen Sportwettbewerben gewonnen haben, und – anders als andere erfolgreiche Sportler:innen in Serbien – keine finanzielle Zuwendungen unmittelbar durch den Staat erhalten haben<sup>24</sup>;
- „ethnische Segregation“ in der Grundschule von Kindern aus Roma-Familien sowie Kindern einer ägyptischen Minderheit in Albanien<sup>25</sup>;
- Benachteiligungen von weiblichen Bediensteten im Öffentlichen Dienst in Rumänien, die früher als Männer in den Ruhestand gehen mussten und keine

Gelegenheit hatten, solange wie Männer zu arbeiten<sup>26</sup>;

- uneinheitliche Maßstäbe bei der Zulassung der beiden Aussprachevarianten der serbischen Sprache im Strafverfahren<sup>27</sup>;
- uneinheitliche Maßstäbe zwischen Richter:innen und Justizangestellten bei der Anwendung der für beide Personengruppen identischen Vorschriften über die Verpflegungs-, Reise- und Trennungszulagen<sup>28</sup>.

Diese (auch thematisch) zunehmend wachsende Spruchpraxis lässt bereits die Potenziale zur Steigerung des Menschenrechtsschutzes durch Art. 1 ZP 12 EMRK erahnen. Durch einen Abgleich mit den Erfahrungen aus anderen menschenrechtlichen Schutzsystemen bzw. Kontexten lässt sich dies noch näher konturieren.

## II. Allgemeine und umfassende Diskriminierungsverbote im internationalen Menschenrechtssystem

### 1. Diskriminierungsverbote im Europäischen Kontext

Im Recht der Europäischen Union gibt es mit Art. 20 Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>29</sup> (GRCh) einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, der mit Art. 3 Abs. 1 GG vergleichbar ist. Ergänzend dazu werden in Art. 21 GRCh spezifische Diskriminierungsverbote statuiert – die Liste ist zwar nicht entwicklungsoffen, weil es keinen „sonstigen Status“ gibt, im Übrigen handelt es sich aber um umfassende Diskri-

21 Vgl. EGMR, *Zornic ./. Bosnien und Herzegowina* (3681/06), Urteil vom 15. Juli 2014; EGMR, *Pilav ./. Bosnien und Herzegowina* (41939/07), Urteil vom 9. Juni 2016.

22 EGMR, *Baralija ./. Bosnien und Herzegowina* (30100/18), Urteil vom 29. Oktober 2019.

23 EGMR, *Selygenenko u. a. ./. Ukraine* (24919/16 u. 28658/16), Urteil vom 21. Oktober 2021.

24 EGMR, *Negovanovic u. a. ./. Serbien* (29907/16), Urteil vom 25. Januar 2022.

25 EGMR, *X. u. a. ./. Albanien* (73548/17 u. 45521/19), Urteil vom 31. Mai 2022.

26 EGMR, *Moraru u. Marin ./. Rumänien* (53282/18 u. 31428/20), Urteil vom 20. Dezember 2022.

27 EGMR, *Paun Jovanovic ./. Serbien* (41394/15), Urteil vom 7. Februar 2023.

28 EGMR, *Pinkas u. a. ./. Bosnien und Herzegowina* (8701/21), Urteil vom 4. Oktober 2022.

29 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016/C 202/02, S. 389.

minierungsverbote ähnlich zu Art. 1 ZP 12 EMRK.

In der Revidierten Europäischen Sozialcharta<sup>30</sup> (RESC) findet sich ein akzessorisches Diskriminierungsverbot in Art. E RESC, in der ursprünglichen Europäischen Sozialcharta<sup>31</sup> war ein akzessorisches Diskriminierungsverbot in der Präambel enthalten.

## 2. Diskriminierungsverbote auf Ebene der Vereinten Nationen

In der AEMR – die als Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen keine unmittelbare völkerrechtliche Bindung hat – wurden unterschiedliche Diskriminierungsverbote statuiert: Art. 1 S. 1 AEMR sieht vor, dass alle Menschen frei und gleich an Würde und Rechten geboren sind; der gleichheitsrechtliche Ansatz hat hier eher programmatischen Charakter. Art. 2 AEMR statuiert ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, welches dem Art. 14 EMRK vergleichbar ist; die in Art. 1 S. 1 AEMR enthaltenen unzulässigen Diskriminierungsmerkmale sind auch in Art. 14 EMRK enthalten, Art. 14 EMRK enthält darüber hinaus aber auch explizit die „Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit“ als unzulässiges Diskriminierungsmerkmal. Dieser Unterschied hat letztlich aber nur klarstellende Bedeutung, weil beide Normen entwicklungs offen formuliert sind durch den „sonstigen Status“. Mit Art. 7 AEMR enthält die AEMR indes aber auch ein allgemeines und umfassendes Diskriminierungsverbot, welches Art. 1 ZP 12 EMRK vergleichbar ist. Art. 1 ZP 12 EMRK verwendet aber die Liste der unzulässigen Diskriminierungsmerkmale des Art. 14 EMRK und stellt insofern eine strukturelle Kongruenz zwischen diesen Normen her. Art. 7 AEMR hingegen nennt keine spezifischen unzulässigen Diskriminierungsmerkmale.

30 Revision der Europäischen Sozialcharta vom 3. Mai 1996, BGBl. 2020 II, S. 901.

31 Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961, BGBl. 1964 II, S. 1262.

Im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte<sup>32</sup> (UN-Zivilpakt) wurde ein umfassendes und allgemeines Diskriminierungsverbot in Art. 26 UN-Zivilpakt statuiert: Dieses beschränkt sich nicht nur auf Diskriminierungen im Kontext der im UN-Zivilpakt enthaltenen Rechte und versteht sich zudem selbst als autonomes Recht.<sup>33</sup>

In den anderen Menschenrechtsverträgen auf UN-Ebene zeichnet sich ein unterschiedliches Bild: Lediglich akzessorische Diskriminierungsverbote finden sich in Art. 2 Abs. 2 UN-Sozialpakt<sup>34</sup>, Art. 2 UN-Kinderrechtskonvention<sup>35</sup> und Art. 7 UN-Wanderarbeiterkonvention<sup>36</sup>. Demgegenüber statuieren die UN-Frauenrechtskonvention<sup>37</sup> (CEDAW) und die UN-Antirassismuskonvention<sup>38</sup> (CERD) merkmalspezifische umfassende Diskriminierungsverbote: Art. 15 Abs. 1 CEDAW normiert die Gleichheit von Frauen und Männern vor dem Gesetz und ist insofern ein umfassendes und geschlechtsspezifisches Diskriminierungsverbot äquivalent zu Art. 1 ZP 12 EMRK. Art. 5 CERD garantiert die Gleichheit vor dem Gesetz für die Merkmale „Rasse“, „Hautfarbe“, „nationaler Ursprung“ und „Volkstum“; unterschiedliche Behandlungen, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, wer-

32 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, BGBl. 1973 II, S. 1534.

33 UN Dok. CCPR/C/GC/18, Nr. 12.

34 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II, S. 1570.

35 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, BGBl. 1992 II, S. 122. Vertiefend siehe *Schmahl*, Kinderrechtskonvention, 2017, Art. 2 UN-KRK Rn. 9.

36 Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen vom 18. Dezember 1990, UNTS Bd. 2220, S. 3. Die Konvention wurde von Deutschland bisher weder ratifiziert noch unterzeichnet.

37 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, BGBl. 1985 II, S. 647.

38 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966, BGBl. 1969 II, S. 962.



den gemäß Art. 1 Abs. 2 CERD vom CERD jedoch nicht erfasst. Auch die UN-Behindertenrechtskonvention<sup>39</sup> (UN-BRK) statuiert einen sehr umfassenden Diskriminierungsschutz: Art. 5 Abs. 1 UN-KRK bekräftigt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, und Art. 5 Abs. 2 UN-BRK ist – merkmalspezifisch für Menschen mit Behinderung – ein umfassendes Diskriminierungsverbot und insoweit äquivalent zu Art. 26 UN-Zivilpakt.

Im Querschnitt der unterschiedlichen Diskriminierungsverbote auf Ebene der Vereinten Nationen hebt sich somit Art. 26 UN-Zivilpakt hervor: Die Norm ist völkerrechtlich bindend, und statuiert ein umfassendes und allgemeines Diskriminierungsverbot, welches weder beschränkt auf die Ausübung besonderer Rechte ist, noch auf bestimmte Personenkreise; die weiteren Diskriminierungsverbote im UN-Kontext haben Schnittmengen zu Art. 26 UN-Zivilpakt, gehen jedoch nicht darüber hinaus. Aus diesem Grund soll Art. 26 UN-Zivilpakt im Weiteren näher betrachtet werden: Für die weitere Implementierung des Art. 1 ZP 12 EMRK können die Erfahrungen zu Art. 26 UN-Zivilpakt schließlich eine Blaupause sein.

### III. Bedeutung und Praxis des Art. 26 UN-Zivilpakt

#### 1. Grundsätzliches Verständnis des Art. 26 UN-Zivilpakt

Der UN-Menschenrechtsausschuss ordnet nicht jede unterschiedliche Behandlung, die an eines der in Art. 26 UN-Zivilpakt genannten Merkmale anknüpft, als Diskriminierung ein. Vielmehr nimmt der Ausschuss nur dann eine Diskriminierung an, wenn es für die Ungleichbehandlung keinen objektiven und verhältnismäßigen Rechtfertigungsgrund gibt<sup>40</sup>; für eine etwai-

ge Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sind strenge Maßstäbe anzulegen. Dieses Verständnis ähnelt dem des Art. 1 ZP 12 EMRK, des Art. 3 Abs. 3 GG<sup>41</sup> und des Art. 21 GRCh<sup>42</sup>.

Der Diskriminierungsschutz durch Art. 26 UN-Zivilpakt beansprucht eine sehr hohe Reichweite: Art. 26 UN-Zivilpakt garantiert Schutz vor Diskriminierungen in sämtlichen Kontexten, die durch staatliche Hoheitsgewalt geschützt bzw. reguliert werden – und gilt insofern nicht bloß für gesetzliche Regelungen.<sup>43</sup> Auch wenn die Norm nicht notwendigerweise spezifische Pflichten zum staatlichen Handeln unmittelbar begründet, so ist sie Maßstab für jegliches staatliche Handeln: Die Norm verpflichtet bspw. nicht dazu, gewisse Ausgestaltungen von Sozialleistungen vorzunehmen – entscheidet sich der Staat aber dazu, bestimmte Sozialleistungen anzubieten, muss er dies angesichts Art. 26 UN-Zivilpakt diskriminierungsfrei tun.<sup>44</sup> Schließlich ist in den Blick zu nehmen, dass Art. 26 UN-Zivilpakt auch eine hohe Bedeutung haben kann für Menschenrechte, die zwar nicht im UN-Zivilpakt selbst, aber in anderen Menschenrechtsverträgen bzw. im nationalen Recht garantiert werden.<sup>45</sup>

14. Juli 2021, UN Dok. CCPR/C/132/D/2659/2015, Nr. 6.7; MRA, *O’Neil u. a. ./ Irland*, Auffassung vom 24. Juli 2006, UN Dok. CCPR/C/87/D/1314/2004, Nr. 8.3; MRA, *Yaker ./ Frankreich*, Auffassung vom 17. Juli 2018, UN Dok. CCPR/C/123/D/2747/2016, Nr. 8.14. Eine umfassende Analyse der Spruchpraxis des Ausschusses findet sich bei *Niels Petersen*, *The implicit taxonomy of the equality jurisprudence of the UN Human Rights Committee*, in: *Leiden Journal of International Law* 34 (2021), S. 421–440.

41 Vgl. *Sué González Hauck*, in: Lisa Hahn et al. (Hrsg.), *Grundrechte*, 2022, S. 328 f.

42 Vgl. *Matthias Rossi*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2022, Art. 21 GRC Rn. 10.

43 UN Dok. CCPR/C/GC/18, Nr. 12.

44 MRA, *Broeks ./ Niederlande*, Auffassung vom 9. April 1987, UN Dok. CCPR/C/29/D/172/1984; MRA, *Zwaan-de Vries ./ Niederlande*, Auffassung vom 9. April 1987, UN Dok. CCPR/C/29/D/182/1984.

45 Siehe bspw. die Entscheidungen in der Sache MRA, *Simunek ./ Tschechische Republik*, Auffas-

39 Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, BGBl. 2008 II, S. 1419.

40 UN Dok. CCPR/C/GC/18, Nr. 13. Vgl. ferner MRA, *Bekmanov u. a. ./ Kirgistan*, Auffassung vom

## 2. Völkerrechtliche Positionierung der internationalen Staatengemeinschaft zu Art. 26 UN-Zivilpakt

Bei der Ratifizierung des UN-Zivilpakts haben unterschiedliche Staaten einen völkerrechtlichen Vorbehalt bzw. Interpretationserklärungen i.S.d. Art. 19 WVK<sup>46</sup> hinterlegt<sup>47</sup>: Österreich und Monaco haben angegeben, dass Art 26 UN-Zivilpakt nicht so zu verstehen sei, dass die Norm eine unterschiedliche Behandlung von Staatsangehörigen und Ausländer:innen verbieten würde. Liechtenstein und die Schweiz haben erklärt, dass sie den Gleichheitsgrundsatz i.S.d. Art. 26 UN-Zivilpakt nur auf die im UN-Zivilpakt garantierten Rechte anwenden wollten; es handelte sich insofern um eine Reduktion des Art 26 UN-Zivilpakt zu einem lediglich akzessorischen Diskriminierungsverbot. Trinidad und Tobago hat sich vorbehalten, dass Art 26 UN-Zivilpakt nicht der Praxis entgegenstehen dürfe, dass in Trinidad und Tobago nur Staatsangehörige Eigentum an Grundstücken erwerben können. Die USA haben bei der Ratifizierung des UN-Zivilpakts darauf verwiesen, dass es dem amerikanischen Verfassungsrecht entsprechen würde, Unterscheidungen aufgrund der in Art. 26 UN-Zivilpakt genannten unzulässigen Diskriminierungsmerkmale vorzunehmen, wenn diese Unterscheidungen in einem vernünftigen Zusammenhang mit einem legitimen staatlichen Ziel stünden.<sup>48</sup> Im Umkehrschluss zeigt sich aber, dass der überwiegende Teil der Staa-

ten, die den UN-Zivilpakt ratifiziert haben, Art. 26 UN-Zivilpakt vorbehalt- und bedenkenlos akzeptiert haben.

Überraschend – und inkohärent<sup>49</sup> – ist die bisherige Haltung Deutschlands zu Art. 26 UN-Zivilpakt: Bei der Ratifizierung des UN-Zivilpakts wurde kein Vorbehalt oder eine Interpretationserklärung zu Art. 26 UN-Zivilpakt hinterlegt. Bei dem Zusatzprotokoll zum UN-Zivilpakt – das Protokoll begründet ein Individualbeschwerdeverfahren vor dem UN-Menschenrechtsausschuss – hat Deutschland indes einen völkerrechtlichen Vorbehalt hinterlegt: Demnach können mögliche Verletzungen des Art. 26 UN-Zivilpakt, die nicht an eines der Rechte aus dem UN-Zivilpakt anknüpfen, nicht im Individualbeschwerdeverfahren geltend gemacht werden.<sup>50</sup> Durch diesen völkerrechtlichen Vorbehalt wird die Bedeutung des Art. 26 UN-Zivilpakt prozedural auf ein akzessorisches Diskriminierungsverbot reduziert; ein solches akzessorisches Diskriminierungsverbot ist bereits in Art. 2 Abs. 1 UN-Zivilpakt enthalten, Art. 26 UN-Zivilpakt hat für die Bundesrepublik formell insofern keine eigenständige prozedurale Bedeutung bei der Anwendung des Zusatzprotokolls. Mit der Görgülü-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist diese befremdliche völkerrechtliche Positionierung<sup>51</sup> Deutschlands aber inkohärent

sung vom 15. Juli 1995, UN Dok. CCPR/C/54/D/516/1992 bzw. MRA, *Adam ./. Tschechische Republik*, Auffassung vom 23. Juli 1996, UN Dok. CCPR/C/57/D/586/1994, in denen jeweils ein Verstoß gegen Art. 26 UN-Zivilpakt im Zusammenhang mit dem im UN-Zivilpakt selbst nicht gewährleisteten Recht auf Eigentum vorlag.

46 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II, S. 927.

47 Nachweise zu den im Weiteren angeführten Vorbehalten und Anwendungserklärungen finden sich in der United Nations Treaty Collection, abrufbar unter: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en) (zuletzt besucht am 13. Juli 2023).

48 Die finnische Regierung hat darauf hingewiesen, dass ein solches Verständnis von Art. 26 UN-Zi-

vilpakt nicht mit dem Zweck der Konvention vereinbar sei und insofern ein Verstoß gegen Art. 19 lit. c) WVK vorliegen würde; die finnische Regierung hatte dieser Anwendungserklärung insofern widersprochen (*object*), gleichzeitig aber mitgeteilt, dass die Anwendungserklärung kein Hindernis für das Inkrafttreten des Vertrages zwischen den USA und Finnland darstelle.

49 Siehe hierzu vertiefend *Bernhard Schäfer*, Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt – Ein Handbuch für die Praxis, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. Aufl. 2007, S. 88.

50 BGBl. 1994, II, S. 311. Im Jahr 2002 hatte die Bundesregierung gegenüber dem UN-Menschenrechtsausschuss in Aussicht gestellt, dass man den Vorbehalt zum Zusatzprotokoll des UN-Zivilpakt überprüfen werde, sollte Deutschland das ZP 12 EMRK ratifizieren, siehe UN Dok. CCPR/C/DEU/2002/5, Nr. 372.

51 Als einziger anderer Vertragsstaat des Zusatzprotokolls zum UN-Zivilpakt hat die Türkei ei-

geworden: Die rechtliche Geltung des allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverbotes nach Art. 26 UN-Zivilpakt gilt im Lichte des Art. 59 Abs. 2 GG auch innerstaatlich und wirkt sich zudem auf die Anwendung und Auslegung der Grundrechte – hier allen voran Art. 3 GG – aus.<sup>52</sup> Der Vorbehalt Deutschlands zum Zusatzprotokoll führt zwar dazu, dass vor dem UN-Menschenrechtsausschuss in Bezug auf Art. 26 UN-Zivilpakt nur Verfahren gegen Deutschland geführt werden können, in denen akzessorische Diskriminierungen gerügt werden. Innerstaatlich ist aber zu berücksichtigen, dass staatliche Stellen, allen voran Gerichte, dazu verpflichtet sind, sich mit der Expertise und den Haltungen internationaler Menschenrechtsmechanismen auseinander zu setzen.<sup>53</sup> Der Vorbehalt Deutschlands führt im Ergebnis insofern lediglich dazu, dass die prozedurale Situation vermieden wird, dass der UN-Menschenrechtsausschuss eine Verletzung des Art. 26 UN-Zivilpakt als allgemeines und umfassendes Diskriminierungsverbot durch Akte deutscher Hoheitsgewalt feststellen kann. Der Vorbehalt führt aber nicht dazu, dass die grundsätzliche völker- und verfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 26 UN-Zivilpakt in irgendeiner Weise erschüttert wird oder dass Auslegungen des UN-Menschenrechtsausschusses zu Art. 26 UN-Zivilpakt, die etwa gegenüber anderen Staaten oder im Rahmen von General Comments vorgenommen werden, für Deutschland irrelevant seien. Vielmehr ist es im Lichte der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes so, dass bei der Anwendung und Auslegung des Art. 3 GG auch international verbrieftete Verständnisse – wie etwa die Haltung des UN-Menschenrechtsausschusses zu Art. 26 UN-Zivilpakt – Berücksichtigung finden müssen.

---

nen vergleichbaren Vorbehalt wie Deutschland abgegeben, siehe Webseite der United Nations Treaty Collection, abrufbar unter: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-5&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_en) (zuletzt besucht am 13. Juli 2023).

52 BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04.

53 BVerfG, Urteil vom 24. Juli 2018 – 2 BvR 309/15, Rn. 91.

### 3. *Einschlägige Spruchpraxis des UN-Menschenrechtsausschusses seit 2020*

Angesichts der angesprochenen Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes drängt sich ein Blick in die Spruchpraxis des UN-Menschenrechtsausschusses zur Anwendung und Auslegung des Art. 26 UN-Zivilpakt auf. Ausweislich der jurisdatenbank des OHCHR<sup>54</sup> ergingen vor dem Ausschuss in 291 Individualbeschwerdeverfahren Sachentscheidungen (sog. *decision on merits*), in denen Art. 26 UN-Zivilpakt gerügt wurde. Natürlich war Art. 26 UN-Zivilpakt in den jeweiligen Verfahren vielfach nur eine von vielen gerügten Normen, und keineswegs ist Art. 26 UN-Zivilpakt in den Verfahren auch immer tatsächlich verletzt gewesen.<sup>55</sup> Eine systematische Auswertung der Spruchpraxis würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen, aber ein Blick in die jüngere Spruchpraxis des Ausschusses seit 2020 genügt bereits, um den Mehrwert dieser Norm zu veranschaulichen. Der Ausschuss hat seit 2020 in folgenden Bereichen einen Verstoß gegen Art. 26 UN-Zivilpakt festgestellt:

- (mittelbare) geschlechtsspezifische Diskriminierung durch Regelungen über die Mindestkörpergröße als Zugangsvoraussetzung für Feuerwehr-Anwärter:innen<sup>56</sup>;

---

54 Webseite der Jurisprudence Database des Office of the High Commissioner for Human Rights, abrufbar unter: <https://juris.ohchr.org/> (zuletzt besucht am 13. Juli 2023).

55 Es lässt sich umgekehrt sogar vielfach beobachten, dass der Ausschuss die entsprechenden Rügen zu Verletzungen von Art. 26 UN-Zivilpakt insoweit als unzulässig verworfen hat, weil die Rügen nicht hinreichend begründet gewesen sind.

56 MRA, *Genero ./ Italien*, Auffassung vom 13. März 2020, UN Dok. CCPR/C/128/D/2979/2017, Nr. 7.6; hier war Art. 26 UN-Zivilpakt als allgemeines und umfassendes Diskriminierungsverbot einschlägig, weil der UN-Zivilpakt kein Äquivalent zur Berufsfreiheit i. S. d. Art. 12 GG enthält und das akzessorische Diskriminierungsverbot nach Art. 2 UN-Zivilpakt insofern nicht einschlägig war.

- Gewalt durch staatliche Sicherheitskräfte, die spezifisch gegen Indigene gerichtet war<sup>57</sup>;
- unterschiedliche Maßstäbe bei den Registrierungspflichten für Religionsgemeinschaften<sup>58</sup>;
- Versäumnis des Staates, weiblichen Opfern sexualisierter Gewalt den Zugang zum Recht sowie eine adäquate Entschädigung zu ermöglichen, als geschlechtsspezifische Diskriminierung<sup>59</sup>;
- Verbot von LGBTQIA+-Paraden;<sup>60</sup>
- eine Differenzierung nach der Nationalität der Vorfahren bei der Bemessung von Restitutionsansprüchen<sup>61</sup>;
- verweigerte Befreiung vom Erfordernis der Sprachkenntnisse für die Einbürgerung trotz behinderungsbedingter Schwierigkeiten beim Erlernen der neuen Sprache<sup>62</sup>;

57 MRA, *Tharu u.a. / Nepal*, Auffassung vom 14. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3199/2018, Nr. 7.5. In dem Verfahren wurde eine Verletzung von Art. 26 UN-Zivilpakt lediglich im Zusammenhang mit einer Verletzung der Rechte aus Art. 6, 7, 9 UN-Zivilpakt festgestellt.

58 MRA, *Bekmanov u.a. / Kirgistan*, Auffassung vom 14. Juli 2021, UN Dok. CCPR/C/132/D/2659/2015, Nr. 6.7.

59 MRA, *Chakupewa u.a. / Demokratische Republik Kongo*, Auffassung vom 25. März 2021, UN Dok. CCPR/C/131/D/2835/2016, Nr. 6.4. In dem Verfahren wurde mit der Verletzung von Art. 26 UN-Zivilpakt zugleich auch eine Verletzung von Art. 3 UN-Zivilpakt festgestellt.

60 MRA, *Ivanov / Russland*, Auffassung vom 18. März 2021, UN Dok. CCPR/C/131/D/2635/2015, Nr. 7.14. In dem Verfahren hat der Ausschuss (erneut) markiert, dass die sexuelle Orientierung und die geschlechtliche Identität vom Diskriminierungsschutz nach Art. 26 UN-Zivilpakt umfasst sind (vgl. Nr. 7.12).

61 MRA, *Malinovsky u.a. / Tschechische Republik*, Auffassung vom 6. November 2020, UN Dok. CCPR/C/130/D/2839/2016, Nr. 7.3.

62 MRA, *J.S.K.N. / Dänemark*, Auffassung vom 25. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2754/2016, Nr. 8.7.

- ethnisch-religiöse Zugangsbeschränkungen für Schulen<sup>63</sup>.

#### IV. Spezifische Potenziale des ZP 12 EMRK für ausgewählte Themenfelder

Die Annahme, angesichts des Art. 3 GG sei eine Ratifizierung des ZP 12 EMRK letztlich entbehrlich, ist menschenrechtlicher Leichtsinn: Das zeigt sich auch darin, dass Art. 3 GG und dessen Justiziabilität durch das BVerfG nicht verhindern konnten, dass es im Bereich des Diskriminierungsschutzes auch in Deutschland weiterhin zahlreiche Missstände gibt, die nach wie vor Bestand haben; das wird insbesondere durch Überprüfungen der Implementierung internationaler Menschenrechtsverträge durch unabhängige Menschenrechtsmechanismen – wie den sog. *Concluding Observations* der UN-Vertragsorgane – indiziert. Im Weiteren werden zu fünf ausgewählten Themenfeldern die jeweils einschlägigen Defizite aus den entsprechenden letzten Überprüfungsverfahren aufgeführt.

Für die Themenauswahl wurden Themenfelder ausgewählt, die im GG (bisher) nicht stark sichtbar angelegt<sup>64</sup> sind bzw. Themen, die maßgeblich für die Genese des ZP 12 EMRK gewesen sind.<sup>65</sup> Zudem haben diese Themen gemeinsam, dass sie in der Spruch-

63 MRA, *Sheriffdeen / Sri Lanka*, Auffassung vom 19. Oktober 2021, UN Dok. CCPR/C/133/D/2978/2017, Nr. 6.2. Hier zeigt sich, dass Art. 26 UN-Zivilpakt auch signifikante Bedeutung für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte haben kann.

64 Hierzu zählt ein umfassender Diskriminierungsschutz für die geschlechtliche und sexuelle Identität eines Menschen (LGTBQIA+-Rechte) sowie Altersdiskriminierung, da die entsprechenden Merkmale nicht als unzulässige Diskriminierungsmerkmale in Art. 3 Abs. 3 GG markiert sind; zudem das Themenfeld Armut, da das Grundrecht auf die Gewährleistung einer menschenwürdigen Existenz nicht explizit im GG sichtbar ist, sondern vom BVerfG konstruiert werden musste.

65 ECRI sowie das *Steering Committee for Equality between Women and Men* haben den Prozess der Erarbeitung und Aushandlung des ZP 12 EMRK entscheidend vorangetrieben, da man sich von

praxis des EGMR zum ZP 12 EMRK bzw. des UN-Menschenrechtsausschusses zum Art. 26 UN-Zivilpakt bereits eine signifikante Rolle gespielt haben. Es handelt sich insofern um Missstände in den einzelnen Themenfeldern, die grundsätzlich thematisch auch im Rahmen von Individualbeschwerdeverfahren vor den UN-Vertragsorganen verhandelt werden könnten – oder vor dem EGMR, sollte Deutschland das ZP 12 EMRK ratifizieren.

### 1. LGBTQIA+-Rechte

Im Bereich LGBTQIA+-Rechte sind vor den UN-Vertragsorganen Diskriminierungen von Personen, die sich als LGBTQIA+ identifizieren, im Rahmen von Beschäftigungen bei kirchlichen Arbeitgeber:innen gerügt worden.<sup>66</sup> Zudem sind geschlechtsangleichende Maßnahmen ohne medizinische Indikation bei intersexuell geborenen Kindern (vielfach) Gegenstand von Kritik gewesen<sup>67</sup>, ebenso Mobbing und Gewalt gegen Kinder und Jugendliche, die sich als LGBTQIA+ identifizieren.<sup>68</sup>

Die grundsätzliche Bedeutung des ZP 12 EMRK gerade für LGBTQIA+-Rechte lässt sich auch daran ablesen, dass frühere Anträge zur Ratifizierung des Zusatzprotokolls in Deutschland in der Vergangenheit vielfach im Kontext von LGBTQIA+-Rechten diskutiert wurden.<sup>69</sup>

---

diesem Instrument eine maßgebliche Stärkung des Schutzes vor rassistischer bzw. geschlechtsspezifischer Diskriminierung versprach, vgl. Fn. 9, Nr. 4ff.; eine vertiefende Darstellung der Genese findet sich bei *Jeroen Schokkenbroek*, *Stronger European protection against discrimination: the new Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, in: Eckart Klein (Hrsg.), *Rassistische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten*, 2002, S. 177 ff.

66 UN Dok. E/C.12/DEU/CO/6, Nr. 22.

67 Ibid., Nr. 24; UN Dok. CCPR/C/DEU/CO/7, Nr. 21; UN Dok. CRPD/C/DEU/CO/1, Nr. 38d.

68 UN Dok. CRC/C/DEU/CO/5-6, Nr. 15a.

69 BT-Drs. 14/5627, S. 6; BT-Drs. 16/2800, S. 16; BT-Drs. 16/12886, S. 1; BT-Drs. 19/9077, S. 44.

### 2. Altersdiskriminierung

Im Hinblick auf Altersdiskriminierung sind vor den UN-Vertragsorganen zuletzt das Fehlen hinreichender Pflegekräfte für alte Menschen und daraus entstehende Beeinträchtigungen in der Wahrnehmung von Rechten gerügt worden.<sup>70</sup> Zudem wurde die Forderung erhoben, dass auch junge Kinder unter 14 Jahren die Möglichkeit erhalten müssen, in Angelegenheiten, die sie selbst betreffen, ihre Anliegen und Perspektiven einbringen zu können.<sup>71</sup> Letztlich haben in gewisser Weise sämtliche Themen, die im Rahmen der Überprüfung der Implementierung der UN-KRK gerügt wurden<sup>72</sup>, faktisch einen Bezug zur Altersdiskriminierung (von jungen Menschen unter 18 Jahren), und könnten insofern auch für die Implementierung des ZP 12 EMRK relevant sein.

