

Hierzu gehört es, dass der einzelne Mensch stets als Subjekt und nicht als Objekt staatlichen Handelns angesehen werden darf.⁴⁹

Absolute Menschenrechte werden auch als notstandsfeste Menschenrechte bezeichnet.⁵⁰ Dies bedeutet, dass unter keinen Umständen in diese Menschenrechte eingegriffen werden darf.⁵¹ Hierzu zählt das Folterverbot, wonach Folter rechtlich niemals zu rechtfertigen ist.⁵²

In Abgrenzung zu absoluten Rechten sind relative Rechte, solche, die unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden können.⁵³ Die Beschränkung muss als solche rechtlich definiert und geeignet sein, ferner einen legitimen Zweck verfolgen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.⁵⁴ Als Beispiel kann hier Art. 8 Abs. 1 CRC⁵⁵ genannt werden, wonach sich die Vertragsstaaten verpflichten, »das Recht des Kindes zu achten, seine Identität, einschließlich seiner Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen, ohne rechtswidrige Eingriffe zu behalten«. Der Vertragstext spricht hier von »ohne rechtswidrige Eingriffe«, was im Umkehrschluss bedeutet, dass rechtmäßige Eingriffe erlaubt sind, wodurch das Recht relativiert wird.

Höchstpersönliche Rechte zeichnen sich dadurch aus, dass sie als subjektive Rechte einem bestimmten Individuum zustehen, nur von diesem wahrgenommen und auch nicht abgetreten oder vererbt werden können.⁵⁶ Sie sind insoweit vertretungsfeindlich. Hierzu zählen Erbansprüche oder Vereinsmitgliedschaften.⁵⁷ Im Gegensatz dazu stehen Rechte, die abgetreten werden können, wie beispielsweise das Recht, einer anderen Person gegenüber eine Forderung geltend zu machen (Forderungsabtretung, § 398 BGB).

Im weiteren Verlauf der Arbeit soll untersucht werden, inwieweit Rechte intergeschlechtlicher Menschen als absolute und höchstpersönliche Rechte anzusehen sind und somit einen Menschenrechtsschutzstandard darstellen können.

4.4 Internationale Maßnahmen

Eingeleitet wird dieses Kapitel mit einem historischen Exkurs, der dazu dienen soll, die unterschiedliche Entwicklung des Menschenrechtsschutzes in Europa und Nordamerika mit Blick auf die Besonderheiten des kanadischen Rechtssystems, im vorliegenden Fall in der Provinz Québec, besser zu verstehen.

49 Fremuth (2015: S. 58).

50 Schilling (2004: S. 38).

51 Fremuth (2015: S. 58f); Mégret (2015: S. 110); Schilling (2004: S. 38).

52 Fremuth (2015: S. 58f); Mégret (2015: S. 110); Schilling (2004: S. 38).

53 Fremuth (2015: S. 59).

54 Fremuth (2015: S. 59).

55 Convention on the Rights of the Child, Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989.

56 Creifelds (2014: S. 646).

57 Creifelds (2014: S. 646).

4.4.1 Historischer Exkurs

Bereits vor dem zentralen Hauptwerk, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, gab es einige bedeutende Menschenrechtsverträge. Deren Entwicklung soll im Folgenden nach Ländern abgegrenzt dargestellt werden. Da die Idee universaler Menschenrechte historisch in Europa und Nordamerika in rechtlicher Form zum ersten Mal schriftlich dokumentiert wurde, bezieht sich der geschichtliche Abriss auf England, Frankreich, Deutschland und Nordamerika.⁵⁸

Entwicklung in England

1215 wurden dem englischen König Johann Ohneland in der »Magna Charta Libertatum« Rechte, wie die Unterbindung willkürlicher Rechtsprechung und die Institutionalisierung einer Kontrolle königlichen Handelns, abgerungen.⁵⁹ Diese mittelalterlichen Rechte waren jedoch nicht als Individualrechte zu verstehen, sondern vielmehr »Ausdruck objektiven Rechts, das vor allem kooperativ gewährt wurde« und zwar zugunsten des Adels in Abgrenzung zur Krone.⁶⁰

In England hatte sich so eine parlamentarische Staatsform etabliert, da sich eine absolutistische Staatsform nicht durchsetzen konnte.⁶¹ Die »Petition of Rights« von 1628 stellte die Unantastbarkeit des Bürgers sicher und die »Habeas-Corpus-Akte« von 1679 schützte den Bürger vor grundloser Verhaftung.⁶² Am 28. Oktober 1689 trat die »Bill of Rights« in Kraft, die Privilegien des Parlaments und politische Rechte wie die freie Rede beinhaltete; damit wurde die Staatsgewalt zugunsten des Individuums limitiert.⁶³

Entwicklung in Nordamerika mit Bezug auf Kanada und speziell Québec

Nordamerika wurde vor den europäischen Zuwander_innen von Menschen aus Asien vor über 12.000 Jahren besiedelt, die über die Beringstraße oder den Pazifischen Ozean gekommen sind.⁶⁴ In über 500 verschiedenen Stämmen und Nationen haben sie sich in den heutigen USA und in Kanada niedergelassen.⁶⁵ Im Gegensatz zur europäischen kodifizierten Rechtstradition gab es unter diesen Stämmen und Nationen alternative stabile Methoden der Selbstregierung, der Entscheidungsfindung, Streitbeilegung und

58 Der historische Exkurs lehnt sich an die Veröffentlichungen der Verfasserin (2005: S. 121ff und 2006: S. 97ff) an.

59 Bates (2014: S. 16f).

60 Fritzsche (2004: S. 29).

61 Fritzsche (2004: S. 29).

62 Stern/Becker (2016: S. 4f).

63 Bates (2014: S. 17); Stern/Becker (2016: S. 5).

64 Horner (2007: S. 37); Steckley/Cummins (2008: S. 12). Steckley/Cummins (2008: S. 13, 40, 47) nennen vier Immigrationswellen. Die erste Welle kommt aus Japan (Gruppe der Ainu) und Melanesien. Die zweite Welle konstituiert die Ahnen der meisten autochthonen Völker Nordamerikas. Die dritte Welle waren schätzungsweise Menschen, die Athapaska sprachen, das mit dem heutigen Mandarin, Kantonesisch und Vietnamesisch der asiatischen Pazifikküste verwandt ist und die vierte Welle der Thule-Kultur aus Grönland macht die Ahnen der heutigen Inuit aus. Die ersten Kontakte zwischen nordeuropäischen Wikingern und Inuit fanden nach Steckley/Cummings vor ungefähr 1000 Jahren statt.

65 Horner (2007: S. 37).

Zukunftsplanung orientiert am Gemeinwohl.⁶⁶ Die Tradition der mündlichen Überlieferung durch die Älteren, die mit dem Storytelling⁶⁷ vergleichbar ist, trug zur Rechtsfindung und Streitbeilegung bei.⁶⁸ Durch das Prinzip der Analogiebildung wurden die alten »stories« auf den neuen Fall übertragen und so in vergleichbaren Fällen eine Entscheidung gefunden. Institutionalisierte dauerhafte Organe wie Gerichte, um Streitigkeiten zu klären und um Recht durchzusetzen, hat es bei den autochthonen Stämmen und Nationen nicht gegeben.⁶⁹ Im Vordergrund der Rechtsprechung stand nicht der Vergeltungsgedanke (sogenanntes Talionsprinzip) des europäischen und altorientalischen Strafrechts⁷⁰, sondern der Rekonziliationsgedanke, also aus der falschen Tat (»wrongdoing«) zu lernen, zu lehren, zu beraten und zu heilen, um so den Menschen (»wrongdoer«) wieder in die Gemeinschaft zu integrieren und die Harmonie wieder herzustellen.⁷¹

Entscheidungsfindungsprozesse fanden in Zusammenhang mit Ritualen statt, bei denen an oberster Priorität der Gemeinwohlgedanke in Form von »kindness, sharing, and peace« stand.⁷² Die Einstellung zu persönlicher Freiheit, Gleichheit und kommunaler Harmonie, die den autochthonen Rechtssystem zugrunde lag, hat auch einige bedeutende englische und französische Philosophen der Aufklärung beeinflusst, die diese Werte und Weltanschauungen übernahmen und optimistisch daran glaubten, dass Menschen glücklich und zufrieden zusammen leben können.⁷³ Sie argumentierten anhand dieser Prinzipien, dass es die Rolle des Staates sei, das einzelne Individuum in seiner freien Entfaltung zu unterstützen und es nicht zu unterdrücken.⁷⁴ Der französische Baron Lahontan⁷⁵, der in der Zeit von 1684-1692 in das Gebiet der heutigen Provinz Québec gereist war, fasste das Leben, das er in der Gemeinschaft der autochthonen Gruppen beobachtet hat, erstmals mit den Worten »liberté, égalité, fraternité«, den zukünftigen Schlagworten der französischen Revolution, zusammen.⁷⁶ Somit lieferten die autochthonen Ideen von Gleichheit und Freiheit den Grundstein der französischen, englischen und amerikanischen Revolution.

66 Horner (2007: S. 38).

67 Fryer (2003): Storytelling ist heutzutage eine Methode, die vielfältig eingesetzt wird, vom Produktmanagement bis zur narrativen Psychologie und beinhaltet, dass eine rationale Idee mit Emotionen verknüpft wird. Eine gute Story beginnt mit einer alltäglichen Situation, in der alles in Balance ist, bis plötzlich ein unvorhergesehenes Ereignis eintritt. Wie dieses Ereignis gemeistert wird und welche Herausforderungen hierzu genommen werden müssen, um den Konflikt zwischen subjektiver Erwartung und Realität zu lösen, ist der Kern der Story.

68 Horner (2007: S. 38); Steckley/Cummins (2008: S. 1).

69 Horner (2007: S. 38); Steckley/Cummins (2008: S. 1).

70 Prince (1904: S. 606): Bereits der Code des Hammurabi (um 1754 vor Chr.) enthielt das Talionsprinzip, das dem alttestamentarischen »Auge um Auge, Zahn und Zahn Prinzip« entspricht.

71 Horner (2007: S. 38): Nur in Extremfällen wurde der »wrongdoer« verbannt oder getötet.

72 Horner (2007: S. 38).

73 Horner (2007: S. 40f).

74 Horner (2007: S. 40f).

75 Geboren 1666 und gestorben zwischen 1710 und 1715 nach CMH: <https://www.historymuseum.ca/virtual-museum-of-new-france/the-explorers/louis-armand-de-lom-darce-baron-lahontan-1684-1689/> (Stand: 18.05.2018).

76 Larcoursière/Provencher/Vaugeois (2001: S. 10).

Mit den protestantischen Siedler_innen kamen die Grundsätze der ursprünglichen autochtonen Gleichheits- und Freiheitsgedanken, nunmehr in den englischen Menschenrechtsverträgen verschriftlicht, zurück nach Nordamerika, wo Ende des 18. Jahrhunderts umfassende Menschenrechtskataloge gesetzlich verankert wurden.⁷⁷ Begonnen wurde damit im Staat Virginia, dessen Volksvertreter 1776 eine »Declaration of Rights« annahmen, die als »Virginia Bill of Rights« Einzug in die Geschichte gefunden hat.⁷⁸

Im Zuge des Unabhängigkeitskampfes (1775-1783) wurde ein weiterer Menschenrechtskatalog formuliert, nämlich die Präambel der, im Wesentlichen von Thomas Jefferson vorbereiteten, Unabhängigkeitserklärung vom 04. Juli 1776.⁷⁹ Ausgehend von der naturrechtlichen Argumentation nach John Locke, beinhaltet sie das Recht auf Leben, Freiheit und Eigentum, Versammlungs- und Pressefreiheit, Freizügigkeits- und Petitionsrecht, Anspruch auf Rechtsschutz und Wahlrecht sowie Gleichheit des Menschen, Einsetzung der Regierung durch die Regierten und das Recht zum Widerruf.⁸⁰

Grundrechte wie die Glaubens-, Presse- und Versammlungsfreiheit, Unverletzlichkeit der Person, der Wohnung und des Eigentums werden schließlich auch in den ersten zehn Ergänzungsartikeln zur Verfassung, den sog. »Bill of Rights«, garantiert, die seit 1791 in Kraft sind.⁸¹

Diese Menschenrechtserklärungen sind das Ergebnis der nordamerikanischen Freiheitsbewegung.⁸² Dabei hatten die Menschenrechte zwei Funktionen: auf der einen Seite rechtfertigten sie die Revolution gegen England mit dem Ziel der Unabhängigkeit.⁸³ Auf der anderen Seite legitimierten sie den neuen Staat und begründeten die Rechte seiner Staatsbürger_innen.⁸⁴ Dies wirkt sich bis in die heutige Zeit aus, da in den USA Menschenrechte eher als »Bürgerrechte« für Amerikaner_innen verstanden werden, während die Menschenrechte als solche nicht den Status von Bürgerrechten haben, sondern einen universalen Geltungsanspruch.⁸⁵

Im Hinblick auf Kanada sollte der Québec Act von 1774⁸⁶ die Provinz Québec vor den radikalen Unabhängigkeits- und Revolutionsbewegungen bewahren, wie sie in Amerika (1776) und Frankreich (1789) auftraten.⁸⁷ Er hat vielmehr dazu geführt, die Provinz mit damaligen Mutterland Frankreich zu verbinden und von den anderen britischen

77 Horner (2007: S. 40f); Larcoursière/Provencher/Vaugeois (2001: S. 10).

78 Schilling (2004: S. 3).

79 Schilling (2004: S. 3).

80 Fritzsche (2004: S. 28f).

81 Schilling (2004: S. 3f).

82 Fritzsche (2004: S. 31).

83 Fritzsche (2004: S. 31).

84 Fritzsche (2004: S. 31).

85 Fritzsche (2004: S. 31).

86 Zu dessen Inhalt siehe 4.3.2.1.

87 Horner (2007: S. 46).

Kolonien zu isolieren.⁸⁸ Einzelne Menschenrechte beinhaltet der Québec Act von 1774 insoweit, als Religionsfreiheit, Eigentumsrechte und Zivilrechte garantiert wurden.⁸⁹

Entwicklung in Frankreich

Am 26. August 1789 wurde die »Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte« (»Déclaration des droits de l'homme et du citoyen«) von der französischen Nationalversammlung verabschiedet, die dieser zuvor im Juli 1789 von Marquis de la Fayette vorgelegt und zur Aufnahme in die Verfassung beantragt wurde.⁹⁰ Dabei ließen zwei Persönlichkeiten das amerikanische Menschenrechtsverständnis in die französische Erklärung mit einfließen: So war der Marquis de la Fayette am amerikanischen Unabhängigkeitskrieg aktiv beteiligt.⁹¹ Darüber hinaus befand sich der Verfasser der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung, Thomas Jefferson, als Diplomat in Paris und war an der Ausarbeitung der »Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte« beteiligt.⁹²

In der französischen »Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte« findet sich, weitergehend als in den amerikanischen Erklärungen, jedoch der Anspruch, die universelle Geltung der Menschenrechte zu fordern.⁹³ Zudem ist in Frankreich die Forderung nach Gleichheit stärker.⁹⁴ Die Ursache liegt in der unterschiedlichen Weltanschauung und der geschichtlichen Entwicklung: Die amerikanischen Menschenrechtsideen waren von der religiösen Einstellung protestantischer Menschen beeinflusst, während die französische Menschenrechtserklärung das Resultat einer »radikalen, antireligiösen Aufklärungsphilosophie« waren.⁹⁵ Vom politischen Standpunkt her wurde in den USA ein neuer Staat von unten her (»bottom-up«) errichtet, wohingegen in Frankreich ein bestehender Staat umgewälzt wurde.⁹⁶

In der Rechtspraxis haben die amerikanische Verfassung und ihre zehn Ergänzungsartikel Vorrang vor den Gesetzen, während dies für die französische Menschenrechtserklärung nicht galt.⁹⁷ Schilling hat ferner herausgearbeitet, dass erst 1971 der französische Verfassungsrat die Bindung des Gesetzgebers an die französischen Grundrechte in der *décision* no 71-44 DC vom 16. Juli 1971 anerkannt hat.⁹⁸ Die Entwicklung in Frankreich trug damit zur erfolgreichen politischen und rechtlichen Umsetzung der philosophischen Idee der Menschenrechte in die Verfassungen der Nationalstaaten in Kontinentaleuropa bei.⁹⁹

88 Horner (2007: S. 46).

89 <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/quebec-act-1774-document/> (Stand: 18.05.2018).

90 Stern/Becker (2016: S. 6).

91 Fritzsche (2004: S. 31).

92 Fritzsche (2004: S. 31).

93 Stern/Becker (2016: S. 6).

94 Stern/Becker (2016: S. 6).

95 Schilling (2004: S. 3).

96 Fritzsche (2004: S. 31). Dazu auch Bates (2014: S. 20): Dies bedeutet, dass die Bürgerrechte zwar auf föderaler Ebene geschützt waren, aber es blieb den einzelnen Bundesstaaten überlassen, diese in ihre Verfassungen zu integrieren.

97 Schilling (2004: S. 3).

98 Schilling (2004: S. 3).

99 Fritzsche (2004: S. 31).

Entwicklung in Deutschland

Anders als in den bisher genannten Staaten wurden die Menschenrechte als solche erst sehr spät in der Verfassung verankert.¹⁰⁰ Diese verzögerte Entwicklung der Menschenrechte in Deutschland hängt mit der späten Nationenbildung zusammen.¹⁰¹ Bei den Beratungen in der Frankfurter Paulskirchenversammlung 1848 zur Gründung eines Staates und einer Verfassung waren die Abgeordneten überfordert.¹⁰² Die Grundrechte wurden in der Paulskirchenversammlung in erster Linie als Abwehrrechte gegen staatliche Willkür verstanden.¹⁰³ Die Revolution und damit die geplante Verankerung der sozialen Grundrechte in der Verfassung scheiterte schließlich an der Resignation des Bürgertums, das sich wieder auf die Vereinbarung mit den herrschenden Gewalten verwies, und an der Weigerung der Herrschenden, ihre Zustimmung zur Gründung eines Nationalstaates zu geben.¹⁰⁴

Erst in der Weimarer Verfassung, die am 11. August 1919 vom ersten gewählten Reichspräsidenten der Republik, Friedrich Ebert, unterzeichnet wurde, wurden die Grundrechte berücksichtigt.¹⁰⁵ Im Unterschied zur Paulskirchenverfassung wurden nun auch soziale Grundrechte aufgenommen.¹⁰⁶ Allerdings ist zu kritisieren, dass die Grundrechte zur Disposition der parlamentarischen Mehrheit und des Reichspräsidenten standen, sodass sie insgesamt ungeschützt waren.¹⁰⁷ Besonders deutlich wird dies am Beispiel von Art. 48 Weimarer Reichsverfassung (WRV).¹⁰⁸ Ursprünglich war dieser Artikel als Notartikel für sozialdemokratische Reichspräsidenten im Kampf gegen die Republikfeinde von rechts verfasst.¹⁰⁹ Er ermächtigte den Reichspräsidenten im Falle eines Notstandes, wichtige Grundrechte, wie die der persönlichen Freiheit oder der freien Meinungsäußerung vorübergehend außer Kraft zu setzen.¹¹⁰ Indem Grundrechte außer Kraft gesetzt werden können, wird deutlich, dass hier nicht von einer Verankerung von Menschenrechten gesprochen werden kann, da diese den Gesetzen vorgelagert sind und gerade nicht ohne Weiteres außer Kraft gesetzt werden sollen. Es handelt sich vielmehr um Bürgerrechte, da einzelne Menschenrechte in die Verfassung aufgenommen wurden, die jedoch nur für die jeweiligen eigenen Staatsangehörigen Geltung entfalten sollen und je nach Verfassung unterschiedlich ausgestaltet werden können.¹¹¹ Im weiteren Verlauf der Geschichte wurde von den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten eines diktatorischen Präsidialsystems in der Weimarer Republik

100 Stern/Becker (2016: S. 7).

101 Fritzsche (2004: S. 34).

102 Fritzsche (2004: S. 34).

103 Fritzsche (2004: S. 34).

104 Fritzsche (2004: S. 34).

105 Fritzsche (2004: S. 34).

106 Fritzsche (2004: S. 34).

107 Stern/Becker (2016: S. 8).

108 Fritzsche (2004: S. 36).

109 Fritzsche (2004: S. 34).

110 Fritzsche (2004: S. 36).

111 Unesco: https://www.dados-d.org/deutsch/Menschenrechte/Grundkurs_MR3/schaub_3.htm (Stand: 15.05.2018).

maßgeblich Gebrauch gemacht.¹¹² Hierzu zählt auch das Ermächtigungsgesetz vom 23.03.1933, das zusammen mit Art. 48 WRV die Grundrechte aufhob.¹¹³ Erst nach Ende des 2. Weltkrieges wurden die Grundrechte als nicht mehr zur Disposition stehend im Grundgesetz, das am 23. Mai 1949 verkündet wurde, verankert; damit sind sie weitgehend identisch mit den Menschenrechten.¹¹⁴

4.4.2 Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (UDHR)

Die Universal Declaration of Human Rights (UDHR) ist das Ergebnis der Menschenrechtskommission, die unter Federführung von Eleanor Roosevelt in ihr einen internationalen Menschenrechtskatalog ausgearbeitet hat.¹¹⁵ Sie wurde am 10. Dezember 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen in Paris verabschiedet.¹¹⁶

Rechtsnatur

Ihrer Rechtsnatur nach ist sie, wie alle Resolutionen, eine Empfehlung ohne rechtliche Verbindlichkeit und ohne die Verpflichtung, sie zu unterzeichnen oder zu ratifizieren.¹¹⁷ Dass dennoch viele Staaten die UDHR anerkennen, wird durch einen hohen Allgemeinheitsgrad, viele abstrakte Formulierungen sowie große Interpretationsspielräume erreicht.¹¹⁸ Die UDHR beinhaltet das Fundament der Menschenrechte mit den Kernprinzipien: Universalität, Unteilbarkeit, Interdependenz, Gleichheit und das Diskriminierungsverbot.¹¹⁹

Der Grundsatz der Universalität hat seit der Verschriftlichung der Menschenrechte durch das Regelwerk der Vereinten Nationen weltweit zu kontroversen philosophischen, politischen und theologischen Diskussionen mit unterschiedlichen Positionen geführt.¹²⁰ So gibt es die Auffassung, Menschenrechte als Produkt des christlichen und von der griechischen Philosophie geprägten Abendlandes anzusehen.¹²¹ Diese Ansicht wird als »[kultur-]imperialistisches Verständnis der Menschenrechte« kritisiert, da der Universalismus hier synonym zur »weltweiten Durchsetzung genuin westlicher Werte« verwendet wird.¹²² Bielefeldt schlägt daher als Alternative den Ansatz vor, dass Menschenrechte »als das Ergebnis konflikthaft verlaufene[r] gesellschaftlicher Lernprozesse« zu verstehen sind und somit »Antworten auf Unrechtserfahrungen wie [...] Diskri-

112 Stern/Becker (2016: S. 8).

113 Stern/Becker (2016: S. 8f).

114 Stern/Becker (2016: S. 9).

115 Gareis/Varwick (2003: S. 186). Die Ausführungen zur UDHR lehnen sich an die Veröffentlichungen der Verfasserin (2005: S. 121ff und 2006: S. 97ff) an.

116 <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (Stand: 15.05.2018).

117 Kimminich/Hobe (2000: S. 342); Opitz (2002: S. 66).

118 Kimminich/Hobe (2000: S. 342); Opitz (2002: S. 66).

119 <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html> (Stand: 15.05.2018); Boven van (2014: S. 143): Bestätigt wurden diese Grundsätze in der Erklärung von Teheran, 1968 (Unteilbarkeit) und der Wiener Erklärung von 1983 (Universalität, Unteilbarkeit, Interdependenz und Wechselseitigkeit).