### 3. Armut

Armut ist ein großes Querschnittsthema, bei welchem unterschiedliche UN-Vertragsorgane unterschiedliche Defizite in Deutschland festgestellt haben: Dazu gehören das gravierende Ausmaß an Kinderarmut<sup>73</sup>, die schwache soziale Stellung (auch im Hinblick auf soziale Schutzinstrumente und Verhandlungsmacht) von Menschen im Niedriglohnssektor<sup>74</sup>, faktische Umgehungen des Mindestlohns<sup>75</sup>, das Sanktionssystem bei existenzsichernden Leistungen<sup>76</sup>, das unterschiedliche Leistungsspektrum für Menschen, die Leistungen nach dem AsylBLG beziehen<sup>77</sup>, sowie der Umstand, dass bedürftige Menschen mit Behinderung vielfach eigene finanziellen Mittel aufwen-

---

70 UN Dok. E/C.12/DEU/CO/6, Nr. 49.

71 UN Dok. CRC/C/DEU/CO/5-6, Nr. 17a.

72 Vgl. *ibid.*

73 UN Dok. E/C.12/DEU/CO/6, Nr. 51; UN Dok. CRC/C/DEU/CO/5-6, Nr. 34a.

74 UN Dok. E/C.12/DEU/CO/6, Nr. 32.

75 Ibid., Nr. 37.

76 Ibid., Nr. 47.

77 Vgl. *ibid.*, Nr. 59.

den müssen, um die Kosten für eine unabhängige Lebensführung zu decken.<sup>78</sup>

#### 4. Rassistische Diskriminierung

Im Hinblick auf bestehende Misstände durch rassistische Diskriminierung in Deutschland sind zunächst die *Concluding Observations* des UN-Antirassismusausschusses<sup>79</sup> sowie die Berichte von der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI)<sup>80</sup> vollumfänglich in den Blick zu nehmen; die dort aufgeführten Punkte indizieren deutlich, in welchem Ausmaß es hier Defizite in Deutschland gibt. Diese Bestandsaufnahme wird flankiert von Problemanzeigen anderer UN-Vertragsorgane: Diese beziehen sich auf polizeiliches *Racial profiling*<sup>81</sup>, nicht hinreichende Maßnahmen zur Bekämpfung von rassistisch motivierter Gewalt<sup>82</sup> sowie auf rassistische Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen.<sup>83</sup>

#### 5. Geschlechtsspezifische Diskriminierung<sup>84</sup>

Im Hinblick auf bestehende Misstände durch geschlechtsspezifische Diskriminierung in Deutschland sind zunächst die *Concluding Observations* des UN-Frauenrechtsausschusses vollumfänglich in den Blick

zu nehmen<sup>85</sup>; die dort aufgeführten Punkte indizieren deutlich, in welchem Ausmaß es hier Defizite in Deutschland gibt. Diese Bestandsaufnahme wird flankiert von Problemanzeigen anderer UN-Vertragsorgane: Diese beziehen sich auf eine unzureichende Repräsentation von Frauen\* in Entscheidungs- und Führungspositionen<sup>86</sup>, das *Gender pay gap*<sup>87</sup>, fehlende Maßnahmen für den wirksamen Schutz gegen geschlechtsspezifische Gewalt<sup>88</sup>, Probleme beim Zugang zu Verhütungsmitteln sowie sicheren Abtreibungen<sup>89</sup>, intersektionale Diskriminierung von geflüchteten Frauen mit Behinderung<sup>90</sup>, und zu wenig Arbeitsplätze für Frauen mit Behinderung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt.<sup>91</sup>

#### V. Ausblick

Die EMRK und ihre Auslegung durch den EGMR haben in der Vergangenheit schon vielfach zu menschenrechtlichen Paradigmenwechseln in Deutschland geführt: Das menschenrechtliche Prinzip der Meistbegünstigung zeigt sich so auch an der Schnittstelle von Verfassungsrecht und internationalem Menschenrechtsschutz. Die menschenrechtlichen Potenziale ergeben sich dabei maßgeblich aus der ausdifferenzierten Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundlagen dieser Schnittstelle: Staatliche Stellen sind nicht dazu verpflichtet, den Entscheidungen des EGMR im Hin-

78 UN Dok. CRPD/C/DEU/CO/1, Nr. 51.

79 Vgl. UN Dok. CERD/C/DEU/CO/19-22.

80 Vgl. ECRI, Report on Germany, 2020, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/ecri-report-on-germany-sixth-monitoring-cycle-/16809ce4be> (zuletzt besucht am 13. Juli 2023).

81 UN Dok. CCPR/C/DEU/CO/7, Nr. 13.

82 UN Dok. CAT/C/DEU/CO/6, Nr. 31 f.

83 UN Dok. CRC/C/DEU/CO/5-6, Nr. 15a.

84 Vgl. vertiefend zu den feministischen Potenzialen des UN-Sozialpakts *Deutscher Juristinnenbund e.V.*, Stellungnahme zum Potenzial der Ratifikation des Zusatzprotokolls zum UN-Sozialpakt, 2. März 2023, abrufbar unter: [https://www.djb.de/fileadmin/user\\_upload/presse/stellungnahmen/st23-06\\_Fakultativprotokoll\\_UN-Sozialpakt.pdf](https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st23-06_Fakultativprotokoll_UN-Sozialpakt.pdf) (zuletzt besucht am 13. Juli 2023).

85 UN Dok. CEDAW/C/DEU/CO/7-8.

86 UN Dok. E/C.12/DEU/CO/6, Nr. 31.

87 *Ibid.*, Nr. 39.

88 UN Dok. CCPR/C/DEU/CO/7, Nr. 16 f. Zu dieser Thematik indizieren zudem die umfassenden Empfehlungen der Expertengruppe zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (GREVIO) zur Umsetzung der Istanbul-Konvention weitreichende Defizite in Deutschland, die antidiskriminierungsrechtlich relevant sind, vgl. GREVIO, Baseline Evaluation Report Germany, 2022, GREVIO/Inf(2022)21, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/report-on-germany-for-publication/1680a86937> (zuletzt besucht am 13. Juli 2023).

89 UN Dok. CCPR/C/DEU/CO/7, Nr. 19.

90 UN Dok. CRPD/C/DEU/CO/1, Nr. 15 f.

91 *Ibid.*, Nr. 50a.

blick auf die Reichweite der Gewährleistungen der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle automatisch und unmittelbar zu folgen – sie müssen die Entscheidungen aber zwingend im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung berücksichtigen und der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung Rechnung tragen.

Gerade bei dem Thema Diskriminierungsschutz kann die deutsche Verfassungsordnung maßgeblich von Erkenntnissen der EMRK bzw. des EGMR profitieren: Beim Diskriminierungsschutz handelt sich um eine komplexe Thematik, mit der typischerweise eine hohe Dynamik einhergeht. Menschenrechtsbasierte Fortschritte sind dabei häufig erst durch neue Perspektiven oder Perspektivwechsel möglich.<sup>92</sup> Vielfach werden Problemlagen erst sichtbar bzw. gesellschaftlich anerkannt, wenn sie zuvor erstritten worden sind. Dem kann besonders Rechnung getragen werden, wenn es im menschenrechtlichen Mehrebenensystem auf den unterschiedlichen Ebenen *jeweils* robuste Regelungen mit allgemeinen und umfassenden Diskriminierungsverboten gibt,

die ihrerseits vor unabhängigen Gerichten (oder unabhängigen internationalen und spruchkörperähnlichen Menschenrechtsmechanismen wie den UN-Vertragsorganen) justiziabel sind. Auf diese Art und Weise verringern sich in signifikantem Ausmaß die Gefahren, dass bestimmte diskriminierungsrelevante Missstände ungerügt „durch das Netz“ fallen. Das ZP 12 EMRK ist deshalb auch als ein notwendiger Mosaikstein im Gesamtgefüge des regionalen und universellen Menschenrechtsschutzes zu verstehen: Es verhält sich interdependent zu allen anderen Menschenrechtsverträgen, ebenso aber auch zu den unterschiedlichen Strukturen und Akteuren im menschenrechtlichen Mehrebenensystem, und hat – gerade angesichts der überragenden Bedeutung des Diskriminierungsschutzes für die Gewährleistung der Menschenrechte – auch das Potenzial, als ein entscheidender Katalysator für den Menschenrechtsschutz zu fungieren. Die Bundesregierung sollte sich hiergegen nicht länger sträuben und endlich den Prozess zur Ratifizierung des ZP 12 EMRK einleiten.

---

92 Vertiefend zur Bedeutung der Perspektiven von Dominanz, Subordination und Privilegierung im Diskriminierungsschutz siehe *Susanne Baer*, Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: Eckart Klein/Christoph Menke (Hrsg.), *Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote*. 15 Jahre Wiener Weltmensenrechtskonferenz, 2008, S. 421–450 (423 ff.).

## Zum aktuellen Stand und zu aktuellen Fragen des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-Personen

Jennifer Grafe

### Inhaltsübersicht

- I. Die Notwendigkeit eines speziellen Menschenrechtsschutzes für LGBTQI+-Personen
- II. Historische Entwicklung weltweit
- III. Die Entwicklung in Europa
- IV. Ein nationaler Blick
- V. Aktuelle Problemstellungen
- VI. Fazit

Die Diskussion um Menschenrechte von LGBTQI+-Personen<sup>1</sup> wird im juristischen Schrifttum nur sehr zaghaft geführt<sup>2</sup> – politisch hingegen ist die Forderung nach mehr Schutz und der Abbau von Stigmatisierung, Diskriminierung und strafrechtlicher Verfolgung lauter als jemals zuvor.<sup>3</sup> Obwohl weltweit Lücken im Menschenrechts-

schutz festzustellen sind, beschäftigt derzeit vor allem die Situation von LGBTQI+-Personen in Russland die Medien.<sup>4</sup> Die Berichterstattung erschöpft sich dabei meist in der Feststellung der Problematiken und in der Forderung nach einem stärkeren Menschenrechtsschutz von LGBTQI+-Personen. Dass neben dieser politischen Perspektive auch ein juristischer Blick auf die aktuellen Fragen des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-Personen lohnt, zeigen die unterschiedlichen Rechtsquellen und die Entwicklung der Auslegung derselben. Ein explizites Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität findet sich nämlich weder in den UN-Menschenrechtsverträgen noch in jenen des Europarates. Die Rechtsgrundlage ist daher ähnlich gelagert wie die nationale, denn auch Art. 3 des Grundgesetzes sieht eine explizite Gleichbehandlung von LGBTQI+-Personen nicht vor. Das ist zunächst wenig überraschend, da die Menschenrechtsverträge allgemeine Normierungen enthalten, die dann durch nationa-

1 Bei LGBTQI+ handelt es sich um ein Akronym aus den englischen Wörtern lesbian, gay, bisexual, transgender, queer und intersexual. Das Plus-Zeichen dient als Platzhalter für alle weiteren sexuellen Identitäten, wie etwa der Asexualität.

2 Vgl. beispielhaft zur geschlechtsbezogenen Gewalt Sarah Elsuní, Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, 2011 und zur Asylpolitik Petra Sufner, Wer geht, ist selber schuld?/ Unionsrechtliche Perspektiven auf Gewaltschutzansprüche von LGBTQI-Asylsuchenden in Unterkünften – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR, in: EuGRZ 2019, S. 437–453.

3 Beispielhaft Deutscher Bundestag, Experten: LGBTQI-Gemeinschaften weltweit unter Druck, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw21-pa-menschenrechte-lgbtiq-948550> (zuletzt besucht am 26. Juni 2023); Tagesschau vom 17. Mai 2023, Amtsberg prangert Verfolgung queerer Menschen an, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/amtsberg-homosexualitaet-queer-diskriminierung-100.html> (zuletzt besucht am 26. Juni 2023); Tagesspiegel vom 30. Mai 2023, Anti-LGBT-Gesetz in Uganda wird international massiv kritisiert, abrufbar un-

ter: <https://www.tagesspiegel.de/international/verstoss-gegen-menschenrechte-anti-lgbt-gesetz-in-uganda-wird-international-massiv-kritisiert-9900179.html> (zuletzt besucht am 30. Juni 2023).

4 Vgl. etwa die Forderungen der Internationalen Gesellschaft für Menschenrechte, abrufbar unter: <https://www.igfm.de/russland-lgbt-rechte-sind-menschenrechte/> (zuletzt besucht am 26. Juni 2023); Zeit Online, Russland weitet Verbotsgesetz von „LGBT-Propaganda“ aus, abrufbar unter: [https://www.zeit.de/news/2022-11/24/russland-weitet-verbotsgesetz-von-lgbt-propaganda-aus?utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.zeit.de/news/2022-11/24/russland-weitet-verbotsgesetz-von-lgbt-propaganda-aus?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F) (zuletzt besucht am 26. Juni 2023); Human Rights Watch, Russland: Verfahren gegen Aktivistin für Feminismus und LGBT-Rechte, abrufbar unter: <https://www.hrw.org/de/news/2022/06/20/russland-verfahren-gegen-aktivistin-fuer-feminismus-und-lgbt-rechte> (zuletzt besucht am 26. Juni 2023).



le oder internationale Gerichte oder durch zur Überwachung der Verträge berufene Fachausschüsse auf konkrete Gefährdungslagen und Verletzungshandlungen im Einzelfall angewendet werden. Dass die Rechte von LGBTQI+-Personen dennoch als Menschenrechte anerkannt wurden, war ein historischer Prozess, der vor allem durch die Rechtsprechung und die Praxis der Staaten, aber auch durch die Arbeit von internationalen Organisationen und der Zivilgesellschaft vorangetrieben wurde. Heute sind die Menschenrechte von LGBTQI+-Personen Gegenstand der Arbeit des UN-Hochkommissariates für Menschenrechte,<sup>5</sup> des Menschenrechtskommissariates des Europarates<sup>6</sup> sowie der EU-Grundrechteagentur,<sup>7</sup> wodurch sich ein deutlicher Fortschritt in der Konkretisierung des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-Personen abzeichnet.

### I. Die Notwendigkeit eines speziellen Menschenrechtsschutzes für LGBTQI+-Personen

Ausgangspunkt einer jeden Beschäftigung mit Menschenrechten ist die Feststellung, dass sie jedem Menschen aufgrund seines Menschseins gleichermaßen zustehen und damit universell, unteilbar und unveräußerlich sind. Zielrichtung aller Bemühungen um universellen Menschenrechtsschutz war und ist es, gerade den:die Einzelne:n dem willkürlichen Zugriff des Staates zu entziehen und den Staaten durch universell gültige Menschenrechte zwingende Grenzen aufzuzeigen – Grenzen, die als Mindeststandards unter keinem Vorwand verletzt werden dürfen. Unter dem Eindruck der

Weltkriege und des Dritten Reiches verfestigte sich die Überzeugung, dass eine Verschriftlichung von Menschenrechten, angesichts der alltäglichen Missachtung und den gravierenden Folgen für die dem Menschen eigentlich naturgegebenen Rechte, unabdingbar ist. Daher schuf die Weltgemeinschaft am 10. Dezember 1948 in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte<sup>8</sup> den Anspruch auf universale Geltung der grundlegenden Rechte für alle Menschen dieser Erde. In deren Artikel 2 heißt es, dass jeder Mensch einen Anspruch auf die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand hat. Da Homosexualität zu diesem Zeitpunkt noch als Krankheit verstanden wurde,<sup>9</sup> lag die Idee eines expliziten Diskriminierungsschutzes historisch nicht nahe. Das führt jedoch dazu, dass die Diskriminierung der sexuellen Orientierung lange Zeit nicht als ein Aspekt des Menschenrechtsschutzes eingeordnet wurde. Schon dieser Umstand allein zeigt auf, dass konkreter und spezifischer Menschenrechtsschutz in einer Welt unterschiedlicher religiöser und kultureller Einflüsse notwendig ist. Die erste und wegweisende Entscheidung aus dem Jahre 1994 durch den UN-Menschenrechtsausschuss im Fall *Toonen gegen Australien* widersprach bei dem Versuch LGBTQI+-Rechten den Rang eines Menschenrechts zuzubilligen eigentlich dieser Auffassung.<sup>10</sup> Denn danach seien sexuelle Aktivitäten von Erwachsenen ein Teil ihrer durch Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte<sup>11</sup> (im Folgenden: UN-Zivilpakt) geschützten „Privatsphäre“, die ihrerseits so-

5 Website des UN-Hochkommissariates, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

6 Website des Menschenrechtskommissariates des Europarates, abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/thematic-work/lgbti> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

7 Website der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, abrufbar unter: <https://fra.europa.eu/en/theme/lgbti> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

8 UN Dok. A/RES/217 A (III).

9 1993, mit dem Inkrafttreten der ICD-10 strich die Weltgesundheitsorganisation die Homosexualität offiziell aus der Liste der Krankheiten.

10 MRA, *Toonen ./. Australien*, Auffassung vom 31. März 1994, UN Dok. CCPR/C/50/D/488/1992.

11 Internationaler Covenant on Civil and Political Rights, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1524.

dann den Schutz des Geschlechts vor Diskriminierung der sexuellen Orientierung einbeziehe.<sup>12</sup> Der Grundstein für eine eigene Diskriminierungskategorie zum Schutz von LGBTQI+-Personen war gelegt. Folgt man dieser Argumentation, bedarf es keines spezifischen Menschenrechts, das die Freiheit der sexuellen Orientierung garantiert, sondern die bestehenden völkerrechtlichen Menschenrechte gelten auch für sie. Dass Auslegungen immer weniger wirksam sein können als ein geschriebener Menschenrechtsschutz, zeigt jedoch die breite internationale Ablehnung, die die Entscheidung erfuhr.<sup>13</sup> Auch wenn der Schutz der Privatsphäre als Menschenrecht also LGBTQI+-Personen zu umfassen vermag, bedarf ein umfassender Schutz immer einer Konkretisierung, die bis heute expressis verbis noch in keinem Menschenrechtsvertrag zu finden ist, sich aber in der Rechtsprechung immer mehr abzeichnet.

## II. Historische Entwicklung weltweit

Folge dieser angestrebten Konkretisierungen sind die heute noch in vielen Bereichen wegweisenden Yogyakarta-Prinzipien, die durch führende Völkerrechtler:innen aus verschiedenen Weltregionen und Mandatsträger:innen 2006 erarbeitet wurden.<sup>14</sup> Sie sind die erste systematische Gesamtschau auf die Menschenrechtsgewährleistung für Lesben, Schwule, Bisexuelle, Trans\* und intergeschlechtliche Menschen (LSBTI). Sie formulieren Anforderungen, die die bestehenden und völkerrechtlich bindenden Menschenrechtsstandards in Bezug auf sexuelle Minderheiten durchdeklinieren. Auch wenn sie selbst völkerrechtlich nicht verbindlich sind, gelten sie als Interpretation und Ergänzung bestehender Menschenrechtsstandards und Schutz-

mechanismen und sind von grundsätzlicher Bedeutung für viele einfachrechtliche Ausgestaltungen weltweit.<sup>15</sup> Diese 29 Prinzipien umfassen die Bekämpfung von Gewalt und die strafrechtliche Verfolgung von Homosexualität, aber etwa auch den Zugang zu Bildung, Familiengründung, Asylrecht und vieles mehr. Für einige Staaten, darunter auch Deutschland, gelten sie als handlungsleitend für die Umsetzung von LGBTQI+-Menschenrechten.<sup>16</sup> Im Jahr 2017 wurden die Prinzipien um weitere Aspekte ergänzt, insbesondere hinsichtlich der Rechte trans- und intergeschlechtlicher Menschen.<sup>17</sup>

Erste Diskussionen um die Etablierung von selbstständigen Menschenrechten von LGBTQI+-Personen weltweit entbrannten 2003 auf eine Initiative Brasiliens hin, die den Titel "Human Rights and Sexual Orientation" trug, gegen die unter anderem der Vatikan mobil machte und die zunächst nur von 27 Staaten unterschrieben wurde.<sup>18</sup> In der Folge war das Thema Gegenstand mehrerer Erklärungen und Resolutionen der Vereinten Nationen: 67 der 192 UN-Mitgliedstaaten unterschrieben 2008 die Erklärung der Vereinten Nationen über die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität.<sup>19</sup> Die für die Verabschiedung als UN-Resolution erforderliche Mehrheit in der Vollversammlung wurde jedoch verfehlt, stattdessen entstand ein Gegenentwurf, der seinerseits von 35 Staaten, meist islamischen und einigen afrikanischen Staaten, unterzeichnet wurde. Eine Resolution des UN-Menschenrechtsrates aus dem Jahre 2011 war der erste Beschluss zur Beendigung der staatlichen Diskriminierung

12 MRA, *Toonen* ./ *Australien* (Fn. 10).

13 Eine Zusammenfassung der Reaktionen auf die Entscheidung findet sich bei *Gus Bernadi*, *From Conflict to Convergence: The Evolution of Tasmanian Anti-discrimination Law*, in: *Australian Journal of Human Rights* 6 (2001), S. 134–154.

14 Veröffentlichung der Yogyakarta-Prinzipien, abrufbar unter: <http://yogyakartaprinciples.org> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

15 *Michael O'Flaherty*, *The Yogyakarta Principles at Ten*, in: *Anne Hellum* (Hrsg.), *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*, 2017, S. 1–23 (17).

16 So ausdrücklich etwa in *BT-Drucks. 16/7658*.

17 Veröffentlichung der Yogyakarta-Prinzipien (Fn. 14).

18 Für weitere Details vgl. *Chronicle of the last day of the 59th session of the UN Commission on Human Rights*, abrufbar unter: <https://www.iglhrc.org/sites/default/files/213-1.pdf> (zuletzt besucht am 27. Juni 2023), m. w. N.

19 UN Dok. A/63/PV.70, S. 30.

sexueller Minderheiten und folgte dem ersten umfassenden Bericht der UN zu dem Thema.<sup>20</sup>

Die "Equal Rights Coalition" bildet eine Allianz aus 42 Staaten und 140 Nichtregierungsorganisationen, die sich für LGBTQI+-Personen einsetzen; Deutschland gehört ihr seit der Gründung 2016 an.<sup>21</sup> Der aktuellste Bericht der "International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association" (ILGA) über staatlich geförderte Homophobie stammt aus dem Jahre 2020 in dem sie feststellte, dass „69 UN-Mitgliedstaaten nach wie vor einvernehmliche gleichgeschlechtliche Handlungen kriminalisieren.“<sup>22</sup>

Im Juni 2022 wurde die Resolution der Vereinten Nationen zu LGBTQI+-Personen erneut im Menschenrechtsrat verabschiedet;<sup>23</sup> sie verlängerte das Mandat des:der unabhängigen Experten:in der Vereinten Nationen zum Schutz vor Diskriminierung und Gewalt aufgrund von sexueller Orientierung und Geschlechteridentität.

Eine weitere wichtige internationale Rechtsquelle stellt der UN-Zivilpakt dar. Eine Benachteiligung wegen der sexuellen Orientierung verstößt gegen Art. 26 dieses Paktes. Auf dieser Grundlage von Art. 26 und Art. 19 des Paktes, wobei letzterer die Meinungsfreiheit garantiert, wurden russische Gesetze zur Verhinderung „homosexueller Propaganda“, für menschenrechtswidrig erklärt.<sup>24</sup>

20 UN Dok. A/HRC/17/L.9/Rev.1

21 Website der Equal Rights Coalition, abrufbar unter: <https://equalrightscoalition.org> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

22 Abrufbar unter: <https://www.ilga-europe.org/report/annual-review-2020/> (zuletzt besucht am 27. Juni 2023).

23 UN Dok. A/HRC/RES/50/10.

24 MRA, *Irina Fedotova ./ Russische Föderation*, Auffassung vom 31. Oktober 2012, UN Dok. CCPR/C/106/D/1932/2010.

### III. Die Entwicklung in Europa

Wegweisend für den Menschenrechtsschutz in Europa ist die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)<sup>25</sup> und die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist ein völkerrechtlicher Vertrag und stammt aus dem Jahre 1950. Die Menschenrechte finden sich im ersten Abschnitt wieder, wobei auffällt, dass auch hier LGBTQI+-Rechte keinerlei ausdrückliche Erwähnung finden. Damit war es wiederum Aufgabe des EGMR, die Schutzwirkung für LGBTQI+-Rechte aus den einzelnen verbrieften Rechten zu erarbeiten. Im Mittelpunkt dieser Rechtsprechung steht ganz überwiegend Art. 8 EMRK, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Ähnlich wie bei den ersten Schritten der Anerkennung von LGBTQI+-Rechten als Menschenrechte dient auch hier das Privatleben als Anknüpfungspunkt der Auslegung. Grundlegend war daher die Entscheidung, dass das Verbot homosexueller Handlungen einen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privatlebens darstellt.<sup>26</sup> Mit einer weitergehenden politischen Entwicklung und dem Sichtbarwerden weiterer Sexualitäten und vor allem von trans\* und nicht-binären Personen stellt der EGMR sodann weiterführend klar, dass die geschlechtliche Identität, die sexuelle Ausrichtung, das Sexualleben und auch der Name eines Menschen Teil des von Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens sind.<sup>27</sup> Dass damit gleich- und gegengeschlechtliche

25 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. [Europäische] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, ETS Nr. 5, in der zuletzt durch Protokoll Nr. 15 geänderten Fassung; Neufassung: BGBl. 2014 II S. 1034.

26 EGMR, *Dudgeon ./ Vereinigtes Königreich* (7525/76), Urteil vom 22. Oktober 1981; *Norris ./ Irland* (10581/83), Urteil vom 26. Oktober 1988; *Modinos ./ Zypern* (15070/89), Urteil vom 22. April 1993; *A. D. T. ./ Vereinigtes Königreich* (35765/97), Urteil vom 31. Juli 2000.

27 EGMR, *van Kück ./ Deutschland* (35968/97), Urteil vom 12. Juni 2003.

Partnerschaften gleichermaßen geschützt sein müssten, die Ungleichbehandlung aber in den meisten europäischen Staaten noch immer an der Tagesordnung war, zeigt die Notwendigkeit der Entscheidung, dass gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften auch dann in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK fallen, wenn die Partner:innen nicht zusammenleben.<sup>28</sup>

Dass ein Gerichtsurteil Art. 8 EMRK verletzt, weil es sekundäre Viktimisierung durch schuldzuweisende, moralisierende und geschlechterstereotypisierende Aussagen in der Urteilsbegründung trifft,<sup>29</sup> zeigt auf, dass die effektive Durchsetzung von Menschenrechten von LGBTQI+-Personen nicht allein an der Rechtsstaatlichkeit des betroffenen Staates abgelesen werden kann. Bis zum Ausscheiden im März 2022 war es dennoch vor allem Russland, das den EGMR beschäftigte. Dazu zählte etwa auch, dass das Fehlen jeder Möglichkeit in Russland, gleichgeschlechtliche Beziehungen formell anerkennen zu lassen, gegen Art. 8 EMRK verstößt,<sup>30</sup> wobei eine Pflicht zur Möglichkeit einer Eheschließung weder aus Art. 8 noch aus Art. 12 EMRK folgt.<sup>31</sup> Weigert sich hingegen ein:e Standesbeamter:in, gleichgeschlechtliche Lebenspartner:innen zu trauen, verstößt seine:ihre daraufhin erfolgte Entlassung auch nicht gegen seine:ihre Glaubensfreiheit aus Art. 9 EMRK.<sup>32</sup> Das Recht einer Trans\*person auf persönliche Entwicklung sowie auf physische und moralische Sicherheit ergibt sich darüber hinaus auch aus dem Wesen der Konvention, die die Achtung der Würde und Freiheit des

Menschen schützt.<sup>33</sup> Auch Art. 14 EMRK enthält kein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung von LGBTQI+-Personen. Da es sich aber um eine ebenso schwerwiegende Diskriminierung wie die Diskriminierung aufgrund von „Rasse, Hautfarbe und Abstammung“ handelt und es sich bei den genannten Aspekten nur um Beispiele handelt, schützt der EGMR die sexuelle Orientierung gleichermaßen.<sup>34</sup> Art. 11 EMRK umfasst schließlich auch das Recht sich als Gruppe, die sich für LGBTQI+-Personen einsetzt, registrieren zu lassen.<sup>35</sup>

In politischer Hinsicht hat die EU-Kommission am 12. November 2021 eine EU-Strategie zur Gleichstellung von lesbischen, schwulen, bisexuellen, transgender-, nicht-binären, intersexuellen und queeren Personen vorgestellt.<sup>36</sup> Sie besteht aus vier Säulen: Bekämpfung von Diskriminierung, Gewährleistung von Sicherheit, Aufbau inklusiver Gesellschaften und Führungsrolle der EU bei der Forderung nach Gleichstellung weltweit. Es ist zu erwarten, dass die politischen Bemühungen in Zukunft auch Auswirkungen auf die Mitgliedstaaten zeigen werden.

#### IV. Ein nationaler Blick

Eine aus deutscher Perspektive vorgenommene Betrachtung des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-Personen kommt nicht umhin, in einem kurzen Exkurs das internationale Engagement Deutschlands aufzuzeigen. In Deutschland ist LGBTQI+-Menschenrechtsschutz der feministischen Außenpolitik untergliedert. Das sogenann-

28 EGMR, *Vallianatos u.a. / Griechenland* (29381/09 und 32684/09), Urteil vom 7. November 2013.

29 EGMR, *J.L. / Italien* (5671/16), Urteil vom 27. Mai 2021.

30 EGMR, *Fedotova u.a. / Russland* (40792/10, 30538/14 und 43439/14), Urteil vom 13. Juli 2021.

31 EGMR, *Schalk und Kopf. / Österreich* (30141/04), Urteil vom 24. Juni 2010; *Chapin und Charpentier. / Frankreich* (40183/07), Urteil vom 9. Juni 2016.

32 EGMR, *Eweida u.a. / Großbritannien* (48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10), Urteil vom 15. November 2011.

33 EGMR, *I. / Vereinigtes Königreich* (25680/94 Nr. 70), Urteil vom 11. Juli 2002.

34 Statt vieler EGMR, *Salgueiro da Silva Mouta. / Portugal* (33290/96), Urteil vom 21. Dezember 1999; *Taddeucci und McCall. / Italien* (51362/09), Urteil vom 30. Juni 2016.

35 EGMR, *Zhdanov. / Russland* (2200/08), Urteil vom 16. Juli 2019.

36 LGBTIQ Equality Strategy – 2020–2025, abrufbar unter: [https://commission.europa.eu/document/5100c375-87e8-40e3-85b5-1adc5f556d6d\\_de](https://commission.europa.eu/document/5100c375-87e8-40e3-85b5-1adc5f556d6d_de) (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

te LSBTI-Inklusionskonzept<sup>37</sup> aus dem Jahre 2021 gibt den strategischen Rahmen vor, innerhalb dessen das internationale Engagement erfolgt. Das Konzept ist darauf ausgelegt, primär die Zivilgesellschaft zu unterstützen, etwa durch die Förderung von Projekten von Nichtregierungsorganisationen. Derzeit (seit September 2022) hat Deutschland den Vorsitz in der bereits erwähnten "Equal Rights Coalition" und hat dort ein neues Generalsekretariat für die Allianz und Ausrichtung der nächsten internationalen ERC-Konferenz 2024 geschaffen. Seit 2016 ist Deutschland Mitglied der LGBTQI+-Kerngruppe in den Vereinten Nationen und gehört dem "Global Equality Fund"<sup>38</sup> an. Deutschland hat alle wesentlichen Verträge zum Schutz von Menschenrechten unterzeichnet. Zwar stehen diese (etwa die EMRK) vom Rang her unter dem Grundgesetz, das aber völkerrechtsfreundlich auszulegen ist,<sup>39</sup> weil die Berücksichtigung der Gewährung der EMRK und den Entscheidungen des EGMR zur Bindung an Gesetz und Recht gehören und bei der Rechtsanwendung miteinzubeziehen sind.<sup>40</sup>

Da das Grundgesetz den Menschenrechtsschutz in weiten Teilen sicherzustellen vermag und der Schutz von LGBTQI+-Personen zwar nicht explizit erwähnt, aber durch das Bundesverfassungsgericht entwickelt wurde, ist Deutschland nur selten Adressat wichtiger Entscheidungen des EGMR. Das zuletzt für Deutschland aus dem Bereich LGBTQI+-Rechte geführte Verfahren über die Frage, ob ein Trans\*mann als Vater anstatt als Mutter in das Personenstandsregister eingetragen werden kann (dazu sogleich mehr), bestätigt diesen Eindruck. Um dennoch einmal den kritischen Blick nach innen zu richten, sei die für Deutschland wohl eindeutigste Entschei-

dung ins Feld geführt.<sup>41</sup> Dem Verfahren vor dem EGMR lag eine Klage aus dem Jahre 1993 gegen eine private Krankenversicherung auf Erstattung einer Hormontherapie und anteilig der Kosten einer geschlechtsangleichenden Operation zugrunde.<sup>42</sup> Die Klage wurde zurückgewiesen; das KG Berlin bestätigte diese Entscheidung und verwies in der Klage unter anderem darauf, dass die Klägerin ihre Krankheit vorsätzlich herbeigeführt habe.<sup>43</sup> Der EGMR entschied, dass Art. 8 EMRK auch das Recht auf Geschlechtsidentität und persönliche Entfaltung schützt und daher kein Beweis für die Herkunft von Transidentität verlangt werden dürfe, deren Wesen und Ursache ungewiss seien.<sup>44</sup>

## V. Aktuelle Problemstellungen

Homosexualität ist noch in mindestens 69 Ländern strafbar, in sieben droht für gleichgeschlechtliche sexuelle Handlungen die Todesstrafe; mindestens neun Staaten kriminalisieren trans\* und nicht-binäre Geschlechtsidentitäten.<sup>45</sup> Häufig geht die Kriminalisierung von nicht-heteronormativem Sexualverhalten und nicht-binären Geschlechtsidentitäten mit erheblichen Einschränkungen einher; Gewalt und Diskriminierung werden akzeptiert, gar teilweise gefördert. Aber selbst, wenn faktisch eine Entkriminalisierung stattgefunden hat, ist die Lebensrealität von einer gleichberechtigten Teilhabe oft weit entfernt. Der Zugang zur Bildung, Arbeit, Wohnung und Gesundheitsversorgung sind nur einige der Aspekte, die hier nach wie vor Menschenrechtsverletzungen weltweit abbilden. Ähnlich der historischen Entwicklung des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-

37 Abrufbar unter: <https://www.bmz.de/resource/blob/86798/lsbti-inklusionskonzept-de.pdf> (zuletzt besucht am 26. Juni 2023).