120 Besson (2014: S. 34ff); Risse (2007: S. 17).

121 Fritzsche (2004: S. 20).

122 Bielefeldt (2007: S. 180). Ebenso auch Fremuth (2015: S. 45)

minierung« geben, die alle Menschen in ihrem Leben einmal gemacht haben.¹²³ Für Fremuth folgt die Universalität der Menschenrechte daraus, dass die Menschenrechte »im Menschsein wurzeln« und zwar unabhängig von deren Aufenthaltsort.¹²⁴ Diese Ansicht impliziert die Anerkennung menschlicher Vielfalt in allen Facetten. Für Risse bedeutet die Normanerkennung durch die internationalen Menschenrechtsdokumente, die inzwischen »zu den stärksten institutionalisierten Bereichen der internationalen Beziehungen« zählen, die Universalität.¹²⁵ Er stellt hier auf die rechtliche Anerkennung ab und löst sich damit auch von einer kultur-philosophischen Herleitung der Menschenrechte.

Der Grundsatz der Unteilbarkeit und Interdependenz bedeutet, dass es keine Hierarchie unter diesen gibt.¹²⁶ Ein Menschenrecht steht nicht für sich allein, sondern immer in gegenseitiger Wechselwirkung mit anderen Menschenrechten, die sich gegenseitig bedingen.¹²⁷ So betrifft bei Inter*Menschen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit und die Menschenwürde sowie vice versa.

Und schließlich meint Gleichheit als Grundsatz der Menschenrechte, dass Menschenrechte für alle Menschen ohne Unterschied gelten und zwar als sogenannte »Geburtsrechte«.¹²⁸ Dieses Gleichheitsgebot, das von der Würde aller Menschen ausgeht, beinhaltet damit das Verbot der Diskriminierung¹²⁹, wobei aber eine Differenzierung anhand »sachlich gerechtfertigter Unterschiede im Einzelfall« zulässig ist.¹³⁰ So sollen nach der Kinderrechtskonvention besonders Kinder geschützt werden, da sie gerade aufgrund ihres Kindseins besonders vulnerabel sind. Das Diskriminierungsverbot ist quasi ein roter Faden bzw. das Leitmotiv, das in allen Menschenrechtsdokumenten wiederzufinden ist.¹³¹ Menschen oder Personengruppen sollen anhand des Diskriminierungsverbotes vor Benachteiligungen geschützt werden. Dies kann sich auf bereits bekannte Diskriminierungsgründe beziehen, aber auch auf solche Kategorien von Benachteiligung, die bislang noch nicht thematisiert wurden. Die Menschenrechte verstehen sich insoweit als »living concept«, die um neue Kategorien erweitert werden können.¹³²

Inhalt

Inhaltlich besteht die UDHR aus einer Präambel sowie 30 Artikeln. Die Artikel lassen sich in drei Gruppen unterteilen, denen Artt. 1 und 2 vorausgehen: Art. 1 UDHR enthält die philosophische Grundlage der aufgelisteten Rechte, nämlich die Feststellung, dass

123 Bielefeldt (2007: S. 180f).

124 Fremuth (2015: S. 45).

125 Risse (2007: S. 18).

126 Boven van (2014: S. 150); Würth (2018).

127 Fritzsche (2004: S. 19); Würth (2018).

128 Fremuth (2015: S. 31); ebenso auch Fritzsche (2004: S. 17).

129 Moeckli (2014: S. 158ff).

130 Fremuth (2015: S. 31f); Fritzsche (2004: S. 17).

131 Moeckli (2014: S. 160).

132 Boven van (2014: S. 153); Silvis (2014).

alle Menschen »frei und an Würde und Rechten gleich geboren sind.«¹³³ Art. 2 UDHR beinhaltet ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das sich nicht nur auf alle Menschen bezieht, sondern auch auf alle Länder und Gebiete erstreckt.¹³⁴ Dies geschieht unabhängig von deren internationalen Stellung, also »unabhängig davon, ob das Land oder Gebiet, in dem eine Person wohnt, »unter Treuhandschaft steht, keine Selbstregierung besitzt oder irgendeiner anderen Beschränkung seiner Souveränität unterworfen ist.«¹³⁵

Die Menschenrechte lassen sich in der UDHR in drei Gruppen bzw. in drei Generationen unterteilen.¹³⁶ Die erste Gruppe, Artt. 3-19 UDHR, beinhaltet fundamentale Freiheits- und Gleichheitsrechte, wie das Recht auf Leben, Freiheit und persönliche Sicherheit, Art. 3 UDHR oder das Recht auf Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz, Art. 7 UDHR.¹³⁷ Die zweite Gruppe, Artt. 20-21 UDHR, umfasst politische und zivile Rechte, wie das Recht auf Versammlungsfreiheit, Art. 20 UDHR, und bildet zusammen mit den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit die Grundlage für einen demokratischen Rechtsstaat.¹³⁸ Die dritte Gruppe, Artt. 22-27 UDHR enthält wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, wie das Recht auf Arbeit und freie Berufswahl, Art. 23 UDHR oder das Recht auf Bildung, Art. 26 UDHR. Nach Art. 22 UDHR sind diese Rechte für »die Würde und die freie Entfaltung der (menschlichen) Persönlichkeit« unentbehrlich.¹³⁹

Von besonderer Bedeutung ist Art. 28 UDHR, der die Staaten zur Mitarbeit an der Verwirklichung des in der Präambel verankerten Ideals verpflichtet und jedermanns »Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung, in der die in dieser Erklärung aufgeführten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können« bekräftigt.¹⁴⁰ Hieraus wurden später die kollektiven Menschenrechte der dritten Generation abgeleitet¹⁴¹, insbesondere begründeten hiernach vor allem die Entwicklungsländer ihre Forderung auf ein Recht auf Entwicklung.¹⁴²

Sprachliche Würdigung

Ein erster Ansatz zu einer geschlechterbewussten Sprache findet sich auf internationaler Ebene bereits in der englischen Fassung der UDHR, die 1948 von der UN Generalversammlung verabschiedet wurde. Die englische Version lautet: »The Universal Declaration of Human Rights (UDHR)«. Im Rahmen der Ausarbeitung der UDHR sicherte die Menschenrechtskommission mehrere Entwürfe der verschiedenen beteiligten

133 Opitz (2002: S. 66).

134 Opitz (2002: S. 66f).

135 Opitz (2002: S. 67).

136 Unesco: https://www.dados-d.org/deutsch/Menschenrechte/Grundkurs_MR3/grundk_3.htm (Stand: 15.05.2018): Der Bildungsserver Dadas unterscheidet vier Gruppen bzw. drei Generationen. In der Literatur findet sich bei z.B. bei Opitz (2002: S. 67) eine Differenzierung nach drei Gruppen.

137 Opitz (2002: S. 67).

138 Opitz (2002: S. 67).

139 Opitz (2002: S. 67).

140 Gareis/Varwick (2003: S. 187); Opitz (2002: S. 124ff).

141 Gareis/Varwick (2003: S. 187).

142 Opitz (2002: S. 124ff).

Regierungen und holte zudem die Stellungnahme¹⁴³ der Commission on the Status of Women¹⁴⁴ ein. Diese schlug in ihren »Suggestions« vom 24. März 1948 eine Formulierung in Art. 1 vor, die von »people« anstelle von »men« spricht oder sich in Art. 13 auf »men and women« bezieht.¹⁴⁵

Die Commission on the Status of Women hatte schließlich Erfolg mit ihren Vorschlägen, da sich in der 1948 verabschiedeten englischen Fassung der UDHR geschlechtsneutrale Bezeichnungen finden. So wird in der Präambel von »all members of the human family« gesprochen, in Art. 1 von »human beings«, in Art. 2 von »everyone«, in Art. 4 von »no one« oder in Art. 7 von »all«.

Im Vergleich dazu ist in der französischen Übersetzung der UDHR immer noch im Titel »Déclaration des droits de l'homme« zu lesen. Auch in der Präambel werden Formulierungen wie »que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint« oder »les droits fondamentaux de l'homme« verwendet. Dies lässt auf eine nicht geschlechtsbewusste Übersetzung und androzentrische Sprachwahl in der französischen Fassung schließen.

Aus dem historischen Kontext der Entstehung der UDHR lässt sich insgesamt ableiten, dass mit der Einholung der Stellungnahme der Commission on the Status of Women die Position der Frauen weltweit gestärkt werden sollte, dass aber die Gesellschaft zu dieser Zeit noch nicht hinreichend sensibilisiert worden war, um einen Diskurs über nicht-heterosexuelle und nicht-heteronormative Lebensweisen oder gar das Vorhandensein mehrerer Geschlechter zu führen. Auch hatte die Commission on the Status of Women anscheinend nicht bedacht, dass auch in der Französischen Arbeitssprache¹⁴⁶ Frauen in den Übersetzungen aus dem Englischen sichtbar gemacht werden sollten. Dies ist lediglich in der englischen Fassung der UDHR durch geschlechtsneutrale Bezeichnungen gelungen.

In der deutschen Übersetzung finden sich ebenfalls geschlechtsneutrale Begriffe, wobei anzumerken ist, dass Deutsch keine offizielle UN Sprache ist.¹⁴⁷

Rechtliche Würdigung

Die UDHR bezieht sich inhaltlich auf alle Menschen und beinhaltet daher keine speziellen Frauen- und/oder Kinderrechte. Sie gibt vielmehr einen ersten allgemeinen norma-

143 UN: https://www.un.org/Depts/dhl/udhr/meetings_1948_2nd_draftcom.shtml (Stand: 01.10.2012).

144 Die Commission on the Status of Women wurde als Unterkommission des ECOSOC mit der Ratsresolution vom 16. und 18. Februar 1946 gegründet, um Vorschläge, Empfehlungen und Berichte an die Menschenrechtskommission zu liefern, die den Status von Frauen betreffen. Ebenso sollte sie unter dem Vorsitz von Bodil Begtrup in der Zeit vom 29. April bis 13. Mai 1946 Vorschläge über die Menschenrechtskommission an den ECOSOC weiterleiten, was ihre Zusammensetzung und Aufgabenstellung angeht: <https://www.un.org/womenwatch/daw/CSW60YRS/CSWbriefhistory.pdf> (Stand: 15.06.2018).

145 E/CN.4/81 – English, French Suggestions Made by the Commission on the Status of Women: Memorandum/by the Secretary-General: 24/03/1948, https://www.un.org/Depts/dhl/udhr/meetings_1948_2nd_draftcom.shtml (Stand: 01.10.2012).

146 Die fünf Arbeitssprachen der Vereinten Nationen sind Englisch, Französisch, Arabisch, Chinesisch und Spanisch, UN: <http://ask.un.org/faq/14463> (Stand: 15.06.2018).

147 UN: <http://ask.un.org/faq/14463> (Stand: 15.06.2018).

tiven Rahmen in Art. 25 Abs. 2 S. 1 UDHR vor, wonach es heißt, dass Mütter und Kinder Anspruch auf Fürsorge und Unterstützung haben. Aus Art. 25 Abs. 1 UDHR ergibt sich das Recht auf einen Lebensstandard, der Gesundheit und Wohl gewährleisten soll und auch die ärztliche Versorgung miteinschließt.

Im akademischen Diskurs hat sich die Frage gestellt, ob durch die Vertragsorgane »neue« Menschenrechte kreiert werden.¹⁴⁸ Dies wurde indes nicht als Aufgabe dieser Vertragsausschüsse gesehen, sondern vielmehr, die Verträge zu kommentieren und Empfehlungen zur Auslegung abzugeben, um so den normativen Rahmen zu bestimmen.¹⁴⁹ »Neue« Menschenrechte wurden vielmehr von bereits bestehenden Rechten abgeleitet und mit der Interdependenz und Wechselwirkung begründet, wie beispielsweise das Recht auf Wasser aus Art. 25 UDHR als Ausfluss des Rechts auf einen Lebensstandard, der Nahrung miteinschließt.¹⁵⁰

Anders verhält es sich jedoch bei der Anerkennung von Rechten von LGBTQI-Menschen oder anderer marginalisierten Gruppen, wie die Rechte von Kindern, die aufgrund von Vergewaltigung als Kriegswaffe geboren sind.¹⁵¹ Diese Rechte werden im Sinne eines »struggle for new rights« verstanden und begründen sich auf einer »[human] rights-based strategy«, die dazu geführt hat, dass eigenständige Konventionen für diese vulnerablen Gruppen verabschiedet wurden.¹⁵² Auch der technische Fortschritt oder der Klimawandel stellen Herausforderungen an eine Anpassung des Menschenrechtssystems dar.¹⁵³

Die UDHR enthält damit keinen abschließenden Katalog an Menschenrechten, sondern will die Grundlage für eine kontinuierliche Weiterentwicklung geben im Sinne eines »living concepts«.¹⁵⁴ Als völkerrechtlich unverbindliche Resolution hat sie daher keine verpflichtende Wirkung für die Staaten, kann aber der Rechtsbegründung¹⁵⁵ dienen und wird inzwischen als Völkergewohnheitsrecht anerkannt.¹⁵⁶

4.4.3 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) einschließlich Schattenbericht

Die Frauenrechtskonvention (CEDAW¹⁵⁷) wurde am 18. Dezember 1979 mit der Resolution 34/180 von der Generalversammlung der UN beschlossen und ist am 03. September 1981 in Kraft getreten.¹⁵⁸

148 Boven van (2014: S. 152).

149 Boven van (2014: S. 152).

150 Boven van (2014: S. 152).

151 Boven van (2014: S. 152).

152 Boven van (2014: S. 153).

153 Fremuth (2015: S. 215ff).

154 Silvis (2014).

155 Von der UDHR als Resolution ausgehend, gingen der völkerrechtlich verbindliche Zivilpakt und der Sozialpakt hervor, in denen die in der UDHR begründeten Rechte vertraglich und verpflichtend umgesetzt werden, Chinkin (2014: S. 91).

156 Chinkin (2014: S. 91); Fremuth (2015: S. 99).

157 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

158 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 04.07.2018).

Rechtsnatur und Rechtsgrundlage

Die Frauenrechtskonvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der mit seiner Ratifizierung die Vertragsstaaten bindet, wonach diese Maßnahmen schaffen sollen, damit Frauen gleichberechtigt auf allen in der Konvention genannten Ebenen teilhaben können.¹⁵⁹ Sie basiert auf dem Grundgedanken, dass Frauenrechte grundlegende Menschenrechte sind – und zwar aufgrund der Tatsache, dass Frauen Menschen sind.¹⁶⁰ Diese Konvention steht in sachlichem Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit, da durch die Operationen ein bestimmtes Geschlecht zugewiesen wird, und zwar überproportional ein weibliches Geschlecht, weil dieses chirurgisch »leichter« zu konstruieren sei. Damit verbunden sind auch Zwangssterilisierungen, da es immer noch Länder gibt, die die dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit bei geschlechtszuweisenden Operationen verlangen. Auch Deutschland war eines dieser Länder bis mit der Entscheidung vom 28. Januar 2011 des BVerfG das Merkmal der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit im Transsexuellengesetz abgeschafft wurde.¹⁶¹ Hinsichtlich Inter*Menschen werden immer noch Zwangssterilisierungen durchgeführt, wenn ohne deren Einwilligung Fortpflanzungsorgane entfernt werden. Der Schattenbericht zu CEDAW befasst sich hierzu explizit mit der Situation von Inter*Menschen.

Entstehungsgeschichte

Die UN-Kommission für die Rechtsstellung der Frau (Commission on the Status of Women, CSW)¹⁶² hat seit ihrer Errichtung 1946 versucht, die grundlegenden Prinzipien des Diskriminierungsschutzes spezifisch für Frauen in die Menschenrechtsdokumente verankern zu lassen.¹⁶³ Im Zeitraum 1949 bis 1959 hat die Frauenrechtskommission zahlreiche Rechtsdokumente hervorgebracht, wie das Übereinkommen über die politischen Rechte der Frau vom 20. Dezember 1952, das Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit verheirateter Frauen vom 29. Januar 1957 oder das Übereinkommen vom 07. November 1962 über die Zustimmung zur Heirat, das Mindestalter für eine Heirat und die Registrierung der Heiraten. Es wurde angenommen, dass Frauen in diesen Bereichen besonderen Schutzes bedürfen, der mit diesen Verträgen gewährleistet werden sollte.¹⁶⁴ Es hat sich jedoch herausgestellt, dass ein umfassender Diskriminierungsschutz zugunsten von Frauen durch die bisherigen Verträge nicht sichergestellt

159 Rodi (2014: S. 61).

160 Unesco: https://www.dadalos-d.org/deutsch/menschenrechte/grundkurs_mr3/frauenrechte/frauenrechte.htm (Stand: 22.04.2013).

161 BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011, 1 BvR 3295/07.

162 Sie wurde zunächst als Unterkommission der Menschenrechtskommission gegründet, aber aufgrund des Drucks von Frauenrechtsaktivisten_innen bald mit dem Status einer Hauptkommission versehen. Zu ihrem Mandat gehört u.a. die Ausarbeitung von Empfehlungen zu dringenden Problemen, die sofortige Maßnahmen erfordern, um die Gleichbehandlung zwischen Frauen und Männern sicherzustellen. <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 22.04.2013).

163 <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 22.04.2013).

164 Otto (2014: S. 317); UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 22.04.2013).

war. Auf Druck von Frauenrechtsaktivisten_innen inner- und außerhalb der UN hat die Generalversammlung am 05. Dezember 1963 in ihrer Resolution 1921 (XVIII) den ECOSOC beauftragt, die Frauenrechtskommission einen Entwurf für eine Deklaration vorbereiten zu lassen, die zum Ziel haben soll, einen internationalen Standard in Bezug auf die rechtliche Gleichbehandlung von Frauen und Männern zu setzen.¹⁶⁵ Die Ausarbeitungen zu der Deklaration begannen 1965, die schließlich am 07. November 1967 von der Generalversammlung angenommen wurde.¹⁶⁶ Es handelt sich bei dieser Erklärung nicht um einen völkerrechtlich bindenden Vertrag, sondern lediglich um eine moralische und politische Absichtserklärung.¹⁶⁷ Beeinflusst durch die weltweite Frauenrechtsbewegung ist die Frauenrechtskommission 1972 an das Generalsekretariat mit der Bitte herangetreten, einen verbindlichen Vertrag ausarbeiten und die Mitgliedstaaten über ihre Ansichten befragen zu lassen.¹⁶⁸ An der Ausgestaltung des Vertragstextes waren mehrere Arbeitsgruppen der Frauenrechtskommission und der Generalversammlung im Zeitraum 1976 bis 1979 beteiligt. Ziel war es, den Konventionstext bis zur »World Conference on the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace«, die für 1980 in Kopenhagen angesetzt war, fertig zu stellen.¹⁶⁹ Am 18. Dezember 1979 wurde die Konvention in der Resolution 34/180 von der Generalversammlung angenommen, verbunden mit der Aufforderung an die Mitgliedstaaten, die Konvention baldmöglichst zu unterschreiben, zu ratifizieren und damit in Kraft treten zu lassen. 130 Mitgliedstaaten stimmten dafür, keiner dagegen, jedoch haben sich zehn Mitgliedstaaten der Abstimmung enthalten.¹⁷⁰

Im Rahmen der Kopenhagener Konferenz wurde die Konvention am 17. Juli 1980 von 64 Mitgliedstaaten in einer eigens dafür abgehaltenen Zeremonie unterzeichnet. In Kraft getreten ist sie am 03. September 1981, 30 Tage nachdem der 20. Mitgliedstaat sie ratifiziert hat. Die Konvention ist damit schneller in Kraft getreten als jeder andere völkerrechtliche Vertrag zuvor und hebt so die Bedeutung eines international rechtlich verbindlichen Regelwerks zur Durchsetzung der Gleichheit der Rechte der Frauen hervor.¹⁷¹

Territorialer und persönlicher Anwendungsbereich

Die Frauenrechtskonvention findet territorial in Deutschland und Kanada Anwendung, da beide Länder diesen Vertrag ratifiziert haben.¹⁷² Der persönliche Anwendungsbereich bezieht sich auf alle Frauen und findet sich bereits im Titel des Vertrages »Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau« und in der Präambel mit dem Wortlaut »besorgt darüber, dass die Frau trotz dieser verschiedenen

165 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 23.04.2013).

166 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 23.04.2013).

167 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 23.04.2013).

168 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 23.04.2013).

169 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 23.04.2013).

170 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 23.04.2013).

171 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm> (Stand: 23.04.2013).

172 UN: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=en (Stand: 15.06.2018): Kanada und Deutschland haben beide am 17. Juli 1980 unterschrieben. Kanada hat den Vertrag am 10. Dezember 1981 ratifiziert und Deutschland am 10. Juli 1985.

Urkunden noch immer weitgehend diskriminiert wird«. Art. 1 CEDAW bezieht sich auf »jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung [...]«. Wie Geschlecht hier in der deutschen Übersetzung zu verstehen ist, bleibt offen. Präziser sind der englische und französische Originaltext »any distinction [...] made on the basis of sex« bzw. »toute distinction [...] fondée sur le sexe«, woraus sich ergibt, dass hier das biologische Geschlecht gemeint ist.

Allerdings verweist die Präambel darauf, »dass sich die traditionelle Rolle des Mannes und die Rolle der Frau in der Gesellschaft und in der Familie wandeln müssen, wenn die volle Gleichberechtigung von Mann und Frau erreicht werden soll«. ¹⁷³ Hieraus ist zu schließen, dass zum Begriff des Geschlechts auch die sozialen Rollen in der Gesellschaft gehören.

Inhalt

Inhaltlich gliedert sich die Konvention in eine Präambel und 30 Artikel, die in sechs Teilen dargestellt werden. In der Präambel wird die Besorgnis geäußert, dass ein umfassender Schutz vor Diskriminierung durch die bisherigen Menschenrechtspakte noch nicht erreicht wurde und die Frau weiterhin diskriminiert wird. Explizit wird ferner darauf hingewiesen, dass »die Rolle der Frau bei der Fortpflanzung kein Grund zur Diskriminierung sein darf« und »dass sich die traditionelle Rolle des Mannes und die Rolle der Frau in der Gesellschaft und in der Familie wandeln müssen, wenn die volle Gleichberechtigung von Mann und Frau erreicht werden soll«. CEDAW ist bislang der einzige Menschenrechtsvertrag, der verbindlich die Fortpflanzungsfähigkeit der Frau schützt und Kultur und Traditionen als maßgebliche Faktoren nennt, die Geschlechterrollen und Familienbeziehungen festlegen. ¹⁷⁴

Um die Gleichberechtigung von Frauen zu erreichen, gibt CEDAW drei Strategien vor: die Vorgabe einer detaillierten Definition von »Diskriminierung der Frau«, Art. 1 CEDAW, die Propagierung befristeter und dauerhafter »Sondermaßnahmen«, Art. 4 CEDAW, sowie die Vorgabe an die Mitgliedstaaten, einen sozialen und kulturellen Wandel bei Frauen und Männern zu bewirken, der sich auf alle Lebensbereiche, insbesondere das Familienleben erstreckt, Art. 5 CEDAW. ¹⁷⁵

So definiert Art. 1 CEDAW »Diskriminierung der Frau« [als] jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Familienstandes – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.«

Zu den befristeten Sondermaßnahmen nach Art. 4 Abs. 1 CEDAW zählt beispielsweise die Einführung einer Frauenquote. ¹⁷⁶ Diese temporären Mechanismen werden

173 Der englische und französische Originaltext bezieht sich an dieser Stelle ebenfalls auf die traditionelle Rolle. Insoweit ist kein inhaltlicher Unterschied festzustellen.

174 UN: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm> (Stand: 23.04.2013).

175 Otto (2014: S. 322).

176 Otto (2014: S. 323).

auch als »affirmative action« bezeichnet.¹⁷⁷ Solche zeitweiligen Sonderregelungen sollen der »beschleunigten Herbeiführung der de-facto Gleichberechtigung« dienen und »sind aufzuheben, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind«, Art. 4 Abs. 1 2. HS CEDAW. Dauerhafte Sondermaßnahmen sind Vorschriften zum Mutterschutz, Art. 4 Abs. 2 CEDAW.

Nach Art. 5 CEDAW treffen

»Die Vertragsstaaten [treffen] alle geeignete Maßnahmen,

a) um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen;«

Für diese Arbeit werden ferner die Artikel 2, 10 und 12 CEDAW als relevant angesehen. Art. 2 Abs. 1 1. HS CEDAW beinhaltet das allgemeine Diskriminierungsverbot, wonach »die Vertragsstaaten [...] jede Form von Diskriminierung der Frau [verurteilen]«.

Nach Art. 10 CEDAW sind die Vertragsstaaten gehalten,

»alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau [zu treffen], um ihr im Bildungsbereich die gleichen Rechte wie dem Manne zu gewährleisten und auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau insbesondere Folgendes sicherzustellen:

[...]

c) Beseitigung jeder stereotypen Auffassung in Bezug auf die Rolle von Mann und Frau auf allen Bildungsebenen und in allen Unterrichtsformen durch Förderung der Koedukation und sonstiger Erziehungsformen, die zur Erreichung dieses Zieles beitragen, insbesondere auch durch Überarbeitung von Lehrbüchern und Lehrplänen und durch Anpassung der Lehrmethoden.«

Art. 12 CEDAW verpflichtet

»die Vertragsstaaten [...] alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Bereich des Gesundheitswesens [zu treffen], um der Frau gleichberechtigt mit dem Mann Zugang zu den Gesundheitsdiensten, einschließlich derjenigen im Zusammenhang mit der Familienplanung, zu gewährleisten.«

Rechtspolitische Würdigung

Hinsichtlich der rechtspolitischen Würdigung ist kritisch zu sehen, dass CEDAW im Vertragstext keinen Bezug zur Gewalt gegen Frauen enthält, ferner von der Annahme ausgeht, dass jede Frau heterosexuell und irgendwann verheiratet ist sowie multiple und intersektionale Formen von Diskriminierung nicht erfasst werden.¹⁷⁸

Ein weiterer Kritikpunkt ist der Bezug auf das biologische Geschlecht. Es werden zwar die traditionellen sozialen und kulturellen Rollen von Frauen angesprochen und

¹⁷⁷ Otto (2014: S. 323).

¹⁷⁸ Otto (2014: S. 324).

als dem Geschlecht zugehörig angesehen. Offen bleibt damit die Anwendung der CEDAW auf Trans* und Inter*Menschen. In Bezug auf Trans*Menschen hinsichtlich derjenigen, die sich keiner Geschlechtsumwandlung unterzogen haben, sich aber in ihrer Geschlechtsidentität als Frau fühlen, aber biologisch noch ein männliches Geschlecht haben. Dies bezieht sich ebenso auf diejenigen Trans*Menschen, die noch im biologischen Geschlecht als Frau leben, sich in ihrer Geschlechtsidentität jedoch als Mann zuordnen.

Im Jahr 1992 wurde in der »General Recommendation No. 19 Violence against Women«¹⁷⁹ in Randnummer 6 eine Erweiterung um den Begriff »gender-based violence« vorgenommen und wie folgt definiert: »Violence which is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty.«¹⁸⁰ In Randnummer 7 wird Bezug genommen auf die Menschenrechte und die Grundfreiheiten von Frauen, die das Recht einschließen, »not to be subject to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment«. Der Fokus der General Recommendation No. 19 liegt dabei weniger auf dem Aspekt »gender«, sondern vielmehr auf Gewalt gegen Frauen und definiert diese in ihren unterschiedlichen Formen, wie Zwangsheirat, häusliche Gewalt, sexueller Missbrauch, Säureattacken oder weibliche Genitalverstümmelung.

Im 19. Oktober 2010 wurde in der »General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women«¹⁸¹ eine Erweiterung des Diskriminierungsbegriffes um das Merkmal »gender« aufgenommen. In Randnummer 5 wird ausgeführt, dass der Wortlaut des Konventionstextes sich auf »sex-based discrimination« bezieht, also nur das biologische Geschlecht erfasst.¹⁸² Insofern muss nun der Art. 1 CEDAW in Zusammenhang mit den Artt. 2 und 5a) CEDAW dahingehend gelesen und interpretiert werden, dass die Konvention auch »gender-based discrimination« erfasst.¹⁸³

In der »Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices« vom 14. November 2014 wird Bezug genommen auf soziokulturelle Praktiken wie die weibliche Genitalverstümmelung, die die Frauenrechte verletzen. Es wird klargestellt, dass diese Praktiken tief in sozialen Verhaltensweisen verankert sind, die durch Geschlechtsstereotypen bedingt werden. Oft werden diese Praktiken dazu benutzt, um die geschlechtsbasierte Gewalt zu »rechtfertigen«.

179 UN: CEDAW/C/GC/19, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf (Stand: 19.06.2018).

180 UN: CEDAW/C/GC/19, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf (Stand: 19.06.2018).

181 UN: CEDAW/C/GC/28, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement> (Stand: 18.06.2018).

182 UN: CEDAW/C/GC/28, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement> (Stand: 18.06.2018).

183 UN: CEDAW/C/GC/28, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement> (Stand: 18.06.2018).

tigen« oder die Mädchen/Frauen zu »schützen«, wie vor Ehelosigkeit oder Ausschluss aus der Gesellschaft, wenn sie sich nicht der »Norm« anpassen.

Erstmals wird in der »General recommendation No. 33 on women's access to justice« vom 03. August 2015 auf Inter*Menschen Bezug genommen.¹⁸⁴ Unter Randnummer 8 wird der Begriff der Diskriminierung um die Merkmale der Intersektionalität und Multidimensionalität erweitert. Als Gründe hierfür werden Ethnie/Herkunft, Staatsangehörigkeit, politische Ansicht, Alter, Hautfarbe, Zugehörigkeit zu einer Minderheit/indigenen Gruppe, sozialer Status/Kaste, Sprache, Religion/Weltanschauung, Familienstand, Vermögens- und Eigentumsverhältnisse, Behinderung, Gesundheit, in der Stadt oder auf dem Land lebend und Identität als bisexuell, lesbisch, »transgender woman« oder »intersex person« genannt. Aufgrund der Intersektionalität dieser Merkmale fällt es Frauen schwerer, Zugang zur Justiz zu erlangen.¹⁸⁵ Einen detaillierteren Bezug zu Inter*Menschen, außer deren Erwähnung, gibt es jedoch nicht in der General recommendation.

Es zeigt sich, dass im Zeitraum von 1992 bis 2015 ein zunehmendes Bewusstsein gewachsen ist, wie vielfältig Frauen diskriminiert werden und dass kontinuierlich Erweiterungen der Begriffs »Diskriminierung der Frau« vorgenommen wurden.¹⁸⁶ Durchgehend ist festzustellen, dass seit Verabschiedung der Frauenrechtskonvention im Jahr 1979 bis zur letzten »general recommendation« im Jahr 2015 kritisiert wird, dass traditionelle Verhaltensweisen und Geschlechterstereotypen in immer noch patriarchal geprägten Gesellschaften Frauen beeinträchtigen.

Schattenbericht aus Deutschland

Aus dem Jahr 2008 stammt der »Schattenbericht zum 6. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW)«, der vom Verein Intersexuelle Menschen e.V. und XY-Frauen erstellt wurde.¹⁸⁷ Ein solcher Schattenbericht ergänzt den offiziellen Staatenbericht¹⁸⁸ aus Sicht von Nichtregierungsorganisationen. Da im 6. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland auf Inter*Menschen nicht wörtlich Bezug genommen wird,¹⁸⁹ macht es sich der Schattenbericht zum Ziel, über die Be-

184 UN: CEDAW/C/GC/33, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/33&Lang=en (Stand: 19.06.2018).

185 UN: CEDAW/C/GC/33, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/33&Lang=en (Stand: 19.06.2018).

186 Rodi (2014: S. 56) mit Blick auf eine weite Auslegung von Art. 5 CEDAW aufgrund seiner Stellung in Teil I der Konvention. Teil I bezieht sich auf die Interpretation und Anwendung des Vertragstextes und hierzu die Vertragsstaaten unmittelbar verpflichtet.

187 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008).

188 Rodi (2014: S. 58): Staatenberichte dienen der Überwachung und Kontrolle, inwieweit ein Vertragsstaat das Abkommen umgesetzt und Maßnahmen zu dessen Verwirklichung getroffen hat. Die Staatenberichte werden sodann zusammen mit den Parallel-/Schattenberichten vom CEDAW-Ausschuss ausgewertet.

189 BT-DS 16/5807 (S. 8): spricht im Zusammenhang mit dem AGG lediglich von sexueller Identität.

lange von Inter*Menschen aufzuklären und die bisher nicht umgesetzten Forderungen aus der Frauenrechtskonvention im Hinblick auf Inter*Menschen anzumahnen.¹⁹⁰

Der Schattenbericht umfasst sechs Kapitel, die auf 21 Seiten dargestellt werden. In dessen Anhang befinden sich Fallbeispiele sowie Artikel, die die unterschiedlichen Positionen von Inter*Menschen erläutern sollen.

Das erste Kapitel bezieht sich auf die Präambel und die ersten vier Artikel der Frauenrechtskonvention. In diesem Zusammenhang wird »Intersexualität« als »angeborene, von der kulturell motivierten, geschlechtlichen Erwartungsnorm abweichenden, somatischen Varianten der Geschlechtsanlagen« definiert.¹⁹¹ Erläutert wird ferner, dass in 95 % der Fälle genitalverändernde medizinische Maßnahmen durch Chirurgie und Hormongaben getroffen wurden, die sich negativ auf alle Lebensaspekte der behandelten Mädchen und Frauen ausgewirkt haben.¹⁹² Zu nennen sind hier körperliche Beschwerden, wie Fistelbildung, Harnwegsinfektionen, Inkontinenz, Schmerzen, und psychische Beschwerden, wie Verlust der Libido oder Depressionen.¹⁹³ Da hier Frauen und Mädchen betroffen sind, findet nach dem Schattenbericht die Frauenrechtskonvention Anwendung.

Im zweiten Kapitel wird Bezug genommen auf Art. 5 (Wandel sozialer und kultureller Verhaltensmuster) und 10 CEDAW (Bildung). Hier wird dargelegt, dass die Geschlechtertheorien, die von John Money in den 1950er Jahren aufgestellt wurden, dazu geführt haben, bestimmte Geschlechternormen im Hinblick auf Äußerlichkeiten der Geschlechtsorgane zu setzen, die sozial und kulturell geprägt sind.¹⁹⁴ Nach Art. 5 CEDAW soll jedoch gerade ein Wandel weg von Geschlechterstereotypen erreicht werden. Eine logische Weiterführung dieses Gedankengangs ist demzufolge der Bezug zu Art. 10 CEDAW, der die Beseitigung von Geschlechterstereotypen auf allen Bildungsebenen verlangt. Der Schattenbericht fordert hier eine entsprechende Änderung der medizinischen Ausbildung und Lehrbücher. Bereits in Schulbüchern soll »Intersexualität« erläutert werden, mit dem Hinweis, dass bis zur siebten Schwangerschaftswoche alle Menschen intersexuell seien und erst danach eine Geschlechtsdifferenzierung stattfindet.¹⁹⁵

Im dritten Kapitel folgt die Stellungnahme zu Art. 12 CEDAW (Gesundheit). Dies geschieht im Zusammenhang mit Art. 12 Zivilpakt (CESCR) und Art. 24 der Kinderrechtskonvention (CRC), wonach jeder Mensch und jedes Kind das Recht auf das für sie_ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit hat.¹⁹⁶ Gesundheit wird in diesem Sinne als »individuelles, physisches und psychisches Wohlbefinden« verstanden, nicht aber als Entsprechung einer »Wohlfälligkeit der sozialen Ordnung«. ¹⁹⁷ Der Staat sei hiernach verpflichtet, vor allem Kinder in ihrer körperli-

190 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 5).

191 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 9).

192 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 9).

193 Detailliert dazu der Erfahrungsbericht von Völling (2010); Kleinemeier/Jürgensen (2008: S. 17ff); Woweries (2015: S. 253).

194 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 11).

195 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 11).

196 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 11f).

197 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 12).

chen Integrität vor »schädlichen, unzulässigen und ungesicherten medizinischen Behandlungen zu schützen«.¹⁹⁸ Kritisiert werden hiernach Behandlungsmethoden wie Gonadektomie und »Genitalamputation« (Klitorisreduktion) an sehr jungen Kindern, die nicht einwilligungsfähig sind sowie die nicht ausreichend gesichert und erforschte Hormonsubstitution, die hier mit Experimenten an Menschen gleichgesetzt wird.¹⁹⁹ Damit verbunden wird bemängelt, dass die Dokumentation und Aufklärung entweder gar nicht oder nur unzureichend erfolgt, dass es keine Fachärzteschaft und keine Qualitätskontrolle gibt.²⁰⁰ Die medizinische Behandlung wie die Hormonersatztherapie, die über die chirurgischen Eingriffe hinausgehen soll, werde außerdem nur unzureichend von den Krankenkassen finanziert.²⁰¹

Im vierten Kapitel wird Bezug genommen zum Vorrang des Kindeswohls beim Schutz von Ehe und Familie, Art. 16 CEDAW. Der Schutz der kindlichen Identität sowie das Recht des Kindes frei und autonom über geschlechtsverändernde Eingriffe entscheiden zu können, sollen hiernach Vorrang haben vor dem Elternrecht.²⁰²

Im fünften Kapitel geht es um Sondermechanismen, wie die Einsetzung einer Wahrheitskommission zur Aufklärung von Inter*Menschen,²⁰³ und das sechste beinhaltet Forderungen und Empfehlungen, wie beispielsweise die Aufnahme des Begriffes der »Intersexualität« in das Recht oder ein provisorischer Geschlechtseintrag beim Standesamt für Neugeborene.²⁰⁴

Für Kanada liegt bislang weder ein offizieller Staatenbericht noch ein entsprechender Schattenbericht vor, der sich mit der Durchsetzung der Rechte von Inter*Menschen befasst, wie dies für Deutschland der Fall ist.

4.4.4 Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC) und Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, auch Kinderrechtskonvention (Convention on the Rights of the Child, CRC) genannt, wird zusammen mit dem Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren besprochen, da das Zusatzprotokoll inhaltlich auf dem Übereinkommen aufbaut und lediglich neue formale, aber keine inhaltlichen Kriterien enthält und insofern gesehen, die Kinderrechtskonvention in prozessualer Hinsicht ergänzt. Bei diesem Fakultativprotokoll handelt es sich um das dritte Zusatzprotokoll zur Kinderrechtskonvention und dies wird im Folgenden mit 3. Fakultativprotokoll bezeichnet.

198 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 12).

199 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 12f).

200 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 15).

201 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 12f).

202 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 16f).

203 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 18f).

204 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008: S. 19).

Rechtsgrundlage und Rechtsnatur – Kinderrechtskonvention

Die Kinderrechtskonvention wurde mit der Resolution 44/25 am 20. November 1989 von der UN-Generalversammlung angenommen und ist am 02. September 1990 in Kraft getreten, nachdem die zwanzigste Ratifikation gem. Art. 49 Abs. 1 CRC erfolgt war. Nach Art. 54 CRC sind die arabischen, chinesischen, englischen, französischen, russischen und spanischen Texte im Wortlaut gleichermaßen verbindlich, also authentisch.

Das Übereinkommen besitzt inzwischen 196 Vertragsparteien und wurde von 140 Staaten unterschrieben.²⁰⁵ Lediglich die USA und Somalia haben sich bislang einer Ratifizierung enthalten. Kanada hat die Kinderrechtskonvention am 13. Dezember 1991 ratifiziert und Deutschland am 6. März 1992.²⁰⁶ Durch die hohe Zahl der Ratifizierungen stellt das Übereinkommen die am häufigsten ratifizierte UN-Konvention dar. Als Konvention hat sie die Rechtsnatur eines rechtlich verbindlichen Vertrages.²⁰⁷ Überwacht wird die Einhaltung des Übereinkommens vom Kinderrechtsausschuss mittels Staatenberichten, Art. 43 Abs. 1 iVm. Art. 44 Abs. 1 CRC.

Die Kinderrechtskonvention hat den Rang eines Bundesgesetzes, Art. 52 Abs. 2 S. 1 GG.²⁰⁸

Rechtsgrundlage und Rechtsnatur – 3. Fakultativprotokoll

Am 19. Dezember 2011 wurde von der UN-Generalversammlung mit der Resolution 66/138 ein drittes Fakultativprotokoll (Human Rights Council A/HRC/17/L.8)²⁰⁹ mit dem Titel »Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren« verabschiedet. Im Jahre 2012 begann der Ratifizierungsprozess. Mit der zehnten Ratifikation tritt das Fakultativprotokoll in Kraft, Art. 19 Abs. 1 Fakultativprotokoll.²¹⁰

Nach Art. 24 Fakultativprotokoll handelt es sich bei den arabischen, chinesischen, englischen, französischen, russischen und spanischen Texten um jeweils authentische Texte, dessen Wortlaute gleichermaßen verbindlich sind.

Auch das Fakultativprotokoll ist wie die Kinderrechtskonvention ein völkerrechtlich bindender Vertrag. Deutschland hat dieses bereits am 28. Februar 2013 ratifiziert; Kanada zählt bislang noch nicht einmal zu den Signatarstaaten. Das 3. Zusatzprotokoll ist inzwischen am 14. April 2014 in Kraft getreten, nachdem es drei Monate zuvor am 14. Januar 2014 vom zehnten Staat (Costa Rica) ratifiziert wurde.²¹¹

205 Stand: 08.08.2018, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=iv-11&chapter=4&clang=en (Stand: 08.08.2018).

206 Stand Mai 2013: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=iv-11&chapter=4&clang=en (Stand: 16.05.2013).

207 Howe/Covell (2007: Location 150 of 9853).

208 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 25f).

209 https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CRC/crc_op3_A__RES__66_138_en.pdf (Stand: 16.05.2013).

210 <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/de/menschenrechtsinstrumente/vereinte-nationen/menschenrechtsabkommen/kinderrechtskonvention-crc.html#c1795>, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/> (Stand: 16.05.2013).

211 https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtds_g_no=iv-11-d&chapter=4&clang=en (Stand: 22.04.2014).

Das 3. Fakultativprotokoll wurde in Deutschland mit dem Gesetz zu dem Fakultativprotokoll vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 20.12.2012 als Bundesgesetz umgesetzt.²¹²

Entstehungsgeschichte

Im Völkerrecht wurden Kinderrechte erstmals ab dem Jahr 1924 auf der internationalen Ebene diskutiert.²¹³ Am 26. Mai 1924 wurde die rechtlich unverbindliche Genfer Erklärung als erstes Völkerrechtsdokument zum Schutz von Kinderrechten, insbesondere Schutz vor Hunger, Ausbeutung und Vernachlässigung, verabschiedet.²¹⁴ Das Kind wurde bis Mitte des 20. Jahrhunderts noch nicht als Träger in eigener Rechte behandelt, sondern vielmehr als »Objekt von Schutz und Fürsorge«.²¹⁵

Von Seiten der UN wurde am 20. November 1959 die UN-Kinderrechtserklärung²¹⁶ verabschiedet, die als Erklärung aber keinen rechtlich verbindlichen Charakter aufweist.²¹⁷ Adressaten_innen dieser Erklärung (wie auch der Genfer Erklärung) waren vorrangig die Eltern, weitere sorgeberechtigte Personen oder Wohlfahrtsbehörden und nachgeordnet erst die Staaten.²¹⁸

Ein erster Entwurf zur Kinderrechtskonvention wurde 1979, dem Internationalen Jahr des Kindes, von Polen vorgelegt.²¹⁹ An der Ausarbeitung wirkten 43 Mitglieder der damaligen UN-Menschenrechtskommission mit, die UNICEF sowie NGOs wie amnesty international oder Save the Children Fund Alliance. Ohne förmliche Abstimmung wurde die Konvention von der UN Generalversammlung schließlich am 20. November 1989 angenommen.²²⁰

Inhaltlich wurde die Kinderrechtskonvention durch die Resolution A/RES/54/263 der UN Generalversammlung um zwei Fakultativprotokolle im Jahr 2000 erweitert. Es handelt sich hier zum einen um das Fakultativprotokoll zu dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten²²¹ und zum anderen um das Fakultativprotokoll zu dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie²²². Da diese beiden Zusatzprotokolle für die vorliegende Arbeit nicht weiter relevant sind, soll hierauf nicht näher eingegangen werden, sondern lediglich der chronologischen Vollständigkeit halber im Rahmen der Entstehungsgeschichte benannt werden.

212 BGBl. 2012, II, Nr. 40, S. 1546ff, https://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_o&tofc=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_o&bk=bgbl&start=%2F%2F*%5B%40node_id%3D'212924:%5D&skin=pdf&tlevel=-2 (Stand: 24.04.2014).

213 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 2).

214 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 7).

215 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 2).

216 A/RES/1386 [XIV].

217 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 9).

218 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 9).

219 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 5); <http://legal.un.org/avl/ha/crc/crc.html> (Stand: 03.06.2014).

220 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 5); <http://legal.un.org/avl/ha/crc/crc.html> (Stand: 03.06.2014).

221 <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx> (Stand: 22.04.2014).

222 <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx> (Stand: 22.04.2014).

Auf dem UN-Kindergipfel »A World Fit for Children« (A/RES/S-27/2)²²³ im Mai 2002, dessen Vorläufer der Weltkindergipfel 1990 war, wurde erstmals ein Individualbeschwerdeverfahren eingefordert.²²⁴ Der Gipfel endete mit der einstimmigen Annahme der oben genannten Deklaration und eines Aktionsplanes.²²⁵ Die beiden Dokumente sind das Ergebnis einer dreijährigen intensiven Verhandlung der Mitgliedstaaten und repräsentieren einen beachtlichen weltweiten Konsens über Strategien und Maßnahmen, um die Lebensverhältnisse von Kindern weltweit zu verbessern.²²⁶ Der Aktionsplan sieht dabei die folgenden vier Hauptaktionsfelder vor: »promoting healthy lives; providing quality education; protecting children against abuse, exploitation and violence; and combating HIV/AIDS«.²²⁷ Maßstab für alle Aktionen ist dabei das Kindeswohlprinzip (best interest of the child), zu dem sich alle Regierungen bekannt und gleichzeitig erklärt haben, nationale Aktionspläne zu erlassen.²²⁸ Die 2002 geforderte Möglichkeit zur Individualbeschwerde wurde mit dem 3. Fakultativprotokoll vom 19. Dezember 2011 geschaffen.

Territorialer und persönlicher Anwendungsbereich

Die Kinderrechtskonvention wurde sowohl von Deutschland als auch von Kanada ratifiziert und findet damit territorial in diesen beiden Staaten Anwendung. Das dritte Fakultativprotokoll findet allerdings bislang nur in Deutschland Anwendung. Solange Kanada noch nicht einmal zu den Signatarstaaten gehört, wird das Fakultativprotokoll seit dem Erreichen der vorgeschriebenen Ratifikationen lediglich in Deutschland territorial Anwendung finden, da Deutschland bereits ratifiziert hat.