38 Übersicht aller Mitgliedsstaaten abrufbar unter: <https://www.state.gov/countries-and-areas-list/> (zuletzt besucht am 23. Juli 2023).

39 BVerfGE 128, 326.

40 BVerfGE 111, 307.

41 EGMR, *van Kück ./ Deutschland* (35968/97), Urteil vom 12. Juni 2003.

42 Ibid.

43 Ibid.

44 Ibid.

45 Eine Übersicht aller Staaten findet sich auf der ständig aktualisierten Weltkarte der ILGA, abrufbar unter: <https://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

Personen ist auch heute weltweit keine lineare Entwicklung zu erkennen. Während in einigen Staaten Entkriminalisierung und Entstigmatisierung Platz greifen, kann sich die Situation in anderen Staaten gleichzeitig wieder verschlechtern, etwa durch einen Regierungswechsel.<sup>46</sup> Eine einmal vollzogene positive Entwicklung darf entsprechend nicht die Erwartung stetiger Verbesserung des Menschenrechtsschutzes wecken. Ungarn und Polen galten lange Zeit als sichere Staaten für LGBTQI+-Personen – im Jahre 2021 aber eröffnete die EU-Kommission ein Verfahren gegen Ungarn und Polen wegen der Verletzung der Grundrechte von LGBTQI+-Personen.<sup>47</sup>

Die aktuelle Problemlage lässt sich daher in einer internationalen Inkonsistenz zusammenfassen: Während teilweise die Abschaffung der Todesstrafe für die Vornahme homosexueller Handlungen der nächste Schritt des Menschenrechtsschutzes ist, gilt es andernorts, das Abstammungsrecht an die moderne Fortpflanzungsmedizin anzupassen und etwa Trans\*personen die Wahl einer ihrem Geschlecht zugehörigen Elternbezeichnung zu ermöglichen. Eine umfassende Darstellung aller derzeitigen Herausforderungen des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-Personen lässt sich daher kaum realisieren. Es bietet sich daher an, zwei Beispiele herauszugreifen, die jeweils in anderer Intensität den Menschenrechtsschutz betreffen.

## 1. Konversionsmaßnahmen als Menschenrechtsverletzungen

Im Februar dieses Jahres rückte das Thema Konversionsmaßnahmen in die Presseöffentlichkeit, als die Menschenrechtskommissarin des Europarates, *Dunja Mijatovic*, die Mitgliedstaaten dazu aufrief, Konversionsmaßnahmen zu verbieten.<sup>48</sup> Die Konversionsmaßnahme, oder wie das deutsche Verbotsgesetz sie nennt „Konversionsbehandlung“ (eine missliche Wortwahl, die einen behandlungsbedürftigen Zustand suggeriert<sup>49</sup>), ist gelegentlich unter dem verkürzenden Schlagwort der „Heilung Homosexueller“ bekannt. Durch sogenannte Konversionsmaßnahmen sollen Homo- und Trans\*geschlechtliche<sup>50</sup> „geheilt“, ihnen also ein heterosexuelles oder zumindest abstinentes Leben ermöglicht und Transgeschlechtlichen eine dem Zuweisungsgeschlecht konform gehende Geschlechtsidentität „beigebracht“ werden. Die Herkunft derartiger Maßnahmen ist oft (aber nicht ausschließlich) religiöser Natur und daher gleichsam ein historisches und theologisches, daneben auch ein medizinisches und psychologisches Phänomen. Diese Forderung folgte einem Bericht, nachdem sich in der Europäischen Union Schätzungen zufolge zwei Prozent der nicht-heterosexuellen Menschen einer Konversionsmaßnahme unterzogen haben, weiteren fünf Prozent wurde eine solche Maßnahme nahegelegt.<sup>51</sup> Verbote gibt es erst vereinzelt und diese haben ihren Ursprung nicht in Europa.

46 Eine eingehende Darstellung der historischen Kriminalisierungsentwicklung findet sich bei *Jennifer Grafe*, Zur Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlungen, 2022, S. 11 ff.

47 Europäische Kommission, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrages über die Europäische Union zur Rechtsstaatlichkeit in Polen, COM/2017/0835 vom 20. Dezember 2017.

48 Stellungnahme und Bericht abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/nothing-to-cure-putting-an-end-to-so-called-conversion-therapies-for-lgbti-people> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

49 Vgl. eingehend *Grafe* (Fn. 46), S. 9 f.

50 Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird auf die Nennung weiterer, hier stets mitzulesender, Sexualitäten und Geschlechtlichkeiten verzichtet.

51 Stellungnahme und Bericht abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/nothing-to-cure-putting-an-end-to-so-called-conversion-therapies-for-lgbti-people> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

Als erster Vorreiter eines Schutzgesetzes vor Konversionsmaßnahmen kann das in Brasilien 1999 erlassene Verbot, homosexuelles Verhalten zu pathologisieren und Homosexuelle zwangsweise in psychologische Kliniken einzuweisen, angesehen werden.<sup>52</sup> Eine ähnliche Zielrichtung verfolgte Ecuador im Mai 2012 mit dem Verbot der Behandlung Homosexueller in Rehabilitationskliniken.<sup>53</sup> Nach den ersten Wegbereitern kam es auch international zu einem Umdenken.

Das erste staatliche Verbot weltweit erließ der US-Bundesstaat Kalifornien im September 2012. Er verbot Behandlungen Minderjähriger mit dem Ziel, deren sexuelle Orientierung zu ändern, unabhängig davon, ob diese das selbst wünschen (Senate-Bill No. 1172 – Sexual orientation change efforts).<sup>54</sup> Das Verbot gilt unabhängig davon, wer die Maßnahme vollzieht und erfasst sämtliche Praktiken, die auf die Änderung der sexuellen Orientierung abzielen.<sup>55</sup> Diese kalifornische Gesetzgebung fand auch in Deutschland Beachtung<sup>56</sup> und hat eine Untersuchung des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages zur „Verfassungsmäßigkeit eines Verbots von Therapien zur Behandlung der Homosexualität“ in Deutschland ausgelöst, an deren Ende das Ergebnis stand, dass sowohl eine zivilrechtliche Regelung, die die Unwirksamkeit einer Einwilligung der Eltern oder des Kindes in eine Konversionsmaßnahme regelt, als auch ein straf- oder bußgeldbewehrtes Verbot einer Konversionsmaßnahme an Minderjährigen verfassungsgemäß wäre.<sup>57</sup> Einige Gesetzesvorhaben scheiterten, bevor das in dritter

Lesung am 7. Mai 2020 mit den Stimmen der Koalitionsfraktionen und der FDP-Fraktion bei Enthaltung der übrigen Fraktionen und einer Gegenstimme aus der AfD-Fraktion beschlossene Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen am 12. Juni 2020 in Deutschland in Kraft trat.<sup>58</sup> Dieses Gesetz verbietet in § 2 die Vornahme von Konversionsmaßnahmen an Personen unter 18 Jahren und Einwilligenden, die an einem Willensmangel leiden. § 5 Abs. 1 bedroht die Zuwiderhandlung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe. Für Fürsorge- und Erziehungsberechtigte sieht § 5 Abs. 2 KonvBehSchG Straffreiheit vor, wenn sie durch die Tat „nicht ihre Fürsorge- oder Erziehungspflicht gröblich verletzen“. Flankiert wird das strafbewehrte Verbot von einem bußgeldbewehrten Werbungs-, Anbieters- sowie Vermittlungsverbot (§ 3 in Verbindung mit § 6 KonvBehSchG) und der Einrichtung von Beratungsangeboten (§ 4 KonvBehSchG). Mittlerweile sind Konversionsmaßnahmen in 15 Bundesstaaten der USA, zuletzt seit 2019 in New York, verboten. Diese Entwicklung ist andernorts nicht anzutreffen. Noch heute werden in mindestens 68 Staaten Konversionsmaßnahmen praktiziert. In nur fünf Staaten werden sie offiziell kriminalisiert. In Spanien gibt es in fünf Regionen Gesetze zum Schutz vor Konversionsmaßnahmen,<sup>59</sup> ein landesweites Gesetz fehlt nach wie vor. In anderen Staaten, zum Beispiel in der Schweiz oder den Niederlanden, beschränken sich die Bestimmungen auf den Ausschluss einer Bezahlung der Konversionsmaßnahme durch die Krankenversicherung oder berufsrechtliche Vorgaben für die Ausführenden.<sup>60</sup>

Obwohl Konversionsmaßnahmen im internationalen Menschenrechtssystem klar als Menschenrechtsverletzung eingeordnet werden,<sup>61</sup> findet sich in internationa-

52 Vgl. ausführlich *Lucie Chiquer et al.*, Die „Konversionstherapien“ weltweit: Eine wenig bekannte Foltermethode, abrufbar unter: <https://www.growthinktank.org/de/die-konversionstherapien-weltweit-eine-wenig-bekannte-foltermethode/> (zuletzt besucht am 29. Mai 2023).

53 Ibid.

54 Zur rechtlichen Einordnung dieser Regelung vgl. Deutscher Bundestag Wissenschaftliche Dienste, WD 9-3000-126/12, S. 6 ff.

55 Ibid, S. 7.

56 Ibid.

57 Ibid, S. 14.

58 BGBl. I, S. 1285, zur Stimmverteilung vgl. BT-Plenarprotokoll 19/158, 19658 C.

59 Madrid, Murcia, Andalusien, Aragonien und Valencia; *Chiquer et al.* (Fn. 52).

60 Ibid.

61 Vgl. ausführlich *Petra Follmar-Otto*, Staatliches Handeln gegen „Konversionsmaßnahmen“ und

len und europäischen Menschenrechtsverträgen nirgends ein explizites Verbot von Konversionsmaßnahmen. Bereits 2010 hatte der Sonderberichtersteller der Vereinten Nationen für das Recht auf Gesundheit Konversionsmaßnahmen als Verletzung dieses Rechts eingeordnet.<sup>62</sup>

Viel beachtet wurde der Bericht zu Folter und Misshandlungen in medizinischen Settings im Jahr 2013 des UN-Sonderberichterstatters gegen Folter, der Konversionsmaßnahmen ohne Einwilligung als Menschenrechtsverletzung ansah;<sup>63</sup> dieser Einschätzung schloss sich 2016 der UN-Menschenrechtsrat an und empfahl den UN-Mitgliedstaaten, solche Praktiken zu verbieten.<sup>64</sup> Diese Wertungen wurden von den Fachausschüssen zur UN-Anti-Folterkonvention<sup>65</sup> und zum UN-Zivilpakt<sup>66</sup> übernommen. Es kam nur langsam zur Verabschiedung derartiger Verbotsgesetze. Ein wesentlicher Meilenstein des Menschenrechtsschutzes wird es sein, zunächst ein Verbot in den europäischen Staaten flächendeckend zu etablieren.

## 2. Elternschaft von Trans\*personen

Eine aktuelle Entscheidung des EGMR verhält sich zu der europaweit und auch in Deutschland interessanten Frage der Mutter- und Vaterschaft von Trans\*personen.<sup>67</sup>

---

der Menschenrechtsschutz von LSBTI, in: Bundesstiftung Magnus Hirschfeld (Hrsg.), Abschlussbericht Wissenschaftliche Bestandsaufnahme der tatsächlichen und rechtlichen Aspekte von Handlungsoptionen unter Einbeziehung internationaler Erfahrungen zum geplanten „Verbot sogenannter ‚Konversionstherapien‘“ in Deutschland zum Schutz homosexueller Männer, Frauen, Jugendlicher und junger Erwachsener vor Pathologisierung und Diskriminierung, 2019, S. 180-191.

62 UN Dok. A/HRC/14/20.

63 UN Dok. A/HRC/22/53.

64 UN Dok. A/HRC/38/43.

65 UN Dok. CAT/C/CHN/CO/5, Nr. 55f.

66 UN Dok. CCPR/C/KOR/CO/4, Nr. 15.

67 EGMR, *O.H. und E.H. ./ Deutschland* (53568/18 und 54941/18), Urteil vom 4. April 2023.

Die vor dem EGMR anhängigen Verfahren sind nicht nur deshalb interessant, weil sie das Abstammungsrecht zum Gegenstand haben, sondern auch, weil sie gegen Deutschland gerichtet sind. § 1591 BGB regelt die rechtliche Mutterschaft. Mutter eines Kindes ist demnach die Person, die es geboren hat. Damit wird ein Trans\*-Mann, der ein Kind gebärt, Mutter des von ihm geborenen Kindes. Da jedes Kind nur eine Mutter hat, kann eine Trans\*-Frau nach aktueller Rechtslage nicht von Geburt an (auch) Mutter des Kindes werden. Möglich ist aber die sogenannte Sukzessivadoption (§ 1741 Abs. 3 S. 2 BGB), die eine Vater- oder Mutterschaft begründen kann. Vater des Kindes ist nach § 1592 BGB der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, der die Vaterschaft anerkannt hat oder dessen Vaterschaft nach § 1600d oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist. Anknüpfungspunkt für „Mann“ und „Frau“ nach dem Gesetzeswortlaut ist jeweils das biologische Geschlecht.<sup>68</sup> Die genetische Herkunft des Kindes spielt keine Rolle. Ein den Begriffen entgegenstehender oder diverser Geschlechtseintrag hindert die Eintragung als „Mutter“ oder „Vater“ nicht.<sup>69</sup> Sind demnach zwei Trans\*-Personen bei der Geburt verheiratet und gebärt der Trans\*-Mann das Kind, wird dieser Mutter, die Trans\*-Frau der Vater (ohne die Möglichkeit, auch Mutter zu werden, da bei Vorliegen der Vaterschaft eine Sukzessivadoption ausgeschlossen ist). Denkbar sind darüber hinaus verschiedenste Konstellationen, wobei Hauptanknüpfungspunkt für den Gesetzgeber stets die Problematik bleibt, dass die gebärende Person immer Mutter und niemals Vater sein kann.

Der Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht entschieden dazu, dass ein Trans\*mann, der ein Kind gebärt, im Geburtenregister nicht als Vater registriert wer-

---

68 Dieter Hahn, in: Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 66. Ed., 2023 § 1591 BGB, Rn. 1.

69 BGH NJW 2018, S. 471.



den kann. Umgekehrt also eine Trans\*frau, aus deren Samen ein Kind entstanden ist, nicht als Mutter. Der EGMR bestätigte, dass diese Vorgehensweise nicht das Recht aus Art. 8 EMRK auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt.<sup>70</sup> Zur Begründung zog er heran, dass in diesen Fällen private und öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen seien, da auch das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und das öffentliche Interesse an der Richtigkeit des Personenstandsregisters betroffen seien.<sup>71</sup> Gleichzeitig sei die Eintragung mit den ursprünglichen Namen der Eltern rechtmäßig.<sup>72</sup>

Die Entscheidung des EGMR mag man in politischer Hinsicht angreifen wollen, in rechtlicher Hinsicht zeigt sie aber auf, welche weitreichenden Auswirkungen Menschenrechte mit sich bringen können und wie sie in einem zum Teil wenig ausgeformten Raum mit besonderer Behutsamkeit für eine Entwicklung fruchtbar gemacht werden können, wobei widerstreitende Interessen zu berücksichtigen und auszugleichen sind. Denn in der vorliegenden Entscheidung wird sichtbar, dass der Menschenrechtsschutz bei aller Bedeutung und Wirksamkeit rudimentär bleiben muss, wenn er als Achtung naturgegebener Rechte verstanden wird. Die dahinterstehenden Rechtsfragen können nicht mit dem Menschenrechtsschutz beurteilt werden. Denn hier stellt sich z. B. die Problematik, welches Begriffsverständnis wir eigentlich der Mutter zuordnen. Nur im sozialen und psychologischen Sinne verbindet man mit dem Begriff der „Mutter“ (vorschnell) eine Frau. Im biologischen Sinne immerhin ist Mutter diejenige Person, die die Eizelle getragen hat, aus der ein Embryo entstanden ist. Spricht das deutsche Gesetz davon, dass Mutter eines Kindes „die Frau“ ist, die es geboren hat, so ließe sich die Frage aufwerfen, wofür es die Bezugnahme auf „die Frau“ bedarf. Denn es wäre ebenso zielführend, davon zu sprechen, dass Mutter eines Kindes die

Person ist, die es geboren hat. Es ist zumindest nicht völlig fernliegend, anstelle der Frage nach einer anderweitigen Bezeichnung die Frage nach einer anderweitigen sprachlichen Bedeutungszuweisung (nicht an das Geschlecht, sondern an einen anderen objektivierbaren Vorgang [genauer: Geburtsvorgang]) zu stellen. Eine solche Entwicklung bleibt aber dem einfachen Recht vorbehalten und verlässt den Boden des Menschenrechtsschutzes.

## VI. Fazit

Die historische Entwicklung des Menschenrechtsschutzes von LGBTQI+-Personen verläuft nicht linear, sondern mal regressiv und mal progressiv. Die auffälligste Besonderheit ist, dass nicht einmal rudimentäre Rechte von LGBTQI+-Personen ausdrücklich in den einschlägigen Vertragswerken verankert sind. Dies fügt sich auch in das nationale Bild ein, da erst in dieser Legislaturperiode die Aufnahme der Gleichberechtigung von queeren Menschen in Art. 3 GG thematisiert wurde und sich auch ansonsten keine explizite Regelung im Grundgesetz findet. Anders als in Deutschland ist es aber derzeit weltweit politisch kaum möglich, die bestehenden Vertragswerke um explizite Menschenrechte für LGBTQI+-Personen zu ergänzen, ohne die Mitwirkung einiger Nationen zu verlieren. Die Aufmerksamkeit für die Menschenrechte von LGBTQI+-Personen wurde durch Gerichte und politische Bemühungen verstärkt, die mit der Zeit eine umfassende Kasuistik entwickelten und den Schutz damit verbesserten. Dabei darf man nicht verkennen, dass die weltweit unterschiedlichen Fortschritte den Menschenrechtsschutz auf eine Zerreißprobe zwischen Wirksamkeit und Anerkennung in den Staaten stellen, in denen Homosexualität heute noch bestenfalls als Krankheit angesehen wird oder gar mit der Todesstrafe bedroht ist (wie sie jüngst in Uganda wieder eingeführt wurde)<sup>73</sup>, und dem Instrumentarium für die Erfassung mit dem Fortschritt

70 EGMR, *O.H. und E.H. ./ Deutschland* (53568/18 und 54941/18), Urteil vom 4. April 2023.

71 Ibid.

72 Ibid.

73 Tagesschau vom 29. Mai 2023, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/afrika/uganda-lgbtq-gesetz-100.html> (zuletzt besucht am 26. Juni 2023).

neu aufkommender Fragen. Während in Afrika die „korrigierende Vergewaltigung“ praktiziert wird, bei der primär lesbische Frauen von heterosexuellen Männern vergewaltigt werden, um ihre Homosexualität zu „korrigieren“ oder zu „heilen“,<sup>74</sup> und derartige Methoden der Konversion unter Zuhilfenahme der Menschenrechte politisch bekämpft werden sollen, diskutieren wir hierzulande über die Eintragung von Trans\*eltern ins Geburtenregister. Beides verdeutlicht, wie wichtig die einfachrechtliche Ausgestaltung von Menschenrechten für LGBTQI+-Personen ist.

---

74 Sehr ausführlich und eindrucksvoll *Sarah Doan-Minh*, Corrective Rape: An Extreme Manifestation of Discrimination and the State's Complicity in Sexual Violence, in: *Hastings Women's Law Journal* 30 (2019), S. 167–196.

## Fragen nach gerechter Verteilung – eine menschenrechtliche Analyse der Allokation am Beispiel von COVID-19-Impfstoffen für Ältere

Lina Heuberger

---



---

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Das Menschenrecht auf Gesundheit – Hintergrund, rechtliche Verankerung und Praxis
- III. Verteilungsfragen – Grundlagen moraltheoretischer Konzepte für Allokationsentscheidungen
- IV. Die Menschenrechte als Grundlage für Allokationsentscheidungen in der Medizin
- V. Allokation von COVID-19-Impfstoff in Deutschland am Beispiel Älterer
- VI. Fazit und Ausblick

“Health is both a human right in itself and an essential means for the realization of other human rights.”<sup>1</sup>

### I. Einführung

Das obige Zitat verdeutlicht den außerordentlichen Stellenwert von Gesundheit – sowohl für unser aktuelles Wohlbefinden als auch als Bedingung für die Verwirklichung weiterer Menschenrechte. Die Gesundheit gilt folglich als besonders schützenswertes Gut. Völkerrechtliche Verträge definieren ein Menschenrecht auf Gesundheit und verpflichten zur Gewährleistung von gleichberechtigtem Zugang zu diesem Recht.<sup>2</sup> Zum Schutz der Gesundheit wurde daher mit Beginn der globalen COVID-

19-Pandemie das wirtschaftliche und soziale Leben auf ein Minimum begrenzt. Zudem machte die Knappheit medizinischer Ressourcen im Verlauf der Pandemie die Überlegung notwendig, wie und an wen medizinische Güter, besonders COVID-19-Impfstoffe, verteilt werden sollen. Dafür wurden sowohl national als auch international Strategien und Konzepte zur Priorisierung bei der Impfstoff-Allokation entwickelt. Welche Rolle die Menschenrechte im Kontext der Ressourcenverteilung spielen und wie eine menschenrechtsbasierte Allokationsstrategie aussehen kann, wird im Rahmen des Beitrags analysiert.

### II. Das Menschenrecht auf Gesundheit – Hintergrund, rechtliche Verankerung und Praxis

Gesundheit gilt als Bedingung für die Realisierung von Lebensplänen und die Teilnahme am „politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben [der] Gesellschaft.“<sup>3</sup> Gesundheit und die damit verbundene Funktionsfähigkeit des Individuums sind laut Daniels auch Grundvoraussetzungen für soziale Gleichberechtigung nach Rawls Konzept „fairer Chancengleichheit.“<sup>4</sup> Daniels stützt damit seine Forderung nach einem Recht auf Gesundheitsversorgung, da „sich die soziale Verpflichtung, den Bedarf an Gesundheitsfürsorge zu erfüllen, von der allgemeineren sozialen Verpflichtung ableitet, eine faire Chancengleichheit

---

1 Zahara Nampewo/Jeniffer H. Mike/Jonathan Wolff, Respecting, protecting and fulfilling the human right to health, in: *International Journal for Equity in Health* 21 (2022), S. 1.

2 General Comment No. 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), UN Dok. E/C.12/2000/4.

---

3 Norman Daniels, Gerechtigkeit, Gesundheit und Gesundheitsversorgung, in: Nikola Biller-Andorno et al. (Hrsg.), *Medizinethik*, 2021, S. 131–160 (134).

4 John Rawls, *A Theory of Justice*, 1971.

zu garantieren.“<sup>5</sup> Auch in Bezug auf die Inanspruchnahme von Menschenrechten spielt die Gesundheit eine bedeutende Rolle und gilt als notwendige Bedingung sowohl für die Teilnahme an gesellschaftlichen und politischen Aktivitäten als auch für die Ausübung sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte.<sup>6</sup> Gruskin et al. skizzieren die wechselseitige Beziehung zwischen Gesundheit und den Menschenrechten: Die Vernachlässigung oder Verletzung von Menschenrechten gefährdet die Gesundheit von Individuen und Gesellschaften. Gleichzeitig kann eine Beeinträchtigung der Gesundheit Auswirkungen auf die Ausübung der Menschenrechte haben. Aus diesem Zusammenhang wird eine staatliche Verpflichtung zur Bereitstellung grundlegender Gesundheits- und Sozialleistungen abgeleitet.<sup>7</sup> Da auch die sozialen Determinanten von Gesundheit wie Bildung, Wohnung und Arbeitsplatz in den Menschenrechten verankert und alle Menschenrechte miteinander verbunden und voneinander abhängig sind,<sup>8</sup> erscheint eine isolierte Betrachtung einzelner Menschenrechte nicht ausreichend, um das Menschenrecht auf Gesundheit zu gewährleisten.

Die besondere Relevanz von Gesundheit wurde im Rahmen verschiedener internationaler Verträge und Abkommen verankert. In der Verfassung der Weltgesundheitsorganisation (WHO) wird bereits 1946 ein universelles Recht auf Gesundheit formuliert.<sup>9</sup> Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948 berücksichtigt das Menschenrecht auf Gesundheit

im Rahmen von Artikel 25, dem „Recht auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet.“<sup>10</sup> 1966 wurde das Menschenrecht auf Gesundheit schließlich auch als eigenständiges Recht im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte (UN-Sozialpakt, IPwskR) der Vereinten Nationen (UN) verankert, in Form des „Recht[s] eines jeden Menschen auf ein für ihn erreichbares Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit.“<sup>11</sup> Im General Comment No. 14 wird das Menschenrecht auf Gesundheit genauer definiert und die praktische Umsetzung diskutiert.<sup>12</sup> Zudem werden staatliche Möglichkeiten und Verpflichtungen formuliert, „die politischen, sozioökonomischen und ökologischen Bedingungen von Gesundheit mitzugestalten,“<sup>13</sup> um das Menschenrecht auf Gesundheit zu achten, zu schützen und dessen Ausübung zu gewährleisten (Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten).<sup>14</sup> Es handelt sich hierbei jedoch nicht um ein Recht auf „Gesundsein,“ sondern vielmehr um die Gewährleistung von „diskriminierungsfreie[m] Zugang zu einem – sich gesellschaftlich stets entwickelnden – Gesundheitssystem.“<sup>15</sup> Staaten sind verpflichtet, im Rahmen nationaler Gesetz-

5 Norman Daniels, Gerechte Gesundheitsversorgung, in: Urban Wiesing (Hrsg.), Ethik in der Medizin. Ein Studienbuch, 2020, S. 308–311 (310).

6 Nampewo/Mike/Wolff (Fn. 1), S. 2.

7 Sofia Gruskin/Edward Mills/Daniel Tarantola, History, principles, and practice of health and human rights, in: The Lancet 370 (2007), S. 449–455.

8 Ibid., S. 450.

9 Die WHO definiert die Gesundheit dabei als einen Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens: „Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of dis-

ease or infirmity.“ World Health Organization, Off. Rec. Wld Hlth Org., 2, 100, Constitution of the World Health Organization, 1946.

10 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, A/810, S. 71; dt. z. B. abgedruckt in: Sartorius II Nr. 19.

11 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 993, S. 3; BGBl. 1973 II, S. 1570, Art. 12 Abs. 1.

12 General Comment No. 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), CESCR, UN Dok. E/C.12/2000/4.

13 Michael Krennerich, Das Menschenrecht auf Gesundheit. Grundzüge eines komplexen Rechts, in: Andreas Frewer/Heiner Bielefeldt (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Gesundheit. Normative Grundlagen und aktuelle Diskurse. Menschenrechte in der Medizin, Band 1, 2016, S. 57–92 (66).

14 Ibid, S. 83.

15 Heiner Bielefeldt, Der Menschenrechtsansatz im Gesundheitswesen, in: Andreas Frewer/Heiner Bielefeldt (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Ge-

gebung das Menschenrecht auf Gesundheit der Bürger:innen zu wahren und allen gleichberechtigt Zugang zu diesem Recht zu gewähren. Die Menschenrechte sind also „nicht nur eine Orientierung, sondern sie sind auch verbindliche Maßstäbe für staatliche Entscheidungen, aufgrund der staatlichen Verpflichtungen der Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen.“<sup>16</sup>

Die Frage nach der tatsächlichen Umsetzbarkeit eines Menschenrechts auf Gesundheit wird immer wieder kontrovers diskutiert. Da es sich beim Menschenrecht auf Gesundheit um ein Freiheitsrecht handelt, resultiert daraus nicht zwangsläufig ein direkter Versorgungsanspruch. Vielmehr geht es um Selbstbestimmung über Körper und Gesundheit, Würde und den Respekt der individuellen Autonomie. Dennoch sind die Staaten zu progressiver Verbesserung der Bereitstellung von medizinischer Versorgung verpflichtet und müssen „Kernverpflichtungen“ wie die Gewährleistung von diskriminierungsfreiem Zugang zu Gesundheitsleistungen unmittelbar umsetzen.<sup>17</sup> Die materiellen Leistungen, die erbracht werden müssen, richten sich nach dem Entwicklungsstand des jeweiligen Staates. Aus dem Menschenrecht auf Gesundheit resultiert also ein Anspruch, der in der Praxis von der Verfügbarkeit angemessener Ressourcen und anderen sozioökonomischen Bedingungen abhängt. Da die Menschenrechte nicht an Staatsangehörigkeit geknüpft sind, wurde immer wieder die völkerrechtliche Verpflichtung zu extraterritorialer Achtung, Schutz und Gewährleistung der Menschenrechte – auch des Menschenrechts auf Gesundheit – diskutiert. Die Existenz einer internationalen Achtungs-

pflicht ist mittlerweile völkerrechtlich anerkannt.<sup>18</sup> Laut UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte muss bei staatlichem Handeln im bilateralen oder multilateralen Kontext das Menschenrecht auf Gesundheit gewahrt werden. Die Vertragsstaaten sind außerdem verpflichtet, die Ausübung des Rechts auf Gesundheit in anderen Ländern zu respektieren und Dritte an einer Verletzung dieses Rechts zu hindern.<sup>19</sup> Transnationale Kooperation im Gesundheitswesen und Zusammenarbeit im Rahmen der globalen Gesundheitspolitik sind sowohl für die nationale als auch die internationale Gewährleistung von Gesundheitsversorgung von Bedeutung, wie im Rahmen der COVID-19-Pandemie bei der Frage nach gerechter globaler Ressourcenverteilung deutlich wurde.<sup>20</sup>

### III. Verteilungsfragen – Grundlagen moraltheoretischer Konzepte für Allokationsentscheidungen

Bei der praktischen Umsetzung des Rechts auf Gesundheit sehen sich Regierungen als Leistungserbringer mit einigen Herausforderungen konfrontiert: Der demographische Wandel, Multimorbidität sowie wachsender ökonomischer Druck im Gesundheitssystem und steigende Kosten für medizinische Versorgung<sup>21</sup> machen Einschränkungen bei Zugang und Angebot notwendig. Bereits zu Beginn der COVID-19-Pandemie rückte die Diskussion um die Verteilung von Gesundheitsleistungen in Deutschland in den sozialpolitischen Fokus. Die Knappheit medizinischer Ressourcen und die große Zahl schwer betroffener Patient:innen erforderte eine Priorisierung, eine „systematisch begründete Bildung von

---

sundheit. Normative Grundlagen und aktuelle Diskurse, Menschenrechte in der Medizin, Band 1, 2016, S. 19–56 (47).

16 Sabine Klotz/Andreas Frewer, Medizinethik und Menschenrechte für Ältere. Schutz im Alter – neue Corona-Herausforderungen. Zur Einführung, in: Andreas Frewer/Sabine Klotz/Caroline Emmer De Albuquerque Green (Hrsg.), Recht und Ethik in der Medizin für ältere Menschen. Aktuelle Forschungsarbeiten, MEM 4, 2022, S. 13–34 (23).

17 CESCR (Fn. 12).

18 Bielefeldt (Fn. 15).

19 CESCR (Fn. 12).

20 Rui Nunes, Healthcare as a Universal Human Right, 2021.

21 Georg Marckmann, Mittelverteilung im Gesundheitswesen. Einführung, in: Urban Wiesing (Hrsg.), Ethik in der Medizin. Ein Studienbuch, 2020, S. 287–301.