Der persönliche Anwendungsbereich ist für das Übereinkommen in Art. 1 CRC geregelt und bezieht sich auf den Schutz von Kindern. Kind wird nach Art. 1 CRC definiert als »jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt.« Adressaten der Konvention sind die Mitgliedsstaaten. Da die Mitgliedstaaten ihre Gesellschaften repräsentieren, sind damit indirekt auch die einzelnen Individuen angesprochen, Kinderrechte zu respektieren.²²⁹ Die Bezeichnung Kind wird im Folgenden unterschiedslos für alle jungen Menschen unter 18 Jahren verwendet.

Das Fakultativprotokoll enthält keine weiteren Ausführungen zum persönlichen Anwendungsbereich, sondern nimmt auf die Kinderrechtskonvention als Hauptübereinkommen mit seiner darin enthaltenen Definition zu Kind direkt Bezug. Adressaten sind auch hier wieder, wie oben bereits dargestellt, die Mitgliedstaaten.

Inhaltlich werden diejenigen Artikel erläutert, die für intergeschlechtliche Kinder von Bedeutung sind.

223 https://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2E.pdf (Stand: 24.04.2014).

224 Fritzsche, P. (2004: 124f).

225 UNICEF, A/S-27/19/Rev.1, A world fit for children.

226 Regierung von Kanada (2004: S. 4, Rn. 2).

227 UNICEF, A/S-27/19/Rev.1, (2002: S. 8ff).

228 Regierung von Kanada (2004: S. 4, Rn. 2), UNICEF, A/S-27/19/Rev.1 (2002: S. 5).

229 https://www.unicef.org/crc/index_30168.html Signatarstaaten (30.05.2013).

Inhalt Kinderrechtskonvention – Im Allgemeinen

Das Übereinkommen ist eine Konvention, die die Rechte des Kindes zum Inhalt hat. Bei etlichen dieser Rechte handelt es sich allerdings mangels Bestimmtheit um keine Individualansprüche, die mittels Klage eingefordert werden können.²³⁰ Es ergeben sich aus dem Vertragstext vielmehr eindeutige Verbote und »klassische liberale Abwehrrechte«, verbunden mit »echten staatlichen Schutzverpflichtungen«.²³¹

Kinder haben aufgrund ihres »Kindseins« besondere Bedürfnisse, vor allem ein besonderes Bedürfnis nach Schutz.²³² Dies steht so bereits in der Präambel der Konvention: »Das Kind [bedarf] wegen seiner mangelnden körperlichen und geistigen Reife besonderen Schutzes und besonderer Fürsorge, insbesondere eines angemessenen rechtlichen Schutzes vor und nach der Geburt.« Daher ist es Zweck der Kinderrechtskonvention, dass in ihrem jeweiligen Mitgliedstaat »ein rechtlich integriertes System zur Sicherstellung der bestmöglichen Lebensbedingungen für Kinder« geschaffen wird.²³³

Das Übereinkommen ist die erste Konvention, die bürgerliche, politische, kulturelle, wirtschaftliche und soziale Rechte enthält. Sie besteht aus 54 Artikeln, die sich in drei Teile gliedern. Teil I umfasst die Artikel 1 bis 41, Teil II die Artikel 42 bis 45 und Teil III die Artikel 46 bis 54. Teil I enthält die materiellen Rechte des Kindes sowie die Verpflichtungen der Vertragsstaaten, Teil II beinhaltet Durchführungs- und Überwachungsvorschriften verbunden mit der Einrichtung des Kinderrechtsausschusses und Teil III regelt die Formalia zum Inkrafttreten und Ratifikation durch weitere Staaten.

Laut UNICEF beruht die Kinderrechtskonvention auf den folgenden vier Prinzipien:

- »1. Das Recht auf Gleichbehandlung: Kein Kind darf benachteiligt werden – sei es wegen seines Geschlechts, seiner Herkunft, seiner Staatsbürgerschaft, seiner Sprache, Religion oder Hautfarbe, einer Behinderung oder wegen seiner politischen Ansichten.
2. Wohl des Kindes hat Vorrang: Wann immer Entscheidungen getroffen werden, die sich auf Kinder auswirken können, muss das Wohl des Kindes vorrangig berücksichtigt werden – dies gilt in der Familie genauso wie für staatliches Handeln.
3. Das Recht auf Leben und Entwicklung: Jedes Land verpflichtet sich, in größtmöglichem Umfang die Entwicklung der Kinder zu sichern – zum Beispiel durch Zugang zu medizinischer Hilfe, Bildung und Schutz vor Ausbeutung und Missbrauch.
4. Achtung vor der Meinung des Kindes: Alle Kinder sollen als Personen ernst genommen und respektiert und ihrem Alter und Reife gemäß in Entscheidungen einbezogen werden.«²³⁴

Fritzsche nimmt diese Prinzipien zum Anlass, um die Kinderrechte in vier Kategorien zu unterteilen:

230 BMFSFJ (2012: S. 41).

231 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 32).

232 https://www.unicef.org/crc/index_protecting.html (Stand: 30.05.2013).

233 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 28).

234 <https://www.unicef.de/aktionen/kinderrechte20/kurzinfo-was-ist-die-un-kinderrechtskonvention/> (Stand: 31.05.2013).

- »1. Überlebensrechte (survival rights), wie Recht auf Nahrung, Wohnung, medizinische Versorgung,
2. Entwicklungsrechte (development rights), wie Recht auf Bildung, Religionsfreiheit, Freiheit des Denkens, Recht auf Spielen,
3. Schutzrechte (protection rights), wie Rechte, die schützen vor Ausbeutung, sexuellem Missbrauch, willkürlicher Trennung von der Familie,
4. Teilnahmerechte (participation rights).«²³⁵

Aus dem kanadischen Kontext unterteilen Howe/Covell die Kinderrechte nach den sog. »three P's«: »rights of provision, protection and participation«; und sie leiten hieraus die drei Prinzipien der Nicht-Diskriminierung, des Vorrangs des Kindeswohls und der Teilnahme ab.²³⁶ Die »rights of provision« umfassen nach der kanadischen Auffassung die von Fritzsche genannten Überlebens- und Entwicklungsrechte, wie das Recht auf medizinische Versorgung, Bildung, Schutz vor Missbrauch oder Gewalt.

Beide Auffassungen arbeiten übereinstimmend bezüglich der Teilnahmerechte heraus, dass es darum geht, dass das Kind bei Entscheidungen, die es betreffen, gehört wird und eine Stimme erhält.

Inhalt Kinderrechtskonvention – Im Besonderen

Allgemeines Diskriminierungsverbot, Art. 2 CRC

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot findet sich in Art. 2 Abs. 1 CRC neben der Achtung der Kinderrechte. Hiernach achten die Vertragsstaaten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds.

Dieses allgemeine Diskriminierungsverbot bildet somit in der Kinderrechtskonvention das Leitprinzip, das auch allen anderen internationalen Menschenrechtskonventionen zugrunde liegt. Es entspricht beispielsweise Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte oder Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.²³⁷

Diskriminierung selbst wird in der Kinderrechtskonvention nicht definiert. Schmahl bietet hierzu die Vorlage an, dass Diskriminierung »jede auf den dort [in Art. 2 Abs.1 CRC] niedergelegten Merkmalen beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung [ist], die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.«²³⁸

235 Fritzsche (2004: 121).

236 Howe/Covell (2007: Location 143 of 9853).

237 BMFSFJ (2012: S. 44).

238 Schmahl (2013: Ar. 2, Rn. 11).

Im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbotes der Kinderrechtskonvention wird Diskriminierung als besonders gravierend erachtet, sofern sich die diskriminierten Personen nicht ausreichend dagegen schützen können. Dies ist insbesondere für Kleinst- und Kleinkinder der Fall.²³⁹ Nach dem General Comment No. 7 wird die frühe Kindheit als eine besonders kritische Phase für die Verwirklichung der Kinderrechte angesehen.²⁴⁰ Die frühe Kindheit bezieht sich hierbei auf alle jungen Kinder: »at birth and throughout infancy; during the preschool years; as well as during the transition to school below the age of 8 years old«.²⁴¹

Als besonders kindgefährdend werden im General Comment No. 7, Rn. 6 dazu folgende Aspekte genannt:²⁴²

»(a) Young children experience the most rapid period of growth and change during the human lifespan, in terms of their maturing bodies and nervous systems, increasing mobility, communication skills and intellectual capacities, and rapid shifts in their interests and abilities. [...]

(e) Young children's earliest years are the foundation for their physical and mental health, emotional security, cultural and personal identity, and developing competencies;

(f) Young children's experiences of growth and development vary according to their individual nature, as well as their gender, living conditions, family organization, care arrangements and education systems;

(g) Young children's experiences of growth and development are powerfully shaped by cultural beliefs about their needs and proper treatment, and about their active role in family and community.«

Hieraus ergibt sich, dass der Kinderrechtsausschuss die besondere Vulnerabilität von Kleinkindern anerkannt hat. Dies wird hergeleitet aus deren körperlichen Entwicklung einschließlich der Wachstumsphase (lit. a). Daneben wird klargestellt, dass die frühen Kindheitsjahre das Fundament bzw. die Prägung für die mentale und körperliche Gesundheit, die emotionale Sicherheit und persönliche Identität des Kindes bilden (lit. e). Ferner wird herausgearbeitet, dass das Wachstum und die Entwicklung des Kindes je nach Geschlecht unterschiedlich beeinflusst werden, aber auch je nach Lebensbedingungen, Familienstruktur, Versorgungsstruktur und Erziehungssystem (lit. f). Schließlich wird der starke Einfluss kultureller Glaubenssätze in Bezug auf kindliche Bedürfnisse und Erziehung, einschließlich deren Rolle in Familie und Gemeinschaft deutlich gemacht.

All diese Aspekte treffen auch auf Inter*(Klein-)Kinder zu. Zu den kulturellen Glaubenssätzen kann auch die binäre Geschlechterkategorisierung in Frau und Mann gerechnet werden, die den Druck erklärt, dass intersexe Kinder einer dieser beiden Kategorien zugeordnet werden sollen. Die Familienkultur, wie beispielsweise eine kon-

239 Schmahl (2013: Art. 2, Rn. 5) mit Verweis auf den General Comment No. 7 (CRC/C/GC/7/Rev. 1, 2005: Rn. 11).

240 General Comment No.7 (CRC/C/GC/7/Rev. 1, 2005: Rn. 1).

241 General Comment No.7 (CRC/C/GC/7/Rev. 1, 2005: Rn. 1, 4).

242 General Comment No.7 (CRC/C/GC/7/Rev. 1, 2005: Rn. 6).

servativ und/oder eventuell streng religiöse orientierte Familienkultur, kann dazu noch einen weiteren Einfluss haben, dass das intergeschlechtliche Kind einem der beiden Geschlechter zugewiesen werden soll. Werden nun in den frühen Kindheitsjahren chirurgisch nicht medizinisch indizierte Eingriffe am intergeschlechtlichen (Klein-)Kind vorgenommen, einschließlich langwieriger Nachbehandlungen durch Dilatation oder Bougieren und Hormonersatztherapie, so wird hierdurch die kindliche mentale und physische Gesundheit sowie gegebenenfalls die emotionale Sicherheit negativ beeinflusst. Dies ist der Fall, da die Eingriffe als hochtraumatisch erlebt werden, mit einem Gefühl der Ohnmacht und des Ausgeliefertseins.²⁴³ Indem das Kind möglicherweise weder von seinen Eltern noch den behandelnden Mediziner_innen über die intergeschlechtliche Lebensbedingung aufgeklärt wird bzw. aufgrund seines Status als Baby oder Kleinkind gar nicht aufgeklärt werden kann, und damit ohne seine Einwilligung einem der beiden Geschlechter zugeordnet wird, wird auch die kindliche Identität beeinflusst und kann sich nicht natürlich entwickeln.

Die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist insgesamt die bei Kindern am häufigsten vorkommende Form der Diskriminierung, dies gilt insbesondere für intergeschlechtliche Kinder.²⁴⁴ Sowohl der General Comment No. 7 als auch Schmahel verweisen darauf, dass insbesondere Mädchen aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert werden, was auf einer noch weltweit vorherrschenden patriarchalischen Gesellschaftsstruktur beruht.²⁴⁵ Die Diskriminierung liegt hier in selektiver Abtreibung, Genitalverstümmelung, Vernachlässigung oder Kindermord vor.²⁴⁶ Die Klitoridektomie wird in diesem Zusammenhang als Genitalverstümmelung anerkannt.²⁴⁷ Indem Kinder aufgrund ihres Kindseins und zugleich aufgrund der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht benachteiligt werden, liegen hier Fälle von Mehrfachdiskriminierung vor.²⁴⁸

Kindeswohlprinzip, Art. 3 CRC

Das Kindeswohlprinzip (best interest of the child) stellt zusammen mit dem Diskriminierungsverbot, Art. 2 CRC, dem Recht auf Leben, Art. 6 CRC und der Berücksichtigung des Kindeswillens, Art. 12 CRC die Grundprinzipien der Kinderrechtskonvention dar.²⁴⁹ Es ist aus der Annahme heraus entstanden, dass Kinder verletzbarer sind als Erwachsene und ihre Interessen daher besonderer Berücksichtigung bedürfen.²⁵⁰ Im Rahmen von Entscheidungsprozessen soll das Kindeswohlprinzip die »wesentliche Leitlinie« vorgeben.²⁵¹ In Konfliktfällen zwischen Kinderrechten und den Rechten Dritter

243 Briffa, Oii-Australia (08.05.2014) <http://oii.org.au/z6808/tony-briffa-on-dsd/> (Stand: 22.05.2014), Tamar-Mattis (2014: S. 102); ausführlich dazu der Erfahrungsbericht von Völling (2010); Voß (2012: S. 38f).

244 Schmahel (2013: Art. 2, Rn. 18, 21) mit Verweis auf BVerfG (NJW 2011, S. 912).

245 General Comment No.7 (CRC/C/GC/7/Rev. 1, 2005: Rn. 11); Schmahel (2013: Art. 2, Rn. 18).

246 General Comment No.7 (CRC/C/GC/7/Rev. 1, 2005: Rn. 11).

247 Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen zur Anti-Folterkonvention unter 4.2.

248 Schmahel (2013: Art. 2, Rn. 7).

249 Schmahel (2013: Art. 3, Rn. 1).

250 Schmahel (2013: Art. 3, Rn. 1).

251 Schmahel (2013: Art. 3, Rn. 4).

oder denjenigen der Eltern, soll daher prinzipiell dem Recht des Kindes Priorität eingeräumt werden.²⁵² Dem Staat kommt hierbei die nachrangige Aufgabe einer Unvertretbarkeitskontrolle zu, wenn elterliche Entscheidungen das Kindeswohl schwerwiegend gefährden würden.²⁵³

Das Kindeswohlprinzip besagt im Einzelnen, dass bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleich viel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist, Art. 3 Abs. 1 CRC.

Nach Art. 3 Abs. 2 CRC verpflichten sich die Vertragsstaaten, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.

Darüber hinaus stellen die Vertragsstaaten nach Art. 3 Abs. 3 CRC sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

Verpflichtungsadressaten des Kindeswohlprinzips sind nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch Einrichtungen der sozialen Fürsorge und sonstige Rechtsanwender_innen. Diese trifft die Pflicht, dafür zu sorgen, dass der Vorrang des Kindeswohls im innerstaatlichen Recht bei allen das Kind betreffenden Entscheidungen faktisch umgesetzt wird.²⁵⁴ Diese Pflicht trifft daher ebenso auf die in staatlichen oder privaten Kliniken angestellten Mediziner_innen oder sonstigen Gesundheitsdienstleistenden als Rechtsanwender_innen zu, die intersexe Kinder behandeln und mit der Frage konfrontiert sind, welche Entscheidung, die auch eine Nicht-Behandlung einschließen kann, dem Kindeswohl am besten entspricht.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Kindeswohl ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, der daher je nach kulturellem, politischem, sozialen oder religiösem Kontext unterschiedlich interpretiert werden kann.²⁵⁵ Für intergeschlechtliche Kinder bedeutet dies, dass der Kontext immer noch ein geschlechtsbinärer ist, der sich weltweit kulturell, politisch, sozial und auch religiös als dominant durchgesetzt hat. Dieser Kontext ist jedoch nicht statisch, sondern unterliegt Wandlungen. Dies geschieht gerade sowohl in etlichen Ländern (z.B. Australien oder Deutschland) als auch auf akademischem weltweitem Niveau (z.B. Soziologie, Politikwissenschaft, queer studies/études féminines et études de genre), indem die Anerkennung der Vielfalt von Geschlechtern und menschlichen Lebensformen bereits erfolgt ist oder als umzusetzen diskutiert wird.

252 Schmahl (2013: Art. 3, Rn. 4).

253 Schmahl (2013: Art. 3, Rn. 2).

254 Schmahl (2013: Art. 3, Rn. 6).

255 Schmahl (2013: Art. 3, Rn. 9).

Hieraus ergibt sich die Pflicht der Rechtsanwender_innen, diesen Wandel der Geschlechternormen als Bestandteil des Kindeswohles im Rahmen der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen und zwar als übergeordnetes Element über kulturelle, soziale oder religiöse Aspekte.

Ferner spielt der zeitliche Faktor insoweit eine Rolle, als es »gegenwärtige und zukunftsgerichtete Interessen« gibt, die sich widersprechen können.²⁵⁶ So kann sich eine Entscheidung gegenwärtig positiv auf das Kindeswohl auswirken, aber in der Zukunft negative Folgen nach sich ziehen.²⁵⁷ Die Zuweisung zu einem Geschlecht im Kleinkindalter mittels Operation, Nachbehandlung und Hormonersatztherapie kann in der Zukunft insoweit negative Folgen nach sich ziehen, als nicht abzusehen ist, wie sich die Geschlechtsidentität des Kindes entwickeln wird. Stimmt die sich entwickelnde Geschlechtsidentität nicht mit dem zugewiesenen Geschlecht überein, leidet der jugendliche Mensch unter dieser Geschlechtszuweisung, was zu Depression oder gar zu Selbstmord führen kann.²⁵⁸ Daneben ist zu bezweifeln, ob die Entscheidung zu einer Operation mit langwieriger Nachbehandlung und Hormonersatztherapie selbst im gegenwärtigen Moment eine dem Kindeswohl entsprechende Maßnahme darstellt, da diese Behandlungen mit großen körperlichen und seelischen Schmerzen und Leiden verbunden sind.

Das Kind wird seiner gewohnten Umgebung entrissen, da es zu einem längeren Aufenthalt in die Klinik verbracht wird und dort an ihm_ihr durch ihm_ihr unbekannte Personen schmerzhaft und entwürdigende Untersuchungen und Operationen vorgenommen werden. Die Nachbehandlung durch Dilatation ist ebenfalls sehr schmerzhaft und entwürdigend und kann daher als nicht mit dem Kindeswohl vereinbar angesehen werden.

Kleinkindern Schmerzen zuzufügen, gleich welcher Art, ob seelischer oder körperlicher, ohne, dass hierzu eine medizinische Notlage besteht, läuft generell dem Kindeswohl zuwider, unabhängig davon, ob sich zu einem späteren Zeitpunkt weitere Traumatisierungen zeigen oder nicht.

Schmahl führt dazu weiter aus, dass es für das Kindeswohl nicht genügt, wenn »lediglich Lebensbedingungen hergestellt werden, die auf die sozialen und altersmäßigen Durchschnittserwartungen an die körperliche, seelische und geistige Entwicklung eines Kindes abstellen. Entscheidungen, die Kinder betreffen, sollten sich niemals an Mindestbedingungen oder Durchschnittserwartungen orientieren, sondern am einzelfallbezogenen bestmöglichen Optimum.«²⁵⁹ Dies bedeutet für intergeschlechtliche Kinder konkret, dass ihre Körper nicht den binären sozialen Durchschnittserwartungen von Körperlichkeit zu entsprechen haben, sondern sie sich einzelfallbezogen, also sich individuell ihren jeweiligen Bedürfnissen entsprechend körperlich, seelisch und geistig entwickeln können sollen, wozu auch die Entscheidung zur Nicht-Behandlung gehört, solange keine medizinische Notlage besteht.

256 Schmahl (2013: Art. 3, Rn. 11).

257 Schmahl (2013; Art. 3, Rn. 11).

258 Colapinto (2000).

259 Schmahl (2013: Art. 3, Rn. 11).

Die Kinderrechtskonvention spricht dem Staat ferner in Art. 3 Abs. 2 CRC die primäre Verantwortung für die Einhaltung des Kindeswohles zu. Anders ist dies im nationalen deutschen Recht, wo diese Verantwortung vorrangig den Eltern zukommt und erst nachrangig dem Staat, Art. 6 Abs. 1 S. 1 GG.²⁶⁰ Dies wird damit begründet, dass sich die Verpflichtung der Staaten, allgemeine Gesetzgebungs- und Verwaltungsvorschriften zum Schutz des Kindeswohles zu erlassen, nicht auf einzelne Aspekte bezieht, sondern sich allgemein auf alle im staatlichen Hoheitsgebiet lebenden Kinder zu erstrecken hat.²⁶¹ Für Interkinder bedeutet dies, dass dem Staat insofern ein Wächteramt zukommt, als er operative Eingriffe samt Nachbehandlungen (ohne medizinischen Notfall), von der Vertretungsberechtigung und Einwilligungsbefugnis der Eltern ausschließen kann, ähnlich, wie dies bereits bei § 1631 c BGB erfolgt ist, wonach Eltern (und auch das Kind) nicht in die Sterilisation eines minderjährigen Kindes einwilligen können.²⁶²

Aus Art. 3 Abs. 3 CRC ist ferner die Aufstellung von intergeschlechtlich kindgerechten Standards in den medizinischen Einrichtungen, die Ausbildung von Fachpersonal sowie das Angebot an Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten mit der Pflicht zur Teilnahme abzuleiten.

Nachdem das Kindeswohlprinzip inzwischen den Status von Völkergewohnheitsrecht erlangt hat, muss es daher zwingend zugunsten intergeschlechtlicher (Klein-)Kinder mit den vorgenannten Argumenten von allen Rechtsanwendern_innen beachtet werden.

Recht auf Identität, Art. 8 CRC

Das Recht auf (kindliche) Identität ist ein spezielles Kinderrecht, das so bislang noch nicht in einem anderen internationalen Menschenrechtsvertrag formuliert wurde.²⁶³ Hiernach verpflichten sich die Vertragsstaaten, das Recht des Kindes zu achten, seine Identität, einschließlich seiner Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen, ohne rechtswidrige Eingriffe zu behalten, Art. 8 Abs. 1 CRC.

Nach Art. 8 Abs. 2 CRC gewähren die Mitgliedstaaten dem Kind darüber hinaus angemessenen Beistand und Schutz mit dem Ziel, seine Identität so schnell wie möglich wiederherzustellen, wenn dem Kind widerrechtlich einige oder alle Bestandteile seiner Identität genommen worden sind. Der Begriff der kindlichen Identität wird vom Übereinkommen nicht definiert. Die Aufzählung der einzelnen Bestandteile von Identität ist laut Wortlaut auch nicht abschließend, sondern offen durch die Formulierung »einschließlich« mit der Beispielnennung der Staatsangehörigkeit, des Namens oder der Familienbeziehungen. Dies bedeutet, dass zur kindlichen Identität ebenso die sexuelle und die geschlechtliche Identität gehören.²⁶⁴

260 Schmahl (2013: Art. 3, Rn. 14).

261 Schmahl (2013: Art. 3, Rn. 14).

262 Tönsmeier (2012: S. 136).

263 Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 19).

264 Schmahl (2013: Art. 8, Rn. 11,12).

Inter*Kinder haben hiernach das Recht auf eine intersexe oder intergeschlechtliche Identität. Die Achtung der kindlichen Identität führt aus dem Sinn und Zweck der Norm heraus nicht nur zur gesellschaftlichen, sondern auch zur rechtlichen Anerkennung, was sich aus der Zusammenschau mit der Registrierungspflicht des Art. 7 Abs. 1 CRC ergibt. Registriert wird ein neugeborener Mensch in Deutschland und in Kanada nach den Vorschriften des Personenstandsrechts. Nach diesen ist auch das Geschlecht des Kindes anzugeben. Mit einer erweiterten Auslegung des Identitätsbegriffes auf eine intersexe Identität ergibt sich demzufolge die Pflicht der Vertragsstaaten, das Personenstandsrecht dahingehend abzuändern, dass die Kategorie Geschlecht entweder ganz abgeschafft wird oder aber die Eintragung eines intersexen Geschlechts zulässig ist, wie dies seit November 2013 für das deutsche Personenstandsrecht der Fall ist.²⁶⁵

Wird diese Identität durch geschlechtszuweisende Operationen und Hormonbehandlungen genommen, so ergibt sich aus Art. 8 Abs. 2 CRC einen Anspruch an die Vertragsstaaten, diese verlorene Identität wiederherzustellen. Dies könnte eine Rückgängigmachung des zugewiesenen Geschlechts auf staatliche Kosten beinhalten, aber auch die rechtliche Anerkennung in Bezug auf Namens- und Geschlechtsänderung. Die Widerrechtlichkeit des Eingriffes ergibt sich aus der fehlenden Legitimierung bei rein kosmetischen Operationen, ohne medizinische Notlage. Darüber hinaus wäre im Zusammenhang mit der oben erläuterten Anwendung des Kindeswohlprinzips auf intersexe Kinder eine elterliche Einwilligung unwirksam, wenn der Staat aufgrund seines Wächteramtes kosmetische Operationen und Hormonbehandlungen verbietet und von der Einwilligungsfähigkeit ausschließt.

Berücksichtigung des Kindeswillens, Art. 12 Abs.1 CRC

Von Bedeutung ist ferner die Berücksichtigung des Kindeswillens. Nach Art. 12 Abs. 1 CRC sichern die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. Es handelt sich hierbei um eine eindeutige rechtliche Verpflichtung, wonach die Vertragsstaaten dieses Recht entweder direkt garantieren müssen oder Gesetze zu erlassen haben, damit Kinder dieses Recht ausüben können.²⁶⁶ Zu dieser Verpflichtung gehört die Förderung der freien Meinungsbildung und -äußerung der Kinder sowie die Berücksichtigung dieser Meinung bei allen Entscheidungen, die das Kind betreffen.²⁶⁷

Damit das Kind sich frei eine Meinung bilden kann, sollen Bedingungen geschaffen werden, in denen das Kind keinem Druck ausgesetzt ist, sondern vielmehr Sicherheit und Respekt erfährt und die den individuellen und sozialen Bedürfnissen des Kindes entsprechen.²⁶⁸ Um sich eine Meinung frei bilden zu können, muss das Kind dazu die

265 Vgl. dazu die Ausführungen zum deutschen Personenstandsrecht unter 4.3.

266 Schmahl (2013: Art. 12, Rn. 1, 4).

267 Schmahl (2013: Art. 12, Rn. 4).

268 Schmahl (2013: Art. 12, Rn. 5) mit Verweis auf General Comment No. 12 (2009: Rn. 22, 23).

notwendigen Informationen erhalten. Art. 12 CRC beinhaltet damit implizit ein Informationsrecht des Kindes.²⁶⁹

Was die Meinungsbildungs- und -äußerungsfreiheit im Gesundheitsbereich betrifft, so äußert sich der General Comment No.12 hierzu mit detaillierten Anforderungen an die Vertragsstaaten. Demnach sollen alle Kinder in den Entscheidungsfindungsprozess miteinbezogen werden, in einer Weise, die ihrer persönlichen Reife entspricht. Dazu sollen sie kindgerecht, aber umfassend über die Behandlungsmöglichkeiten, ihre Risiken, Folgen und Nebenwirkungen aufgeklärt werden.²⁷⁰

Des Weiteren sollen die Vertragsstaaten durch Gesetzgebung oder Verwaltungsvorschriften gewährleisten, dass Kinder Zugang haben zu medizinischer Beratung, auch ohne elterliches Wissen, und unabhängig vom Alter des Kindes. Dies soll insbesondere für diejenigen Fälle gelten, in denen es in Bezug auf Zugang zum Gesundheitsdienst oder geplanten Maßnahmen zu Konflikten zwischen den Eltern und dem Kind kommt. Das Recht auf medizinische Beratung ist hierbei vom Recht, in medizinische Behandlungen einzuwilligen, zu unterscheiden.²⁷¹

Außerdem sollen Ärzte_innen und Gesundheitseinrichtungen leicht verständliche und zugängliche Informationen für Kinder bereithalten, was ihre Rechte angeht, in pädiatrischer Forschung und klinischen Versuchen mitzuwirken. Sie müssen hierzu umfassend über das Forschungsvorhaben oder die Versuche informiert werden. Ihre aufgeklärte Einwilligung soll zusätzlich zu denen der Sorgeberechtigten vorliegen.²⁷²

Für die Wahrung der Rechte intergeschlechtlicher Kinder sind diese Anforderungen von besonderer Bedeutung. Da eine operative oder hormonell bedingte Geschlechtszuweisung massive Folgen und Risiken nach sich zieht, ist es hier für Kinder besonders wichtig, über alle geplanten Maßnahmen detailliert und umfassend aufgeklärt zu werden. Drängen beispielsweise die Eltern zu einer geschlechtsangleichenden kosmetischen Operation, ist es bedeutsam, dass die Kinder die Möglichkeit haben, sich unabhängig von den Eltern beraten zu lassen, nicht nur von den behandelnden Mediziner_innen, sondern auch von anderen Fachleuten, wie Psycho-/Familientherapeuten_innen oder Sozialarbeiter_innen.

Da die Behandlung intergeschlechtlicher Kinder außerdem in den Bereich der Forschung fällt, was beispielsweise die Anwendung neuer operativer Techniken angeht, ist es erforderlich, dass das Kind selbst seine Einwilligung nach erfolgter Aufklärung erteilt. Will das Kind seine Einwilligung nicht erteilen, haben die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass diese Entscheidung des Kindes akzeptiert wird, und es weder von ärztlicher Seite noch von den Eltern dahingehend manipuliert wird, doch einzuwilligen.

269 Schmahl (2013: Art. 12, Rn. 6).

270 General Comment No.12 (CRC/C/GC/12/2009: Rn. 100).

271 General Comment No.12 (CRC/C/GC/12/2009: Rn. 101).

272 General Comment No.12 (CRC/C/GC/12/2009: Rn. 103).

Schutz der Privatsphäre und Ehre, Art. 16 CRC

Die individuelle Existenz und die Selbstbestimmung werden vom Recht auf Schutz der Privatsphäre gewährleistet.²⁷³ Hiernach darf kein Kind willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung oder seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden, Art. 16 Abs. 1 CRC. Nach Art. 16 Abs. 2 CRC hat das Kind Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.

Laut Schmahl stellt der Begriff des Privatlebens ein Auffanggrundrecht dar, das sich auf »alle Erscheinungsformen des Auslebens, des Ausdrucks und der Kundgebung von Privatem« erstreckt.²⁷⁴ Zu diesen gehören »äußere identitätsbildende Faktoren wie etwa der Name des Kindes, sein Auftreten, seine Kleidung oder seine Frisur und innere Vorgänge wie Gefühle und Gedanken. Auch die körperliche Integrität, die Vertraulichkeit privater und intimer Informationen und das Recht auf Begründung, Aufrechterhaltung und Beendigung zwischenmenschlicher Beziehungen unterfallen dem Begriff des Privatlebens.«²⁷⁵

Für intersexe Kinder soll hiernach die körperliche Integrität vor willkürlichen Eingriffen geschützt werden. Als willkürlich kann eine geschlechtszuweisende Operation beispielsweise deshalb angesehen werden, da nicht vorhersehbar ist, wie sich die Geschlechtsidentität des Kindes entwickeln wird. Hinsichtlich der äußeren identitätsbildenden Faktoren ist bereits die Namensgebung für intersex geborene Kinder problematisch, da bislang nach den Vorschriften des Personenstandsrechts in Deutschland das Geschlecht aus dem Vornamen abgeleitet werden können soll, § 13 Abs. 2 PStG. In Bezug auf Kleidung, Frisur und Auftreten herrschen in beiden Gesellschaften immer noch vorrangig geschlechtsbinäre Rollenbilder vor, mit denen sich intersexe Kinder nicht unbedingt identifizieren können oder wollen, dies aber aufgrund des sozialen Drucks müssen.

Der Schutz der Privatsphäre wird in Deutschland im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG berücksichtigt. Er spricht Kindern einen »autonomen Bereich privater Lebensgestaltung« mit abwehrrechtlicher Funktion gegenüber dem Staat und auch den Eltern zu, »wenn unverfügbare Rechtsgüter wie die Geschlechtsidentität oder die Zeugungs- und die Fortpflanzungsfähigkeit in Frage stehen«.²⁷⁶ Bei Fragen von Intersexualität geht es um das unverfügbare Rechtsgut der Geschlechtsidentität und auch um die Zeugungs- bzw. Fortpflanzungsfähigkeit, da der Eingriff einer geschlechtszuweisenden Operation die Entfernung der Ovarien und/oder Testikel beinhalten kann, was dann zur Sterilisation führt. Daher können sich intergeschlechtliche Kinder auf das Recht zum Schutz der Privatsphäre berufen.

273 Schmahl (2013: Art. 16, Rn. 1).

274 Schmahl (2013: Art. 16, Rn. 2); speziellere, diesem Auffanggrundrecht vorgehende Rechte sind in den Artt. 6, 7, 8, 9 Abs. 3, 14 CRC enthalten.

275 Schmahl (2013: Art. 16, Rn. 2).

276 Schmahl (2013: Art. 16, Rn. 10).

Schutz vor Gewalt, Art. 19 CRC

Der Schutz des Kindes vor jeglicher Form von Gewaltanwendung ist die »Kernregelung« der Kinderrechtskonvention.²⁷⁷ Hiernach sind die Vertragsstaaten verpflichtet, alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial- und Bildungsmaßnahmen zu erlassen, um das Kind vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Schadenzufügung oder Misshandlung, vor Verwahrlosung oder Vernachlässigung, vor schlechter Behandlung oder Ausbeutung einschließlich des sexuellen Missbrauchs zu schützen, solange es sich in der Obhut der Eltern oder eines Elternteils, eines Vormunds oder anderen gesetzlichen Vertreters oder einer anderen Person befindet, die das Kind betreut, Art. 19 Abs. 1 CRC.

Nach Art. 19 Abs. 2 CRC sollen diese Schutzmaßnahmen je nach den Gegebenheiten wirksame Verfahren zur Aufstellung von Sozialprogrammen enthalten, die dem Kind und denen, die es betreuen, die erforderliche Unterstützung gewähren und andere Formen der Vorbeugung vorsehen sowie Maßnahmen zur Aufdeckung, Meldung, Weiterverweisung, Untersuchung, Behandlung und Nachbetreuung in den in Absatz 1 beschriebenen Fällen schlechter Behandlung von Kindern und gegebenenfalls für das Einschreiten der Gerichte. 2011 wurde zu Art. 19 CRC der General Comment No. 13 vom Kinderrechtsausschuss erlassen, nachdem festgestellt wurde, dass das Ausmaß und die Intensität von Gewalt gegenüber Kindern alarmierend ist.²⁷⁸

In diesem General Comment wird allgemein für die Kindererziehung und zum Schutz vor Gewalt ein kinderrechtsbasierter Ansatz gefordert, der einen Paradigmenwechsel beinhaltet, der auf den Respekt und die Förderung der Menschenwürde sowie der körperlichen und psychologischen Integrität von Kindern als Rechtsträger_in abstellt und sie weniger als »Opfer« sieht.²⁷⁹ Der Begriff der Menschenwürde verlangt, dass jedes Kind als Inhaber_in von Rechten sowie als einzigartiger und wertvoller Mensch, mit individueller Persönlichkeit, besonderen Bedürfnissen, Interessen und Privatsphäre anerkannt, respektiert und geschützt wird.²⁸⁰

Im Einzelnen wird im General Comment heraus gearbeitet, dass der Gewaltbegriff einen Genderbezug besitzt, sodass beispielsweise Mädchen im häuslichen Umfeld häufiger Gewalt im Sinne von sexuellem Mißbrauch erfahren, wohingegen Jungen Gewalterfahrungen vermehrt im Strafvollzug für Jugendliche erfahren.²⁸¹ Im Zusammenhang mit dem Genderbezug stehen auch gender-basierte Stereotypen, Machtverhältnisse und -ungleichheiten sowie weitere Unterschiede und Diskriminierungen, die zu Gewalt in verschiedenen Kontexten wie Familie, Schule oder Institutionen wie Kliniken oder in der Gesellschaft führen.²⁸²

An Gewaltformen werden u.a. neben Folter²⁸³ auch schädliche Praktiken (harmful practices) wie weibliche Genitalverstümmelung genannt, wozu die WHO auch die Ent-

277 Schmahl (2013: Art. 19, Rn. 1).

278 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 2).

279 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 3, lit.b).

280 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 3, lit.c).

281 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 19, 72).

282 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 72 lit. b).

283 S. Ausführungen dazu im Kapitel zur Anti-Folterkonvention.

fernung der Klitoris (Klitoridektomie) zählt, selbst wenn diese im Krankenhaus oder von Hebammen bzw. Mediziner_innen ausgeführt wird.²⁸⁴ UNICEF stellt fest, dass weibliche Genitalverstümmelung eine soziale Norm innerhalb einer Gemeinschaft oder sozialen Gruppe ist:

»The identification of FGM/C as a social norm implies that the practice is interdependent – that is, the behaviour of an individual or family is conditioned by the behaviour of others. More precisely, it is conditioned by an individual's or family's perceptions or expectations of what others do and think, whether or not these are reflected in reality. Power relations also play a role. It is not just what is said or done that is important, but also who says or does it.«²⁸⁵

Diese Ansicht kann ebenso auf die Klitoridektomie, die bei intersex geborenen Kindern mit weiblichem Genital vorgenommen wird, angewendet werden. Sie stellt eine soziale Norm dar, da das Verhalten der Eltern von anderen beeinflusst wird. Dies kann der gesellschaftliche Druck sein, dass das Kind einer der beiden Geschlechtskategorien »Frau« oder »Mann« zugeordnet werden »muss«, um sozial anerkannt zu werden oder aber der Druck von Seiten der Ärzteschaft, dass das Kind »krank« sei und einer medizinischen Behandlung bedarf.

Der Ärzteschaft kommt insoweit eine besondere Machtposition zu, da sie über die Definitionsmacht verfügt, zu bestimmen, wer krank ist, daher einer Behandlung bedarf und wie diese erfolgen kann. Soll diese Praktik als soziale Norm innerhalb der Gemeinschaft oder sozialen Gruppe geändert werden, müssen sich die sozialen Erwartungen ändern, was durch Aufklärungsarbeit und Fortbildungsmaßnahmen erfolgen kann.²⁸⁶

Zu dem Begriff »in der Obhut von« zählt der General Comment auch medizinische und Rehabilitations-Einrichtungen, in denen Mediziner_innen die Obhut über Kinder ausüben und dabei das Kindeswohl berücksichtigen müssen sowie den Schutz der Rechte der Kinder, deren Wohlergehen und deren Entwicklung.²⁸⁷

Darüber hinaus soll Art. 19 CRC in einem weiteren Kontext mit der Kinderrechtskonvention ausgelegt werden. Der General Comment verweist hier insbesondere auf die Zusammenschau mit Art. 2 CRC (Diskriminierungsverbot), Art. 3 CRC (Kindeswohlprinzip) und Art. 6 CRC (Recht auf Leben und Entwicklung).²⁸⁸

Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 2 CRC sind die Mitgliedstaaten dazu angehalten, besonders Kinder aus vulnerablen oder marginalisierten Gruppen zu schützen.²⁸⁹ Hierzu zählen auch intersex geborene Kinder, die aus der geschlechtsbinären Norm herausfallen und damit besonders vulnerabel und marginalisiert sind.

284 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 29, lit.b); Schmahl (2013: Art. 19, Rn. 2); <https://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/> (Stand: 14.06.2014); UNICEF (2013, S. 42f).

285 UNICEF (2013: S. 19).

286 UNICEF (2013: S. 17ff); General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 42 lit. b) ii;iii, Rn. 44).

287 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 34).

288 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 60, 61, 62).

289 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 60).

Aus der Zusammenschau mit dem Kindeswohlprinzip, Art. 3 CRC ergibt sich, dass keine Praktiken gerechtfertigt werden können, die die kindliche Würde oder das Recht auf körperliche Integrität beeinträchtigen können. Selbst die Entscheidung eines Erwachsenen kann nicht die Verpflichtung, alle in der Konvention genannten Rechte zu beachten, aushebeln.²⁹⁰

Dies bedeutet, dass hierunter auch medizinische Eingriffe, wie geschlechtszuweisende Operationen oder Hormonbehandlungen, fallen, die ohne die Einwilligung des Kindes vorgenommen werden und die körperliche Integrität beeinträchtigen. Die Entscheidung von Erwachsenen, wie sorgeberechtigte Eltern oder Mediziner_innen, die hier mit dem Kindeswohl argumentieren und zu den Eingriffen raten, um das Kind beispielsweise vor sozialer Stigmatisierung zu schützen, muss damit aus der Berücksichtigung aller in der Konvention genannten Rechte zurückstehen.

Gewaltschutz wird ebenso zusammen mit dem Recht auf Leben und Entwicklung, Art. 6 CRC in der Form interpretiert, dass Entwicklung als ganzheitliches/holistisches Konzept interpretiert wird, das die kindliche physische, mentale, spirituelle, moralische, psychologische und soziale Entwicklung umfasst.²⁹¹ Im Hinblick auf medizinische Eingriffe bei intergeschlechtlichen Kindern ist daher auf die gesamte kindliche Entwicklung abzustellen. Diese Eingriffe können nicht nur die physische Entwicklung negativ beeinflussen, was Nachbehandlung wie Dilatation oder Verlust des sexuellen Empfindens bedeuten kann, sondern ebenso die mentale, psychologische oder soziale Entwicklung, falls das Kind in eine Depression fällt oder sich nicht in die geschlechtsbinäre Gesellschaft mit dem zugewiesenen Geschlecht einordnen kann oder will. Die Gewaltschutzvorschrift ist somit nicht nur eine zentrale Vorschrift in der Kinderrechtskonvention, sondern zugleich ein Schutz intergeschlechtlicher Kinder.

Gesundheitsfürsorge, Art. 24 CRC

Im medizinischen Kontext ist besonders der Aspekt der Gesundheitsfürsorge relevant, der in Art. 24 CRC geregelt ist. Hiernach anerkennen die Vertragsstaaten das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit sowie auf die Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit. Die Vertragsstaaten sollen sicherstellen, dass keinem Kind das Recht auf Zugang zu derartigen Gesundheitsdiensten vorenthalten wird, Art. 24 Abs. 1 CRC.

Die Vertragsstaaten sollen die volle Verwirklichung dieses Rechts sicherstellen und haben geeignete Maßnahmen zu treffen, um zu gewährleisten, dass alle Kinder die notwendige ärztliche Hilfe und Gesundheitsfürsorge erhalten, wobei Nachdruck auf den Ausbau der gesundheitlichen Grundversorgung gelegt wird, Art. 24 Abs. 2 lit. b) CRC. Nach Art. 24 Abs. 3 CRC sollen die Vertragsstaaten alle wirksamen und geeigneten Maßnahmen treffen, um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen.

290 General Comment No.13 (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 61).

291 General Comment No.13, (CRC/C/GC/13/2011: Rn. 62).

Nach dem General Comment No. 15 wird das Recht auf Gesundheit als inklusives Recht und der Begriff Gesundheit holistisch verstanden.²⁹² Hiernach geht es nicht nur um den Zugang zu medizinischen Leistungen, präventiver, rehabilitativer oder palliativer Art. Umfasst wird ebenso das Recht zu persönlichem Wachstum und auf Lebensbedingungen, die den höchstmöglichen Gesundheitsstandard gewährleisten.²⁹³ Der höchstmögliche Stand an Gesundheit hängt dabei u.a. von den biologischen, sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Vorbedingungen des Kindes und den verfügbaren staatlichen Ressourcen ab.²⁹⁴ Zur Rechtsausübung gehört ferner, selbstbestimmt über den eigenen Körper, die eigene Gesundheit, Sexualität und Fortpflanzung entscheiden zu können in Abhängigkeit von der persönlichen Reife und Einsichtsfähigkeit des Kindes.²⁹⁵ Die Rechtsausübung steht hier in Interdependenz mit dem Recht, gehört zu werden, Art. 12 CRC. Gesundheit wird dabei als ein Zustand von komplettem physischem, mentalem und sozialem Wohlbefinden interpretiert und nicht als die bloße Abwesenheit von Krankheit oder Gebrechen.²⁹⁶

In Bezug auf intergeschlechtliche Kinder bedeutet dies, dass diese ebenso das Recht auf Gesundheit im Sinne von komplettem körperlichem, mentalem und sozialem Wohlbefinden haben. Das körperliche und seelische Wohlbefinden wird durch medizinisch nicht notwendige geschlechtszuweisende Operationen indes beeinträchtigt, da mit diesen Eingriffen nicht nur körperliche Schmerzen verbunden sind, sondern auch seelische Traumata.²⁹⁷ Auch die Sexualität und die Fortpflanzung sind bei intergeschlechtlichen Kindern tangiert, da durch die chirurgischen Eingriffe das sexuelle Empfinden verloren gehen kann und mit der Entfernung der Gonaden auch die Fortpflanzungsfähigkeit unterbunden wird.²⁹⁸

Lehnt ein intergeschlechtliches Kind eine vorgeschlagene medizinische Behandlung nach entsprechender umfassender kindgerechter Aufklärung ab, so ist diese autonome Entscheidung des Kindes zu respektieren. Die Ablehnung der Behandlung führt dazu, dass die rechtliche Einwilligung fehlt und ein medizinischer Eingriff damit nicht mehr legitimiert ist, sondern als Körperverletzung im strafrechtlichen Sinne zu verstehen wäre oder zivilrechtlich nach Arzthaftungsrecht zu Schadensersatz- und Schmerzensgeldforderungen führen kann.

292 Nach dem General Comment No. 4 hat der Kinderrechtsausschuss im Jahr 2003 noch eine etwas vage Auffassung von Gesundheit und Entwicklung als 2013 in seinem General Comment No. 15: »The Committee understands the concepts of 'health and development' more broadly than being strictly limited to the provisions defined in articles 6 (right to life, survival and development) and 24 (right to health) of the Convention«, General Comment No. 4 (CRC/GC/2003/4: Rn. 4). Insgesamt enthält der General Comment No. 15 präzisere Ausführungen zu den einzelnen Aspekten der Gesundheitsfürsorge und den Empfehlungen für die Mitgliedstaaten. Daher soll im Weiteren als Referenz der General Comment No. 15 herangezogen werden.

293 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 2).

294 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 23).

295 General Comment No. 4 (CRC/GC/2003/4: Rn. 32f); General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 19, 24).

296 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 4).