Ranglisten.“<sup>22</sup> Daher wurden Strategien zur gerechten Allokation formuliert.<sup>23</sup> National wie international gibt es wenig rechtlich bindende Regelungen zur Verteilung knapper Ressourcen. Da es sich bei den im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland formulierten Grundrechten um primäre „Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber staatlichen Eingriffen“<sup>24</sup> handelt, lässt sich daraus nur bedingt ein Anspruch auf Gesundheitsleistungen in Mangelsituationen ableiten. Allerdings ist der Staat angehalten, „im Rahmen seines Auftrags zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrags das Existenzminimum des Einzelnen zu gewährleisten.“<sup>25</sup> Das beschriebene soziokulturelle Existenzminimum schließt den Bereich der Gesundheitsfürsorge mit ein; doch auch hier fehlen eindeutige Vorgaben oder eine Verankerung dieser Verpflichtungen in der Verfassung – dem Gesetzgeber wird ein „Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum“<sup>26</sup> eingeräumt. Es gestaltet sich also schwierig, gesetzlich verbindliche Regelungen zu formulieren.

Dagegen existieren verschiedene etablierte moraltheoretische Konzepte zur Frage nach der priorisierten Verteilung knapper Güter, die auf egalitären, utilitaristischen oder prioritaristischen Grundsätzen basieren. Utilitaristische Ansätze nach Mill bewerten eine Handlung ausschließlich nach ihren Folgen.<sup>27</sup> So

„dominiert im klassischen Utilitarismus das auf die Folgen menschlichen Handelns zentrierte konsequenzialistische Prinzip der kollektiven Nutzenmaximierung so stark, dass die Rechte des Einzelnen – einschließlich seiner Grundrechte – lediglich nach Maßgabe ihres Beitrags zur Nutzenmaximierung zugewiesen werden und keinen unabhängigen theoretischen Status genießen.“<sup>28</sup>

Folglich hat im Utilitarismus die Maximierung des Gesamtnutzens als übergeordnetes Ziel Vorrang vor individuellen Rechtsansprüchen und dem Prinzip der Gleichberechtigung.<sup>29</sup> Utilitaristische Allokationsansätze basieren demnach auf Kosten-Nutzen-Abwägung, Wirtschaftlichkeit und Effizienz. Beispiele für Erwägungen im medizinischen Kontext, die auf utilitaristischen Überlegungen beruhen, sind die Maximierung geretteter Leben oder ein prognosebasierter Ansatz zur Rettung einer Maximalzahl an Lebensjahren als Ziel der Ressourcenverteilung. Im Gegensatz zu utilitaristischen Theorien betont der Egalitarismus das Prinzip der fairen Chancengleichheit nach Rawls als Grundwert einer pluralistischen Gesellschaft.<sup>30</sup> Die Gleichbehandlung aller hat demnach oberste Priorität, auch auf Kosten des Gesamtnutzens. Kersting bezeichnet die Gesundheitsversorgung als Maß für die Gerechtigkeit innerhalb einer Gesellschaft: Eine Gesellschaft, die „keine egalitäre Grundversorgung mit transzendentalen Gütern ermöglicht, verdient sicher nicht das Prädikat einer wohlgeordneten Gesellschaft“<sup>31</sup>, sei also folglich nicht gerecht. Übertragen auf die gerech-

22 Deutscher Ethikrat, Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen – Zur normativen Funktion ihrer Bewertung. Stellungnahme, 2011, S. 22

23 Allokation beschreibt „die gezielte Zuordnung von beschränkten (Gesundheitsdienst-)Leistungen.“ Julia Schäfer, Ressourcenallokation im Krankenhaus – Akteure zwischen Medizin und Ökonomie, in: Peter Hensen/Christian Kölzer (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft. Sozioökonomische Perspektiven und sozialethische Herausforderungen, 2011, S. 79–103 (87).

24 Deutscher Ethikrat (Fn. 22), S. 76.

25 Ibid., S. 78.

26 Ibid., S. 81.

27 John S. Mill, Utilitarianism. Der Utilitarismus, Dieter Birnbacher (Hrsg.), 2018.

28 Deutscher Ethikrat (Fn. 22), S. 74.

29 Stephanie Müller, Wie können ältere Menschen in Corona-Triage-Situationen besonders vor Diskriminierung geschützt werden? Zur Diskussion aktueller Regelungsvorschläge, in: Andreas Frewer et al. (Hrsg.), Der ältere Mensch in der Medizin. Zwischen Wunsch und Wirklichkeit. Jahrbuch Ethik in der Klinik 15, 2022, S. 95–120.

30 Rawls (Fn. 4).

31 Georg Kersting, Egalitäre Grundversorgung und Rationierungsethik. Überlegungen zu den Problemen und Prinzipien einer gerechten Gesundheitsversorgung, in: Urban Wiesing (Hrsg.), Ethik in der Medizin. Ein Studienbuch, 2020, S. 301–305 (303).

te Verteilung knapper Ressourcen finden egalitäre Theorien beispielsweise bei Losverfahren oder im Rahmen des „First-come – first-serve“-Prinzips praktische Anwendung. Weitere moraltheoretische Ansätze gründen auf liberalistischen oder prioritaristischen Überlegungen<sup>32</sup> oder definieren eine wertebasierte Priorisierung auf der Grundlage des sozialen Nutzens.<sup>33</sup> Um der „Komplexität unserer moralischen Werte“<sup>34</sup> gerecht zu werden, empfiehlt sich eine Kombination verschiedener Prinzipien zur Etablierung von Allokationssystemen.

#### IV. Die Menschenrechte als Grundlage für Allokationsentscheidungen in der Medizin

Ergänzend zu den oben beschriebenen Herangehensweisen bei Allokationsentscheidungen wird nun ein menschenrechtsorientierter Ansatz definiert, um die Menschenrechte im Rahmen von medizinischen Verteilungsstrategien bestmöglich zu schützen. Das in Artikel 25 der AEMR formulierte „Recht auf einen [angemessenen] Lebensstandard“ schließt die ärztliche Versorgung und das „Recht auf Sicherheit im Falle von [...] Krankheit“ mit ein.<sup>35</sup> Möglichkeiten für die praktische Umsetzung einer

menschenrechtsorientierten Verteilung sind etwa die Priorisierung vulnerabler Gruppen sowie ein Diskriminierungsverbot zur Gewährleistung von Chancengleichheit bei der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen. Sowohl die Gleichbehandlung als auch eine Ungleichbehandlung (Priorisierung) im prioritaristischen Sinne sind geeignete Konzepte, um eine gerechte Ressourcenverteilung umzusetzen.

Die Menschenrechte sollen insbesondere Personen in vulnerablen Situationen vor Vernachlässigung und Verfolgung schützen.<sup>36</sup> Laut Deutschem Institut für Menschenrechte sei es „menschenrechtlich geboten [...], Menschen in verletzlichen Lebenslagen besonders und vorrangig in den Blick zu nehmen.“ In Bezug auf das Menschenrecht auf Gesundheit sei der Staat verpflichtet, „Gesundheitsschutz für alle gleichermaßen zu gewährleisten.“<sup>37</sup> Eine Priorisierung vulnerabler Gruppen kann dazu beitragen, das Menschenrecht auf Gesundheit der „verletzlichsten und vernachlässigten Menschen in der Gesellschaft“<sup>38</sup> zu schützen und unterschiedliche Grundvoraussetzungen anzuerkennen. Sekalala et al. postulieren das Konzept eines „intersektionalen Menschenrechtsansatzes“ zur Priorisierung bei der Impfstoffverteilung.<sup>39</sup> Dieses Allokationskonzept beachtet die multiplen Ursprünge von Vulnerabilität und bezieht sowohl die sozialen Determinanten von Gesundheit als auch die Auswirkungen bereits bestehender struktureller Ungleichheiten mit ein. Neben der medi-

32 Der Prioritarismus bezieht sich auf die Bevorzugung der am stärksten betroffenen oder gefährdeten Mitglieder der Gesellschaft und fordert beispielsweise eine Priorisierung der Kränksten (Berufung auf die Prognose bei Nichtbehandlung) oder der Jüngsten (Berufung auf den Verlust an Lebensjahren). Vgl. Müller (Fn. 29), S. 101.

33 Hier können sowohl zukunftsorientiert der instrumentelle Wert (beispielsweise die Systemrelevanz von Gesundheitspersonal) oder vergangenheitsorientiert die Reziprozität (zum Beispiel ehemalige Organspender:innen) als Priorisierungskriterium herangezogen werden. Vgl. Müller (Fn. 29), S. 102.

34 Govind Persad/Alan Wertheimer/Ezekiel J. Emanuel, Grundsätze für die Allokation knapper medizinischer Interventionen, in: Nikola Biller-Andorno et al. (Hrsg), *Medizinethik*, 2021, S. 301–327 (313).

35 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, A/810, S. 71; dt. z. B. abgedruckt in: Sartorius II Nr. 19.

36 Nampewo/Mike/Wolff (Fn. 1).

37 Deutsches Institut für Menschenrechte, Corona-Krise: Menschenrechte müssen das politische Handeln leiten. Stellungnahme, 2020, S. 3.

38 Ibid., S. 4.

39 Das Konzept der Intersektionalität beschreibt die Interdependenz multipler Formen der Unterordnung und Diskriminierung. Dabei werden verschiedene Diskriminierungsformen und deren Interaktionen betrachtet (beispielsweise Rassismus, Patriarchat oder Klassenunterdrückung). Kimberlé Williams Crenshaw, Das Konzept der Intersektionalität und seine Bedeutung für die Menschenrechte. Kommentiert und übersetzt von Eva Kalny, in: *Zeitschrift für Menschenrechte* 15 (2021).

zinischen Vulnerabilität, die auf Faktoren wie Alter und Komorbiditäten beruht, werden bei der intersektional-menschenrechtlichen Betrachtung auch sozioökonomische Faktoren eingeschlossen, die zu Benachteiligung und struktureller Diskriminierung führen und mit erhöhter Vulnerabilität verbunden sind. Hier spielen beispielsweise Einkommen, Bildung, Geschlecht, Ethnizität oder sexuelle Orientierung eine Rolle. Durch diesen umfassenden Ansatz kann einerseits kurzfristig die aktuelle Situation vulnerabler Gruppen berücksichtigt und andererseits die langfristige Verbesserung zugrundeliegender Ungleichheiten angestrebt werden.<sup>40</sup> Auch der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen beschreibt die Pandemiefolgen und deren negative Auswirkungen auf die Wahrnehmung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte, insbesondere auf das Recht auf Gesundheit der vulnerablen Gruppen der Gesellschaft.<sup>41</sup> Durch Priorisierung kann es im Rahmen von Verteilungskonzepten gelingen, zufällige und unverschuldete Benachteiligungen<sup>42</sup> zu berücksichtigen und auszugleichen. Vulnerable Gruppen zu priorisieren bedeutet gleichzeitig, sie vor Diskriminierung zu schützen. Artikel 2 der AEMR untersagt jegliche Form der Benachteiligung von marginalisierten Bevölkerungsgruppen und verpflichtet die internationale Gemeinschaft zum Schutz von Minderheiten. Das Diskriminierungsverbot ist darüber hinaus im völkerrechtlich bindenden IPwskR verankert und lässt sich auch auf Allokationsfragen anwenden: Der diskriminierungsfreie Zugang zu Gesundheitsleistungen bildet die unabdingbare Grundlage für ge-

rechte Verteilung. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte leitet aus dem General Comment No. 14 und den darin beschriebenen Rechten auf Gesundheit und Teilhabe am wissenschaftlichen Fortschritt eine Staatenpflicht zur Garantie von diskriminierungsfreiem Zugang zu Impfstoff ab:

“States have an obligation to take all the necessary measures, to the maximum available resources, to guarantee access to vaccines for COVID-19 to all persons, without any discrimination.”<sup>43</sup>

Außerdem werden Maßnahmen zur Umsetzung der Staatenpflichten zum Schutz der Menschenrechte beschrieben. Für Fachkräfte sollen medizinische Ressourcen und Schutzausrüstung bereitgestellt und gerecht verteilt werden. Gleichzeitig werden Investitionen im Gesundheitswesen und soziale Programme zur Bekämpfung von Diskriminierung und Ungerechtigkeit sowie Maßnahmen zur Unterstützung Bedürftiger gefordert.<sup>44</sup>

Ein menschenrechtsorientiertes Verteilungskonzept vereint also den Schutz vulnerabler Gruppen und das Diskriminierungsverbot beim Zugang zu medizinischer Versorgung. Dabei werden Unterschiede und Diversität anerkannt und soziale Gerechtigkeit gefördert. Außerdem können durch die Betonung der Interdependenz der einzelnen Menschenrechte gleichzeitig auch alle weiteren Menschenrechte gestärkt werden.<sup>45</sup> Die Reihenfolge der Ressourcenverteilung richtet sich nach individueller Vulnerabilität und beachtet sowohl medizinische als auch sozioökonomische Faktoren.

40 *Sharifah Sekalala et al.*, An intersectional human rights approach to prioritising access to COVID-19 vaccines, in: *BMJ Global Health* 6 (2021).

41 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights, E/C.12/2020/1, 2020, S. 1.

42 Hierzu zählen beispielsweise höhere Morbidität und Mortalität bei COVID-19-Erkrankung, Zugehörigkeit zu einer marginalisierten Gesellschaftsgruppe, Mangel an Bildung oder Sprachkenntnissen.

43 CESCR, Statement on universal and equitable access to vaccines for COVID-19, UN Dok. E/C.12/2020/2, 2020.

44 Ziel dieser Maßnahmen sind beispielsweise Ernährungs- und Einkommenssicherheit, Zugang zu Wasser und Sanitär-Einrichtungen, umfassendes Informationsangebot und technische Ausstattung.

45 *Dianne Otto*, Linking Health and Human Rights. A Critical Legal Perspective, in: *Health and Human Rights. An International Quarterly Journal* 1 (1995), S. 272–281.



Es wird also allen Bürger:innen das Recht auf den Erhalt einer effektiven Impfung zugestanden und die Versorgung gewährleistet, sobald die Ressource in ausreichender Menge verfügbar ist. Auch global betrachtet kann Pandemiebekämpfung nur dann erfolgreich sein, wenn bei der Reihenfolge der Verteilung Rücksicht auf Vulnerabilität und besondere Risikoprofile genommen wird.<sup>46</sup> „Menschenrechtliche Verantwortung endet nicht an der eigenen Staatsgrenze“, schreibt das Deutsche Institut für Menschenrechte und fordert die Anerkennung der COVID-19-Pandemie als globale Herausforderung für die gesamte Weltbevölkerung sowie internationale Bemühungen um Lösungsstrategien.<sup>47</sup> Im globalen Kontext erklärt auch der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen verstärkte internationale Kooperation für notwendig, um Nationalismus zu verhindern. Gemäß Art. 15 des IPwskR<sup>48</sup> soll der allgemeine Zugang zu den Vorteilen des wissenschaftlichen Fortschritts bezüglich COVID-19 garantiert sowie der Austausch von Information und Wissen gefördert werden. Außerdem werden die Staaten zur Beteiligung an internationalen Institutionen wie der Weltgesundheitsorganisation sowie zur finanziellen Entlastung von Entwicklungsländern aufgerufen.<sup>49</sup>

Beim Versuch, menschenrechtliche Ansätze für die Etablierung von Priorisierungskonzepten heranzuziehen, werden jedoch auch Herausforderungen und Probleme deutlich: Der Erfolg eines menschenrechtsorientierten Verteilungskonzepts hängt vor al-

lem von seiner praktischen Umsetzung ab. Diese ist wiederum nicht nur abhängig von Regierung und Gesetzgebung – die freie Marktwirtschaft und die zunehmende Privatisierung und Ökonomisierung des Gesundheitswesens können den Handlungsspielraum des Staates einschränken und die Umsetzung eines menschenrechtlichen Verteilungsansatzes gefährden.<sup>50</sup> Hoher administrativer Aufwand sowie zeit- und kostenintensive Prozesse zur Datenerhebung und Erstellung von Priorisierungslisten sind weitere Herausforderungen bei der Etablierung menschenrechtlicher Allokationssysteme, da diese die Berücksichtigung schwer mess- und objektivierbarer Faktoren voraussetzen.<sup>51</sup> Kritiker:innen bezweifeln zudem die Praktikabilität theoretisch konstruierter ethischer Modelle und befürchten die Dekontextualisierung sozialer Realitäten.<sup>52</sup> Außerdem müssten bei der juristischen Durchsetzung des Menschenrechts auf Gesundheit ungleiche Voraussetzungen berücksichtigt werden: Eine Ressourcenverteilung an diejenigen, die Zugang zu gerichtlicher Vertretung haben, um ihre Rechte einzufordern, sei ineffektiv und nicht zielführend. Die Konzentration auf isolierte Problemfelder oder individuelle Menschenrechtsverletzungen im Einzelfall sei außerdem nicht sinnvoll. Stattdessen müssten allgemeine Missstände im Gesundheitswesen adressiert werden.<sup>53</sup>

Aufgrund der Interdependenz der Menschenrechte darf das Recht auf Gesundheit im Rahmen einer menschenrechtlichen Verteilungsstrategie nicht isoliert betrachtet werden. Stattdessen sollten alle Menschenrechte ohne Rangfolge gleichwertig berücksichtigt werden, um „im Einzelfall abzuwägen, welches Recht konkret Vorrang genießt.“<sup>54</sup> Neben der Konkurrenz unter-

46 Guido Smorto, *The Right to Health and Resource Allocation. Who Gets What and Why in the COVID-19 Pandemic*, in: *Global Jurist* 21 (2021), S. 59–72.

47 Deutsches Institut für Menschenrechte (Fn. 37), S. 11.

48 Artikel 15 beschreibt das Recht auf Teilhabe am wissenschaftlichen Fortschritt und seiner Anwendungen. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 993, S. 3; BGBl. 1973 II, S. 1570.

49 CESCR (Fn. 43): *Statement on universal and equitable access to vaccines for COVID-19*, UN Dok. E/C.12/2020/2, 2020.

50 Otto (Fn. 45).

51 Eine eindeutige Kategorisierung erscheint besonders bei Konzepten wie Rasse oder Ethnizität schwierig. *Sekalala et al.* (Fn. 40), S. 7.

52 Otto (Fn. 45).

53 *Jonathan Wolff*, *The Human Right to Health*, 2012.

54 *Claudia Mahler/Norman Weiß*, *Zur Unteilbarkeit der Menschenrechte – Anmerkungen aus juris-*

schiedlicher Menschenrechte einer Person kommt es zum Problem der Vereinbarkeit der Menschenrechte verschiedener Mitglieder oder Gruppen innerhalb einer Gesellschaft. Im globalen Kontext müssen zudem die Menschenrechte verschiedener Gesellschaften berücksichtigt werden, was die Umsetzung menschenrechtsorientierter Konzepte national wie international komplex macht.

## V. Allokation von COVID-19-Impfstoff in Deutschland am Beispiel Älterer

Exemplarisch wird im folgenden Abschnitt die Berücksichtigung der Menschenrechte bei der Verteilung von COVID-19-Impfstoffen in Deutschland analysiert, wobei der Schutz Älterer fokussiert betrachtet wird.

Im Rahmen der nationalen deutschen Impfstrategie wird die Reihenfolge der Impfstoffverteilung anhand eines sechsteiligen Stufenplans geregelt. Dabei ist die besondere Priorisierung Älterer vorgesehen.<sup>55</sup> Auch bei der globalen Allokation von COVID-19-Impfstoffen durch die internationale COVAX-Initiative („COVID-19 Vaccines Global Access“) wird die vulnerable Gruppe der Älteren besonders berücksichtigt, indem in der ersten Phase der Priorisierung Impfstoff für Hochrisikogruppen – inklusive Menschen über 65 Jahren – bereitgestellt wird. Zudem wird der Anteil älterer Menschen an der Gesamtbevölkerung bei der Ermittlung des individuellen Risikoprofils der Staaten einbezogen. Anschließend erfolgt die Verteilung der Impfdosen innerhalb der Staaten gemäß ihrer jeweiligen na-

tionalen Impfstrategie.<sup>56</sup> Wie oben bereits beschrieben, definiert ein menschenrechtsorientierter Allokationsansatz die Diskriminierungsfreiheit und den Schutz vulnerabler Gruppen als Grundprinzipien der Priorisierung. In Deutschland wurde der Schutz der älteren Bevölkerung fokussiert. Das Robert Koch-Institut (RKI) begründet die Priorisierung Älterer mit einem erhöhten Risiko für einen schweren Verlauf der SARS-CoV-2-Infektion, bedingt durch das weniger gut reagierende Immunsystem.<sup>57</sup> Ältere Menschen sind jedoch nicht nur aufgrund direkter Pandemiefolgen<sup>58</sup> besonders gefährdet – sie weisen auch eine erhöhte Vulnerabilität bezüglich indirekter Pandemiefolgen auf, wie beispielsweise Vereinsamung oder psychische Beschwerden. Aus dieser erhöhten Vulnerabilität sowie der hohen körperlichen und psychosozialen Belastung lässt sich eine besondere Schutzbedürftigkeit Älterer ableiten.<sup>59</sup> Im Rahmen eines intersektionalen Menschenrechtsansatzes<sup>60</sup> werden neben medizinischen und gesundheitlichen Risikofaktoren auch Ursachen sozioökonomischer Vulnerabilität betrachtet. Auch hier sind ältere Menschen von struktureller Benachteiligung betroffen, beispielsweise durch Altersdiskriminierung am Arbeitsplatz, durch nicht barrierefreien Zugang zu digitalen Dienstleistungen und somit unzureichender digitaler Teilhabe, sowie durch mangelnde soziale Unterstützung und gesellschaftliche Isolation. Die Bevölkerungsgruppe der Älteren entspricht also sowohl bei der Betrachtung medizinisch-gesundheitlicher Aspekte als auch in Bezug auf sozioökonomische Faktoren einer zu schützenden Bevölkerungsgruppe. Im

tischer, insbesondere völkerrechtlicher Sicht, in: Georg Lohmann et al. (Hrsg.), *Die Menschenrechte: unteilbar und gleichgewichtig? Studien zu Grund- und Menschenrechten* 11, 2005, S. 39–46 (41).

55 „Innerhalb der Stufe 1 sind die ≥80-Jährigen und die BewohnerInnen von Altenpflegeheimen besonders gefährdet und sollten, trotz schwerer Erreichbarkeit, zu Beginn der Impfkationen geimpft werden.“ Robert Koch-Institut (RKI), *Epidemiologisches Bulletin. Beschluss der Ständigen Impfkommision (STIKO) zur 1. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung*, 2021, S. 3.

56 WHO, *Allocation Mechanism for COVAX Facility Vaccines*, 2020.

57 Robert Koch-Institut (RKI), *Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19*, 2021.

58 Als direkte Folgen werden die unmittelbaren gesundheitlichen Auswirkungen einer COVID-19 Erkrankung bezeichnet, wie Infektionsverlauf, Hospitalisierung und Mortalität.

59 Migita D’cruz/Debanjan Banerjee, *An invisible human rights crisis: The marginalization of older adults during the COVID-19-pandemic*, in: *Psychiatry Research* 292 (2020).

60 *Sekalala et al.* (Fn. 40).

Rahmen eines intersektionalen Menschenrechtsansatzes ist daher eine Priorisierung Älterer bei der Verteilung von COVID-19-Impfstoff geboten.

Der zweite Grundsatz eines menschenrechtlichen Allokationskonzepts bezieht sich auf die Direktive des Diskriminierungsverbots. Bezogen auf die ältere Bevölkerung gilt es, im Rahmen des Verteilungsprozesses Altersdiskriminierung zu vermeiden: Menschen dürfen nicht aufgrund ihres Alters bei der Impfstoffverteilung benachteiligt werden. Um dem Gleichheitsgrundsatz der Menschenrechte gerecht zu werden, müssen alle Menschen unter Berücksichtigung ihrer unterschiedlichen Grundvoraussetzungen dieselben Chancen erhalten. Im Pandemieverlauf kam es immer wieder zu altersbasierenden Diskriminierungen und zur Marginalisierung Älterer. Die bereits vorhandene Unsichtbarkeit und soziale Exklusion wurden im Pandemieverlauf verschärft<sup>61</sup> und ältere Menschen ihrer Handlungsfähigkeit, Autonomie und Unabhängigkeit beraubt.<sup>62</sup> Durch eine Priorisierung Älterer bei der Impfstoffverteilung können diese strukturellen Missstände berücksichtigt und die Menschenrechte der älteren Bevölkerungsgruppen gewahrt werden.

Die obige Argumentation spricht sich für eine Priorisierung Älterer beim Zugang zu COVID-19-Impfstoff aus. Das chronologische Alter sollte jedoch nicht als alleiniges Entscheidungskriterium bei Allokationsverfahren dienen: Gemäß eines intersektionalen Menschenrechtsansatzes gilt es, diejenigen Mitglieder der Gesellschaft zu priorisieren, die neben einem hohen Lebensalter zusätzlich sozioökonomische Risikofaktoren für Mehrfachdiskriminierung aufweisen, wie beispielsweise Frauen, Geflüchtete, Armutsgefährdete, Pflegebedürftige oder Menschen mit kognitiven Defiziten. Da es sich bei der Bevölkerungsgruppe der Älteren außerdem nicht um eine homogene Gruppe handelt, ist eine Beschrän-

kung auf den Faktor ‚Alter‘ als Zuteilungskriterium nicht zielführend.<sup>63</sup> Stattdessen resultiert daraus eine generalisierte Einstufung Älterer als vulnerable Gruppe.<sup>64</sup> Diese Kategorisierung „birgt die Gefahr von Altersstereotypisierung und Ageism, bei der ältere Menschen pauschal als schutzlos, gebrechlich und hilflos betrachtet werden.“<sup>65</sup> Die gleichzeitige Beurteilung medizinischer und sozioökonomischer Faktoren macht die Berücksichtigung weiterer Gruppen mit besonderer Schutzbedürftigkeit unerlässlich: Neben dem Schutzanspruch Älterer gilt es, beispielsweise Menschen mit Behinderung oder Kinder besonders in den Blick zu nehmen und vor direkten und indirekten Pandemiefolgen zu bewahren. Die Fokussierung auf das chronologische Alter und die damit verbundenen gesundheitlichen Risiken sind für einen ganzheitlich menschenrechtlichen Ansatz nicht ausreichend. Zudem gibt es Argumentationen, die in der Berücksichtigung des Lebensalters bei der Ressourcenverteilung nicht unbedingt einen Widerspruch zum Prinzip der Chancengleichheit erkennen. So argumentiert beispielsweise die Juristin Elisa Hoven für eine gerechte Verteilung von Lebenszeit: „Aus Fairnessgründen sollte die Behandlung dem jüngeren Patienten zukommen, der sein Leben noch vor sich hat.“<sup>66</sup> Um faire Chancengleichheit und den menschen-

61 Susan McGrath, COVID-19, human rights and older people, in: *Australasian Journal on Ageing* 39 (2020).

62 D’Cruz/Banerjee (Fn. 59).

63 Klotz (Fn. 16), S. 22.

64 Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen hat sich im Kontext der Menschenrechtssprache für die Anerkennung situativer Vulnerabilität ausgesprochen. So wird der Ausschuss künftig die Bezeichnung „persons in vulnerable situations“ der zuvor gebräuchlichen Formulierung „vulnerable persons“ vorziehen, um Vulnerabilität als Folge struktureller Ungleichheit und weniger als individuelles Persönlichkeitsmerkmal zu verstehen. Vgl. *Catharina Caspari*, Situative Vulnerabilität als Ausdruck der Menschenrechtssprache? Das neue Vulnerabilitätsverständnis des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Kontext seiner Klima-Entscheidungen, in: *MRM* 28,1 (2023), S. 5–15 (5–6).

65 Klotz (Fn. 16), S. 19.

66 *Elisa Hoven*, Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung, in: *Tatjana Hörnle/Stephan Huster/Ralf Poscher* (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2021, S. 335–370 (362).

rechtlichen Gleichheitsanspruch zu wahren, sollen alle Menschen dieselben Möglichkeiten erhalten – unter der Berücksichtigung der Ungleichverteilung von Lebensjahren als „Gut, von dem ältere Menschen bereits mehr bekommen haben als jüngere.“<sup>67</sup> Denn laut Hoven gehe es bei medizinischen Verteilungsfragen „nicht nur um eine gerechte Allokation von Ressourcen, sondern auch des zu schützenden Rechtsguts Leben.“<sup>68</sup>

## VI. Fazit und Ausblick

Im Pandemieverlauf wanderte die Bevölkerungsgruppe der älteren Menschen zunehmend in den Fokus der Öffentlichkeit. Der resultierende gesellschaftspolitische Diskurs über den Umgang mit Älteren kann als Chance begriffen werden, sich den Themen Ageism, Altersdiskriminierung und Stigmatisierung zu stellen und die Rolle Älterer innerhalb der Gesellschaft zu diskutieren und ihre Rechte zu stärken. Aufklärung und Bildung sowie die Etablierung einer Menschenrechtsagenda im Umgang mit Älteren können dazu beitragen, die Integration älterer Menschen in die Gesellschaft und deren Teilhabe am sozialen Leben zu fördern.<sup>69</sup> Zudem wird die Forderung nach einer UN-Menschenrechtskonvention für Ältere laut, um die Schutzbedürftigkeit Älterer und deren Rechte stärker anzuerkennen und eine Politik des gesunden Alterns als Menschenrechtsgebot zu verankern.<sup>70</sup>

Die Pandemiesituation als gesamtgesellschaftliche Herausforderung erfordert eine gesamtgesellschaftliche Lösungsstrategie, die unterschiedliche Interessen berücksichtigt. Die Fokussierung auf die Menschenrechte ist von hoher Relevanz, um die ethisch-menschenrechtliche Perspektive in der Debatte um gerechte Impfstoffver-

teilung nicht aus den Augen zu verlieren. Denn die Frage nach gerechter Verteilung von Gesundheitsleistungen betrifft nicht nur die Formulierung von Allokationsstrategien. Es geht vielmehr um die Schaffung fairer Chancengleichheit und die Gewährleistung von gleichberechtigtem Zugang zum Gesundheitswesen – auch über die aktuelle Krise hinaus. Durch die COVID-19-Pandemie kam es zu einer deutlichen Verschärfung der Ungleichheit in Bezug auf die sozialen Determinanten von Gesundheit.<sup>71</sup> Um das Menschenrecht auf Gesundheit zu gewährleisten, müssen sozioökonomische Unterschiede anerkannt sowie Diskriminierung und Ungerechtigkeit innerhalb der Gesellschaft effektiv bekämpft werden. Statt sich ausschließlich auf die Formulierung von Priorisierungskriterien zu fokussieren, erscheint es sinnvoller, neben den direkten medizinischen Problemen auch die sozialen Determinanten von Gesundheit und die Interdependenz aller zu schützenden Menschenrechte zu adressieren.<sup>72</sup> Ein menschenrechtlicher Ansatz kann dazu beitragen, einen ganzheitlichen Blick auf die Gesundheitsversorgung der Gesellschaft zu werfen und bietet die Chance für Diskriminierungsfreiheit, Offenheit und Toleranz – für eine diverse, antirassistische, feministische und inklusive Antwort auf die Fragen nach gerechter Verteilung:

“A healthy society is more cohesive and productive. This perspective may contribute to a more prosperous, peaceful, and sustainable world.”<sup>73</sup>

67 Müller (Fn. 29), S. 111.

68 Hoven (Fn. 66), S. 363.

69 McGrath (Fn. 61).

70 Benjamin M. Meier/Victoria Matus/Maximillian Seunik, COVID-19 raises a health and human rights imperative to advance a UN Convention on the Rights of Older Persons, in: *BMJ Global Health* 6 (2021), S. 1–6 (5).

71 Bildungsungleichheit, Einkommensungleichheit, Arbeitslosigkeit, Wohnraum, geschlechtsspezifische Ungleichheiten.

72 Hier könnten beispielsweise der gerechte Zugang zu Gesundheitsleistungen und Bildungsangeboten oder Diskriminierungsfreiheit am Arbeits- und Wohnungsmarkt als Grundbedingungen für soziale Gerechtigkeit diskutiert werden.

73 Nunes (Fn. 20), S. 6.

Der vorliegende Beitrag wurde im Rahmen einer kumulativen Dissertation zum Abschluss des medizinischen Dokortitels („Dr. med.“) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU) erstellt. Das

Promotionsprojekt wird im Rahmen des Graduiertenkollegs „Menschenrechte und Ethik in der Medizin für Ältere“ (Leitung: Prof. Dr. Andreas Frewer) von der Josef und Luise Kraft-Stiftung gefördert.