297 Moron-Puech (2013: S. 6).

298 Moron-Puech (2013: S. 6ff).

Der Kinderrechtsausschuss geht ferner gezielt auf die Gesundheitsfürsorge in der Kindheit ein und definiert diese hierzu wie folgt:

»Childhood is a period of continuous growth from birth to infancy, through the preschool age to adolescence. Each phase is significant as important developmental changes occur in terms of physical, psychological, emotional and social development, expectations and norms. The stages of the child's development are cumulative and each stage has an impact on subsequent phases, influencing the children's health, potential, risks and opportunities. Understanding the life course is essential in order to appreciate how health problems in childhood affect public health in general.«²⁹⁹

In einem früheren General Comment No. 4 hat sich der Kinderrechtsausschuss zu der Gesundheitsfürsorge in der Pubertät geäußert und diese wie folgt definiert:

»Adolescence is a period characterized by rapid physical, cognitive and social changes, including sexual and reproductive maturation; the gradual building up of the capacity to assume adult behaviours and roles involving new responsibilities requiring new knowledge and skills. While adolescents are in general a healthy population group, adolescence also poses new challenges to health and development owing to their relative vulnerability and pressure from society, including peers, to adopt risky health behaviour. These challenges include developing an individual identity and dealing with one's sexuality. The dynamic transition period to adulthood is also generally a period of positive changes, prompted by the significant capacity of adolescents to learn rapidly, to experience new and diverse situations, to develop and use critical thinking, to familiarize themselves with freedom, to be creative and to socialize.«³⁰⁰

Er erkennt die sich entwickelnden Fähigkeiten des Kindes zu selbstbestimmten Entscheidungen in Gesundheitsfragen an. Zudem stellt er die Diskrepanz fest, dass Kinder, die sich in besonders vulnerablen Situationen befinden, oftmals nicht autonom entscheiden und ihre Rechte ausüben können. Er fordert daher unterstützende Politiken und dass Eltern und im Gesundheitswesen Tätige umfassend über die kindliche Gesundheit und den damit verbundenen körperlichen Veränderungen sowie die rechtlichen Konsequenzen von Zustimmung (vorherige Einwilligung und nachträgliche Genehmigung) und Schweigepflicht geschult werden.³⁰¹ Dazu gehören auch entsprechende rechtliche Rahmenbedingungen, um den Schutz zu implementieren.³⁰²

Intergeschlechtliche Kinder befinden sich aufgrund ihrer körperlichen Besonderheit und den sozialen Anforderungen und/oder elterlichen Erwartungen an ein eindeutiges Geschlecht in einer besonders vulnerablen Situation. Ihre autonome Entscheidung verdient daher besonderes Gewicht, sodass Eltern und Gesundheitspersonal umfassend über die alternativen Entwicklungsmöglichkeiten (mit und ohne medizinische Behandlung) von intergeschlechtlichen Kindern aufzuklären sind.

Art. 24 CRC weist darüber hinaus Interdependenzen mit anderen Kinderrechten auf:

299 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 20).

300 General Comment No. 4 (CRC/C/GC/2003/4: Rn. 2).

301 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 21, 59, 60).

302 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 28, 73 lit. a).

Das Recht auf Gesundheit steht nach dem General Comment in wechselseitiger Abhängigkeit mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 2 CRC. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beinhaltet die sexuelle Orientierung als auch die Geschlechtsidentität und hat Einfluss auf verschiedene Faktoren wie die Ermordung weiblicher Babies, die gezielte Abtreibung weiblicher Föten, oder auch die traditionelle Zuordnung von Geschlechterrollen.³⁰³ Besonderes Augenmerk soll auf gesundheitsverletzende Praktiken gerichtet werden, die auf Geschlechterrollen basieren, und Verhaltensnormen, die durch Traditionen und Bräuche überliefert werden.³⁰⁴ Sämtliche Gesundheitspolitiken und Programme mit Bezug zu Kindern sollen auf Gleichberechtigung der Geschlechter gerichtet sein, insbesondere was die Anerkennung gleicher Rechte hinsichtlich sexueller Gesundheit und Fortpflanzung angeht, aber auch der Zugang zu Informationen, Bildung, Sicherheit, einschließlich der Beseitigung aller Formen von sexueller oder geschlechtsbasierter Gewalt.³⁰⁵

Die traditionelle Zuordnung in binäre Geschlechterrollen stellt für intergeschlechtliche Kinder eine Diskriminierung dar, da sie aus der Geschlechterdichotomie herausfallen. Als durch Tradition oder Brauch überlieferte gesundheitsschädliche Praktik kann die operative Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter aus medizinisch nicht notwendigen Gründen verstanden werden. Sie wird seit den 1950er Jahren systematisch weltweit anhand der von Money entwickelten Kriterien praktiziert, mit dem Ziel, in einem eindeutigen sozialen Geschlecht aufzuwachsen und der Möglichkeit, später eine heterosexuelle Partnerschaft einzugehen. Diese Praktik kann zudem als geschlechtsbasierte Gewalt angesehen werden, da aus operationstechnischen Gründen überwiegend die Zuordnung zum weiblichen Geschlecht vorgenommen wurde.

Ferner besteht eine Interdependenz zwischen dem Gesundheitsschutz und dem Kindeswohlprinzip, Art. 3 CRC. Das Wohl des Kindes soll stets der Maßstab in Entscheidungsfindungsprozessen sein, wenn die Entwicklung und Gesundheit des Kindes betroffen sind, beispielsweise welche Behandlung gewählt wird oder bei Interessenskonflikten zwischen Eltern und Beschäftigten in der Gesundheitsfürsorge.³⁰⁶ Das Kindeswohlprinzip kann bei intergeschlechtlichen Kindern im Gesundheitskontext dahingehend herangezogen werden, dass es dem Kindeswohl widerspricht, wenn dem Kind durch medizinisch nicht zwingend notwendige Behandlungen, wie geschlechtsangleichenden Operationen, körperliche Schmerzen und seelische Leiden zugefügt werden. Ebenso kann bei Interessenskonflikten mit dem Widerspruch zum Kindeswohl argumentiert werden, wenn Eltern oder Mediziner_innen eine solche Chirurgie wünschen oder empfehlen.

Art. 24 CRC kann daher als weitere Schutzvorschrift für intergeschlechtliche Kinder herangezogen werden, insbesondere Abs. 3, der die Abschaffung von gesundheitsschädlichen traditionell verankerten Praktiken fordert, worunter kosmetische genital-korrigierende oder geschlechtszuweisende Operationen fallen.

303 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 8, 9).

304 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 9).

305 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 10).

306 General Comment No.15 (CRC/C/GC/15/2013: Rn. 13 a, b).

Angemessene Lebensbedingungen, Art. 27 CRC

Art. 27 Abs. 1 CRC verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, das Recht jedes Kindes auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard anzuerkennen. Die Aufgabe der Eltern oder anderer für das Kind verantwortlicher Personen, im Rahmen ihrer Fähigkeiten und finanziellen Möglichkeiten die für die Entwicklung des Kindes notwendigen Lebensbedingungen sicherzustellen, ist in Abs. 2 geregelt. Nach Abs. 3 treffen die Vertragsstaaten gemäß ihren innerstaatlichen Verhältnissen und im Rahmen ihrer Mittel geeignete Maßnahmen, um den Eltern und anderen für das Kind verantwortlichen Personen bei der Verwirklichung dieses Rechts zu helfen und sehen bei Bedürftigkeit materielle Hilfs- und Unterstützungsprogramme, insbesondere im Hinblick auf Ernährung, Bekleidung und Wohnung vor.

Art. 27 CRC ist eine Spezialvorschrift zu Art. 11 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, das dort bereits das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard für alle Menschen verankert. Art. 27 CRC hebt hervor, dass dieses Recht insbesondere auch Kindern aufgrund ihrer besonderen Bedürfnisse zusteht.³⁰⁷ Was ein angemessener Lebensstandard ist, wurde bereits 1948 in Art. 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte definiert, als das Recht eines jeden Menschen auf einen Lebensstandard, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschließlich Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung und notwendige soziale Leistungen, sowie das Recht auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder Verwitwung, im Alter sowie bei anderweitigem Verlust seiner Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände, Art. 25 Abs. 1 UDHR.

Dies gilt damit auch für intergeschlechtliche Kinder. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass das Kind sich frei von Diskriminierung und Stigmatisierung durch soziale Geschlechternormen entwickeln kann und die physische Integrität vor unnötigen operativen Eingriffen geschützt wird. Hierzu sind laut Abs. 2 zunächst die Eltern aufgefordert, die durch staatliche Hilfeleistungen (Abs. 3) unterstützt werden können. Dies könnte sowohl durch entsprechende öffentliche Aufklärungsprogramme geschehen als auch im Bildungsbereich, indem die Themen sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität in einer diversitätsbewussten Weise in die Lehrpläne von Kindertagesstätten, Schulen, Universitäten und anderen Bildungseinrichtungen integriert werden.

Damit können sich zwischengeschlechtliche Kinder auf das Recht auf angemessene Lebensbedingungen berufen.

Folterverbot, Art. 37 CRC

Die Kinderrechtskonvention sieht in Art. 37 CRC ein Folterverbot vor. Danach stellen die Vertragsstaaten sicher, dass kein Kind der Folter oder einer anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe unterworfen wird.

Zu Folter wird bereits in einem eigenen Kapitel Stellung genommen, sodass, um Wiederholungen zu vermeiden, inhaltlich auf die Ausführungen zur Anti-Folterkonvention verwiesen wird.

307 BMFSFJ (2012: S. 73).

Genesung und Wiedereingliederung geschädigter Kinder, Art. 39 CRC

Nach Art. 39 CRC treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten Maßnahmen, um die physische und psychische Genesung und die soziale Wiedereingliederung eines Kindes zu fördern, das Opfer irgendeiner Form von Vernachlässigung, Ausbeutung und Miss-handlung, von Folter oder einer anderen Form grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe oder aber bewaffneter Konflikte geworden ist. Die Genesung und Wiedereingliederung müssen in einer Umgebung stattfinden, die der Gesundheit, der Selbstachtung und der Würde des Kindes förderlich ist. Diese Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten, Kindern Therapien und Rehabilitationsmöglichkeiten zu Verfügung zu stellen, die Opfer der oben genannten Taten wurden.

Wie im Kapitel zur Anti-Folterkonvention ausführlich dargestellt werden wird, sind medizinische Eingriffe, wie geschlechtszuweisende Operationen aus rein kosmetischen oder sozialen Gründen und ohne medizinisch notwendige Indikation, als Folter anzusehen. Kinder, die eine solche Behandlung erlitten haben, sollen mit dieser Vorschrift die Möglichkeit zu Therapie und Rehabilitation haben, um sowohl die körperlichen Schmerzen als auch die seelischen Leiden verarbeiten zu können. Zur Rehabilitation kann es in diesem Sinne gehören, dass, soweit dies operativ möglich ist und vom Kind der ausdrückliche Wunsch geäußert wird, die Geschlechtszuweisung rückgängig gemacht wird, um im Wunschgeschlecht leben zu können.

Im deutschen Recht korrespondiert Art. 39 CRC mit § 5 SGB I³⁰⁸ (»Soziale Entschädigung bei Gesundheitsschäden«).³⁰⁹ Hiernach hat eine Person, die einen Gesundheitsschaden erleidet, für dessen Folgen die staatliche Gemeinschaft in Abgeltung eines besonderen Opfers oder aus anderen Gründen nach versorgungsrechtlichen Grundsätzen einsteht, ein Recht auf die notwendigen Maßnahmen zur Erhaltung, zur Besserung und zur Wiederherstellung der Gesundheit und der Leistungsfähigkeit und angemessene wirtschaftliche Versorgung. Als Gesundheitsschaden sind alle Folgen von geschlechtszuweisenden oder genitalkorrigierenden Operationen zu sehen, wie beispielsweise der Verlust der sexuellen Empfindsamkeit, Inkontinenz, Schmerzen beim Geschlechtsverkehr, Verengung der Vagina durch vernarbtes Gewebe oder Depression.³¹⁰

Die staatliche (deutsche) Gemeinschaft hat insoweit dann einzustehen, als diese medizinischen Eingriffe von in Deutschland praktizierenden Ärzten_innen ausgeführt wurden. An Versorgungsleistungen bei Gesundheitsschäden kommen nach § 24 SGB I folgende Leistungen in Betracht:

1. Heil- und Krankenbehandlung sowie andere Leistungen zur Erhaltung, Besserung und Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit einschließlich wirtschaftlicher Hilfen,
2. besondere Hilfen im Einzelfall einschließlich Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben,

308 Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil.

309 BMFSFJ (2012: S. 82).

310 Creighton/Michala/Mushtaq/Yaron (2013: S. 2 ff); Schweizer/Brunner/Handford/Richter-Appelt (2014).

3. Renten wegen anerkannten Schädigungsfolgen,
4. Renten an Hinterbliebene, Bestattungsgeld und Sterbegeld, oder
5. Kapitalabfindung, insbesondere zur Wohnraumbeschaffung.

Je nach Art des Gesundheitsschadens könnten demzufolge intergeschlechtliche Kinder Heil- und Krankenbehandlungen beanspruchen, aber auch Renten wegen anerkannten Schädigungsfolgen, z.B. bei Verlust der sexuellen Empfindsamkeit oder Inkontinenz.

Art. 39 CRC ist daher für intergeschlechtliche Kinder insoweit relevant, als er bei physischen und psychischen Gesundheitsschäden die Möglichkeit zu Therapie, Rehabilitation und mit Verweis auf das deutsche Recht Entschädigung in Form von Renten oder Kapital schafft.

Inhalt 3. Fakultativprotokoll

Mit dem dritten Fakultativprotokoll³¹¹ wird ein Individualbeschwerde- und Untersuchungsverfahren bei systematischen und schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen eingeführt, das einzelnen Personen die Möglichkeit einräumt, die Konventionsrechte auf internationaler Ebene einzuklagen.³¹² Es besteht aus vier Teilen mit 24 Artikeln. Im ersten Teil (Artikel 1–4) werden die allgemeinen Bestimmungen, wie die Zuständigkeit des Kinderrechtsausschusses, geregelt. Der zweite Teil (Artikel 5–12) behandelt das Mitteilungs-/Individualbeschwerdeverfahren und der dritte Teil (Artikel 13 und 14) das Untersuchungsverfahren. Der vierte und letzte Teil (Artikel 15–24) beinhaltet die Schlussbestimmungen.

Wie sich aus der Präambel des Zusatzprotokolls ergibt, sind sich die Mitgliedstaaten der Kinderrechtskonvention darüber einig, dass Kinder aufgrund ihrer besonderen und abhängigen Situation erhebliche Schwierigkeiten haben können, wenn sie Rechtsbehelfe wegen der Verletzung ihrer Rechte einlegen wollen. Ebenso ergibt sich aus der Präambel, dass die Vertragsstaaten geeigneten nationale Mechanismen einrichten bzw. verstärken und ergänzen werden, damit Kinder Zugang zu wirksamen Rechtsbehelfen haben und Beschwerden wegen Verletzung ihrer Rechte einlegen können. Das Kindeswohlprinzip soll bei der Einlegung von Rechtsbehelfen ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt sein und die Verfahren sollen kindgerecht geführt werden.³¹³

Zuständigkeit des Kinderrechtsausschusses

Der Kinderrechtsausschuss wird von den Vertragsstaaten des Zusatzprotokolls als zuständiges Organ für die in diesem Protokoll geschaffenen Verfahren anerkannt, Art. 13. OP. Aus Art. 2 3. OP ergibt sich, dass ein Staat, der nicht Mitgliedstaat dieses Protokolls ist, nicht mittels dieser Verfahren gerügt werden kann.

311 Bei Nennung von einzelnen Artikeln wird die Abkürzung »3. OP« für »3rd Optional Protocol« gewählt.

312 https://www.humanrights.ch/de/Internationale-Menschenrechte/Nachrichten/Diverse_Gremien/i dart_9090-content.html (Stand: 27.06.2014).

313 A/RES/66/138, Präambel Abs. 3–8.

Individualbeschwerde

Mit der Einführung des Individualbeschwerdeverfahrens, Art. 5 ff 3. OP wird es Kindern erstmals ermöglicht, ihre Rechte aus der Kinderrechtskonvention und den beiden Zusatzprotokollen auch auf internationaler Ebene geltend zu machen, Art. 5 3. OP.³¹⁴ Voraussetzung hierfür ist, dass der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft ist bzw. nationale Rechtsbehelfe gar nicht existieren oder ineffektiv sind, Art. 7 lit.e) 3. OP. Sobald der Kinderrechtsausschuss eine eingebrachte Individualbeschwerde für zulässig (insbesondere nicht anonym und schriftlich) erachtet, Art. 7 3. OP, wird die Beschwerde dem betroffenen Vertragsstaat vertraulich zur Kenntnis gebracht, Art. 8 3. OP, wobei der Ausschuss den beteiligten Parteien seine Mitwirkung anbietet, um eine gütliche Einigung herbeizuführen, Art. 9 3. OP. Als Folgemaßnahme kann der betroffene Mitgliedstaat aufgefordert werden, dem Ausschuss eine schriftliche Stellungnahme vorzulegen, hinsichtlich aller Maßnahmen, die der Vertragsstaat als Reaktion auf die Empfehlungen und Auffassungen des Ausschusses hin erlassen hat, Art. 11 3. OP.

Untersuchungsverfahren

Im Falle schwerwiegender oder systematischer Verletzungen besteht die Möglichkeit, nach Art. 13ff 3. OP ein vertrauliches Untersuchungsverfahren durchzuführen, wobei die Untersuchung auch einen Besuch im Hoheitsgebiet des betroffenen Vertragsstaates beinhalten kann, sofern der Mitgliedstaat hierzu seine Zustimmung erteilt hat, Art. 13 Abs. 2 S. 2 3. OP. Innerhalb von sechs Monaten hat der Vertragsstaat dem Ausschuss seine Stellungnahme zu den vorgebrachten Ergebnissen, Bemerkungen und Empfehlungen zu übermitteln, Art. 13 Abs. 5 3. OP.

Zwischenergebnis

Für intergeschlechtliche Kinder bietet das 3. Fakultativprotokoll nunmehr die Möglichkeit, die Verletzung ihrer Rechte aus der Kinderrechtskonvention in Form der Individualbeschwerde zu rügen. Solange die geschlechtszuweisenden oder genitalkorrigierenden Operationen einschließlich der Nachbehandlungen landesweit aufgrund eines durchgängigen ärztlichen Konsenses oder von Behandlungsrichtlinien durchgeführt werden, ist ferner an systematische und schwerwiegende Verletzungen zu denken, so dass ebenso ein Untersuchungsverfahren durchgeführt werden könnte.

Rechtspolitische Würdigung Kinderrechtskonvention

Die Kinderrechtskonvention ist für die Geltendmachung der Verletzung der Rechte intergeschlechtlicher Menschen besonders relevant, da die medizinischen Eingriffe zur Festlegung eines bestimmten Geschlechts weltweit noch immer im Kindesalter stattfinden. Bezüglich der Umsetzung der Kinderrechtskonvention wird für Deutschland auf den Bericht der National Coalition von 2013 abgestellt und für Kanada wird der Regierungsaktionsplan »A Canada Fit for Children« aus dem Jahr 2004 herangezogen, da es für Québec zum Bearbeitungszeitpunkt kein gesondertes Dokument gibt.

314 https://www.unicef.org/crc/index_protocols.html (Stand: 27.06.2014).

Im Mai 2013 hat die National Coalition³¹⁵ ihren jüngsten Beitrag im Rahmen des UPR-Verfahrens³¹⁶ zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention veröffentlicht, der einen expliziten Bezug zu intergeschlechtlichen Kindern aufweist. Der Bericht verweist hierzu auf die Ergebnisse der Tagung des Deutschen Ethikrates, wonach »die überwiegende Mehrheit der intersexuell geborenen Kinder in Deutschland immer noch operiert werden«, ohne dass eine medizinische Indikation besteht.³¹⁷

Es werden die folgenden drei Forderungen gestellt:

- »1. eine diskriminierungsfreie Anerkennung intersexuell geborener Kinder [...]
2. medizinisch nicht indizierte Eingriffe zur Geschlechtszuweisung zu unterlassen, es sei denn auf Wunsch und mit der ausdrücklichen Zustimmung der Betroffenen (höchstpersönlich) [...]
3. eine sachgerechte Aufklärung und Information von Kindern über Geschlecht und Geschlechtsidentität in deutschen Bildungseinrichtungen [...]«.³¹⁸

Zur ersten Forderung trägt die National Coalition vor, dass es seit 2009 zulässig ist, eine Geburtsbescheinigung ohne Eintragung des Geschlechts zu erhalten. Damit verbunden ist jedoch der Nachteil, dass die Eltern vom Bezug staatlicher Leistungen wie Kindergeld oder Elterngeld ausgeschlossen sind, da zur Beantragung dieser Leistungen zwingend die Geburtsurkunde vorzulegen ist.³¹⁹ Gefordert wird daher, den Geschlechtseintrag auf der Geburtsurkunde offen lassen zu können bzw. vorab auf eine »rechtliche Geschlechtszuweisung und -erfassung zu verzichten« und intergeschlechtlichen Kindern »eine Geburtsurkunde ohne Eintrag des Geschlechts, aber mit abgesichertem Status, auszustellen«.³²⁰

Bezüglich der zweiten Forderung wird »ein unabhängiges Betreuungs- und Beratungsangebot« empfohlen, in dem Intergeschlechtlichkeit depathologisiert und die Einbeziehung von Aktivist_innenorganisationen angeraten wird.³²¹ Zusätzlich sollten die geplanten geschlechtszuweisenden Operationen einer gerichtlichen Überprüfung unter Beteiligung der Kinder unterliegen.³²²

Die dritte Forderung beinhaltet den Vorschlag, dass sich die Ständige Konferenz der Kultusministerinnen und Kultusminister der Länder mit dem Thema Intergeschlecht-

315 Die National Coalition ist ein Zusammenschluss aus 110 bundesweit tätigen Organisationen und Institutionen aus unterschiedlichen gesellschaftlichen Bereichen, mit dem Ziel der Bekanntmachung und Umsetzung der Kinderrechtskonvention in Deutschland. Rechtsträger ist der Vorstand der Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe e. V., <https://www.national-coalition.de/index.php?id1=1&id2=0> (Stand: 27.06.2014).

316 Es handelt sich hier um das Universal Periodic Review, »Universelles Periodisches Prüfungsverfahren« mit dem seit 2007 im UN-Menschenrechtsrat die Menschenrechtssituation in den jeweiligen Staaten untersucht werden. <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechtsinstrumente/vereinte-nationen/menschenrechtsrat/upr-deutschland-2013.html> (Stand: 28.06.2014).