## Extraterritorial Constitutional Rights: A Comparative Case Study of the United States and Germany\*

Fritz Kainz

---



---

### Overview

- I. Introduction
- II. Theoretical Foundations
- III. Existing Constitutional Extraterritoriality Approaches
- IV. Case Studies
- V. Analysis

### I. Introduction

In the past decades, scholars and courts have paid considerable attention to the extraterritorial applicability of human rights treaties.<sup>1</sup> By contrast, the extraterritorial application of constitutional rights has received comparable attention only in the United States.<sup>2</sup> The paucity of comparative constitutional research has contributed to the prevailing view that human rights law provides the proper framework under which domestic courts should examine extraterritoriality questions under constitutional law.<sup>3</sup> In 2020, the German Federal Constitutional Court issued a decision on foreign surveillance of the German Federal Intelligence Service in which it espoused a broad conception of the extraterritorial applicability of the Ger-

man constitution.<sup>4</sup> This conception goes beyond what the relevant treaty bodies recognize for the extraterritorial applicability of both the European Convention on Human Rights (ECHR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). While German scholars have extensively discussed this case and its consequences,<sup>5</sup> its comparative constitutional analysis is still lagging behind.<sup>6</sup>

This article seeks to show why that should change. It argues that domestic constitutional regimes can provide an important counterweight to the deadlocked extraterritoriality debate at the international level. Specifically, interpreting constitutions free from a human rights framework can allow domestic courts to better guard the normative values of human dignity and universality in an extraterritorial context than international human rights bodies.<sup>7</sup>

I will first lay out the relevant theoretical frameworks for the relationship between

---

\* The author would like to thank Professor Mila Versteeg, Professor David Law, and Mr. Etienne Fritz for their valuable input and critical feedback in writing this article.

1 See generally *Marko Milanović*, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principle, and Policy, 2011; *Chimène Keitner*, Rights Beyond Borders, in: *Yale J. Int'l L.* 36 (2011), pp. 55–114.

2 See, e.g., *Jane Rooney*, Extraterritorial Application of Constitutional Rights, in: Rainer Grote et al. (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2017.

3 See section III.

4 BVerfGE 154, 152; see Section IV.2.b).

5 See, e.g., *Stefanie Schmahl*, Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland, in: *NJW* 2020, pp. 2221–24 (2223); *Başak Çali*, Has 'Control Over Rights Doctrine' for Extra-Territorial Jurisdiction Come of Age? Karlsruhe, Too, Has Spoken, Now It's Strasbourg's Turn, *EJIL:Talk!* Of 21 July 2020; *Louis Graf*, Die grundrechtlich gebundene Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND, in: *Leipzig Law Journal* 2022, pp. 36–66; *Thomas Giegerich*, Extraterritorial Schutzwirkung von Grund- und Menschenrechten, in: *EuGRZ* 50 (2023), pp. 17–39.

6 But see *Russel A. Miller*, The German Constitutional Court Nixes Foreign Surveillance, *Lawfare* of 27 May 2020.

7 See also *André Nollkaemper*, Rethinking the Supremacy of International Law, in: *ZöR* 65 (2010), pp. 65–85 (81–85).

human rights law and constitutional law (*Section II*). Then I will examine the existing normative justifications for different models of constitutional extraterritoriality and show how the existing scholarship relates an import of international human rights law standards to widened extraterritoriality on the constitutional level (*Section III*). Subsequently, I will briefly sketch both the human rights and constitutional extraterritoriality regimes applicable to the United States and Germany (*Section IV*). Then, using the theoretical models introduced in *Section II*, I will analyze how the respective human rights and constitutional extraterritoriality frameworks, namely the ICCPR in the American context and the ECHR in the German context, relate to each other. Based on these findings, I will argue that constitutional analysis independent from human rights treaty doctrine has greater potential to serve the normative values underlying the human rights project (*Section V*).

While I admit that this analysis is rather limited, I still believe that it has epistemological value. First, the ICCPR–U.S. and the ECHR–Germany groupings represent what Ran Hirschl has termed “prototypical cases.”<sup>8</sup> Thus, the ICCPR–U.S. relationship is representative of other states with comparatively isolated approaches to international human rights law which are embedded into weak international human rights regimes. Conversely, the ECHR–German dyad represents states which are generally open to international law interacting with a relatively strong human rights treaty system.<sup>9</sup> In the absence of a more comprehensive study on this topic, these samples are thus among the most likely to be conducive to analogies.<sup>10</sup> However, in the final analysis, this article can only provide an impetus for increased comparative research into constitutional ex-

traterritoriality regimes and their value for the wider human rights project.

## II. Theoretical Foundations

This article is based on a pluralist theory of the relationship between international and domestic legal orders. Starting from the proposition that international and domestic law do not constitute one integrated, essentially monistic legal system, pluralism offers a framework to how these norms interact and how institutions manage conflicts between them.<sup>11</sup> To explain the relationship between domestic constitutions and human rights conventions specifically, Gerald Neuman offers a persuasive framework by distinguishing between three aspects of fundamental rights: a consensual aspect that is based on consent of the governed or their political representatives to apply certain rights; a suprapositive aspect that reflects certain underlying, non-legal values; and an institutional aspect that may influence how the relevant actors draft and interpret rights.<sup>12</sup> Neuman argues that the “dual positivization”<sup>13</sup> of fundamental rights shapes differently the contours of human rights and constitutional rights and that they therefore collide within and across these three aspects.<sup>14</sup> Both international and constitutional law have developed certain methods to solve these conflicts.<sup>15</sup> The incor-

8 Ran Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in: *Am. J. Compar. L.* 1 (2005), pp. 125–156 (142–144).

9 For this reason, the present study will not focus on the relationship between the German constitution and the ICCPR, even though the latter is also binding on Germany.

10 See Hirschl (fn. 8), p. 142.

11 See generally *André Nollkaemper*, *Inside or Out: Two Types of International Legal Pluralism*, in: Jan Klabbers et al. (eds.), *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance*, 2013, pp. 94–139; *Anne Peters*, *Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse*, in: *ZöR* 65 (2010), 3–64 (50–63); *Armin von Bogdandy*, *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law*, in: *ICON* 6 (2008), pp. 397–413.

12 *Gerald Neuman*, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, *Stan. L. Rev.* 55 (2003), pp. 1863–1900 (1866–72).

13 *Ibid.*, p. 1864.

14 *Ibid.*, pp. 1873–80.

15 *Ibid.*, pp. 1882–99; see also *Peters* (fn. 11), pp. 55–59.

poration of human rights extraterritoriality principles into domestic constitutional jurisprudence in the United States and Germany depends largely on what Neumann terms “voluntary considerations”, because neither international nor the relevant domestic law contains an explicit legal command in this regard.<sup>16</sup> However, consistent with a pluralist outlook, Neuman and others argue that convergence may not be the logical or even desirable focal point, even where national and international bodies do engage in judicial dialogue.<sup>17</sup>

This relationship is familiar in the context of the German legal system’s reaction to both European Union law and the European Convention on Human Rights. Starting in 1974, when the Constitutional Court decided the first *Solange* decision,<sup>18</sup> Germany has had a rich caselaw on judicial resistance to the supranational legal regime of the European Communities/Union, which are largely based on normative concerns about fundamental rights protection on the European level.<sup>19</sup> Similarly, in the 2004 *Görgülü* case, the German Constitutional Court decided that German domestic courts must merely “take into account” („berücksichtigen“) decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) and may, under certain circumstances, such as conflicting fundamental rights under the German Basic Law, deviate from the Court’s findings.<sup>20</sup>

The present analysis does not go so far. It does not demand that constitutional courts

violate human rights conventions. To the contrary, focusing on the constitutions themselves frees domestic courts from the constraints of human rights conventions to give better expression to the values underlying the global human rights project.

### III. Existing Constitutional Extraterritoriality Approaches

In justifying the extraterritorial application of constitutional rights, scholars have developed different normative frameworks.<sup>21</sup> The broadest of these theories is universalism, which applies no geographical restriction to the applicability of rights at all. However, the location of the rights-bearing individual abroad may influence the substantive test, i.e., make it easier to justify restrictions, usually within the context of a proportionality test.<sup>22</sup> Proponents of this theory often connect and justify this approach with the notion of natural rights that apply everywhere because they precede organized government.<sup>23</sup> Closely connected to universalism is the functional approach, which employs practical considerations implicated by extraterritorial fact patterns. However, in contrast to universalism, functionalism conducts the extraterritoriality analysis at the level of the right’s applicability and asks which specific rights may practicably be applied in which extraterritorial context.<sup>24</sup>

In contrast, models based on social contract theory limit the number of beneficiaries of rights to those that have consented to be

16 Neuman (fn. 12), pp. 1897–1900.

17 Neuman (fn. 12), p. 1900; Eyal Benvenisti/Alon Harel, Embracing the Tension Between National and International Human Rights Law: The Case for Discordant Parity, in: *ICON* 15 (2017), pp. 36–59 (58); Nollkaemper (fn. 7), pp. 81–85.

18 BVerfGE 37, 271 – *Solange* I.

19 See generally Robert van Ooyen, Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa: Von *Solange* über Maastricht und Lissabon zu Euro-Rettung, Europawahl und EU-Haftbefehl II, 7th ed., 2018.

20 BVerfGE 111, 307, para. 50; see also Peters (fn. 11), p. 59; see also Gertrude Lübbe-Wolff, ECtHR and national jurisdiction – The *Görgülü* Case, in: *Humboldt Forum Recht* 2006, pp. 137–46.

21 See generally Galia Rivlin, Constitutions Beyond Borders: The Overlooked Practical Aspects of the Extraterritorial Question, in: *Bos. J. Int’l L.* 30 (2012), pp. 135–227 (152f., fn. 46); see also Rooney (fn. 2), paras. 5–10. Cf. Keitner (fn. 1), pp. 57–68.

22 See Gerald Neuman, Whose Constitution?, in: *Yale L.J.* 100 (1991), pp. 909–991 (916); Rooney (fn. 2), para. 5.

23 See, e.g., Louis Henkin, The Constitution as Compact and as Conscience, in: *Wm. & Mary L. Rev.* 27 (1985), pp. 11–34 (32).

24 Gerald Neuman, Understanding Global Due Process, in: *Geo. Immigr. L.J.* 23 (2009), pp. 365–401 (398); Rooney (fn. 2), para. 5; Rivlin (fn. 21), pp. 152f., fn. 46.



governed by the constitution, which implicates most extraterritorial fact patterns. Accordingly, different iterations of this theory either completely deny the application of rights to non-citizens, whether *in situ* or abroad, or support a presumption against extraterritoriality.<sup>25</sup> Strict territoriality models are similarly narrow and operate on the premise that states may apply their law only on their own territory.<sup>26</sup>

The theories explained above all focus on the applicability of the rights themselves. In contrast, alternative models frame the question as structural issues. Thus, the limited government or organic theory views all rights contained in the constitution as objective constraints on the government's power. Therefore, regardless of whether the government oversteps these constraints at home or abroad, the acts are unconstitutional exercises of power either way.<sup>27</sup> A similar approach frames extraterritoriality as a separation of powers issue.<sup>28</sup>

The proponents of the different constitutional extraterritoriality models laid out above often link their understanding of the constitutional issues to international human rights law. In doing so, they almost always identify the latter with the normative values of natural rights, universality, and limited government. Consequently, proponents of wider extraterritorial application of constitutional rights tend to generally argue in favor of using the applicable human rights instruments in interpreting the extraterritorial

scope of domestic constitutions.<sup>29</sup> Conversely, scholars who argue in favor of more restricted extraterritoriality models generally reject international human rights law frameworks.<sup>30</sup> Thus, both sides of the constitutional extraterritoriality debate share a common conception of the supposedly extraterritoriality-expanding effect of human rights law.<sup>31</sup>

#### IV. Case Studies

##### 1. *The Extraterritoriality Regimes of the ICCPR and the U.S. Constitution*

###### a. ICCPR

Art. 2 para. 1 of the ICCPR provides that "[e]ach State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant."<sup>32</sup> This provision is subject to different interpretations, which range from a narrow to an expansive understanding of the geographical applicability of the ICCPR.

25 See *Neuman* (fn. 22), p. 917; *Sarah H. Cleveland, Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, in: *Tex. L. Rev.* 81 (2002), pp. 1–284 (20–22); *Rivlin* (fn. 21), pp. 152f., fn. 46.

26 *Neuman* (fn. 22), pp. 918f.

27 See, e.g., *Stephen A. Saltzburg, The Reach of the Bill of Rights Beyond the Terra Firma of the United States*, in: *Va. J. Int'l L.* 20 (1980), 741–776 (745). See generally *Rivlin* (fn. 21), pp. 152f., fn. 46.; *Neuman* (fn. 22), pp. 916f.

28 *Rooney* (fn. 2), para. 8; see, e.g., *Steve Vladeck, Boumediene's Quiet Theory: Access to Courts and the Separation of Powers*, in: *Notre Dame L. Rev.* 84 (2009), pp. 2107–50 (2146f.).

29 See *Henkin* (fn. 23), p. 32; *Diane Marie Amann, Guantánamo*, in: *Colum. J. Transnat'l L.* 42 (2004), pp. 263–348 (310–319); *Jean-Marc Piret, Boumediene v. Bush and the Extraterritorial Reach of the U.S. Constitution: A Step Towards Judicial Cosmopolitanism?*, in: *Utrecht L. Rev.* 4 (2008), pp. 81–103 (93); *Fiona de Londras, What Human Rights Law Could Do: Lamenting the Absence of an International Human Rights Law Approach in Boumediene & Al Odah*, in: *Isr. L. Rev.* 41 (2008), pp. 562–95 (580f.); see also *Stephen Gardbaum, Human Rights and International Constitutionalism*, in: *Jeffrey Dunoff/Joel P. Trachtman* (eds.), *Ruling the World?* Cambridge University Press, 2009, pp. 252f.; *Neuman* (fn. 24), 395.

30 See, e.g., *Eric A. Posner, Boumediene and the Uncertain March of Judicial Cosmopolitanism*, in: *Cato Sup. Ct. Rev.* 2007, pp. 23–46 (36f.); *Andrew Kent, Boumediene, Munaf, and the Supreme Court's Misreading of the Insular Cases*, in: *Iowa L. Rev.* 97 (2011), 101–180 (103–05).

31 But see *Keitner* (fn. 1), p. 113.

32 Art. 2 para. 1 International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966, 660 UNTS 195, *Federal Law Gazette* 1973 II, p. 1534 [ICCPR].

The most limited theory reads the ordinary meaning of “within its territory and subject to its jurisdiction” as cumulative requirements. Consequently, this view, which the U.S. government has espoused since the 1990s, limits the Convention’s application to individuals who are in a state party’s sovereign territory.<sup>33</sup> A more expansive interpretation argues that the text is ambiguous and therefore turns to the Covenant’s *travaux préparatoires*.<sup>34</sup> The International Court of Justice adopted this approach in its 2004 *Wall Advisory Opinion*, where it found the ICCPR to be applicable “in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory.”<sup>35</sup> While one view sees this exercise of jurisdiction only as territorial control, such as occupation,<sup>36</sup> or personal control over individuals, as in cases of kidnapping or detention,<sup>37</sup> some proponents of the expansive theory subsume all acts done in the exercise of state power under jurisdiction.<sup>38</sup> Moreover, some scholars and the UN Human Rights Committee has extended the ICCPR’s extrater-

ritorial application obligation to include at least some positive obligations.<sup>39</sup>

Bridging the gap between the narrow and expansive approaches, some scholars and practitioners apply only the negative obligation to respect extraterritorially while limiting the positive obligation.<sup>40</sup> This view holds that a different treatment of the two forms of the obligation is one possible, if not the better, way of construing the ordinary meaning of Art. 2 para. 1 and is most consistent with the ICCPR’s object and purpose.<sup>41</sup>

Thus, in part owing to the relatively weak institutional framework of the universal human rights system, the ICCPR’s extraterritorial applicability, at least as it relates to the United States, remains contentious and at least in part unsettled.

#### b. U.S. Constitution

The U.S. Constitution contains no explicit territorial limitation in its text. The Supreme Court first considered extraterritorial application of constitutional rights in 1901 in the so-called *Insular Cases*, which dealt with territories which the United States had acquired after the Spanish-American War of 1898.<sup>42</sup> The Court held that since Congress had abstained from incorporating these territories, only the most fundamental rights

33 Harold Hongju Koh, Memorandum Opinion from the Legal Advisor, U.S. Department of State, Harold Hongju Koh, on the Geographic Scope of the International Covenant on Civil and Political Rights (19 October 2010), pp. 1 f.; see also Michael J. Dennis, Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation, in: Am. J. Int’l L. 99 (2005), pp. 119–41 (122–25).

34 See Arts. 31–32 Vienna Convention on the Law of Treaties of 22 May 1969, UNTS vol. 1155, p. 331, Federal Law Gazette 1985 II, p. 926.

35 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004 ICJ 136), Advisory Opinion of 9 July 2004, para. 111; see also ICJ, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda (Armed Activities on the Territory of the Congo)* (2005 ICJ 168), Judgment of 19 December 2005, para. 216.

36 See Milanović (fn. 1), pp. 127–73.

37 See Milanović (fn. 1), pp. 173–209; see also HRC, *Lopez Burgos v. Uruguay* (R12/52), views adopted on 29 July 1981.

38 Martin Scheinin, Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights, in: Fons Coomans/Menno Kamminga (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2004, pp. 73–82 (77 f.).

39 See, e.g., Yuval Shany, Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law, in: *Law and Ethics of Human Rights* 7 (2013), pp. 47–71 (69); UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 10; UN Doc. CCPR/C/GC/36, para. 63 (regarding the right to life); Philipp Janig, Extraterritorial Application of Human Rights, in: Christina Binder et al. (eds), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, vol II, 2022, pp. 180–191 (paras. 43 f.) (explicating the Human Rights committee’s case law).

40 Milanović (fn. 1), pp. 212–15; Koh (fn. 33), p. 4.

41 Ibid., pp. 8–22.

42 See, e.g., *Downes v. Bidwell* (182 U.S. 244), decision of 27 May 1901; see also Neuman (fn. 22), pp. 957–60.

applied there.<sup>43</sup> However, in subsequent decisions, the Court turned toward a social contract approach. In the 1950 decision *Johnson v. Eisentrager*, the Court decided that the rights of habeas corpus and other constitutional protections for criminal defendants did not apply to German prisoners of war convicted of war crimes by a military commission in China and held in detention in occupied Germany.<sup>44</sup>

Subsequently, the Court encountered increasing tensions between more formalist and functional approaches,<sup>45</sup> including in 1990 in *United States v. Verdugo-Urquidez*, which implicated the applicability of the 4<sup>th</sup> Amendment's protection against unreasonable searches and seizures to a Mexican citizen whose residence in Mexico had been searched by U.S. law enforcement officers without a search warrant.<sup>46</sup> The majority denied the extraterritorial applicability based on a textual differentiation of "persons" and the "the people,"<sup>47</sup> which reflects a social contract approach.<sup>48</sup> However, Justice Anthony Kennedy, while concurring in the judgment, developed a functional approach that relied heavily on Justice Harlan's Concurrence in *Reid*.<sup>49</sup>

However, the majority switched to Kennedy's view in 2008's *Boumediene v. Bush*, which dealt with the applicability of the Suspension Clause, i.e. the constitutional right to habeas corpus, to detainees at the U.S.

Naval Base in Guantánamo Bay in Cuba.<sup>50</sup> The Court's resolution of this case embodies both a structural separation of powers and a functional approach.<sup>51</sup> The former led to Court to look beyond formalist conceptions of sovereignty and territory because of its concern that this would allow the executive to "switch the Constitution on or off" through constructions like the Guantánamo lease.<sup>52</sup> Consequently, the United States, exercised "de facto sovereignty over this territory"<sup>53</sup> because an indefinite treaty-based lease gave it "complete jurisdiction and control"<sup>54</sup> over Guantánamo. It synthesized a framework based partly on its prior cases and held that

at least three factors are relevant in determining the reach of the Suspension Clause: (1) the citizenship and status of the detainee and the adequacy of the process through which that status determination was made; (2) the nature of the sites where apprehension and then detention took place; and (3) the practical obstacles inherent in resolving the prisoner's entitlement to the writ.<sup>55</sup>

Applying these factors, the Court found first that the enemy combatant status of the aliens was a matter of dispute.<sup>56</sup> Second, Guantánamo was not a "transient possession" like occupied Germany had been in the *Eisentrager* case.<sup>57</sup> Thus, there were also no practical obstacles to apply the Suspension Clause in Guantánamo.<sup>58</sup>

In effect, *Boumediene* represented a shift in American extraterritoriality jurisprudence and embodies the current functional ap-

43 Neuman (fn. 22), pp. 961–64; Smadar Ben-Natan, Constitutional Mindset: The Interrelations Between Constitutional Law and International Law in the Extraterritorial Application of Human Rights, in: *Isr. L. Rev.* 50 (2017), pp. 139–176 (153–55).

44 *Johnson v. Eisentrager* (339 US 763), decision of 5 June 1950, pp. 766 & 785.

45 See, e.g., *Reid v. Covert* (354 U.S. 1), decision of 10 June 1957, pp. 5f., and *ibid.*, Justice Harlan concurring, pp. 74f.

46 *United States v. Verdugo-Urquidez* (494 US 259), decision of 28 February 1990, pp. 262f.

47 *Ibid.*, pp. 264–68, 274f.

48 *Verdugo-Urquidez* (fn. 46).

49 *Ibid.*, p. 276, Justice Kennedy concurring.

50 *Boumediene v. Bush* (553 US 723), decision of 12 June 2008; see also *Keitner* (fn. 1), p. 76.

51 See, e.g., *Vladeck* (fn. 28), pp. 266–68.

52 *Boumediene* (fn. 50), p. 765.

53 *Ibid.*, p. 755.

54 Art. III Agreement Between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations of 23 February 1903, T.S. No. 418.

55 *Boumediene* (fn. 50), p. 766.

56 *Ibid.*, p. 766f.

57 *Ibid.*, pp. 768f.

58 *Ibid.*, pp. 769f.

proach<sup>59</sup> to habeas corpus petitions, based on practicability but also incorporating aspects of the social contract and strict territoriality theories.<sup>60</sup>

## 2. The ECHR and the German Basic Law

### a. ECHR

Art. 1 of the European Convention on Human Rights does not contain an explicit reference to territory.<sup>61</sup> Nevertheless, the prevailing view sees the Convention's applicability as primarily territorial<sup>62</sup> and allows for exceptional extraterritorial application only where a state has either effective control over an area or over persons.<sup>63</sup>

A state may exercise effective control over an area either directly through sufficient military force<sup>64</sup> or through a subordinate local administration.<sup>65</sup> Where a state fulfils this criterion, it engages the "entire range of substantive rights set out in the Convention",<sup>66</sup> including positive obligations.<sup>67</sup> A state fulfils the requirements for the second exception of personal control where it directly exercises "physical power and con-

trol over the person in question".<sup>68</sup> In this regard, short-term and isolated exercises of power such as the arrest and abduction of an individual suffice to establish personal control.<sup>69</sup> However, personal control does not implicate all the rights and obligations of the Convention but merely those most relevant to the situation.<sup>70</sup>

The power and control concepts have their limits. In the 2001 *Banković* case, when confronted with a NATO bombing operation in Serbia which killed several civilians, the Court held that the mere use of kinetic force through long-range weapons does not, without more, bring the affected individuals within the state's jurisdiction.<sup>71</sup> While the Court has somewhat extended the jurisdictional framework regarding the use of military force,<sup>72</sup> it has never formally overruled *Banković's* core holding that a state does not have jurisdiction over individuals who are neither in its controlled territory nor under its direct custody or authority.<sup>73</sup>

Overall, the European Convention's extra-territorial coverage, which reflects both an extended territorial and personal approach, is relatively comprehensive. However, its interpretation remains closely tied to the textual anchor of "jurisdiction" and there may remain significant fact patterns which it does not cover, specifically when they concern positive obligations of the state.

59 Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Al Maqaleh v. Gates* (605 F.3d 84).

60 See *Neuman* (fn. 24), p. 399; *Keitner* (fn. 1), p. 78.

61 Art. 1 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, UNTS vol. 213, p. 221, Federal Law Gazette 1952 II, p. 685 [ECHR].

62 *William A. Schabas*, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, 2015, p. 95; *Christoph Grabenwarter*, *European Convention on Human Rights: Commentary*, 2014, p. 6.

63 *Grabenwarter* (fn. 62), pp. 8f.

64 See, e.g., ECtHR, *Loizidou v. Turkey* (15318/89), judgment of 18 December 1996, paras. 16, 56.

65 ECtHR, *Ilaşcu v. Moldova & Russia* (48787/99), judgment of 8 July 2004, para. 392; *Schabas* (fn. 62), p. 103.

66 ECtHR, *Al-Skeini v. United Kingdom* (55721/07), judgment of 7 July 2011, para. 138.

67 *Schabas* (fn. 62), p. 103; see, e.g., ECtHR, *Loizidou* (fn. 64), para. 62.

68 ECtHR, *Al-Skeini* (fn. 66), para. 136; *Schabas* (fn. 62), p. 101.

69 See ECtHR, *Öcalan v. Turkey* (46221/99), judgment of 12 May 2005, para. 91.

70 *Ibid.*, pp. 95–100.

71 ECtHR, *Banković v. Belgium* (52207/99), Admissibility Decision of 12 December 2001, para. 75.

72 See, e.g., ECtHR, *Andreou v. Turkey* (45653/99) Admissibility Decision of 3 June 2008.

73 See *Bernadette Rainey et al., Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 8th ed., 2021, pp. 91–97; see, e.g., *H.F. and Others v. France* (24384/19 & 44234/20), Judgment of 14 September 2022.

## b. The German Basic Law

In Germany, the main textual guide for the extraterritorial applicability of constitutional rights is Art. 1 para. 3 of the Basic Law, which provides that “[t]he following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.”<sup>74</sup> The prevailing scholarly view has long interpreted this as enshrining the universal applicability of fundamental rights.<sup>75</sup> Until recently, the courts did not follow the scholarship but developed a more complex framework, leaving some crucial questions unanswered.<sup>76</sup>

However, in its 19 May 2020 decision on the interception of foreign communications intelligence conducted by the Federal Intelligence Service, the Federal Constitutional Court significantly broadened its approach to extraterritoriality.<sup>77</sup> The case had been brought by foreign individuals and non-governmental organizations located outside of Germany who expressed significant concern that the BND would intercept and analyze their communications,<sup>78</sup> for which it had explicit statutory authorization.<sup>79</sup> The applicants claimed that this violated the freedom of the press as well as their right to privacy.<sup>80</sup>

In its decision, the Court made it clear that “[t]he constitutional rights of the Basic Law bind the Federal Intelligence Service and the legislature regulating its powers, regardless of whether the service is active in Germany or abroad.”<sup>81</sup> The Court adopted this structural approach, which at least on its face promises universal application of the Basic Law’s rights, using its established methodology of interpretation.<sup>82</sup> Thus, it first found that there was no textual basis to limit the broad statement of Art. 1 para. 3.<sup>83</sup> Historically, its historical background as a reaction to the crimes of the Nazi dictatorship made clear that its comprehensive protections should be tied to the acts of the German government and not end at the border. Moreover, the Basic Law’s purpose was to guarantee human dignity within the universal human rights framework and to ensure responsible German governance in the world.<sup>84</sup>

The Court next explicitly discussed the Basic Law’s relationship to the ECHR. It noted the importance of the territorial control model but argued that the Convention’s extraterritorial application was not yet clear in all respects, and that the ECtHR had applied Convention rights to extraterritorial intelligence activities before.<sup>85</sup> However, even if the ECHR enshrined a narrower extraterritorial application, this would not hinder a more comprehensive interpretation of the rights under the Basic Law.<sup>86</sup>

74 Art. 1 para. 3 Grundgesetz.

75 See, e.g., *Hans Jarass/Martin Kment*, Grundgesetz für die Republik Deutschland: Kommentar, Art. 1, para. 44; *Ingo von Münch*, in: Ingo von Münch (ed.), Grundgesetz-Kommentar, Vol. I, 3rd ed., 1985, Art. 1, para 49; Deutscher Bundestag: Wissenschaftliche Dienste, Grundrechtsbindung Deutscher Stellen bei Nachrichtendienstlicher Tätigkeit im Ausland, 2007, pp. 10–12.

76 See, e.g., BVerfGE 100, 313, para. 176; *Giegerich* (fn. 5), p. 33; *Stefan Krempel*, Geheimakte BND & NSA: Bad Aibling und die „Weltraumtheorie“, heise online of 26 March 2017.

77 BVerfGE 154, 152; see *Timo Schwander*, Eine Antwort, viele neue Fragen: Das BND-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Verfassungsblog of 23 May 2020; *Miller* (fn. 6).

78 BVerfGE 154, 152, paras. 34f.

79 §§ 6–18 Gesetz über den Bundesnachrichtendienst [BNDG] (Ger.); see also BVerfGE 154, 152, paras. 1–14; *Schwander* (fn. 77).

80 Arts. 5 & 10. GG.

81 BVerfGE 154, 152, para. 87 (translation by the author).

82 See *Björn Schiffbauer*, Die Würde des Rechtsstaats ist Unantastbar, Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht of 19 May 2020.

83 BVerfGE 154, 152, para. 89f.

84 *Ibid.*, para. 89.

85 *Ibid.*, paras. 97–98. However, in that case the respondent state did not raise objections based on extraterritoriality and the ECtHR did not rule on the issue. ECtHR, *Big Brother Watch et al. v. United Kingdom* (58170/13, 62322/14, & 24960/15), judgment of 25 May 2021, para. 274.

86 BVerfGE 154, 152, para. 99; see also Art. 53 ECHR.

Explicating its framework further, the Court noted that special conditions in extraterritorial fact-patterns might affect the proportionality of government acts that restrict constitutional rights.<sup>87</sup> However, since these caveats reflect the scope of the rights themselves and not their applicability, the judgment still fits squarely within the universalism model.<sup>88</sup> Applying this framework to the case at issue, the Court held that the freedom of the press and the right to privacy applied extraterritorially and that the BND's intelligence activities and their statutory bases constituted unjustified restrictions of these rights.<sup>89</sup>

Some scholars have argued that this framework should also apply to positive obligations.<sup>90</sup> In fact, after the BND decision, the German courts have continued to evolve the Basic Law's extraterritoriality doctrine to include at least some form of positive extraterritorial obligations. First, in November 2020, the Federal Administrative Court dealt with this question in a case brought by citizens and residents of Yemen against the American Air Force's use of its German base at Ramstein.<sup>91</sup> While the Court eventually dismissed the case based on the specific facts, it noted that "in principle, the German state may (...) also have duties to protect fundamental rights vis-à-vis foreigners living abroad".<sup>92</sup> In March 2021, the Constitutional Court itself was confronted with this issue in a high profile decision on Germany's obligations regarding climate change, in which some of the applicants

were residents of Bangladesh and Nepal.<sup>93</sup> The Court declined to answer the question directly because it considered that the German state had disposed of its obligations under the Basic Law in any event.<sup>94</sup> However, in a lengthy obiter exposition, it stated that, in principle, the Basic Law could create extraterritorial positive obligations to fight climate change.<sup>95</sup> At the same time, owing to the nature of the extraterritorial situation, these obligations would only include measures to slow or halt climate change but not accommodation measures such as physical barriers and resettlement.<sup>96</sup>

Thus, while the German model of extraterritorial applicability seems to be still at least somewhat in flux, it represents the broadest approach of the four regimes analyzed because it recognizes the applicability of extraterritorial fundamental rights obligations across the board and only later, on the substantive level, takes the extraterritorial fact pattern into account as a factor.<sup>97</sup>

## V. Analysis

The foregoing case studies show that the extraterritoriality regimes of all four legal frameworks analyzed above diverge both in the scope of coverage and in their justifications. This section will explain these differences with Neuman's theory by analyzing the consensual, suprapositive, and institutional aspects of the ICCPR-U.S.

87 BVerfGE 154, 152, para. 104.

88 See *Miller* (fn. 6). But see *Giegerich* (fn. 6), p. 34.

89 BVerfGE 154, 152, paras. 111–331.

90 See, e.g., *Thilo Marauhn et al., Verletzung von Schutzpflichten durch die Bundesrepublik in Afghanistan? Verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Implikationen im Fall der Beendigung einer militärischen Intervention*, Verfassungsblog of 7 October 2021. But see *Benedikt Reinke, Rights Reaching Beyond Borders: A discussion of the BND-Judgment*, dated 19 May 2020, 1 BvR 2835/17, Verfassungsblog of 30 May 2020.