317 NC (2013: S. 8).

318 NC (2013: S. 9ff).

319 NC (2013: S. 9).

320 NC (2013: S. 9f).

321 NC (2013: S. 10).

322 NC (2013: S. 11).

lichkeit beschäftigen soll und die Länder aufgrund ihrer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz für Bildung, ihre Schul- und Unterrichtsmaterialien regelmäßig überprüfen.³²³

In Kanada wurde im April 2004 von Senator Landon Pearson der nationale Aktionsplan »A Canada Fit for Children: Canada's Plan of Action in Response to the May 2002 United Nations Special Session on Children«³²⁴ als Antwort auf die entsprechende UN-Sitzung »A World Fit for Children« vom Mai 2002 ausgerufen. Dieser Aktionsplan ist das Ergebnis einer interdisziplinären Zusammenarbeit, einschließlich der kanadischen Pädiater_innenvereinigung (Canadian Paediatric Society [CPS]). Bei dem Aktionsplan handelt es sich um ein offizielles nationales Regierungsdokument.³²⁵ Der Aktionsplan beinhaltet unter anderem vielfältige Gesundheitsaspekte für kanadische Kinder wie beispielsweise ein aktives, gesundes Leben, mentale Gesundheit, Immunisierung, Unfallvorsorge und explizit auch den Aspekt der sexuellen Gesundheit.³²⁶

Im Folgenden zusammengefasst hat die kanadische Regierung folgende Selbstverpflichtungen abgegeben:

Der besten Verwirklichung von Kinderrechten dient ein gesellschaftlicher Ansatz, der auf sozialer Inklusion aufbaut.³²⁷ Der Respekt vor Diversität, das Bekenntnis zu den Menschenrechten und den Grundfreiheiten bilden die kanadischen Kernwerte (»core values«).³²⁸ Nach dem Ansatz der sozialen Inklusion darf kein Kind aufgrund seiner sozialen Herkunft, seines Geschlechts, sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität ausgeschlossen werden, da davon ausgegangen wird, dass die Erfahrung mit Diskriminierung einen negativen Einfluss auf die kindliche Gesundheit und Wohlbefinden haben kann.³²⁹ Kinder aus Randgruppen, wozu auch die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität zählen, sind besonders gefährdet, Opfer von Misshandlung, Ausbeutung und Diskriminierung zu werden.³³⁰

Ferner soll die sexuelle und die reproduktive Gesundheit von Kindern geschützt werden.³³¹ Hierzu soll ein breitgefächertes Bildungsangebot entstehen, an dem der Bildungssektor, das Gesundheitswesen, der medizinische Bereich, die Sozialhilfe und das Rechtssystem beteiligt sind.³³²

Speziell zum Recht auf Gesundheit wird ausgeführt, dass dieses in einem holistischen Sinne respektiert und pädiatrische Gesundheitsfürsorge kinder- und familienfreundlich gestaltet werden soll. Kinder haben das Recht auf Mitsprache bei medizinischen Entscheidungen und sie sollen angeregt werden, bei ihrer Behandlung aktiv

323 NC (2013: S. 11).

324 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004).

325 Walker/Pearson (2005: 375).

326 Walker/Pearson (2005: S. 375f).

327 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 59).

328 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 77, 163).

329 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 59, 77).

330 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 151).

331 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 118ff).

332 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 103).

mitzuwirken. Hinsichtlich medizinischer Forschung an Kindern ist das Recht, gehört zu werden, besonders zu beachten, das auch für sehr junge Kinder gilt.³³³

Um den nationalen Aktionsplan umsetzen zu können, werden u.a. alle Kinder, Jugendliche, Eltern, Familien, alle Regierungsebenen, Lehrpersonal und Gesundheitsdienstleistende zur aktiven Mitarbeit aufgerufen.³³⁴

Kanada versteht sich als international anerkannter Anwalt für den Schutz und die Förderung des Rechts auf Gesundheit nach dem höchstmöglichen Standard, einschließlich sexueller und reproduktiver Gesundheit sowie der Förderung der Gleichberechtigung der Geschlechter und Empowerment von Frauen, wozu auch der Kampf gegen Gewalt (einschließlich weiblicher Genitalverstümmelung) an Frauen und Mädchen gehört³³⁵ und bekennt sich zur Achtung der jedem Kind innewohnenden Menschenwürde:

»Children in Canada come from a variety of backgrounds, communities and experiences. Many of them are first or second generation immigrants from every corner of the globe. [...] Our international work for and with children requires the same degree of sensitivity. Building a world fit for children can only be done if we recognize the inherent dignity of each and every child.«³³⁶

Zwischenergebnis

Bei den beiden Dokumenten handelt es sich um zwei Texte unterschiedlicher Art. Der deutsche Bericht der National Coalition ist ein Text einer Nichtregierungsorganisation, die es sich zum Ziel gesetzt hat, die Umsetzung der Kinderrechtskonvention kritisch zu hinterfragen. Der kanadische nationale Aktionsplan ist ein offizielles Regierungsdokument, das sich zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention bekennt und sich daher nicht mit Lücken im Umsetzungsprozess befasst. Gleichwohl kann aus beiden Dokumenten abgeleitet werden, dass in beiden Ländern längst nicht alle Forderungen aus der Kinderrechtskonvention umgesetzt werden.

Beide Dokumente beziehen sich sehr stark auf den Gesundheitskontext, das Recht des Kindes zu Mitentscheidung und auf den höchstmöglichen Standard an Gesundheit. Von deutscher Seite gibt es einen speziellen Bezug zu intergeschlechtlichen Kindern, der auf kanadischer Seite fehlt.

Hier wird lediglich davon gesprochen, dass Kinder aufgrund ihres Geschlechts, ihrer sexuellen Orientierung und ihrer Geschlechtsidentität zu Randgruppen zählen und sie daher besonders schutzbedürftig, einschließlich des Schutzes vor Genitalverstümmelung, sind.

Die rechtliche Anerkennung intergeschlechtlicher Kinder wird explizit im deutschen Text gefordert, wohingegen von kanadischer Seite auf rechtlicher Seite lediglich das Recht des Kindes zur Mitsprache und gehört zu werden, genannt wird. Nicht beachtet wird auf kanadischer Seite, dass das Kind nicht nur ein Recht zur Mitsprache

333 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 110).

334 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 180).

335 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 118-120).

336 Her Majesty the Queen in Right of Canada (2004: Rn. 58).

hat, sondern, dass es im medizinischen Kontext sogar seiner Zustimmung bedarf, Art. 12 CRC.

Deutlich wird aus der Zusammenschau von beiden Dokumenten, dass in beiden Ländern starker Handlungsbedarf besteht, um Diskriminierung aufgrund von Intergeschlechtlichkeit bzw. Geschlecht, sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität wirksam zu bekämpfen. Für Deutschland wird dazu konkret der Bildungskontext mit der Zurverfügungstellung entsprechender Unterrichtsmaterialien genannt, während Kanada breitgefächert zur Mitarbeit an der Umsetzung aufruft, wozu neben den beteiligten Personen und deren Familien, die im Gesundheitswesen Beschäftigten als auch der Bildungssektor zählen.

Von kanadischer Seite gibt es überdies bislang keinen Bericht einer Nichtregierungsorganisation, der sich gezielt auf intergeschlechtliche Kinder bezieht. Es besteht hier allgemein noch Handlungsbedarf, das Thema Intergeschlechtlichkeit bekannter zu machen. Auf der Internetseite www.gendercreativekids.ca³³⁷ gibt es einen Link zu »Intersex«, der wiederum auf andere (internationale) Organisationen verweist.

Rechtspolitische Würdigung 3. Fakultativprotokoll

Das 3. Fakultativprotokoll ist mit der Möglichkeit zur Individualbeschwerde ein wichtiges rechtliches Instrument, um die weitere Implementierung menschenrechtlicher Standards bezüglich der Durchsetzung von Kinderrechten voranzubringen. Die Kinderrechtskonvention war bislang der einzige internationale zentrale Menschenrechtsvertrag³³⁸, der noch kein Individualbeschwerdeverfahren kannte.³³⁹ Fritzsche³⁴⁰ hat bereits 2004 zehn Gründe genannt, warum ein Individualbeschwerderecht als weiterer Kontrollmechanismus für die Kinderrechtskonvention sinnvoll ist: Es handele sich um ein unabhängiges und internationales Verfahren vor dem UN-Kinderrechtsausschuss, dem eine bedeutende Öffentlichkeitsfunktion zukomme. Ein Expertengremium, das auf kinderspezifische Diskriminierungen und Menschenrechtsverletzungen spezialisiert ist, könne vorgetragene Sachverhalte ergänzend überprüfen. Der Menschenrechtsschutz würde mit der Möglichkeit zur Individualbeschwerde weiterentwickelt, da die Beschwerdeführenden somit einen einklagbaren Rechtsanspruch auf Wiedergutmachung und Schadensersatz erhielten. Insgesamt würde die Stellung der Kinder als geschützter Personengruppe rechtlich und politisch aufgewertet werden und die Rechtspersönlichkeit und Individualität der Kinder würde gestärkt werden. Ferner würde der Status der Kinderrechtskonvention als völkerrechtlich verbindlicher Vertrag durch eine

337 Die Internetseite ist ein gemeinsames Projekt der Elterninitiative Gender Creative Kids Canada in Montreal, Project 10, einer LGBTQ Aktivisten_innengruppe in Montreal, PFLAG Montreal, einer Organisation, die Menschen hilft, sich mit ihrer sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität auseinanderzusetzen und den Gastgebern des nationalen Workshops zu Gender Creative Kids, Concordia Universität, Oktober 2012, <http://gendercreativekids.ca/about/> (Stand: 03.07.2014).

338 Es gibt zehn internationale Menschenrechtsverträge, die als »Herzstück« des internationalen Menschenrechtsschutzes angesehen werden können. Eine Auflistung dieser zehn Verträge findet sich unter: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (Stand: 27.06.2014).

339 <https://www.childrightsconnect.org/index.php/connect-with-the-un-2/op3-crc> (Stand: 27.06.2014).

340 Fritzsche (2004: S. 125).

zusätzliche Kontrollmöglichkeit aufgewertet werden, da die Individualbeschwerde die stärkste Sanktionsmaßnahme von Seiten der UN-Organen zur Durchsetzung der Menschenrechte ist. Daneben würde der UN-Kinderrechtsausschuss mit seinen Stellungnahmen und Empfehlungen im Falle der Beschwerde wesentlich zur Auslegung der in der Kinderrechtskonvention verbrieften einzelnen Rechte und Bestimmungen beitragen und damit neue Standards für die Rechtsprechung setzen. Insgesamt würde durch das Individualbeschwerdeverfahren die Stellung des Kinderrechtsausschusses gestärkt. Letztlich wären die einzelnen Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, die innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten und Kontrollmechanismen zu erweitern, wodurch die Geltendmachung von Rechten und die Sanktionierung von Verletzungen wesentlich erleichtert würden.

Für die Geltendmachung der Verletzung der Rechte intergeschlechtlicher Kinder ist die Einführung der Individualbeschwerde und des Untersuchungsverfahrens von essenzieller Bedeutung. So kann durch die internationale politische »Rüge« »von oben«, auf die besondere Situation, die speziellen Bedürfnisse und die hohe Vulnerabilität zwischengeschlechtlicher Kinder im Vertragsstaat aufmerksam gemacht werden. In Deutschland besteht diese Möglichkeit, da hier das 3. Fakultativprotokoll ratifiziert wurde. Kanada hat dieses noch nicht ratifiziert, sodass intergeschlechtliche Kinder in Kanada sich noch nicht auf diese Rechtsschutzmöglichkeit berufen können. Es besteht hier insoweit Nachholbedarf auf kanadischer Seite.

Sprachliche Würdigung

Die Kinderrechtskonvention ist das erste internationale verbindliche Regelwerk, in dem der Versuch einer geschlechtersensiblen Sprache unternommen wird. Deutlich wird dies in der englischen Version: So ist beispielsweise in den Artikeln 2, 3 und 7 von »his or her parents« die Rede. Es wird zwar lediglich wieder auf die Zweigeschlechtlichkeit abgestellt, aber immerhin ist bemerkenswert, dass zum Zeitpunkt des Entstehens der CRC 1989, das weibliche Geschlecht berücksichtigt und genannt, somit also sichtbar gemacht wird.

Im französischen authentischen Text findet sich aufgrund der grammatikalischen Eigenheit der französischen Sprache diese Unterscheidung so nicht, da das Geschlecht an das jeweilige Substantiv geknüpft ist. Demzufolge stimmt auch ein Possessivbegleiter oder ein Adjektiv in Geschlecht und Anzahl mit dem Substantiv überein, das es bestimmt.³⁴¹ In den Artikeln 2, 3 und 7 steht daher »ses parents«.

Auch in der deutschen Übersetzung wurde aufgrund der deutschen grammatikalischen Eigenheit, durch den neutralen Artikel »das« keine geschlechtersensible Anpassung vorgenommen. Anders als in der französischen Version wäre jedoch eine geschlechtersensible Sprachwahl möglich gewesen, da sich die geschlechtliche sprachliche Zuordnung im deutschen Fall an »Kind« als Hauptbezugswort orientiert. So ist in den Artikeln 2, 3 und 7 von »seinen Eltern« bzw. »seines Vormundes« die Rede. Es hätte die sprachliche Möglichkeit bestanden, beide Pronomen zu verwenden und »seiner/ihrer Eltern« bzw. »seines/ihreres Vormundes« zu schreiben, wie dies im englischen Text der

341 Haas/Tanc (1987: 50, 64).

Fall war. Dadurch wäre das weibliche Geschlecht, wenn auch wieder nur in der Zweigeschlechtlichkeit, sichtbar geworden.

Es kann damit festgestellt werden, dass in der deutschen Übersetzung diese sprachliche Feinheit des englischen Originaltextes nicht berücksichtigt wurde, obwohl es im Gegensatz zur französischen Fassung sprachlich-grammatikalisch machbar gewesen wäre.

4.4.5 Anti-Folterkonvention (CAT)

Die Anti-Folterkonvention wurde mit der Resolution 39/46 am 10. Dezember 1984 von der UN-Generalversammlung angenommen und ist am 26. Juni 1987 in Kraft getreten, nachdem die zwanzigste Ratifikation gem. Art. 27 Abs. 1 CAT erfolgt war. Nach Art. 33 Abs. 1 CAT sind die arabischen, chinesischen, englischen, französischen, russischen und spanischen Texte im Wortlaut gleichermaßen verbindlich, also authentisch.

Die CAT wurde inzwischen von 155 Staaten ratifiziert und von 81 Staaten unterschrieben.³⁴² Kanada hat die CAT am 24. Juni 1987 ratifiziert und Deutschland am 01. Oktober 1990.³⁴³

Rechtsnatur und Rechtsgrundlage

Als Konvention hat sie die Rechtsnatur eines rechtlich verbindlichen Vertrages.³⁴⁴ Überwacht wird die Einhaltung der CAT vom Anti-Folterausschuss mittels Staatenberichten, Art. 17 iVm. Art. 19 CAT. In Deutschland hat die CAT den Rang eines Bundesgesetzes, Art. 52 Abs. 2 S. 1 GG.³⁴⁵

Entstehungsgeschichte

Der Grundstein für die Anti-Folterkonvention wurde von der UN-Generalversammlung am 09. Dezember 1975 gelegt, die an diesem Tag zwei Resolutionen verabschiedet hat.³⁴⁶ Die Resolution A/RES/3452(XXX)³⁴⁷ beinhaltet die Erklärung über den Schutz aller Personen vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, die als Erklärung aber noch keinen völkerrechtlich bindenden Charakter aufweist. Mit der zweiten Resolution A/RES/3453(XXX)³⁴⁸ wurde die Menschenrechtskommission beauftragt, zu untersuchen, welche Maßnahmen notwendig sind, um eine effektive Überwachung der Anti-Folter-Erklärung zu gewährleisten.³⁴⁹ Die Beauftragung der Menschenrechtskommission mit dem Entwurf

342 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtidsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en (Stand: 16.05.2014).

343 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtidsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en (Stand: 16.05.2014).

344 Howe/Covell (2007: Location 150 of 9853).

345 vgl. dazu die Ausführungen zur CRC bei Schmahl (2013: Einleitung, Rn. 25f); BGBl. 1990 II 246.

346 Danelius (2008), <http://legal.un.org/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html> (Stand: 17.05.2014).

347 <https://www.un.org/Depts/german/uebereinkommen/ar3452-xxx.pdf> (Stand: 17.05.2014).

348 [https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3453\(XXX\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3453(XXX)) (Stand: 17.05.2014).

349 Danelius (2008), <http://legal.un.org/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html> (Stand: 17.05.2014).

einer Anti-Folterkonvention ist am 08.12.1977 mit der Resolution A/RES/32/62³⁵⁰ erfolgt.³⁵¹ Daraufhin wurde eine Arbeitsgruppe gebildet und hierin ein erster Entwurf von Schweden (E/CN.4/1285)³⁵² und der internationalen Strafrechtsvereinigung³⁵³ (E/CN.4/NGO/213)³⁵⁴ vorgelegt. Bis zur UN-Generalversammlung vom 10. Dezember 1984, in welcher die Anti-Folterkonvention angenommen wurde, wurde an dem Konventionsentwurf weitergearbeitet.

Hauptdiskussionspunkte bei der Erörterung des Konventionsentwurfs waren die Definition von Folter an sich, das Universalitätsprinzip, die internationale Umsetzung der Konvention und die Pflichten der Mitgliedstaaten.³⁵⁵

Territorialer und persönlicher Anwendungsbereich

Der territoriale Anwendungsbereich richtet sich nach Art. 5 Abs. 2 CAT und beinhaltet das sog. Universalitäts- oder Weltrechtsprinzip.³⁵⁶ Hiernach trifft jeder Vertragsstaat die notwendigen Maßnahmen, um seine Gerichtsbarkeit über diese Straftaten für den Fall zu begründen, dass der Verdächtige sich im jeweiligen Hoheitsgebiet befindet und er ihn nicht nach Artikel 8 an einen der in Absatz 1 des vorliegenden Artikels bezeichneten Staaten ausliefert. Dies bedeutet, dass deutsches Strafrecht auch auf diejenigen Sachverhalte Anwendung findet, bei denen der Tatort nicht im Inland liegt, wenn sich die Straftat, wie im Fall von Folter, gegen international geschützte Rechtsgüter richtet.

Das Universalitätsprinzip betrifft ferner den persönlichen Anwendungsbereich.³⁵⁷ Demnach muss weder das Opfer noch der Täter die Staatsangehörigkeit des betreffenden Staates besitzen, Art. 5 Abs. 1 lit. b) und c) CAT.

Inhalt

Die Anti-Folterkonvention ist in drei Teile gegliedert und umfasst neben der Präambel 33 Artikel. Der erste Teil befasst sich mit den materiellen und prozeduralen Vorgaben an

350 https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/32/62 (Stand: 17.05.2014).

351 Danelius (2008), <http://legal.un.org/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html> (Stand: 17.05.2014).

352 Draft convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, submitted to the Commission on Human Rights by Sweden (E/CN.4/1285).

353 Die internationale Strafrechtsvereinigung wurde am 14. März 1924 in Paris gegründet und ist eine Nachfolgerin der internationalen Strafrechtsunion. Diese wurde 1889 in Wien von den drei Strafrechtlern Franz Von Liszt, Gérard Van Hamel und Adolphe Prins gegründet und wurde nach dem 1. Weltkrieg aufgelöst. Die internationale Strafrechtsvereinigung ist die weltweit älteste Vereinigung von Strafrechtlern_innen, https://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=13&lang=en (Stand: 21.05.2014).

354 Draft convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, submitted to the Commission on Human Rights by the International Association of Penal Law (E/CN.4/NGO/213).

355 Danelius (2008), <http://legal.un.org/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html> (Stand: 21.05.2014).

356 Amnesty (2011: S. 6), <https://www.amnesty.org/ar/library/asset/IOR53/004/2011/en/d997366e-65bf-4d80-9022-fcb8fe284c9d/ior530042011en.pdf> (Stand: 21.05.2014); Danelius (2008), <http://legal.un.org/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html> (Stand: 21.05.2014).

357 Amnesty (2011: S. 6), <https://www.amnesty.org/ar/library/asset/IOR53/004/2011/en/d997366e-65bf-4d80-9022-fcb8fe284c9d/ior530042011en.pdf> (Stand: 21.05.2014); Danelius (2008), <http://legal.un.org/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html> (Stand: 21.05.2014).

die Mitgliedstaaten und der Definition von Folter. Der zweite Teil behandelt die Vorschriften zum Vertragsüberwachungsorgan, dem Ausschuss für Folter und der dritte Teil regelt das Inkrafttreten der Konvention.

Die Definition von Folter findet sich in Art. 1 Abs. 1 CAT und lautet wie folgt:

»Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck ›Folter‹ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.«

Es lassen sich aus Art. 1 Abs. 1 CAT vier Tatbestandsvoraussetzungen für das Vorliegen von Folter herauslesen:

1. Eine Handlung, die große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt,
2. ein Angehöriger des öffentlichen Dienstes oder eine andere in amtlicher Eigenschaft handelnde Person,
3. ein auf Diskriminierung beruhender Grund und
4. auf Veranlassung oder mit ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht.³⁵⁸

Der Folterbegriff umfasst damit jegliche Formen von Misshandlung und Mißbrauch, wenn diese vier Kriterien erfüllt sind.

Als Vertragsüberwachungsorgan wird ein Ausschuss gegen Folter errichtet, der aus zehn Sachverständigen besteht, die aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten gewählt werden, Art. 17 Abs. 1 CAT. Zu den Aufgaben des Ausschusses gehört die Überprüfung der Staatenberichte, die alle vier Jahre von den einzelnen Vertragsstaaten an den Generalsekretär der Vereinten Nationen vorgelegt werden müssen, Art. 19 Abs. 1 CAT. Der Generalsekretär leitet die Berichte dann an den Ausschuss weiter, Art. 19 Abs. 1 CAT. Ebenso hat der Ausschuss die Aufgabe nach Art. 20 CAT Untersuchungen, gegebenenfalls auch auf vertraulicher Basis, in einem Vertragsstaat durchzuführen, wenn wohlbegründete Hinweise darauf hindeuten, dass im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates systematisch Folterungen stattfinden. Diese Hinweise können einerseits von den Vertragsstaaten selber eingereicht werden, dass ein anderer Mitgliedstaat seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, Art. 21 CAT oder andererseits auch von Einzelpersonen, Art. 22 CAT.

358 Méndez (2013: S. 5, Rn. 17).

Art. 28 CAT gibt den Vertragsstaaten allerdings eine sog. »Opt-out«- Option, die Zuständigkeit des Ausschusses nicht anzuerkennen und damit Untersuchungen auf seinem Hoheitsgebiet zu unterbinden.³⁵⁹

Inwieweit der Begriff der Folter auf Inter*Menschen Anwendung finden und in welchem Zusammenhang die Anti-Folterkonvention als Schutz dienen kann, soll in den folgenden Abschnitten anhand des Berichts des Sonderberichterstatters für Folter erörtert werden.

Rechtspolitische Würdigung

Eine allgemeine Kritik ergibt sich zunächst aus der Folterdefinition nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 CAT, wonach von der Definition nicht Schmerzen oder Leiden erfasst werden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind. Konkret bedeutet dies, dass einem Staat keine Handlung als Folter unterstellt werden kann, sofern diese gesetzlich verankert ist, beispielsweise das Auspeitschen als Bestrafung.³⁶⁰

Problematisch ist ebenfalls, dass Folter nur durch eine_n Angehörige_n des öffentlichen Dienstes oder in amtlicher Eigenschaft handelnder Person ausgeübt werden kann, was einen funktionierenden (Rechts-)Staat voraussetzt und demzufolge nicht auf einen sich im Verfall befindlichen Staat, beispielsweise durch Bürgerkrieg, zutreffen würde.³⁶¹

Auch die Möglichkeit, den Ausschuss nicht anzuerkennen, Art. 28 CAT oder gar die Kündigung der Konvention, Art. 31 CAT beinhaltet die Machtlosigkeit gegenüber einem Folterregime.³⁶² Um dieser Machtlosigkeit entgegenzuwirken, wurde 1985 das Mandat des Sonderberichterstatters für Folter geschaffen, das sich auf alle Länder erstreckt, unabhängig davon, ob diese die Anti-Folterkonvention ratifiziert haben oder nicht.³⁶³

Bericht des UN-Sonderberichterstatters für Folter

Am 01. Februar 2013 hat der UN-Sonderberichterstatter für Folter, Juan E. Méndez, seinen »Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez« (A/HRC/22/53)³⁶⁴ veröffentlicht.³⁶⁵

Der Bericht gliedert sich in fünf Kapitel: einer Einleitung (Kapitel 1), den Aktivitäten des Sonderberichterstatters (Kapitel 2), die Anwendung des Schutzrahmens von Folter

359 Von dieser Möglichkeit haben beispielsweise Afghanistan und Israel Gebrauch gemacht. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtidsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en (Stand: 21.05.2014).