91 BVerwG, Judgment of 25 November 2020, 6 C 7.19, paras. 68–80.

92 *Ibid.*, para. 42; see also *Giegerich* (fn. 5), pp. 36f.

93 BVerfG, Order of 24 March 2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, para 78.

94 *Ibid.*, paras. 154–172, 180.

95 *Ibid.*, paras. 174f.

96 *Ibid.*, paras. 176–78; see also *Lea Dannich, Die Geltung deutscher Grundrechte im Ausland – eine Chance für den Menschenrechtsschutz?*, available at: <https://www.menschenrechte.org/de/2021/10/13/die-geltung-deutscher-grundrechte-im-ausland-eine-chance-fuer-den-menschenrechtsschutz/> (last visited 29 May 2023).

97 Cf. *Çali* (fn. 5), who equates the Constitutional Court's approach with that of the Human Rights Committee and *Giegerich* (fn. 5), p. 34, who argues that it is now essentially the same as the ECHR's.

and ECHR-German dyads and then draw some conclusions about the preferability of an independent constitutional approach towards extraterritoriality.

Turning first to the consensual aspect, it is most prevalent in limiting the extraterritorial applicability of the human rights instruments. Both the narrow and extensive interpretations of the ICCPR never stray far from the textual hook of the “individuals within its territory and subject to its jurisdiction.”<sup>98</sup> Moreover, the proponents of the broad and moderate views seem to rely more on the intent of the state parties than on purpose or value-based arguments such as universality or effectiveness. Likewise, the ECtHR consistently uses the connection to “jurisdiction”<sup>99</sup> in the ECHR to limit the Convention’s extraterritorial application. While this was most apparent in *Banković*, the current caselaw still remains behind a truly functional or universal approach.

In contrast, the two constitutional regimes analyzed pay less regard to consensual limitations. The absence of an explicit jurisdictional or territorial limitation in the constitutional text only partly explains this result. Thus, in *Boumediene*, the U.S. Supreme Court rejected originalist or historical arguments for finding a consensual basis and explicitly adopted a functional approach.<sup>100</sup> The German Federal Constitutional Court, in its foreign surveillance decision, used the suprapositive values of universal human rights and dignity to instill a concrete extraterritoriality rule into the broad provision of Art. 1 para. 3 of the Basic Law.<sup>101</sup> Here emerges an important distinction between a broad, value-based human rights frame as adopted by this court and a narrow, consensual, and essentially positivistic human rights frame based on the applicable treaties. This also explains the Constitutional Court’s stark deviation from the ECHR’s extraterritoriality regime.

98 Art. 2 para. 1 ICCPR.

99 Art. 1 ECHR.

100 See supra Section IV.1.b).

101 See supra Section IV.2.b).

The role of institutional factors is most apparent in the ICCPR-U.S. relationship. Because of the diffuse nature of the bodies interpreting the ICCPR, the narrow interpretation of the U.S. Executive, and the comparatively defiant attitude of U.S. courts to international judicial decisions,<sup>102</sup> it is unlikely that a converging view on the ICCPR’s extraterritoriality will emerge soon. As the Supreme Court itself hinted at, in interpreting Art. 2 para. 1 ICCPR, it would very likely have followed the U.S. Executive’s narrow, strictly territorial interpretation.<sup>103</sup> Conversely, sticking to constitutional interpretation provided the court with room to express its institutional concerns and adopt a structural separation of powers approach to broaden extraterritorial applicability where attempts to circumvent the judiciary are all too apparent.<sup>104</sup>

The ECHR-German dyad presents a somewhat inverted picture. Albeit significantly more effective than the ICCPR’s enforcement bodies, the ECtHR refused to intervene in sensitive national security and armed-conflict issues in *Banković*.<sup>105</sup> In comparison, the German Constitutional Court had the institutional power to address the similarly sensitive foreign surveillance issue head-on.<sup>106</sup>

Thus, overall, divergence between different aspects of rights on the international and constitutional levels can provide an understanding for the different approaches

102 See, e.g., U.S. Supreme Court, *Medellín v. Texas*, (552 US 491), decision of 25 March 2008.

103 *Boumediene* (fn. 50), p. 753.

104 See *Keitner* (fn. 1), pp. 111f.; *Vladeck* (fn. 28), pp. 246f.

105 See, e.g., *Erik Roxstrom et al., The NATO Bombing Case (Bankovic et al. v. Belgium) And The Limits Of Western Human Rights Protection*, in: *Bos. U. Int’l L. J.* 25 (2005) 59–136 (133).

106 High-ranking members of the German Intelligence criticized the decision. See, e.g., *Wolfgang Büscher, Uns droht eine nationale Sicherheit zweiter Klasse*, in: *Die Welt* (online version), 19 May 2020, available at <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article208083849/BND-Urteil-Und-droht-eine-nationale-Sicherheit-zweiter-Klasse.html> (last visited 28 May 2023).

of the four international and domestic regimes to extraterritoriality issues. This allows some tentative conclusions about the fit of human rights treaty-based extraterritoriality frameworks for domestic constitutions. First, proponents of the human rights frame have argued that the greater development of human rights law can provide a methodological advantage.<sup>107</sup> However, the treaty-based human rights frameworks are tied to the peculiarities of the respective treaties, which have explicit jurisdictional limitations. In line with the relevant public international law methodology, international institutions take this language relatively seriously as a consensual constraint. By contrast, suprapositive and institutional aspects feature more strongly in the extraterritoriality jurisprudence of the analyzed domestic systems. Moreover, as the unsettled nature of the ICCPR's extraterritoriality in the U.S. context shows, the supposedly greater development of the human rights framework is not readily apparent.

The most conspicuous result of the comparative analysis conducted in this essay is that domestic constitutional courts are sometimes better guardians of the normative values underlying human rights than international human rights bodies. While the German Foreign Surveillance case illustrates this best, *Boumediene* also shows that, in a much more limited manner, domestic courts can incorporate and apply values of the international human rights system in the extraterritoriality context. In comparison, the jurisprudence of the treaty bodies is evolving but seems to have difficulty to escape from a consensual understanding

based on the treaties' text and history and in some way runs counter to the underlying values of the human rights system. However, even where treaty bodies do adopt universality, states may still regard such interpretations as illegitimate because they share the essentially consent-based view of international human rights law. Thus, domestic courts willing to truly embrace the principle of universality in extraterritorial circumstances may find more legitimacy and less resistance in their own constitutions. Conversely, in the case of a domestic court that is not open to incorporating this principle, the interpretive regime would make little difference. If such a court's domestic legal order were embedded in a relatively weak institutional human rights regime, there seems to be little chance that international interpretive input would do much to change that. If the relevant international human rights regime were relatively strong, there would be independent and parallel protection allowing affected individuals to bypass the courts' restrictive constitutional jurisprudence.<sup>108</sup>

Most importantly, as developments like the aftermath of *Solange* have shown, value-driven resistance at the constitutional level can change legal policy at the international level.<sup>109</sup> Thus, a constitutional approach independent from the consensual constraints of human rights treaties may provide the institutional clout necessary for human rights bodies to overcome these constraints at the international level. In other words, they may just "nudge"<sup>110</sup> their international peers towards a truly universal human rights framework.

---

107 See, e.g., *De Londras* (fn. 29), pp. 563 f., 593.

---

108 See *Keitner* (fn. 1), pp. 113 f.

109 See *Peters* (fn. 11), p. 62.

110 *Çali* (fn. 5).



## Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2022 – Teil II: Individualbeschwerden

Theresa Lanzl

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Das Individualbeschwerdeverfahren
- III. Statistische Angaben
- IV. Zulässigkeitsfragen
- V. Materiellrechtliche Fragen

### I. Einführung

Dieser Beitrag setzt die Berichterstattung über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen (im Folgenden: Ausschuss) im Jahr 2022 fort.<sup>1</sup> Während sich der erste Teil mit den allgemeinen Ereignissen und der Auswertung von Staatenberichten im Berichtszeitraum 2022 (134. bis 136. Sitzung) befasste, widmet sich dieser Beitrag den vom Ausschuss im Jahr 2022 entschiedenen Individualbeschwerden und knüpft damit an den Bericht für das Jahr 2021 an.<sup>2</sup>

### II. Das Individualbeschwerdeverfahren

Das 1. Fakultativprotokoll zum Zivilpakt (FP I)<sup>3</sup> ermöglicht es Einzelpersonen, auf der Grundlage der im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (im

Folgenden: Zivilpakt/Pakt)<sup>4</sup> garantierten Rechte eine Beschwerde an den Ausschuss zu richten. Im Gegensatz zum Staatenbeschwerdeverfahren nach Art. 40 Abs. 1, das für jeden Vertragsstaat obligatorisch ist, ist das Individualbeschwerdeverfahren fakultativ. Der Ausschuss ist für die Entgegennahme und Prüfung von Individualbeschwerden nur dann zuständig, wenn der betreffende Staat das Zusatzprotokoll ratifiziert hat.

Die Zulässigkeit der Beschwerde richtet sich nach dem FP I, der Ablauf des Verfahrens nach der Verfahrensordnung (VerfO)<sup>5</sup>. Das Verfahren wird gemäß Art. 2 FP I durch die schriftliche Einreichung der Beschwerde eingeleitet. Kommt der Ausschuss zu dem Ergebnis, dass die Beschwerde unzulässig ist, wird diese Entscheidung mittels einer Inadmissability Decision der beschwerdeführenden Person und dem betroffenen Vertragsstaat mitgeteilt.

Ist die Beschwerde zulässig, so prüft der Ausschuss ihre Begründetheit anhand der im Zivilpakt und im Zweiten Fakultativprotokoll zur Abschaffung der Todesstrafe (FP II)<sup>6</sup> verbürgten Rechte, soweit diese für den Vertragsstaat gelten. Der Ausschuss

1 Siehe bereits *Navin Mienert*, Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2021 – Teil I: Staatenberichte, in: MRM 28 (2023), S. 50–73.

2 Siehe *Theresa Lanzl*, Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2021 – Teil II: Individualbeschwerden, in: MRM 27 (2022), S. 140–158.

3 Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 302; BGBl. 1992 II, S. 1247.

4 International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1524. Alle im Folgenden genannten Artikel sind, sofern nicht ausdrücklich anders bezeichnet, solche des Zivilpaktes.

5 Rules of Procedure of the Human Rights Committee in der Fassung vom 4. Januar 2021, UN Dok. CCPR/C/3/Rev.12.

6 Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty vom 15. Dezember 1989, UNTS Bd. 1642, S. 414; BGBl. 1992 II, S. 391.

teilt den Parteien seine Entscheidung in Form einer Auffassung (view) mit.

Auch wenn diese Auffassungen mangels entsprechender gesetzlicher Regelung formell nicht rechtsverbindlich sind,<sup>7</sup> sind die Staaten nach Art. 2 verpflichtet, die Bestimmungen des Zivilpaktes einzuhalten und umzusetzen sowie Rechtsbehelfe zur Geltendmachung von Menschenrechtsverletzungen zu schaffen und insbesondere deren Durchsetzung nach Art. 2 Abs. 3 lit. c zu gewährleisten. Darüber hinaus hat der Ausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 33<sup>8</sup> zu den Verpflichtungen der Vertragsstaaten aus dem FP I ausgeführt, dass diese zumindest nach Treu und Glauben zur Kooperation und zur Einhaltung des im Rahmen des FP I vorgesehenen Individualbeschwerdeverfahrens verpflichtet sind. Diese Verpflichtungen wurden in den letzten Jahren regelmäßig in Fällen thematisiert, so auch im Berichtszeitraum 2022 im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Befolgung einstweiliger Maßnahmen.<sup>9</sup> Der Ausschuss erinnerte daran, dass einstweilige Maßnahmen nach Regel 94 VerfO für die Rolle des Ausschusses von wesentlicher Bedeutung sind, um irreparablen Schaden für das Opfer einer behaupteten Verletzung zu vermeiden.<sup>10</sup> Im Fall *Luiz Inácio Lula da Silva gegen Brasilien* forderte der Ausschuss Brasilien auf, vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass der Beschwerdeführer seine politischen Rechte als

Kandidat für die Präsidentschaftswahlen 2018 während seiner Haft ausüben kann.<sup>11</sup> Insbesondere sollte der Beschwerdeführer angemessenen Zugang zu den Medien und den Mitgliedern seiner politischen Partei erhalten und nicht daran gehindert werden, sich zur Wahl zu stellen, bis die anhängigen Anträge auf Überprüfung seiner Verurteilung in einem fairen Gerichtsverfahren entschieden sind und die Verurteilung rechtskräftig geworden ist. Da der Beschwerdeführer unter den vom Ausschuss geforderten Bedingungen weder Wahlkampf betreiben noch sich als Kandidat für die Präsidentschaftswahlen 2018 aufgestellt werden durfte, stellte der Ausschuss fest, dass Brasilien seine Verpflichtungen aus Art. 1 FP I nicht erfüllt hat.<sup>12</sup>

Die Umsetzung der Auffassungen wird durch einen Sonderberichtersteller:in überprüft, der:die den Vertragsstaaten gegebenenfalls weitere Empfehlungen unterbreiten kann.<sup>13</sup>

### III. Statistische Angaben

Im Berichtszeitraum 2022 hat der Ausschuss insgesamt 175 Beschwerden zur Entscheidung angenommen. 26 Beschwerden hat der Ausschuss für unzulässig erklärt. In 83 Fällen stellte er eine Verletzung des Zivilpaktes fest. In zwei Fällen wurde keine Verletzung festgestellt. 59 Verfahren wurden eingestellt.<sup>14</sup>

7 Theodor Schilling, *Internationaler Menschenrechtsschutz*, 4. Aufl. 2022, S. 383, Rn. 939.

8 General Comment Nr. 33 (2008) The Obligations of States parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Dok. CCPR/C/GC/33, Nr. 15, 19.

9 Zu beachten ist, dass der Ausschuss die Verletzung von Art. 1 FP I nicht länger unter der Überschrift "Lack of cooperation by the State party", sondern unter der Überschrift "Issues and Proceedings before the Committee" behandelt. Dies forderten die Ausschussmitglieder *Achour* und *Tigroudja* in ihrem Sondervotum im Jahr 2021, siehe *Andrei Mikhalevich v. Belarus*, Auffassung vom 21. Juli 2021, UN Dok. CCPR/C/132/D/3105/2018, Annex.

10 *Luiz Inácio Lula da Silva v. Brasilien*, Auffassung vom 17. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2841/2016, Nr. 6.1.

11 *Ibid.*, Nr. 1.4.

12 *Ibid.*, Nr. 6.3.

13 Schilling (Fn. 7), S. 383f., Rn. 940.

14 CCPR Centre for civil and political rights, Individual Communications, abrufbar unter: <http://ccprcentre.org/individual-communications> (zuletzt besucht am 13. Juli 2023).

#### IV. Zulässigkeitsfragen

Der Ausschuss prüft zunächst die Zulässigkeit der Individualbeschwerde gemäß Art. 1 bis Art. 3 und Art. 5 Abs. 2 FP I.<sup>15</sup>

##### 1. Beschwerdebefugnis/Opfereigenschaft

Nach Art. 1 S. 1 und Art. 2 FP I muss ein Individuum behaupten, Opfer einer Verletzung eines im Pakt niedergelegten Rechts zu sein. Dies erfordert, dass die beschwerdeführende Person eine persönliche, gegenwärtige und nachteilige Betroffenheit geltend macht.

Es muss sich um eine vergangene oder unmittelbar bevorstehende Verletzung eines oder mehrerer durch den Pakt geschützter Rechte handeln. Die beschwerdeführende Person muss darlegen, dass ihre Betroffenheit mehr als nur eine theoretische Möglichkeit darstellt.<sup>16</sup> Im Fall *Billy et al. gegen Australien* wandte Australien ein, dass die Behauptungen der Beschwerdeführer:innen zwar mögliche Auswirkungen des Klimawandels betreffen, eine Rechtsverletzung jedoch noch nicht eingetreten sei und auch nicht unmittelbar bevorstehe.<sup>17</sup> Der Ausschuss betonte die besondere Vulnerabilität der Beschwerdeführer:innen als Inselbewohner:innen und bejahte ihre Opfereigenschaft. Die von den Beschwerdeführer:innen vorgelegten Informationen würden zeigen, dass die Gefahr einer Rechtsverletzung aufgrund der behaupteten schwerwiegenden negativen Auswirkungen, die bereits eingetreten seien und noch andauerten, mehr als nur eine theoretische Möglichkeit sei.<sup>18</sup>

Darüber hinaus können grundsätzlich nur natürliche Personen den Ausschuss anru-

fen. Die Rechte juristischer Personen, im konkreten Fall einer Religionsgemeinschaft, werden durch den Pakt nicht geschützt.<sup>19</sup>

Einzelpersonen, die hinter der juristischen Person stehen, können jedoch eine Beschwerde einreichen, wenn sie selbst und unmittelbar von der behaupteten Verletzung betroffen sind. Dies bejahte der Ausschuss im Fall *Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga und Carlos Nicolás Pérez Lapenti gegen Ecuador*.<sup>20</sup> In diesem Fall wurde offiziell ein Disziplinarverfahren gegen die Zeitung *El Universo* eingeleitet. Die Beschwerdeführer waren jedoch in ihrer Eigenschaft als Direktoren und Aktionäre der Zeitung selbst und unmittelbar von den Sanktionen betroffen, unter anderem mussten sie sich als Herausgeber der Zeitung öffentlich entschuldigen.

##### 2. Hinreichende Substantiiertheit der Beschwerde

Die behauptete Rechtsverletzung muss gemäß Art. 99 lit. b S. 1 VerfO hinreichend substantiiert dargelegt werden. Dazu müssen die Behauptungen begründet und durch die Beibringung von entsprechendem Beweismaterial belegt werden.<sup>21</sup>

Eine mangelhafte Substantiierung einer behaupteten Rechtsverletzung führt jedoch nicht zwingend zur Unzulässigkeit der gesamten Beschwerde. Es können auch nur Teile von der weiteren Prüfung ausgeschlos-

15 Ausführlich dazu: *Bernhard Schäfer*, Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt, 2. Aufl. 2007, S. 59–100.

16 *Daniel Billy et al. / Australien*, Auffassung vom 21. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3624/2019, Nr. 7.9.

17 *Ibid.*, Nr. 6.1.

18 *Ibid.*, Nr. 7.10.

19 *Vladimir Adyrkhayev, Behruz Solikhov und "The Religious Association of Jehovah's Witnesses in Dushanbe" / Tadschikistan*, Auffassung vom 7. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2483/2014, Nr. 8.3.

20 *Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga und Carlos Nicolás Pérez Lapenti / Ecuador*, Auffassung vom 26. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/3267/2018, Nr. 8.3–8.4.

21 *Nikolay Dedok / Belarus*, Auffassung vom 19. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2903/2016, Nr. 6.7; *X / Lettland*, Entscheidung vom 4. November 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3254/2018, Nr. 7.3–7.6; *C. C. N. / Schweden*, Entscheidung vom 24. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3701/2020, Nr. 6.6–6.9.

sen werden. Dies war im Jahr 2022 erneut in einer Vielzahl der behandelten Fälle der Fall.<sup>22</sup>

### 3. Zuständigkeit *ratione materiae*

Gegenstand der Beschwerde muss eine Verletzung von Rechten aus dem Zivilpakt oder seinen Fakultativprotokollen sein.

Der Ausschuss hat Beschwerden als *ratione materiae* unvereinbar mit dem Pakt zurückgewiesen, soweit die Beschwerdeführer:innen eine Verletzung von Rechten des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte,<sup>23</sup> der Kinderrechtskonvention<sup>24</sup> oder eines Rechts auf soziale Sicherheit<sup>25</sup> geltend machten. Auch die allgemeine Verpflichtung der Vertragsstaaten aus Art. 2 ist für sich allein kein tauglicher Beschwerdegegenstand, sondern kann nur in Verbindung mit einer konkreten Verpflichtung aus dem Zivilpakt geltend gemacht werden.<sup>26</sup> Wird sie gesondert geltend gemacht, wird dieser Teil der Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen.<sup>27</sup>

22 Beispielsweise *M'Rabih Ahmed Mahmoud Adda ./ Algerien*, Auffassung vom 4. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2721/2016, Nr. 6.6; *J.S. ./ Australien*, Auffassung vom 1. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2804/2016, Nr. 7.6; *Maksat Nuryybaev ./ Kasachstan*, Auffassung vom 7. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2827/2016, Nr. 6.4; *Abdilahi Ahmed Elmi ./ Kanada*, Auffassung vom 1. November 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3649/2019, Nr. 7.5–7.7.

23 *Naïma Mezhoud ./ Frankreich*, Auffassung vom 14. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2921/2016, Nr. 7.3.

24 *O.H.D., O.A.D. und B.O.M. ./ Australien*, Entscheidung vom 25. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3023/2017, Nr. 7.4.

25 *William Stanley Johnson ./ Niederlande*, Auffassung vom 11. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3077/2017, Nr. 8.4

26 *Z.B. D.Č ./ Litauen*, Auffassung vom 24. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3327/2019, Nr. 8.5; *Andreas Dafnis ./ Griechenland*, Auffassung vom 19. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3740/2020, Nr. 7.12; *Viktoria Fedorova ./ Belarus*, Auffassung vom 24. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2919/2016, Nr. 6.4.

27 *William Stanley Johnson ./ Niederlande* (Fn. 25), Nr. 7.4.

Im Fall *Billy et al. gegen Australien* argumentierte Australien, dass die Beschwerde *ratione materiae* unzulässig sei, soweit die Beschwerdeführer:innen Verstöße gegen internationale Klimaschutzabkommen wie das Pariser Abkommen geltend machten, da diese nicht in den Anwendungsbereich des Paktes fielen.<sup>28</sup> Dem stimmte der Ausschuss grundsätzlich zu. Es sei jedoch möglich, diese Abkommen zur Auslegung der Verpflichtungen aus dem Pakt heranzuziehen.<sup>29</sup>

### 4. Missbrauch des Beschwerderechts

Der Ausschuss kann die Beschwerde nach Art. 3 FP I für unzulässig erklären, wenn sie anonym ist, wenn der Ausschuss zu der Auffassung gelangt, dass die beschwerdeführende Person ihr Beschwerderecht missbraucht oder wenn die Beschwerde mit den Bestimmungen des Paktes unvereinbar ist. Nach Art. 99 lit. c VerfO kann ein Missbrauch des Beschwerderechts vorliegen, wenn die Beschwerde später als fünf Jahre nach der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges oder später als drei Jahre nach Abschluss eines Verfahrens der internationalen Zusammenarbeit eingelegt wird, es sei denn, dass Gründe vorliegen, die die Verzögerung rechtfertigen.<sup>30</sup>

In *Nikolai Alkseev, Kirill Nepomnyashchiiy, Sofia Mikhailova und Yaroslav Yevoushenko gegen die Russische Föderation* argumentierte der Vertragsstaat, dass die wiederholte Einreichung ähnlicher Beschwerden einen Miss-

28 *Billy et al. ./ Australien* (Fn. 16), Nr. 4.1.

29 *Ibid.*, Nr. 7.5.

30 In *Salah Drif und Khoukha Rafrat ./ Algerien*, Auffassung vom März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3320/2019, Nr. 7.5 sah der Ausschuss die fünfjährige Verzögerung nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges als gerechtfertigt an. Er begründete dies mit dem fortdauernden Charakter des Verschwindenlassens und der fortdauernden Verpflichtung, solche Fälle zu untersuchen, was im konkreten Fall durch die Verordnung Nr. 06-01 und ihre Auswirkungen unmöglich gemacht wurde.

brauch des Beschwerderechts darstelle.<sup>31</sup> Die Beschwerden betrafen die Weigerung der Behörden, LGBT-Versammlungen zu genehmigen. Der Ausschuss wies diese Behauptung zurück, da die Verfahrensordnung wiederholte Beschwerden nicht verbietet. Dagegen stellte der Ausschuss im Fall *V. J. gegen die Slowakei* einen Missbrauch des Beschwerderechts fest: Der Beschwerdeführer machte eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 wegen übermäßiger Verzögerung des Verfahrens geltend. Der Beschwerdeführer hatte jedoch selbst erheblich zur Verzögerung des Verfahrens beigetragen, indem er wiederholte Verfahrensanhträge gestellt hatte, die das Verfahren unnötig in die Länge zogen und von denen einige nur wenig Aussicht auf Erfolg hatten.<sup>32</sup>

## 5. Rechtswegerschöpfung

Nach Art. 5 Abs. 2 lit. b FP I müssen vor Einlegung der Beschwerde alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft sein.<sup>33</sup> Dabei sind alle Rechtsbehelfe zu ergreifen, die wirksam erscheinen und der beschwerdeführenden Person de facto zur Verfügung stehen.<sup>34</sup> Im Fall *K. R. und S. R. gegen Nepal* befand der Ausschuss, dass eine Strafanzeige wegen mutmaßlicher Ver-

gewaltigung aufgrund der 35-tägigen Verjährungsfrist im Vertragsstaat sowohl ein unwirksamer Rechtsbehelf war als auch den Beschwerdeführer:innen aufgrund rechtlicher und praktischer Hindernisse tatsächlich nicht zur Verfügung stand.<sup>35</sup>

Wenn die Behörden des Vertragsstaates, die für die Bearbeitung des betreffenden Antrags zuständig sind, eine Erklärung über die Verfügbarkeit innerstaatlicher Rechtsbehelfe abgeben, ist der Ausschuss der Ansicht, dass sich die Beschwerdeführer:innen auf diese Information verlassen können müssen.<sup>36</sup> Im Fall *J. S. K. N. gegen Dänemark* teilte das Ministerium für Einwanderung, Integration und Wohnungswesen dem Beschwerdeführer mit, dass die negative Entscheidung über seinen Einbürgerungsantrag nicht bei „einer anderen Behörde“ angefochten werden könne. Angesichts dieser Information und des Fehlens einer Begründung für die ablehnende Entscheidung kam der Ausschuss zu dem Schluss, dass eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung in concreto nicht möglich war.<sup>37</sup>

Innerstaatliche Rechtsbehelfe, die objektiv keine Aussicht auf Erfolg haben, müssen nicht ausgeschöpft werden.<sup>38</sup> Dies ist der Fall, wenn die Beschwerde nach dem anwendbaren innerstaatlichen Recht unweigerlich zurückgewiesen würde oder wenn die ständige Rechtsprechung der höchsten innerstaatlichen Gerichte einen positi-

31 Nikolai Alkseev, Kirill Nepomnyashchii, Sofia Mikhailova und Yaroslav Yevushenko ./ *Russische Föderation*, Auffassung vom 14. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2943/2017, CCPR/C/134/D/2953/2017, CCPR/C/134/D/2954/2017, Nr. 4.7.

32 *V. J. ./ Slowakei*, Entscheidung vom 25. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2959/2017, Nr. 7.5.

33 Aus verfahrensökonomischen Erwägungen lässt der Ausschuss es jedoch genügen, wenn der innerstaatliche Rechtsweg zum Zeitpunkt der Prüfung einer Beschwerde erschöpft ist, siehe z. B. Luiz Inácio Lula da Silva ./ *Brasilien* (Fn. 10), Nr. 7.4 und Oriol Junqueras i Vies, Raül Romeva i Rueda, Josep Rull i Andreu und Jordi Turull i Negre ./ *Spanien*, Auffassung vom 12. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3297/2019, Nr. 7.4.

34 Nikolai Alkseev, Kirill Nepomnyashchii, Sofia Mikhailova und Yaroslav Yevushenko ./ *Russische Föderation* (Fn. 34), Nr. 6.4; Dewradj Jaddoe ./ *Niederlande*, Auffassung vom 26. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3256/2018, Nr. 10.3.

35 *K. R. und S. R. ./ Nepal*, Auffassung vom 14. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2906/2016, Nr. 6.3.

36 *J. S. K. N. ./ Dänemark*, Auffassung vom 25. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2754/2016, Nr. 7.4

37 *Ibid.*, Nr. 7.5. Ablehnend Ausschussmitglied Sancin, siehe Annex II, Nr. 1–10.

38 José Antonio Sainz de la Maza y del Castillo ./ *Spanien*, Auffassung vom 21. Juli 2021, UN Dok. CCPR/C/132/D/2996/2017, Nr. 8.3. In den Fällen Olga Litkevich ./ *Russische Föderation*, Auffassung vom 11. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2758/2016, Nr. 8.3 und *J. S. ./ Australien* (Fn. 22), Nr. 7.3 bejahte der Ausschuss dies, da die Rechtsbehelfe unangemessen verzögert wurden.

ven Ausgang ausschließt.<sup>39</sup> Beschwerdeführer:innen müssen jedoch bei der Verfolgung der verfügbaren Rechtsbehelfe die gebotene Sorgfalt walten lassen; bloße Zweifel oder Vermutungen über deren Wirksamkeit entbinden die beschwerdeführende Person nicht davon, sie auszuschöpfen.<sup>40</sup> Außergerichtliche Instanzen, wie die Wahrheits- und Versöhnungskommission in Nepal, stellen keinen wirksamen Rechtsbehelf i. S. d. Art. 5 Abs. 2 lit. b FP I dar.<sup>41</sup>

In *Mümüne Açikkollu gegen die Türkei* machte die Beschwerdeführerin geltend, dass eine Verfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof kein wirksamer Rechtsbehelf sei, um die Rechtmäßigkeit der Inhaftierung und den späteren Tod ihres Ehemannes in Haft anzufechten.<sup>42</sup> Der Ausschuss verwies auf Bedenken des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hinsichtlich der Wirksamkeit der Verfassungsbeschwerde in der Türkei in Fällen von Untersuchungshaft. Insbesondere in zwei Fällen, in denen das türkische Verfassungsgericht Verletzungen der Rechte der Antragsteller:innen festgestellt hatte, hatten die unteren Gerichte die Entscheidungen des Verfassungsgerichts nicht umgesetzt.<sup>43</sup> Der Ausschuss stellte fest, dass der Vertragsstaat in diesem Fall nicht nachgewiesen hatte, dass eine Verfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgericht ein wirksamer Rechtsbehelf nach Art. 5 Abs. 2 lit. b FP I gewesen wäre. Dies gilt insbeson-

dere angesichts der Autorität, die den Urteilen des Verfassungsgerichts von den unteren Gerichten in jüngeren Fällen zuerkannt wurde. In mehreren Verfahren machten Belarus<sup>44</sup>, Russland<sup>45</sup>, Kirgisistan<sup>46</sup> und Kasachstan<sup>47</sup> geltend, dass zur Erschöpfung des Rechtsweges auch die Überprüfung einer rechtskräftigen Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft, den:die Gerichtspräsident:in oder ein Kassationsgericht erforderlich sei. Der Ausschuss wiederholte seine Entscheidungspraxis, dass es sich hierbei um einen außerordentlichen Rechtsbehelf handelt und der Vertragsstaat daher nachweisen muss, dass eine begründete Aussicht besteht, dass solche Anträge unter den

39 *Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga und Carlos Nicolás Pérez Lapenti* ./ Ecuador (Fn. 20), Nr. 8.5.

40 *O., P., Q., R. und S.* ./ Schweden, Auffassung vom 15. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2632/2015, Nr. 9.4; *Nikolai Alkseev, Kirill Nepomnyashchiiy, Sofia Mikhailova und Yaroslav Yevushenko* ./ Russische Föderation (Fn. 34), Nr. 6.4; *R. E. I.* ./ Niederlande, Entscheidung vom 4. November 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3015/2017, Nr. 6.3.

41 *Puniram Tharu und Nira Kumari Tharuni* ./ Nepal, Auffassung vom 14. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3199/2018, Nr. 6.4; *K. R. und S. R.* ./ Nepal (Fn. 35), Nr. 6.4.

42 *Mümüne Açikkollu* ./ Türkei, Auffassung vom 25. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3730/2020, Nr. 7.3.

43 *Ibid.*, Nr. 7.4.

44 *Z. B. Viktor Parfenenka* ./ Belarus, Auffassung vom 15. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2737/2016, Nr. 6.3; *Yury Belsky* ./ Belarus, Auffassung vom 24. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2755/2016, Nr. 6.3; *Tamara Selyun* ./ Belarus, Auffassung vom 4. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/2840/2016, Nr. 6.3; *Natalya Shchukina* ./ Belarus, Auffassung vom 24. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3242/2018, Nr. 6.3; *Vitaliy Gulyak* ./ Belarus, Auffassung vom 27. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2847/2016, Nr. 6.3; *Larissa Shchiryak* ./ Belarus, Auffassung vom 7. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2848/2016, Nr. 6.3; *Nikolay Dedok* ./ Belarus (Fn. 21), Nr. 6.3.

45 *Nikolai Alekseev, Kirill Nepomnyashchiiy, Sofia Mikhailova und Yaroslav Yevushenko* ./ Russische Föderation, Auffassung vom 14. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/1943/2017, CCPR/C/134/D/2953/2017, CCPR/C/134/D/2954/2017, Nr. 6.6; *Dmitry Voronkov* ./ Russische Föderation, Auffassung vom 25. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2951/2017, Nr. 9.3.

46 *Mukhamadrasul Abdurasulov, Osmonali Otamirzaev, Bakhodir Zhalalov, Abdurashit Yangibaev, Muradil Abduvaitov, Islombek Atabekov, Ikhtier Khamdamov, Abdumomin Abduvaitov* ./ Kirgisistan, Auffassung vom 15. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3200-3207/2018, Nr. 6.3; *Momtali Yusupov, Zhalaldin Sadykov, Sirozhiidin Moidinov, Kakhramon Mamazhanov, Abdulaziz Saliev, Abdalboki Mamadaliev, Furkatbek Abduzhabbarov und Tazhidin Abdullaev* ./ Kirgisistan, Auffassung vom 15. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3227-3230/2018, CCPR/C/135/D/3293/2019, CCPR/C/135/D/3619/2019, CCPR/C/135/D/3621/2019, CCPR/C/135/D/3770/2020, Nr. 6.3.

47 *Andrey Tsukanov* ./ Kasachstan, Auffassung vom 1. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2829/2016, Nr. 6.4.

Umständen des Einzelfalles einen wirksamen Rechtsbehelf darstellen.<sup>48</sup>

## 6. Keine Befassung anderer internationaler Instanzen

Schließlich kann der Ausschuss eine Beschwerde nach Art. 5 Abs. 2 lit. a FP I nur prüfen, wenn dieselbe Angelegenheit nicht bereits Gegenstand eines anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitbeilegungsverfahrens ist. Unter „derselben Sache“ ist zu verstehen, dass dieselbe Person denselben Gegenstand vor einer anderen internationalen Instanz geltend macht.<sup>49</sup> Dementsprechend sah sich der Ausschuss im Fall *Oriol Junqueras i Vies, Raül Romeva i Rueda, Josep Rull i Andreu und Jordi Turull i Negre gegen Spanien* nicht daran gehindert, eine Beschwerde über die Suspendierung von öffentlichen Ämtern und Funktionen aufgrund der gegen die Beschwerdeführer:innen verhängten Untersuchungshaft zu prüfen, obwohl diese zuvor eine Beschwerde bei der UN-Arbeitsgruppe „Willkürliche Inhaftierung“ eingereicht hatten.<sup>50</sup>

Das Kumulierungsverbot hindert den Ausschuss nur dann an der Prüfung einer Beschwerde, wenn dieselbe Sache tatsächlich Gegenstand einer parallelen Prüfung ist, nicht jedoch, wenn die Prüfung bereits abgeschlossen ist. Der Ausschuss erinnerte in diesem Zusammenhang an seine ständige Rechtsprechung, wonach die spanische Fassung („ha sido sometido“) gemäß Art. 33 Abs. 4 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge<sup>51</sup> im Lichte der anderen

Sprachfassungen und unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrages auszulegen sei.<sup>52</sup> Der Umstand, dass dieselbe Rechtssache der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte vorgelegt wurde, dort aber nicht mehr anhängig ist, stehe der Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen.

In Bezug auf Verfahren vor dem EGMR wiederholte der Ausschuss seine Praxis, dass in Fällen, in denen der EGMR eine Beschwerde als unzulässig zurückweist, die Rechtssache nur insoweit als vom Gerichtshof geprüft im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a FP I gilt, als der EGMR seine Unzulässigkeitserklärung nicht nur auf Verfahrensgründe stützt, sondern auch auf Gründe, die in gewissem Umfang eine Prüfung der Begründetheit der Rechtssache beinhalten.<sup>53</sup> In Fällen, in denen der EGMR in Einzelrichterbesetzung Beschwerden unter Berufung auf Art. 34 und 35 der [Europäischen] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)<sup>54</sup> für unzulässig erklärt, ohne den Grund für die Unzulässigkeit näher zu bezeichnen, geht der Ausschuss nicht von einer „Prüfung“ der Sache durch den EGMR aus.<sup>55</sup>

## V. Materielle rechtliche Fragen

Im Jahr 2022 äußerte sich der Ausschuss unter anderem zu folgenden materiellrechtlichen Fragen:

48 *Yury Belsky ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 6.3; *Tamara Selyun ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 6.3.

49 *Oriol Junqueras i Vies, Raül Romeva i Rueda, Josep Rull i Andreu und Jordi Turull i Negre ./. Spanien* (Fn. 33), Nr. 7.3; *Jesús María Hermosilla Barrio ./. Spanien*, Auffassung vom 25. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3102/2018, Nr. 8.2.

50 *Oriol Junqueras i Vies, Raül Romeva i Rueda, Josep Rull i Andreu und Jordi Turull i Negre ./. Spanien* (Fn. 33), Nr. 7.2–7.3.

51 Vienna Convention on the Law of Treaties. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, UNTS Bd. 1155, S. 331; BGBl. 1985 II, S. 927.

52 *Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga und Carlos Nicolás Pérez Lapenti ./. Ecuador* (Fn. 39), Nr. 8.2.

53 *O., P., Q., R. und S. ./. Schweden* (Fn. 40), Nr. 9.3; *X et al. ./. Slowenien*, Entscheidung vom 4. November 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3024/2017, Nr. 9.2; *Jesús María Hermosilla Barrio ./. Spanien* (Fn. 49), Nr. 8.2.

54 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. [Europäische] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, ETS Nr. 5, in der zuletzt durch Protokoll Nr. 15 geänderten Fassung; Neufassung: BGBl. 2014 II S. 1034.

55 *O., P., Q., R. und S. ./. Schweden* (Fn. 40), Nr. 9.3; *X et al. ./. Slowenien* (Fn. 53), Nr. 9.2; *Jesús María Hermosilla Barrio ./. Spanien* (Fn. 49), Nr. 8.2.

### 1. *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 2 Abs. 3)*

Wie in den Vorjahren stellte der Ausschuss in zahlreichen Fällen von Verschwindenlassen in Algerien im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg in den 1990er Jahren eine Verletzung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 2 Abs. 3 fest. Unter Bezugnahme auf seine Allgemeine Bemerkung Nr. 31 (2004) erinnerte der Ausschuss an die Bedeutung, die er der Einrichtung geeigneter gerichtlicher und administrativer Mechanismen zur Überprüfung mutmaßlicher Verletzungen der Paktrechte durch die Vertragsstaaten beimisst.<sup>56</sup> Der Ausschuss stellte fest, dass die Beschwerdeführer:innen die zuständigen Behörden wiederholt auf das Verschwinden ihrer Angehörigen aufmerksam gemacht hatten, ohne dass der Vertragsstaat eine Untersuchung des Verschwindens durchgeführt hatte. Darüber hinaus war es den Beschwerdeführer:innen aufgrund der Verordnung Nr. 06-01 rechtlich unmöglich, sich an eine gerichtliche Instanz zu wenden und das Schicksal der Opfer gerichtlich aufklären zu lassen.<sup>57</sup>

### 2. *Gleichberechtigung der Frau (Art. 3)*

Wie im Vorjahr befasste sich der Ausschuss in *K.R. und S.R. gegen Nepal*<sup>58</sup> mit einem Vergewaltigungsfall im Zusammenhang mit dem zehnjährigen bewaffneten Konflikt zwischen der Regierung und der Kommunistischen Partei Nepals von 1996 bis 2006. Die Tochter der Beschwerdeführer:innen wurde von Angehörigen der Streitkräf-

te vergewaltigt und anschließend getötet. Der Ausschuss erinnerte daran, dass Frauen und Mädchen in Zeiten innerstaatlicher oder internationaler bewaffneter Konflikte besonders gefährdet sind und dass Staaten in solchen Situationen alle Maßnahmen ergreifen müssen, um Frauen und Mädchen vor Vergewaltigung, Entführung und anderen Formen geschlechtsspezifischer Gewalt zu schützen. Dies schließt ein, dass Opfer sexueller Gewalt effektiven Zugang zur Justiz haben müssen. Das Versäumnis eines Staates, Opfer sexueller Gewalt zu entschädigen, kann eine stillschweigende Duldung oder Ermutigung solcher Gewalt darstellen und damit die Gefährdung der Opfer erhöhen. Indem der Vertragsstaat es generell versäumt hat, solche Verbrechen zu untersuchen und die Täter zur Rechenschaft zu ziehen, hat er die Tochter der Beschwerdeführer:innen in ihrem Recht aus Art. 3 und 26 allein und i. V. m. Art. 7 und 24 verletzt.

### 3. *Recht auf Leben (Art. 6)*

Im Fall *Daniel Billy et al. gegen Australien*<sup>59</sup> machten die Beschwerdeführer:innen geltend, dass das Versäumnis des Vertragsstaates, Anpassungs- und Minderungsmaßnahmen zur Bewältigung der Auswirkungen des Klimawandels umzusetzen, sie in ihrem Recht verletze, ein Leben in Würde zu führen. Die Beschwerdeführer:innen sind indigene Bewohner:innen der Torres-Strait-Inseln, die vom Klimawandel besonders stark betroffen sind. Der Ausschuss erinnerte an seine Allgemeine Bemerkung Nr. 36 (2018)<sup>60</sup>, wonach das Recht auf Leben nach Art. 6 auch das Recht auf ein „Leben in Würde“ umfasst. Umweltzerstörung und der Klimawandel stellten direkte Bedrohungen des Rechts auf Leben dar, auch wenn sie nicht unmittelbar zum Verlust von Menschenleben führten.<sup>61</sup> Unter Hinweis auf die vom Staat bereits ergriffenen und in einem Zeitrahmen von zehn bis 15 Jahren noch möglichen Anpassungsmaßnahmen

56 Z. B. *Naima Boutarsa ./. Algerien*, Auffassung vom 8. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3010/2017, Nr. 8.11.

57 *Salah Drif und Khoukha Rafrat ./. Algerien* (Fn. 30), Nr. 8.12; *Salah Drif und Khoukha Rafrat ./. Algerien*, Auffassung vom 8. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3321/2019, Nr. 8.12; *Naima Boutarsa ./. Algerien* (Fn. 56), Nr. 8.12; *Hacène Ferhati und Fatna Ferhati ./. Algerien*, Auffassung vom 8. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3125/2018, Nr. 8.13; *Mohamed Djaou ./. Algerien*, Auffassung vom 24. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2808/2016, Nr. 8.13.

58 *K.R. und S.R. ./. Nepal* (Fn. 35), Nr. 7.7.

59 *Daniel Billy et al. ./. Australien* (Fn. 16), Nr. 8.3ff.

60 General Comment Nr. 36 (2018) Article 6: Right to Life, UN Dok. CCPR/C/GC/36, Nr. 3.

61 *Daniel Billy et al. ./. Australien* (Fn. 16), Nr. 8.3.



verneinte der Ausschuss jedoch im Ergebnis eine reale und vorhersehbare Gefahr für das Leben der Beschwerdeführer:innen.<sup>62</sup>

#### 4. *Verbot der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Art. 7)*

Wie in den Vorjahren hatte der Ausschuss auch im Jahr 2022 zahlreiche Fälle im Zusammenhang mit Abschiebungsverfahren nach Art. 7 zu beurteilen.<sup>63</sup> Nach der langjährigen Rechtsprechung des Ausschusses obliegt es grundsätzlich dem Vertragsstaat, die Tatsachen und Beweise des jeweiligen Falles zu würdigen, um festzustellen, ob eine reale Gefahr eines nicht wiedergutzumachenden Schadens besteht, wenn die Beschwerdeführer:innen aus dem Hoheitsgebiet des Vertragsstaates abgeschoben werden.<sup>64</sup> Der Beurteilung durch den Vertragsstaat sollte erhebliches Gewicht beigegeben werden. Im Allgemeinen obliegt es den Organen des Vertragsstaates, die Tatsachen und Beweise zu prüfen und zu bewerten, um festzustellen, ob eine solche Gefahr besteht, es sei denn, es wird festgestellt, dass die Bewertung offensichtlich willkürlich war oder eine Rechtsverweigerung darstellte.<sup>65</sup> In zwei – im Ausschuss umstrittenen – Entscheidungen gegen Schweden kam der Ausschuss zu dem Schluss, dass die Beurteilung eindeutig willkürlich war

und stellte eine Verletzung von Art. 7 des Paktes fest: Die Beschwerdeführer:innen in *O., P., Q., R. und S. gegen Schweden* verließen Albanien, weil O. – ein Dichter und Journalist – Morddrohungen von Netzwerken des organisierten Verbrechens erhalten hatte, nachdem er ein Korruptionsnetzwerk auf höchster Ebene in Albanien aufgedeckt und ein Buch darüber geschrieben hatte. Nachdem sein Asylantrag in Schweden abgelehnt worden war, wurde O. bei seiner Rückkehr nach Albanien verhaftet, gefoltert und misshandelt. Im Jahr 2016 kehrten die Beschwerdeführer:innen nach Schweden zurück und stellten erneut Asylanträge, die von den Behörden erneut abgelehnt wurden.<sup>66</sup> Der Ausschuss war der Ansicht, dass etwaige Unstimmigkeiten, die der Vertragsstaat bei der Prüfung des Asylantrages festgestellt hatte, ihn nicht davon entbinden, andere angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um Zweifel an der Gefährdung der Beschwerdeführer:innen im Falle einer Abschiebung in ihr Herkunftsland auszuräumen.<sup>67</sup> Im Fall *Jean-Claude Rudurura gegen Schweden* wurde der Beschwerdeführer aufgrund seiner Teilnahme an Protesten gegen die Regierung bedroht und in seiner beruflichen Funktion als Aufseher von Gesundheitseinrichtungen gezwungen, falsche Todesanzeigen zu unterschreiben, um die Regierungsmiliz von der Tötung von Demonstrant:innen und politischen Gegner:innen zu entlasten.<sup>68</sup> Nachdem er Journalist:innen darüber informiert hatte, floh er aus Burundi, woraufhin seine Frau und seine Tochter verhaftet und ein Haftbefehl gegen ihn erlassen wurde. Der Ausschuss

62 Ibid., Nr. 8.7–8.8. Die Entscheidung war unter den Ausschussmitgliedern umstritten, siehe die Sondervoten der Ausschussmitglieder *Laki* (Annex I), *Bulkan, Kran* und *Sancin* (Annex III) und *Quezada* (Annex V). Für eine ausführliche Besprechung der Entscheidung siehe *Andreas Buser*, Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen und die Klimakrise – Die Entscheidung *Billy et al. gegen Australien* und ihr Beitrag zur „Begründung“ des Menschenrechtsschusses, in: MRM 28 (2023), S. 74–84.

63 Z.B. *Alexander Lapshin ./. Belarus*, Auffassung vom 19. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2945/2017; *J. S. ./. Australien* (Fn. 22); *Abdilahi Ahmed Elmi ./. Kanada* (Fn. 22).

64 General Comment Nr. 31 (2004) The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Nr. 12.

65 *O., P., Q., R. und S. ./. Schweden* (Fn. 40), Nr. 9.8.

66 Ibid., Nr. 2.1–2.19.

67 Ibid., Nr. 9.10–9.12. Die Ausschussmitglieder *Kran, Sancin, Yigezu* und *Pazartzis* wandten sich gegen die Entscheidung. Sie waren der Ansicht, dass die Beschwerdeführer:innen keine ausreichenden Informationen vorgelegt hätten, um ihre Behauptung zu untermauern, dass die schwedischen Behörden bei der Bewertung der Beweise oder der Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften eindeutig willkürlich gehandelt hätten. Die Beschwerde sei daher bereits unzureichend substantiiert und daher unzulässig gewesen, siehe Annex.

68 *Jean-Claude Rudurura ./. Schweden*, Auffassung vom 1. November 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3706/2020, Nr. 2.1–2.6.

stellte fest, dass die schwedischen Behörden mehrere Faktoren nicht berücksichtigt hatten, wie die Weitergabe von Informationen an die Presse, die ethnische Zugehörigkeit und die politische Einstellung des Beschwerdeführers, die zusammengenommen das Risiko für den Beschwerdeführer in Burundi erhöhten.<sup>69</sup>

Darüber hinaus befasste sich der Ausschuss in zahlreichen weiteren Fällen mit dem Verbot von Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. So stellte der Ausschuss in zwei Fällen gegen Kirgisistan Verletzungen von Art. 7 fest. Die Beschwerdeführer:innen waren im Zusammenhang mit den Ereignissen vom 10. bis 14. Juni 2010, als es im Süden Kirgisistans zu interethnischen Zusammenstößen zwischen kirgisischen und usbekischen Volksgruppen kam, inhaftiert und unter Folter zu falschen Geständnissen gezwungen und anschließend zu lebenslanger Haft verurteilt worden.<sup>70</sup> Der Ausschuss stellte fest, dass die Untersuchung der Foltervorwürfe nicht effektiv durchgeführt wurde und dass keine Verdächtigen identifiziert wurden, obwohl die Beschwerdeführer:innen detaillierte Berichte, Zeug:innenaussagen und in einigen Fällen einen medizinischen Bericht vorlegten, in dem die Folterungen bestätigt wurden.<sup>71</sup>

69 Ibid., Nr. 8.3–8.9. Dagegen Ausschussmitglied *Gómez Martínez*, siehe Annex.

70 *Mukhamadrasul Abdurasulov, Osmonali Otamirzaev, Bakhodir Zhalalov, Abdurashit Yangibaev, Muradil Abduvaitov, Islombek Atabekov, Ikhtier Khamdamov, Abdumomin Abduvaitov* ./ Kirgisistan (Fn. 46), Nr. 2.1ff.; *Momtali Yusupov, Zhalaldin Sadykov, Sirozhidin Moidinov, Kakhramon Mamazhanov, Abdulaziz Saliev, Abdulboki Mamadaliev, Furkatbek Abduzhabbarov und Tazhidin Abdullaev* ./ Kirgisistan (Fn. 46), Nr. 2.1ff.

71 *Mukhamadrasul Abdurasulov, Osmonali Otamirzaev, Bakhodir Zhalalov, Abdurashit Yangibaev, Muradil Abduvaitov, Islombek Atabekov, Ikhtier Khamdamov, Abdumomin Abduvaitov* ./ Kirgisistan (Fn. 46), Nr. 7.2–7.5; *Momtali Yusupov, Zhalaldin Sadykov, Sirozhidin Moidinov, Kakhramon Mamazhanov, Abdulaziz Saliev, Abdulboki Mamadaliev, Furkatbek Abduzhabbarov und Tazhidin Abdullaev* ./ Kirgisistan (Fn. 46), Nr. 7.2–7.5.

In *Aykhan Elbai ogly Aliev gegen die Ukraine*<sup>72</sup> befasste sich der Ausschuss mit der Frage, ob eine Verurteilung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe ohne einen Mechanismus mit klar definierten Verfahren für ihre Überprüfung mit Art. 7 des Paktes vereinbar ist. Der Ausschuss erinnerte daran, dass sich das Folterverbot in Art. 7 nicht nur auf Handlungen bezieht, die körperliche Schmerzen verursachen, sondern auch auf solche, die dem Opfer seelisches Leid zufügen.<sup>73</sup> Er erinnerte auch daran, dass die lebenslange Haftstrafe zwar eine Alternative zur Todesstrafe sei, dass aber das Fehlen eines Mechanismus zur Überprüfung lebenslanger Haftstrafen und die daraus resultierende Unfähigkeit des Vertragsstaates, den Fall angemessen zu prüfen und eine endgültige Entscheidung zu treffen, bei der Beschwerdeführerin anhaltende Angst und psychischen Stress verursache.<sup>74</sup> Obwohl der Vertragsstaat die Möglichkeit einer Begnadigung durch den Präsidenten vorsieht, war der Ausschuss der Ansicht, dass diese eher auf den Grundsätzen der Menschlichkeit und Barmherzigkeit als auf strafrechtlichen Gründen beruht und es ihr daher an Vorhersehbarkeit und Klarheit mangelt. Der Ausschuss kam zu dem Schluss, dass die Behandlung des Beschwerdeführers durch den Vertragsstaat eine Verletzung von Artikel 7 darstellt.<sup>75</sup> Das Ausschussmitglied *Furuya* gab in seiner teilweise abweichenden Stellungnahme zu bedenken, dass die allgemeine Forderung nach einer Einführung eines Verfahrens zur Überprüfung lebenslanger Freiheitsstrafen negative Auswirkungen auf die Abschaffung der Todesstrafe haben könnte.<sup>76</sup>

72 *Aykhan Elbai ogly Aliev* ./ Ukraine, Auffassung vom 26. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3809/2020.

73 Ibid., Nr. 7.3.

74 Ibid., Nr. 7.3, 7.7.

75 Ibid., Nr. 7.6.

76 Ibid., Annex I. Siehe auch die abweichende Stellungnahme des Ausschussmitglieds *Santos Pais*, Annex II.

### 5. *Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person; Verfahrensgarantien bei Freiheitsentziehung (Art. 9)*

Nach Art. 9 Abs. 1 hat jede Person das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit. Niemand darf willkürlich festgenommen oder in Haft gehalten werden.

Eine Festnahme oder Inhaftierung sind jedenfalls immer dann willkürlich, wenn sie eine Maßnahme gegen die rechtmäßige Ausübung eines durch den Pakt garantierten Rechts darstellt. So hat der Ausschuss in mehreren Fällen, in denen die Beschwerdeführer:innen aufgrund der Ausübung ihrer Rechte auf freie Meinungsäußerung und/oder Religionsfreiheit festgenommen wurden, eine Verletzung des Rechts aus Art. 9 Abs. 1 festgestellt.<sup>77</sup>

Die Rechtsprechung zu Art. 9 konzentriert sich zwar in der Regel auf die Untersuchungshaft und die Anwendung der Verfahrensrechte und -garantien bis zum Zeitpunkt der Verurteilung oder des Urteils. Die Vertragsstaaten sind jedoch verpflichtet, den Schutz der entsprechenden im Pakt verankerten Rechte auch in der Phase des Strafvollzuges zu gewährleisten.<sup>78</sup> So erinnerte der Ausschuss im Fall *Jesús María Hermosilla Barrio gegen Spanien* daran, dass die unbefugte Inhaftierung von Gefangenen über die Dauer ihrer Strafe hinaus ebenso willkürlich und rechtswidrig ist wie die unbefugte Verlängerung anderer Formen des Freiheitsentzuges. Der Beschwerdeführer hatte beantragt, die verbüßten Freiheitsstrafen zu einer Gesamtstrafe zusammenzufassen, was vom nationalen Gericht teilweise genehmigt wurde. In der Folge wurde der Beschwerdeführer freigelassen, nachdem festgestellt worden war, dass die Strafe sie-

ben Monate früher verbüßt worden war. Der Ausschuss vertrat die Auffassung, dass der siebenmonatige Freiheitsentzug willkürlich im Sinne von Art. 9 Abs. 1 war und der Beschwerdeführer daher Anspruch auf eine Entschädigung gemäß Art. 9 Abs. 4 und 5 hatte.<sup>79</sup>

### 6. *Menschenwürdige Freiheitsentziehung (Art. 10)*

Nach Art. 10 Abs. 1 ist jede Person, der die Freiheit entzogen ist, menschlich und mit Achtung vor der dem Menschen innewohnenden Würde zu behandeln.

Hinsichtlich der Haftbedingungen im Allgemeinen hat der Ausschuss festgestellt, dass unabhängig vom Entwicklungsstand eines Vertragsstaates bestimmte Mindeststandards einzuhalten sind. Dazu gehören gemäß den Regeln 10, 12, 17, 19 und 20 der UN-Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen (sog. Nelson-Mandela-Regeln)<sup>80</sup>, wie ein Mindestmaß an Bodenfläche und Luftvolumen für jede:n Gefangene:n, angemessene sanitäre Einrichtungen, Kleidung, die in keiner Weise entwürdigend oder erniedrigend sein darf, die Zurverfügungstellung eines gesonderten Bettes und die Versorgung mit einer für die Gesundheit und Kraft ausreichenden Nahrung.<sup>81</sup> Im Fall *Andreas Dafnis gegen Griechenland* stellte der Ausschuss eine Verletzung dieser Mindeststandards fest. Der Beschwerdeführer, dessen kumulativer Grad der Behinderung 90 Prozent betrug, verbüßte eine lebenslange Haftstrafe in griechischen Gefängnissen.<sup>82</sup> Der Ausschuss stellte fest, dass die Haftbedingungen, die vom fehlenden Zugang zu angemessener und rechtzeitiger medizinischer Versorgung über überfüllte Zellen bis hin zu unzureichenden sanitären Einrichtungen reichten, unverhältnismäßige Auswirkungen auf den Beschwerdeführer als Menschen mit Behin-

77 *Arslan Begenchovich Begenchov /J. Turkmenistan*, Auffassung vom 11. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3272/2018, Nr. 6.5; *Rovshan Mursalov, Fatima Balova, Milena Makarenko, Basti Rasulova, Galina Fazliahmadova und Goderdzi Kovratskhelia /J. Aserbaidschan*, Auffassung vom 1. November 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/3153/2018, Nr. 9.7–9.8.

78 *Jesús María Hermosilla Barrio /J. Spanien* (Fn. 49), Nr. 9.4.

79 *Ibid.*, Nr. 10.

80 UN Dok. A/RES/70/175.

81 *Andreas Dafnis /J. Griechenland* (Fn. 26), Nr. 8.3.

82 *Ibid.*, Nr. 2.1 ff.

derung hatten und zu einer Verschlimmerung seiner körperlichen und seelischen Leiden führten.<sup>83</sup>

### 7. *Recht, in sein Land zurückzukehren* (Art. 12 Abs. 4)

Der Ausschuss hat sich in zwei Fällen mit dem Recht auf Rückkehr in das eigene Land aus Art. 12 Abs. 4 befasst. Im Mittelpunkt der Fälle steht die Frage, wie der Ausdruck „in sein eigenes Land“ auszulegen ist. Der Ausschuss erinnert daran, dass bei der Ausarbeitung des Art. 12 Abs. 4 der Begriff „Land der Staatsangehörigkeit“ ebenso verworfen wurde wie der Vorschlag, auf das „Land des ständigen Aufenthalts“ zu verweisen.<sup>84</sup> In diesem Zusammenhang stellt der Ausschuss fest, dass es neben der Staatsangehörigkeit noch andere Faktoren gibt, die enge und dauerhafte Bindungen zwischen einer Person und einem Land begründen können, die stärker sein können als die Bindungen, die sich aus der Staatsangehörigkeit ergeben, wie etwa ein langjähriger Aufenthalt, enge persönliche und familiäre Bindungen und die Absicht, in dem Land zu bleiben, sowie das Fehlen solcher Bindungen in anderen Ländern.<sup>85</sup>

Im Fall *Graham Cayzer gegen Australien*<sup>86</sup> befasste sich der Ausschuss mit der Frage, ob eine Person, die in einen bestimmten Staat einreist und den Bedingungen seiner Einwanderungsgesetze unterliegt, diesen Staat als ihr eigenes Land betrachten kann, wenn sie dessen Staatsangehörigkeit nicht erworben hat und weiterhin die Staatsangehörigkeit ihres Herkunftslandes behält.<sup>87</sup> Der Ausschuss wies darauf hin, dass die Antwort auf diese Frage möglicherweise positiv ausfallen könnte, wenn das Einwanderungsland den Erwerb der Staatsangehörigkeit

durch neue Einwanderer:innen in unangemessener Weise behindert. Im vorliegenden Fall hat Australien jedoch den Erwerb der australischen Staatsangehörigkeit erleichtert und der Beschwerdeführer hat aus freien Stücken oder aufgrund von Handlungen, die ihn vom Erwerb der australischen Staatsangehörigkeit ausgeschlossen haben, darauf verzichtet. Damit wird das Einwanderungsland nicht zu seinem „eigenen Land“ im Sinne des Art. 12 Abs. 4.<sup>88</sup>

Eine Verletzung von Art. 12 Abs. 4 bejahte der Ausschuss im Fall *Abdilahi Ahmed Elmi gegen Kanada*<sup>89</sup>: Der Beschwerdeführer war als Kind mit seiner Mutter nach Kanada geflüchtet und dort als Flüchtling anerkannt worden. Sein Antrag auf eine dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung wurde jedoch später abgelehnt, nachdem der Beschwerdeführer wegen zweier Straftaten verurteilt worden war. Der Ausschuss stellte fest, dass der Beschwerdeführer in Anbetracht seiner starken Bindungen zu Kanada, der Anwesenheit seiner Familie in Kanada, seiner Sprache, seines 27-jährigen Aufenthalts in Kanada und des Fehlens jeglicher Bindungen zu Somalia nachgewiesen hat, dass Kanada „sein eigenes Land“ im Sinne von Art. 12 Abs. 4 ist.<sup>90</sup>

### 8. *Beschränkte Ausweisung (Art. 13)*

Die Beschwerdeführer:innen in *A.B. und B.D. gegen Polen*<sup>91</sup> machten geltend, dass sie wiederholt versucht hätten, an der polnischen Grenze Asyl zu beantragen, die Grenzbeamten:innen ihre Anträge jedoch nie anerkannt und sie nicht nach Polen einreisen lassen hätten. Der Ausschuss stellte eine

83 Ibid., Nr. 8.5. Ablehnend Ausschussmitglied Santos Pais, siehe Annex, Nr. 6.

84 *Graham Cayzer ./. Australien*, Auffassung vom 25. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2981/2017, Nr. 8.4.

85 *Abdilahi Ahmed Elmi ./. Kanada* (Fn. 22), Nr. 8.2.

86 *Graham Cayzer ./. Australien* (Fn. 84).

87 Ibid., Nr. 8.4.

88 Anderer Ansicht Ausschussmitglied Arif Bulkan, siehe Annex II. Er argumentiert, dass Australien aufgrund der tiefen und lebenslangen Bindung des Beschwerdeführers als „sein eigenes Land“ im Sinne des Art. 12 Abs. 4 anzusehen sei und die Abschiebungsentscheidung angesichts des geringen Rückfallrisikos des Beschwerdeführers nicht vertretbar sei.

89 *Abdilahi Ahmed Elmi ./. Kanada* (Fn. 22), Nr. 9.

90 Ibid., Nr. 8.3.

91 *A.B. und B.D. ./. Polen*, Auffassung vom 21. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3017/2017.

Verletzung von Art. 13 allein und in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3 fest, da Polen Ausweisungsanordnungen mit sofortiger Wirkung erließ und diese durchsetzte, ohne den Beschwerdeführer:innen die Möglichkeit zu geben, die willkürliche Verweigerung ihres Status als Asylbewerber:innen wirksam anzufechten.<sup>92</sup>

### 9. *Recht auf ein faires Verfahren (Art. 14)*

Auch im Jahr 2022 hatte der Ausschuss zahlreiche Fälle im Zusammenhang mit Unregelmäßigkeiten während des Verfahrens zu beurteilen. In einem prominenten Fall des ehemaligen und seit diesem Jahr wieder amtierenden Präsidenten Brasiliens, *Lula da Silva*, befasste sich der Ausschuss mit der Unparteilichkeit des Gerichts nach Art. 14 Abs. 1<sup>93</sup> und der Unschuldsvermutung nach Art. 14 Abs. 2<sup>94</sup>. Gegen den Beschwerdeführer wurde nach seiner ersten Amtszeit (2003–2010) in zwei Korruptionsfällen ermittelt, die beide in die Zuständigkeit desselben Richters fielen. Aufgrund der fehlenden Unparteilichkeit des Richters und der medialen Vorverurteilung auf Betreiben des Richters, der Bundesanwaltschaft und der Polizei stellte der Ausschuss Verletzungen von Art. 14 Abs. 1 und 2 fest.

Im Fall *Nikolay Dedok gegen Belarus* stellte der Ausschuss zwar insofern keine Verletzung des Rechts auf Verteidigung nach Art. 14 Abs. 3 lit. d fest, als der Vater des Beschwerdeführers – ein ausgebildeter Jurist – nicht als Verteidiger zugelassen worden war, da der Beschwerdeführer von professionellen Anwäl:innen seiner Wahl vertreten worden war.<sup>95</sup> Der Ausschuss stellte jedoch in-

soweit eine Verletzung des Rechts auf Verteidigung fest, als die Gerichte es versäumt hatten, die Teilnahme des Beschwerdeführers am Berufungsverfahren sicherzustellen.<sup>96</sup>

Darüber hinaus stellte der Ausschuss in einem – unter den Ausschussmitgliedern umstrittenen<sup>97</sup> – Fall gegen die Niederlande eine Verletzung von Art. 14 Abs. 5 fest.<sup>98</sup> Der Ausschuss erinnerte daran, dass Art. 14 Abs. 5 die Vertragsstaaten verpflichtet, das Urteil in der Sache zu überprüfen; eine Überprüfung, die sich auf formale oder rechtliche Aspekte der Verurteilung beschränkt, ohne den Sachverhalt in jeglicher Hinsicht zu berücksichtigen, ist nach dem Pakt nicht ausreichend.<sup>99</sup> Im Fall *Dewradj Jaddoe gegen die Niederlande* wurde der Beschwerdeführer des zweifachen Mordes angeklagt. Nachdem er in erster Instanz wegen eines dieser Morde verurteilt worden war, verurteilte ihn das Berufungsgericht wegen beider Morde. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass der Oberste Gerichtshof nach niederländischem Recht nicht befugt sei, die von den unteren Gerichten herangezogenen Tatsachen oder Beweismittel zu überprüfen, und dass er daher gegen seine Verurteilung durch das Berufungsgericht wegen des zweiten Mordes kein wirksames Rechtsmittel einlegen könne. Der Ausschuss stellte fest, dass die Hauptgründe für die Zurückweisung der Kassationsbeschwerde rechtliche Erwägun-

---

stand gehabt habe. Das Recht, sich selbst zu verteidigen, und das Recht auf Rechtsbeistand bestünden nebeneinander, siehe Annex I.

92 Ibid., Nr. 9.4, 9.6–9.7.

93 *Luiz Inácio Lula da Silva ./ Brasilien* (Fn. 10), Nr. 8.9–8.10.

94 Ibid., Nr. 8.11–8.14.

95 *Nikolay Dedok ./ Belarus* (Fn. 21), Nr. 7.5. Die Ausschussmitglieder *Achour*, *Bulkan*, *Tchamdja* und *Tigroudja* kritisierten die Entscheidung. Das Recht des Angeklagten, sich selbst zu verteidigen, sei dadurch eingeschränkt worden, dass der Vater des Beschwerdeführers von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen worden sei, weil der Beschwerdeführer bereits einen Rechtsbei-

96 Ibid., Nr. 7.6. Das Ausschussmitglied *Zyberi* wies darauf hin, dass der persönlichen Anwesenheit des Angeklagten in der Berufungsverhandlung nicht die gleiche entscheidende Bedeutung zukomme wie in der Hauptverhandlung. Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 3 lit. d liege daher nicht vor, siehe Annex II, Nr. 5–6.

97 Siehe die drei ablehnenden Sondervoten der Ausschussmitglieder *Kran*, *Zyberi* und *Tamerat Yigezu* sowie *Bulkan*, Annex I–III.

98 *Dewradj Jaddoe ./ Niederlande* (Fn. 34).

99 Ibid., Nr. 11.3; General Comment Nr. 32 (2007) Article 14: Right to Equality before Courts and Tribunals and to Fair Trial, UN Dok. CCPR/C/GC/32, Nr. 48.

gen und nicht die Überprüfung von Tatsachen betrafen und dass die Verurteilung daher das Recht des Beschwerdeführers aus Art. 14 Abs. 5 verletzte.<sup>100</sup>

### 10. Anerkennung der Rechtsfähigkeit (Art. 16)

In den bereits erwähnten Fällen von Verschwindenlassen in Algerien im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg in den 1990er Jahren hat der Ausschuss auch Verletzungen des Rechts auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit nach Art. 16 festgestellt.<sup>101</sup> Der Ausschuss ist der Auffassung, dass der bewusste Entzug des Schutzes einer Person durch das Gesetz eine Verweigerung des Rechts auf Anerkennung der Rechtspersönlichkeit dieser Person darstellt. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Bemühungen der Angehörigen, ihr Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf auszuüben, systematisch behindert würden.<sup>102</sup>

### 11. Recht auf Privatleben (Art. 17)

Im Fall *J.S. gegen Australien*<sup>103</sup> stellte der Ausschuss eine Verletzung des Rechts auf

Privatsphäre fest: Die Beschwerdeführerin, eine chinesische Staatsbürgerin, reiste im Jahr 2013 nach Australien ein und beantragte Asyl. Aufgrund eines Datenlecks veröffentlichte die australische Einwanderungsbehörde die persönlichen Daten mehrerer Asylbewerber:innen im Internet. Der Ausschuss erinnerte daran, dass die Staaten wirksame Maßnahmen ergreifen müssen, um sicherzustellen, dass Informationen, die das Privatleben einer Person betreffen, nicht von Personen eingesehen werden können, die dazu gesetzlich nicht befugt sind. Dies gelte insbesondere für Personen in schutzbedürftigen Situationen, einschließlich Asylbewerber:innen und Flüchtlinge.<sup>104</sup>

Im Fall der Bewohner:innen der Torres-Strait-Inseln knüpfte der Ausschuss an seine Rechtsprechung zum „Recht auf Heimat“ an und betonte die besondere Beziehung der Inselbewohner:innen zu ihrer Umwelt.<sup>105</sup> Die Beschwerdeführer:innen machten geltend, dass sie aufgrund der Auswirkungen des Klimawandels auf die sie umgebenden Ökosysteme bereits jetzt mit der Aussicht konfrontiert seien, ihre Heimat verlassen zu müssen.<sup>106</sup> Der Ausschuss ist der Ansicht, dass die Auswirkungen des Klimawandels, einschließlich der Umweltzerstörung, in Gemeinschaften, deren Lebensunterhalt in hohem Maße von den verfügbaren natürlichen Ressourcen abhängt, direkte Auswirkungen auf das Recht auf Heimat haben können.<sup>107</sup> Aufgrund der kulturellen und psychischen Verbundenheit der Bewohner:innen mit ihren Inseln komme keine Umsiedlung in Betracht. Der Ausschuss stellte eine Verletzung der Schutzdimension des Art. 17 fest, da es der Vertragsstaat versäumt habe, angemessene Anpassungsmaßnahmen zum Schutz der Beschwerdeführer:innen zu ergreifen.

100 *Dewradj Jaddoe ./ Niederlande* (Fn. 34), Nr. 11.6. Die ablehnenden Sondervoten argumentierten, dass die Beschwerde bereits mangels ausreichender Substantiierung für unzulässig hätte erklärt werden müssen. Sie vertraten die Auffassung, dass der Oberste Gerichtshof eine Prüfung vornehme, ob legitime und ausreichende Beweise vorlägen, und dass die Kürze der Begründung des Gerichts nach nationalem Recht gerechtfertigt sei. Die Mehrheitsentscheidung gehe weit über den von Art. 14 Abs. 5 geforderten Standard hinaus, siehe z. B. Annex III, Nr. 5–7.

101 *Salah Drif und Khoukha Rafrat ./ Algerien* (Fn. 30), Nr. 8.9; *Salah Drif und Khoukha Rafrat ./ Algerien* (Fn. 57), Nr. 8.9; *Naima Boutarsa ./ Algerien* (Fn. 56), Nr. 8.9; *Hacène Ferhati und Fatna Ferhati ./ Algerien* (Fn. 57), Nr. 8.11; *Mohamed Djaou ./ Algerien* (Fn. 57), Nr. 8.9.

102 *Salah Drif und Khoukha Rafrat ./ Algerien* (Fn. 30), Nr. 8.9; *Salah Drif und Khoukha Rafrat ./ Algerien* (Fn. 57), Nr. 8.9; *Naima Boutarsa ./ Algerien* (Fn. 56), Nr. 8.9; *Hacène Ferhati und Fatna Ferhati ./ Algerien* (Fn. 57), Nr. 8.11; *Mohamed Djaou ./ Algerien* (Fn. 57), Nr. 8.9.

103 *J.S. ./ Australien* (Fn. 22).

104 *Ibid.*, Nr. 8.2.

105 Siehe hierzu bereits *Lanzl* (Fn. 2), S. 153; siehe hierzu ausführlich *Buser* (Fn. 62), S. 80f.

106 *Daniel Billy et al. ./ Australien* (Fn. 16), Nr. 3.6.

107 *Ibid.*, Nr. 8.12.

## 12. Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18)

Die Beschwerdeführerin im Fall *Naïma Mezhoud gegen Frankreich*<sup>108</sup> ist Muslimin und trägt aus religiösen Gründen ein Kopftuch. Nachdem sie den Aufnahmetest und das persönliche Gespräch für einen beruflichen Weiterbildungskurs bestanden hatte, erhielt sie eine mündliche Absage mit der Begründung, dass das Tragen von Zeichen der Religionszugehörigkeit in einer öffentlichen Bildungseinrichtung verboten sei. Der Ausschuss erinnerte daran, dass die Freiheit, seine Religion zu bekunden, nach Art. 18 Abs. 1 Satz 2 auch das Tragen bestimmter Kleidungsstücke oder Kopfbedeckungen umfasst.<sup>109</sup> Der Ausschuss stellte fest, dass die Einschränkung der Religionsfreiheit nicht gesetzlich vorgesehen im Sinne des Art. 18 Abs. 3 war, da das nationale Gesetz eine solche Einschränkung nur für Schüler:innen der öffentlichen Grund-, Mittel- und Oberschulen vorsah.<sup>110</sup> Der Ausschuss ist weiterhin der Ansicht, dass Art. 10 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte und der Grundsatz der Laizität, der in Art. 1 der französischen Verfassung verankert ist, zu allgemein formuliert sind, um es dem:der Einzelnen zu ermöglichen, sein:ihr Verhalten danach auszurichten.<sup>111</sup> Der Vertragsstaat konnte nicht nachweisen, dass die Beschränkung des Tragens eines Kopftuchs zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder der Rechte und Freiheiten anderer notwendig war, um einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 18 Abs. 3 zu dienen.<sup>112</sup>

108 *Naïma Mezhoud ./. Frankreich* (Fn. 23).

109 *Ibid.*, Nr. 8.3; General Comment Nr. 22 (1993): The right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18), UN Dok. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 4, Nr. 4.

110 *Naïma Mezhoud ./. Frankreich* (Fn. 23), Nr. 8.6.

111 *Ibid.*, Nr. 8.7.

112 *Ibid.*, Nr. 8.9f.

## 13. Recht auf Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 19)

Art. 19 Abs. 2 verpflichtet die Vertragsstaaten, das Recht auf freie Meinungsäußerung zu gewährleisten, einschließlich der Freiheit, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben. In der Allgemeinen Bemerkung Nr. 34 betonte der Ausschuss, dass die Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit unabdingbare Voraussetzungen für die volle Entfaltung der Person darstellen. Sie bilden den Grundstein für jede freie und demokratische Gesellschaft.<sup>113</sup> Auf diese Ausführungen nahm er auch 2022 in diversen Fällen Bezug.<sup>114</sup>

Die Beschwerdeführer im Fall *Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga und Carlos Nicolás Pérez Lapenti gegen Ecuador*<sup>115</sup>, alle drei Direktoren und Aktionäre der Zeitung "El Universo", machten geltend, dass sie durch eine Reihe von Verfassungs- und Gesetzesänderungen in ihrem Recht auf freie Meinungsäußerung gemäß

113 General comment Nr. 34 (2011) Article 19: Freedoms of opinion and expression, UN Dok. CCPR/C/GC/34, Nr. 2.

114 Zum Beispiel *Nina Erkaeva ./. Kasachstan*, Auffassung vom 15. März 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2864/2016, Nr. 7.3; *Maksat Nuryubaev ./. Kasachstan* (Fn. 22), Nr. 7.3; *Alla Romanchik und Natalya Shchukina ./. Belarus*, Auffassung vom 27. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3240/2018, Nr. 7.8; *Alla Romanchik ./. Belarus*, Auffassung vom 27. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2917/2016, Nr. 7.9; *Vitaliy Gulyak ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 7.9; *Viktoria Fedorova ./. Belarus* (Fn. 26), Nr. 7.3; *Grygory Gryk ./. Belarus*, Auffassung vom 24. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2961/2017, Nr. 7.3; *Gennady Fedynich ./. Belarus*, Auffassung vom 18. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2913/2016, Nr. 7.8; *Aleksandr Protoko, Eduard Nelyubovich, Yury Lyashenko, Natalya Shchukina, Vladimir Katsora, Andrey Tolchin, Ekaterina Tolchina, Vasily Polyakov und Valery Klimov ./. Belarus*, Auffassung vom 18. Oktober 2022, UN Dok. CCPR/C/136/D/2712/2015, CCPR/C/136/D/2897/2016, CCPR/C/136/D/2909/2016-2910/2016, CCPR/C/136/D/2915/2016, Nr. 7.9.

115 *Carlos Eduardo Pérez Barriga, César Enrique Pérez Barriga und Carlos Nicolás Pérez Lapenti ./. Ecuador* (Fn. 20).

Art. 19 verletzt würden. Die Gesetzesänderungen beinhalteten Regelungen und Sanktionen für Kommunikationsunternehmen, die die Beschwerdeführer unter anderem dazu zwangen, Gegendarstellungen zu veröffentlichen, die nicht mit der redaktionellen Linie übereinstimmten, insbesondere nach Kritik und Korruptionsvorwürfen gegen Amtsträger:innen.<sup>116</sup> Die Beschwerdeführer seien daher gezwungen gewesen, sich selbst zu zensieren, um Sanktionen und Geldstrafen zu vermeiden. Der Ausschuss verwies auf seine Allgemeine Bemerkung Nr. 34 Abs. 13, wonach die Existenz einer freien Presse und anderer Kommunikationsmittel, die frei von Zensur und Behinderungen sind, in jeder Gesellschaft von wesentlicher Bedeutung ist, um die Informations- und Meinungsfreiheit zu gewährleisten. Der Vertragsstaat habe es versäumt, spezifische Gründe für die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen anzugeben, wie es Art. 19 Abs. 3 verlange. Insbesondere waren die Maßnahmen auch nicht unbedingt erforderlich, um den Ruf von Einzelpersonen zu schützen.<sup>117</sup>

Verletzungen des Rechts auf freie Meinungsäußerung wurden in einer Reihe von Fällen – insbesondere gegen Belarus – auch im Zusammenhang mit der verbotenen oder unter Strafe gestellten Teilnahme an Versammlungen festgestellt.<sup>118</sup>

116 Ibid., Nr. 3.5.

117 Ibid., Nr. 9.5.

118 *Natalya Shchukina ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 7.7–7.9; *Yury Belsky ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 7.8–7.10; *Nikita Likhovid ./. Belarus*, Auffassung vom 6. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2703/2015, Nr. 7.9–7.10; *Sergei Govsha ./. Belarus*, Auffassung vom 27. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2855/2016, Nr. 7.8–7.11; *Alla Romanchik und Natalya Shchukina ./. Belarus* (Fn. 114), Nr. 7.8–7.10; *Alla Romanchik ./. Belarus* (Fn. 114), Nr. 7.7–7.9; *Andrei Tolchin ./. Belarus*, Auffassung vom 27. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/3241/2018, Nr. 7.7–7.9; *Vitaliy Gulyak ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 7.8–7.10; *Gennady Fedynich ./. Belarus* (Fn. 114), Nr. 7.7–7.9; *Aleksandr Protsko, Eduard Nelyubovich, Yury Lyashenko, Natalya Shchukina, Vladimir Katsora, Andrey Tolchin, Ekaterina Tolchina, Vasily Polyakov und Valery Klimov ./. Belarus* (Fn. 114), Nr. 7.8–7.10.

#### 14. *Recht auf friedliche Versammlung (Art. 21)*

In den soeben im Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit erwähnten Fällen wurde auch eine Verletzung des Rechts auf friedliche Versammlung nach Art. 21 festgestellt.<sup>119</sup>

Die Beschwerdeführer:innen im Fall *Armando García Mendoza und Julia Gutiérrez Julca gegen Peru*<sup>120</sup> machten im Namen ihrer Angehörigen eine Verletzung von Art. 21 geltend. Der Bruder von Herrn García Mendoza, Herr Emiliano García Mendoza, und der Ehemann von Frau Gutiérrez Julca, Herr Rubén Pariona Camposano, nahmen 2008 an einer Demonstration in Huamanga im Rahmen eines landesweiten Agrarstreiks teil. Während der Demonstration kam es zu einem Tumult, in dessen Verlauf ein Polizeibeamter einen Tränengaskanister in die Menge warf. Polizeibeamt:innen gaben zwei Schüsse auf die flüchtenden Demonstrant:innen ab, woraufhin der Bruder von Herrn García Mendoza und der Ehemann von Frau Gutiérrez Julca tödlich getroffen wurden.<sup>121</sup> Der Ausschuss erinnerte daran, dass Gewalt nur dann angewendet werden dürfe, wenn weniger gefährliche Mittel nicht zur Verfügung stünden, und nur in dem erforderlichen Mindestmaß, wobei Schusswaffen niemals allein zu dem Zweck eingesetzt werden dürften, eine Versammlung aufzulösen.<sup>122</sup> Außerdem müsse

119 *Natalya Shchukina ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 7.3–7.6; *Yury Belsky ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 7.3–7.7; *Nikita Likhovid ./. Belarus* (Fn. 118), Nr. 7.7–7.8; *Sergei Govsha ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 7.3–7.7; *Alla Romanchik und Natalya Shchukina ./. Belarus* (Fn. 114), Nr. 7.3–7.7; *Alla Romanchik ./. Belarus* (Fn. 114), Nr. 7.3–7.6; *Andrei Tolchin ./. Belarus* (Fn. 118), Nr. 7.3–7.6; *Vitaliy Gulyak ./. Belarus* (Fn. 44), Nr. 7.3–7.7; *Gennady Fedynich ./. Belarus* (Fn. 114), Nr. 7.3–7.6; *Aleksandr Protsko, Eduard Nelyubovich, Yury Lyashenko, Natalya Shchukina, Vladimir Katsora, Andrey Tolchin, Ekaterina Tolchina, Vasily Polyakov und Valery Klimov ./. Belarus* (Fn. 114), Nr. 7.3–7.7.

120 *Armando García Mendoza und Julia Gutiérrez Julca ./. Peru*, Auffassung vom 14. März 2022, UN Dok. CCPR/C/134/D/3664/2019.

121 Ibid., Nr. 2.3.

122 Ibid., Nr. 8.5.



jede Gewaltanwendung den Grundprinzipien der Rechtmäßigkeit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit entsprechen, und es dürfe niemals wahllos in eine Menschenmenge geschossen werden. Der Ausschuss stellte fest, dass die Anwendung von Gewalt weder notwendig noch verhältnismäßig war und dass der Vertragsstaat das Recht von Herrn García Mendoza und Herrn Pariona Camposano, sich friedlich zu versammeln, nicht geschützt hatte.<sup>123</sup>

### 15. Vereinigungsfreiheit (Art. 22)

Der Schutz des Art. 22 erstreckt sich auf die Gründung von Vereinigungen sowie auf alle ihre Tätigkeiten. Die Einschränkung oder das Verbot ihrer Tätigkeit muss den Anforderungen des Art. 22 Abs. 2 entsprechen.

Die Beschwerdeführer im Fall *Vladimir Adyrkhayev, Behruz Solikhov und "The Religious Association of Jehovah's Witnesses in Dushanbe"* gegen Tadschikistan<sup>124</sup>, beide Mitglieder der Zeugen Jehovas, wandten sich gegen das Verbot der Vereinigung "The Religious Association of Jehovah's Witnesses in Dushanbe" und gegen die Weigerung der Behörden, die Vereinigung erneut zu registrieren. Der Ausschuss stellte fest, dass die Weigerung, die Vereinigung erneut zu registrieren, nicht den Anforderungen des Art. 22 Abs. 2 entspreche, da sie unmittelbar dazu führe, dass die Tätigkeit der Vereinigung im Hoheitsgebiet des Vertragsstaates de facto rechtswidrig sei und die religiösen Aktivitäten der Zeug:innen Jehovas von den tadschikischen Behörden als illegal angesehen würden.<sup>125</sup> Dies wiederum führte zu Festnahmen, Inhaftierungen, Verhören, Durchsuchungen, Schlägen, Beschlagnahmung von religiösem Material und zur Deportation eines Zeugen Jehovas. Der Ausschuss stellte daher eine Verletzung von Art. 22 Abs. 1 fest.

123 Ibid., Nr. 8.10.

124 *Vladimir Adyrkhayev, Behruz Solikhov und "The Religious Association of Jehovah's Witnesses in Dushanbe"* ./ Tadschikistan (Fn. 19).

125 Ibid., Nr. 9.8–9.9.

### 16. Recht des Kindes auf Minderjährigenschutz (Art. 24 Abs. 1)

Die Beschwerdeführer:innen in *Imran Ali und Bakhtaware Ali gegen Norwegen*<sup>126</sup> sollten nach Afghanistan abgeschoben werden, nachdem ihr Asylantrag abgelehnt worden war. Nach einem gescheiterten Abschiebungsversuch ordnete das Bezirksgericht Oslo 2014 die Inhaftierung der Beschwerdeführer:innen und ihres zu diesem Zeitpunkt zwischen ein und zwei Jahre alten Sohnes an, da eine reale Fluchtgefahr angenommen wurde. Die Inhaftierung wurde in der Folge mehrmals verlängert und dauerte insgesamt 76 Tage. Die Beschwerdeführer:innen machten geltend, dass die Immigrationseinrichtung für die Unterbringung von Familien mit kleinen Kindern schlecht ausgestattet sei und dass die lange Inhaftierung der Familie psychisches Leid verursacht habe, wobei ihr Kind besonders stark betroffen gewesen sei. Der Ausschuss verwies auf die Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 4 des Ausschusses zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen und Nr. 23 des Ausschusses für die Rechte des Kindes, die besagen, dass die Inhaftierung eines Kindes aufgrund des Migrationsstatus seiner Eltern eine Verletzung der Rechte des Kindes darstellt und dem Grundsatz des Kindeswohles zuwiderläuft.<sup>127</sup> Der Ausschuss stellte fest, dass die Haftbedingungen in der Einwanderungseinrichtung für den Sohn der Beschwerdeführer:innen ungeeignet waren und dass die norwegischen Behörden es versäumt hatten, mögliche Alternativen zur Inhaftierung angemessen zu prüfen.<sup>128</sup> Der Ausschuss stellte daher eine

126 *Imran Ali und Bakhtaware Ali ./ Norwegen*, Auffassung vom 14. Juli 2022, UN Dok. CCPR/C/135/D/2926/2017.

127 Joint General Comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, UN Dok. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, Nr. 5, 9 und 10.

128 *Imran Ali und Bakhtaware Ali ./ Norwegen* (Fn. 126), Nr. 10.7–10.9.

Verletzung von Art. 24 Abs. 1 fest. Die Ausschussmitglieder *Shuichi* und *Kran* kritisierten die Entscheidung in ihrer abweichenden Stellungnahme: Die von der Mehrheit berücksichtigten erhöhten Standards für die Inhaftierung von Kindern hätten zum Zeitpunkt der Inhaftierung der Beschwerdeführer:innen nicht bestanden. Die Gesetzesänderungen im Jahr 2018 zeigten, dass der Vertragsstaat auf die sich entwickelnden Standards für die Inhaftierung von Kindern im Migrationskontext reagiert habe.<sup>129</sup>

### 17. *Recht auf politische Teilhabe (Art. 25)*

Art. 25 schützt das Recht aller Bürger, an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten teilzunehmen, das aktive und passive Wahlrecht sowie das Recht, Zugang zu öffentlichen Ämtern zu haben.

Die Beschwerdeführer in *Oriol Junqueras i Vies, Raül Romeva i Rueda, Josep Rull i Andreu und Jordi Turull i Negre gegen Spanien*<sup>130</sup>, alles ehemalige Mitglieder der katalanischen Regierung, waren Mitinitiatoren des Unabhängigkeitsreferendums von 2017. Das Referendum fand statt, obwohl es vom Obersten Gerichtshof aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgesetzt worden war. Bei Zusammenstößen mit der Polizei wurden 900 Menschen verletzt und zahlreiche Organisator:innen des Referendums verhaftet. Die Beschwerdeführer:innen wurden wegen Rebellion angeklagt und inhaftiert. Der Untersuchungsrichter teilte dem katalanischen Parlament mit, dass die Beschwerdeführer gemäß Art. 384<sup>bis</sup> der Strafprozessordnung (CPA) von ihren öffentlichen Aufgaben und Ämtern suspendiert worden seien. Die Beschwerdeführer machten geltend, dass die Suspendierung während des laufenden Strafverfahrens ihre Rechte nach Art. 25 verletze. Der Ausschuss erinnerte daran, dass die Anforderungen an die außerordentliche Suspendierung von öffentlichen Ämtern vor einer Verurteilung

grundsätzlich strenger seien als nach einer Verurteilung.<sup>131</sup> Dies gelte umso mehr, als die Suspendierung nach der nationalen Regelung „automatisch“ ex lege eintrete und keinen Ermessensspielraum lasse. Der Ausschuss stellte einen Verstoß gegen Art. 25 fest: Da die Entscheidung, die Beschwerdeführer wegen des Verbrechens der Rebellion anzuklagen, sie bereits vor einer Verurteilung automatisch von ihren öffentlichen Ämtern suspendiere, entspreche die nationale Regelung nicht den Anforderungen des Art. 25,<sup>132</sup> insbesondere sei sie für die Beschwerdeführer weder vorhersehbar noch stelle sie eine angemessene und verhältnismäßige Beschränkung der Rechte aus Art. 25 dar.<sup>133</sup>

### 18. *Nichtdiskriminierung (Art. 26)*

Der Beschwerdeführer im Fall *J. S. K. N. gegen Dänemark*<sup>134</sup>, ein staatenloser Palästinenser, wurde 2002 als Flüchtling anerkannt und erhielt eine unbefristete Aufenthaltsgenehmigung in Dänemark. Als Folteropfer leidet der Beschwerdeführer an einer chronischen posttraumatischen Belastungsstörung. Aufgrund seines psychischen Zustands war er nicht in der Lage, mehr als Grundkenntnisse der dänischen Sprache zu erwerben. Im Jahr 2013 beantragte er die dänische Staatsbürgerschaft. Sein Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass er die sprachlichen Anforderungen nicht erfülle. Daraufhin beantragte er eine Befreiung von den Sprachanforderungen aufgrund seiner Behinderung, die ihm vom Einbürgerungsausschuss ohne weitere Begründung verweigert wurde. Der Ausschuss erinnerte daran, dass Art. 26 eine angemessene und objektive Rechtfertigung und ein legitimes

129 Ibid., Annex III.

130 *Oriol Junqueras i Vies, Raül Romeva i Rueda, Josep Rull i Andreu und Jordi Turull i Negre ./. Spanien* (Fn. 33).

131 Ibid., Nr. 8.7.

132 Ibid., Nr. 8.8.

133 Ablehnend äußerten sich die Ausschussmitglieder *Santos Pais* und *Bassim*, siehe Annex: Da die Beschwerdeführer rechtswidrig gehandelt und Entscheidungen des spanischen Verfassungsgerichts missachtet hatten, sei die Suspendierung angemessen, notwendig und verhältnismäßig gewesen.

134 *J. S. K. N. ./. Dänemark* (Fn. 36).

Ziel für Unterscheidungen verlangt, die auf den in Art. 26 Satz 2 aufgeführten Merkmalen einer Person beruhen, einschließlich Diskriminierungen aufgrund „des sonstigen Status“ wie einer Behinderung. Da der Einbürgerungsausschuss dem Beschwerdeführer die Gründe für seine Entscheidung nicht mitgeteilt hatte, ist der Ausschuss der Ansicht, dass der Vertragsstaat nicht nachgewiesen hat, dass die Verweigerung der Befreiung von den Sprachanforderungen auf vernünftigen und objektiven Gründen beruhte.<sup>135</sup>

Dagegen verneinte der Ausschuss eine Verletzung von Art. 26 im Fall *William Stanley Johnson gegen die Niederlande*<sup>136</sup>: Der Beschwerdeführer lebt auf der Insel Sabe, einem Überseegebiet der Niederlande. Er machte eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft und des Wohnsitzes geltend, da die Rentenansprüche auf dem niederländischen Überseegebiet deutlich niedriger seien als in Europa. Der Ausschuss war der Ansicht, dass die Unterschiede in der Höhe der Rentenansprüche nicht durch persönliche Merkmale wie die ethnische Herkunft, sondern durch regionale Unterschiede und Besonderheiten erklärt werden könnten. Der Beschwerdeführer befinde sich daher bereits nicht in einer vergleichbaren Lage wie Rentner:innen in den europäischen Niederlanden. In jedem Fall sei die Ungleichbehandlung angemessen und objektiv und daher gerechtfertigt.<sup>137</sup>

## 19. Minderheitenrechte (Art. 27)

Nach Art. 27 dürfen Vertragsstaaten ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten nicht das Recht verwehren, ihre Kultur zu pflegen. Im oben erwähnten Fall *Billy et al. gegen Australien*<sup>138</sup> machten die Beschwerdeführer auch geltend, dass die Auswirkungen des Klimawandels die Aufrechterhaltung ihrer traditionellen Lebensweise gefährdeten und dass die Gesundheit der sie umgebenden Ökosysteme eng mit ihrer kulturellen Integrität verbunden sei. Der Ausschuss erinnerte daran, dass Art. 27, ausgelegt im Lichte der Erklärung der Vereinten Nationen über die Rechte der indigenen Völker<sup>139</sup>, das unveräußerliche Recht der indigenen Völker festschreibt, die Gebiete und natürlichen Ressourcen zu nutzen, die sie traditionell für ihren Lebensunterhalt und ihre kulturelle Identität verwendet haben.<sup>140</sup> Der Ausschuss nimmt das Argument der Beschwerdeführer zur Kenntnis, dass sie ihre Kultur nicht auf dem australischen Festland pflegen können, wo sie kein Land besitzen, um ihre traditionelle Lebensweise aufrechtzuerhalten.<sup>141</sup> Der Ausschuss ist der Ansicht, dass der Vertragsstaat es versäumt hat, rechtzeitig Anpassungsmaßnahmen zu ergreifen, um die traditionelle Lebensweise, die kulturelle Identität und die Weitergabe des kulturellen Erbes der Beschwerdeführer zu schützen. Der Ausschuss kommt daher zu dem Schluss, dass die Beschwerdeführer auch in ihrem Recht nach Art. 27 verletzt wurden.

135 Ibid., Nr. 8.7.

136 *William Stanley Johnson ./. Niederlande* (Fn. 25).

137 Ibid., Nr. 8.8; ablehnend dazu Ausschussmitglied *Zyberi*, siehe Annex.

138 *Billy et al. ./. Australien* (Fn. 16).

139 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples vom 13. September 2007, UN Dok. A/RES/61/295.

140 *Billy et al. ./. Australien* (Fn. 16), Nr. 8.13.

141 Ibid., Nr. 8.14.

**Autor:innen in diesem Heft:****Alexandra Geisler**

Prof. Dr. phil., Professorin an der Fachhochschule Dresden.  
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-1704-7904>

**Stephan Gerbig**

Dr. iur., LL. M., Referent im Bayerischen Staatsministerium für Familie, Arbeit und Soziales.

**Jennifer Grafe**

Dr. iur., LL. M., Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Ruhr-Universität Bochum.  
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-7914-8242>

**Lina Heuberger**

Doktorandin an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

**Fritz Kainz**

Mag. iur., LL. M., BA.

**Theresa Lanzl**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin am MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam.  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6827-6826>