360 <https://www.antifolterkonvention.de/definition-der-folter-3153/> (Stand: 21.05.2014).

361 <https://www.antifolterkonvention.de/definition-der-folter-3153/> (Stand: 21.05.2014).

362 <https://www.antifolterkonvention.de/definition-der-folter-3153/> (Stand: 21.05.2014).

363 <https://www.ohchr.org/en/issues/torture/srtorture/pages/srtortureindex.aspx> (Stand: 27.05.2014).

364 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/105/77/PDF/G1310577.pdf?OpenElement> (Stand: 21.05.2014).

365 <https://www.ohchr.org/en/issues/torture/srtorture/pages/srtortureindex.aspx> (Stand: 27.05.2014): Das Mandat des Sonderberichterstatters wurde 1985 mit der Resolution 1985/33 der UN-Menschenrechtskommission geschaffen, um sich gezielt mit den Fragen zu Folter auseinanderzusetzen.

und Missbrauch (ill-treatment) auf den Gesundheitsbereich (Kapitel 3), die Notwendigkeit der Anerkennung von verschiedenen Missbrauchsformen im Gesundheitsbereich (Kapitel 4) sowie die Schlussfolgerung einschließlich der Empfehlungen (Kapitel 5).³⁶⁶ Von Bedeutung sind für die vorliegende Arbeit die Kapitel 3 bis 5.

Im dritten Kapitel wird dargelegt, dass der Schutzrahmen von Folter und Missbrauch auf den Gesundheitsbereich (health-care setting) ausgeweitet wird. Der Begriff »health-care setting« bezieht sich auf öffentliche und private Kliniken und alle sonstigen Einrichtungen, in denen Gesundheitsleistungen angeboten werden.³⁶⁷ Méndez stellt fest, dass Misshandlung (abuse) im Gesundheitsbereich vom Anti-Folterausschuss erst seit kurzem als Folter oder Missbrauch angesehen wird.³⁶⁸ Bislang wurde die bloße Versagung oder Unterlassung von Gesundheitsleistungen als Verletzung des Rechts auf Gesundheit angesehen.³⁶⁹ Das Recht auf Gesundheit ist in mehreren internationalen und regionalen Menschenrechtsverträgen verankert. Zu nennen sind hier Art. 12 Sozialpakt (ICESCR), Art. 12 CEDAW, Art. 24 CRC, Art 10 Protocol of San Salvador³⁷⁰ und Art. 11 Europäische Sozialcharta. Es wird nach diesen Vorschriften davon ausgegangen, dass Gesundheit ein öffentliches Gut ist und jedes Individuum einen Anspruch auf den höchstmöglichen Stand an körperlichem, mentalem und sozialem Wohlbefinden hat. Die neue Annahme liegt darin, dass Misshandlung als Folter oder Missbrauch gewertet werden kann.³⁷¹ Insbesondere untersucht Méndez in seinem Bericht diejenigen Praktiken, die aufgrund von Verwaltungseffizienz, Verhaltensmodifikation oder angeblicher medizinischer Notwendigkeit ausgeübt und auf der Basis von »Gesundheitspolitik« gerechtfertigt werden.³⁷²

Damit solche Praktiken unter den Begriff der Folter subsumiert werden können, ist es erforderlich, dass dieser entsprechend weit ausgelegt wird. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als auch der Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte haben hierzu bereits die Erweiterung vorgenommen, auf die Méndez verweist.³⁷³

Ferner wird im Bericht die Situation der Ohnmacht und des Ausgeliefertseins im Zusammenhang mit der Doktrin der medizinischen Notwendigkeit aufgegriffen.³⁷⁴ Er zitiert hierzu zunächst seinen Vorgänger im Amt Manfred Nowak:

366 Méndez (2013: S. 2).

367 Méndez (2013: S. 4).

368 Méndez (2013: S. 4, Rn. 15).

369 Méndez (2013: S. 4, Rn. 11).

370 Für den amerikanischen Kontinent hier die Organisation der Amerikanischen Staaten (OAS) mit ihrem ADDITIONAL PROTOCOL TO THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN THE AREA OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS »PROTOCOL OF SAN SALVADOR«, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html> (Stand: 22.05.2014).

371 Méndez (2013: S. 4, Rn. 12).

372 Méndez (2013: S. 4, Rn. 13).

373 Méndez (2013: S. 4, Rn. 16 mit Verweis auf: World Organization Against Torture (OMCT), *The Prohibition of Torture and Ill-treatment in the Inter-American Human Rights System: A Handbook for Victims and Their Advocates* (2006), p. 107, citing Inter-American Court of Human Rights, *Cantoral-Benavides v. Peru*, Series C, No. 69 (2000) para. 99; ECHR, *Selmouni v. France*, Application No. 25803/94 (1999), para. 101.

374 Méndez (2013, S. 7, Rn. 31ff).

»Torture, as the most serious violation of the human right to personal integrity and dignity, presupposes a situation of powerlessness, whereby the victim is under the total control of another person.« Deprivation of legal capacity, when a person's exercise of decision-making is taken away and given to others, is one such circumstance, along with deprivation of liberty in prisons or other places (A/63/175, para. 50).«³⁷⁵

Im Besonderen erörtert Méndez, dass medizinische Behandlungen, ohne notwendige Indikation die von intrusiver³⁷⁶ und irreversibler Natur sind, Folter oder Misshandlung darstellen, wenn sie ohne den freien Willen und ohne aufklärendes Einverständnis erfolgen.³⁷⁷ Dies ist insbesondere bei Menschen der Fall, die sich in einer besonders vulnerablen Situation befinden.³⁷⁸

Die Doktrin der medizinischen Notwendigkeit stellt laut Méndez ein Hindernis dar, um vor Missbrauch im Gesundheitsbereich zu schützen.³⁷⁹

Einen expliziten Bezug zu Inter*Menschen macht Méndez in seinem vierten Kapitel, indem er auf marginalisierte Gruppen eingeht. Hier werden unter Ziffer 4. »lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex persons« genannt.³⁸⁰

Er bezieht sich dazu zunächst auf die Panamerikanische Gesundheitsorganisation (PAHO)³⁸¹, die Praktiken wie Hormontherapie oder genitalnormalisierende Operationen als »Reparativtherapie« ablehnt, da sie bei den beteiligten Personen Angstzustände, Verlust sexuellen Empfindens, Schmerz, Inkontinenz und lebenslange Depression auslösen können.³⁸²

375 Méndez, (2013, S. 7, Rn. 31).

376 Laut Stangl (2012), wird unter Intrusion Folgendes verstanden: »Als Intrusion wird das Wiedererinnern und Wiedererleben von psychotraumatischen Ereignissen in der Psychotraumatologie verstanden, wobei Intrusionen Bilder, Flashbacks (bildhafte Nachhallerinnerungen) und Alpträume umfassen. Intrusionen gelten als ein Symptom der posttraumatischen Belastungsstörung und der Depression. Intrusionen werden zumeist durch einen Schlüsselreiz ausgelöst (Trigger). Intrusionen sind für die Betroffenen äußerst quälende Zustände, in denen meist angsterregende Anteile des Traumas wiedererlebt werden, so als geschähe es aktuell. Vor allem unverarbeitete Traumainhalte drängen in das Bewusstsein und lassen die Betroffenen das Grauen von damals immer wieder erleben.«; <http://lexikon.stangl.eu/6496/intrusion/> (Stand: 26.05.2014).

377 Méndez (2013: S. 7, Rn. 32).

378 Méndez (2013: S. 7, Rn. 32).

379 Méndez (2013, S. 8, Rn. 35).

380 Méndez (2013: S. 18, Rn. 76ff).

381 Die Pan American Health Organization (PAHO), die 1902 gegründet wurde und ihren Sitz in Washington, D.C. hat, ist die älteste internationale »Gesundheitsagentur«. Sie bietet technische Zusammenarbeit und Partnerschaften für die Länder des amerikanischen Kontinents an, um die Gesundheits- und Lebensbedingungen in diesen Ländern zu verbessern. Die PAHO ist eine spezialisierte Gesundheitsagentur im inter-amerikanischen System und dient als Regionalbüro für die beiden Amerikas in der WHO (World Health Organization). Zusammen mit der WHO ist die PAHO ein Bestandteil des UN-Systems. https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=91&Itemid=220&lang=en (Stand: 26.05.2014).

382 Méndez (2013: S. 18, Rn. 76).

Des Weiteren zitiert Méndez das UN-Frauenrechtskomitee, das seine Besorgnis darüber zum Ausdruck gebracht hat, dass Intersexfrauen Opfer von Missbrauch und Misshandlung durch Gesundheitsdienstleistende sind.³⁸³

In Bezug auf intergeborene Kinder wird geschildert, dass diese Opfer von irreversibler Geschlechtszuweisung, unfreiwilliger Sterilisierung und unfreiwilliger operativer Genitalkorrekturen sind, was schwerwiegendes mentales Leiden und dauerhafte, irreversible Unfruchtbarkeit zur Folge hat.³⁸⁴ Diese Behandlung ist zudem ohne ihr ausdrückliches Einverständnis oder das ihrer Eltern erfolgt, in dem Versuch, ein bestimmtes Geschlecht festzulegen.³⁸⁵

Im Rahmen seines Mandates kommt Méndez zu dem Schluss, dass Menschen sexueller Minderheiten überproportional Opfer von Folter oder anderer Formen von Misshandlung und Missbrauch werden, da sie aus dem Raster des sozial konstruierten binären Geschlechtermodells fallen.³⁸⁶ Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität kann zu einer Entmenschlichung bzw. Verobjektivierung der beteiligten Person beitragen. Diese Art von Diskriminierung ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass Folter oder Misshandlung stattfinden kann³⁸⁷, da dadurch beim Täter/bei der Täterin die empathische Verbindung zum Mitmenschen unterbunden und gleichzeitig die Hemmschwelle zu körperverletzendem Handeln gesenkt bzw. gänzlich aufgehoben wird.³⁸⁸ Im ärztlichen Kontext besteht besonders die Gefahr, dass der Mensch an sich zu einer bloßen Datei, einem Fall oder einer Nummer wird. Dies beinhaltet ebenso das administrative Problem, dass ein_e Mediziner_in zu viele Patienten_innen auf einmal zu behandeln hat. Auch durch eine Pathologisierung wird eine Entmenschlichung vorgenommen, da nicht mehr der Mensch im Vordergrund steht, sondern die Krankheit oder ein kranker Körperteil. Der Bezug zum Menschen, einem fühlenden Wesen, das zugleich Träger_in von Rechten und Pflichten ist, geht damit verloren.

Im fünften und letzten Kapitel kommt die Schlussfolgerung, dass das Folterverbot ein notstandsfestes und absolutes Menschenrecht ist und inzwischen Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts wurde.³⁸⁹ Wird Missbrauch im Gesundheitsbereich unter dem Blickwinkel von Folter untersucht, kann die Tragweite dieser Verletzungen hervorgehoben und die Pflicht der Staaten, Maßnahmen zur Prävention und Verfolgung vor Folter zu implementieren, betont werden.³⁹⁰

Das Recht auf Gesundheit verpflichtet die Mitgliedstaaten, kranken Menschen Zugang zu Gesundheitsleistungen verschaffen, wobei das Verbot der Folter die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, bestimmte Therapien und Behandlungen zu unterlassen, die

383 Méndez (2013: S. 18, Rn. 76).

384 Méndez (2013: S. 18, Rn. 77).

385 Méndez (2013: S. 18, Rn. 77).

386 Méndez (2013: S. 19, Rn. 79).

387 Méndez (2013: S. 19, Rn. 79).

388 Amnesty International verweist darauf, dass Menschen zu Folterern gemacht und gezielt ausgebildet werden: <https://www.amnesty.ch/de/themen/folter/was-ist-folter-1> (Stand: 26.05.2014).

389 Méndez (2013: S. 20, Rn. 82).

390 Méndez (2013: S. 20, Rn. 82).

als Folter angesehen werden können.³⁹¹ Méndez empfiehlt, dass die Mitgliedstaaten ihre Gesetzgebung, Politiken und Praktiken im Gesundheitsbereich daraufhin untersuchen, ob diese zu Folter und Misshandlungen führen können, und dass entsprechende Überwachungsmechanismen und Schutzmöglichkeiten, insbesondere auch für Menschen aus marginalisierten Gruppen, eingeführt werden.³⁹²

Er schlägt außerdem vor, dass der Folterbegriff gender-sensibel ausgelegt werden müsse, insbesondere dann, wenn es um geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen und Menschen sexueller Minderheiten geht.³⁹³ Ferner sollen alle im Gesundheitsbereich tätigen Personen eine entsprechende Bildung im Menschenrechtskontext dazu erhalten, was Folter und Misshandlung im Kontext von Intergeschlechtlichkeit bedeutet. Zu dieser Bildung gehört die Aufklärung über die Voraussetzung des freien und aufgeklärten Einverständnisses vor medizinischen Behandlungen, Sensibilisierung auf Menschenwürde, Respekt, Toleranz und Achtung vor menschlicher Vielfalt ebenso wie die Unterbindung pathologisierender und homo-/trans/-interphober Haltungen.³⁹⁴ Ausdrücklich fordert Méndez die Mitgliedstaaten dazu auf, sämtliche Gesetze aufzuheben, die intrusive und irreversible Behandlungen, einschließlich erzwungener geschlechtskorrigierender Operationen, unfreiwilliger Sterilisierung, unethisches Experimentieren oder medizinisches Zur-Schau-Stellen, erlauben, ohne, dass die beteiligte Person ihr freies und aufgeklärtes Einverständnis erteilt hat.³⁹⁵

Es sollen Gesundheitspolitiken geschaffen werden, die auf Autonomie, freier Selbstbestimmung und Menschenwürde basieren.³⁹⁶ Ferner sollen in der Gesetzgebung die Vorschriften überprüft werden, inwieweit bestimmte medizinische Behandlungen, ohne das Einverständnis der beteiligten Person selbst, aber mit demjenigen von Dritten, wie Eltern oder Vormündern, vorgenommen werden können.³⁹⁷

Schattenbericht zum 5. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland

Am 27. September 2011 wurde dem UN-Ausschuss in Genf zur Vorbereitung der 47. CAT-Sitzung im November 2011 von einer Delegation von Intersexuelle Menschen e.V. der Parallelbericht zum 5. Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT), auch Schattenbericht genannt, überreicht. Die deutsche Nichtregierungsorganisation Verein Intersexueller Menschen e.V. hat diesen Bericht zusammen mit der Humboldt Law Clinic erstellt.

Er beinhaltet sechs Kapitel. Nach der Einleitung wird im zweiten Kapitel Intergeschlechtlichkeit erläutert und im dritten der medizinische Umgang damit. Im vierten Kapitel wird dargestellt, warum die medizinische Behandlung von Inter*Menschen in Deutschland als Verletzung des Übereinkommens gegen Folter angesehen

391 Méndez (2013: S. 20, Rn. 83).

392 Méndez (2013: S. 21, Rn. 85, lit.b, f).

393 Méndez (2013: S. 8, Rn. 36ff).

394 Méndez (2013: S. 21, Rn. 85, lit.d).

395 Méndez (2013: S. 23, Rn. 88).

396 Méndez (2013: S. 21, Rn. 85, lit.e).

397 Méndez (2013: S. 21, Rn. 85, lit.e).

wird, woran sich im fünften Kapitel das Ergebnis anschließt, dass Deutschland seine CAT-Verpflichtungen gegenüber intergeschlechtlichen Menschen verletzt. Das letzte Kapitel beinhaltet die Empfehlungen. Im Annex finden sich sieben Erfahrungsberichte beteiligter Personen.

Um Wiederholungen zu vermeiden, soll an dieser Stelle nicht weiter darauf eingegangen werden, was der Bericht zu Intergeschlechtlichkeit und der medizinischen Behandlung sagt, da dies zuvor schon erläutert wurde und sich diese Angaben mit denjenigen in der vorliegenden Arbeit decken. Es sollen stattdessen die wesentlichen Schlussfolgerungen dargestellt werden.

So wird im dritten Kapitel beim medizinischen Umgang mit Intergeschlechtlichkeit kritisiert, dass es weder eine medizinische Rechtfertigung für die Eingriffe gibt, noch dass eine ausreichende rechtliche Einwilligung in diese Behandlung vorliegt.³⁹⁸

Hinsichtlich der fehlenden medizinischen Rechtfertigung wird danach unterschieden, dass es weder eine physiologische noch eine psychologische Begründung für diese Art von Eingriffen gebe.³⁹⁹

In physiologischer Hinsicht wird der These, die Entfernung der Gonaden führe zu einer Verringerung des Krebsrisikos, das Argument entgegen gehalten dass es an Langzeitstudien fehle und dass die tatsächliche Krebsentwicklung nicht überprüft werden könne, wenn die Gonadektomie bereits im Kleinkindalter erfolgt.⁴⁰⁰ Der prophylaktischen Gonadektomie wird die verhältnismäßig mildere Möglichkeit von regelmäßigen Präventivuntersuchungen gegenübergestellt.⁴⁰¹

Laut Bericht raten Vertreter_innen der Medizin im Falle von PAIS-Intersex-Menschen zur Entfernung der Gonaden mit der Begründung, dem Körper eine Feminisierung zu ermöglichen, da die »Testosteronproduktion der körpereigenen Gonaden [...] die weibliche Entwicklung und damit [die] Zuordnung zum weiblichen Geschlecht behindern würde.«⁴⁰² Dem wird entgegen gehalten, dass eine Behandlung auch erst bei Einsetzen der Pubertät erfolgen kann und die intersexuelle jugendliche Person dann selbst über einen derartigen Eingriff entscheiden soll.⁴⁰³

Ferner wird die psychologische Rechtfertigung, »die Eingriffe [seien] zur Vermeidung zukünftiger psychologischer Störungen« vorzunehmen, widerlegt, da es »keinen Beweis [gibt], dass die Nichtvornahme dieser Eingriffe tatsächlich zu psychologischen Störungen führt« und dass die Entwicklung einer eindeutigen Geschlechtsidentität nicht unbedingt von einem eindeutigen (zugewiesenen) äußeren Geschlecht abhängt.⁴⁰⁴

398 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 12ff).

399 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 12).

400 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 13) mit Verweis auf Deutsche Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin (2010: S. 5) und Kolbe (2010: S. 166).

401 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 13).

402 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 13); Deutsche Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin (2010: S. 5).

403 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 13).

404 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 13) mit u.a. Verweise auf Völling, Brinkmann und Kolbe.

Hinsichtlich der Problematik um eine wirksame rechtliche Einwilligung in die medizinischen Eingriffe wird im Bericht bemängelt, dass einerseits Erwachsene nicht ausreichend aufgeklärt wurden und dass andererseits bei Eingriffen an Kindern die Eltern oder andere sorgeberechtigte Personen nicht umfassend über die Schwere und Intensität der Behandlung, einschließlich lebenslanger Hormonersatztherapie, deren Risiken und Nebenwirkungen informiert wurden.⁴⁰⁵

Erwachsene wurden von Mediziner_innen mit der Diagnose Intersexualität als »krank« und »behandlungsbedürftig« pathologisiert und nicht über die Option aufgeklärt, auch ohne medizinische Eingriffe »gesund und glücklich weiterzuleben«.⁴⁰⁶ Eingriffe an sehr jungen Kindern werden zudem als »medizinisches Experiment« kritisiert, da die Folgen und Risiken als nicht überschaubar gelten.⁴⁰⁷

Die medizinische Notwendigkeit dieser operativen Eingriffe und sich daran anschließender lebenslanger Hormonersatztherapie wird im Bericht als Verstoß gegen das Kindeswohlprinzip angesehen. Ferner wird heraus gearbeitet, dass gerade wegen des nicht eingehaltenen Kindeswohles Eltern auch nicht wirksam in kosmetische Eingriffe, wie Vaginaloperationen, einwilligen können.⁴⁰⁸ Für nicht lebensnotwendige Operationen, die, wie die Gonadektomie die Fortpflanzungsfähigkeit unterbindet und damit zur Sterilisation im rechtlichen Sinne wird, ergibt sich somit ein Einwilligungsverbot aus § 1631 c BGB, das für die Eltern als auch für das minderjährige Kind gilt.⁴⁰⁹

Es wird daher die Forderung aufgestellt, dass »Eltern rechtlich nicht in schädliche irreversible Eingriffe an ihrem Kind einwilligen [dürfen], die keinem klaren und erwiesenen medizinischem Zweck dienen, so wie Gonadektomie und Vaginal-OP« und dass stattdessen abgewartet werden soll, bis der intersexuelle junge Mensch selber in der Lage ist, für sich zu entscheiden.⁴¹⁰

Im vierten Kapitel wird ausgehend von der Folter-Definition in Art. 1 CAT erläutert, inwiefern durch die medizinische Behandlung intersexer Menschen in Deutschland die Anti-Folterkonvention verletzt wird.

Die Zufügung großer Schmerzen oder Leiden wird aufgrund der Gonadektomie oder feminisierenden Operationen angenommen. Es wird dabei zunächst allgemein herausgearbeitet, dass die Auswirkungen von Folter für Kinder unter bestimmten Umständen im Verhältnis zu Erwachsenen gravierender und länger anhaltender sein können, da sie sich noch in ihrer körperlichen und seelischen Entwicklung befinden und sie deshalb verwundbarer sind.⁴¹¹ In jungen Jahren operierte intersexe Kinder werden mit

405 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 15f).

406 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 14).

407 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 15) mit Verweis auf World Medical Association, Declaration of Helsinki on ethical principles for medical research involving human subjects.

408 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 15) mit Verweis auf Kolbe (2010: S. 178).

409 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 15) mit Verweisen auf Kolbe und Plett.

410 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 16).

411 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 17f).

Mädchen, die Genitalverstümmelung erleiden, verglichen und es wird auf deren besondere Situation der Machtlosigkeit abgestellt, da sie unter der »vollkommenen Kontrolle ihrer Eltern sind und keine Möglichkeit haben, sich zu wehren«.⁴¹²

Im Besonderen wird erläutert, dass die Gonadektomie zum dauerhaften und irreversiblen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit führt. Dies ruft große seelische Leiden hervor, die zudem mit den »gesellschaftlichen Konstruktionen der reproduktiven Funktion der Frau als identitätsstiftendem Moment und der komplementären die Familie beschützenden Funktion des Mannes« verknüpft sind.⁴¹³ Der gesellschaftliche Druck, diesen Anforderungen und Normen zu entsprechen, kann den Leidensdruck dadurch noch erhöhen.⁴¹⁴ Darüber hinaus wird durch die Entfernung der Gonaden die körpereigene Hormonproduktion unterbunden, was wiederum neues Leiden verursacht, z. B. dass das Einsetzen der Pubertät ausbleibt oder es zu schweren Formen von Osteoporose, Beeinträchtigungen der Schilddrüsenfunktion, der Hypophyse, des Blutzuckerspiegels und Fettstoffwechsels kommen kann.⁴¹⁵ Dadurch können intergeschlechtliche Menschen »nicht ihre natürliche Körperlichkeit entwickeln [...] und [fühlen] sich in ihrem Körper nicht ›zu Hause‹«.⁴¹⁶

Die Entfernung oder Beschneidung von gesundem genitalem Gewebe zur operativen Herstellung eines weiblichen Geschlechts wird im Bericht unter weibliche Genitalverstümmelung subsumiert.⁴¹⁷ Hierzu wird auf die Definition der WHO verwiesen, die »alle Verfahren, die die teilweise oder vollständige Entfernung der externen weiblichen Genitalien zum Gegenstand haben oder jede andere Verletzung der weiblichen Genitalien aus nicht-medizinischen Gründen« als weibliche Genitalverstümmelung kategorisiert, worunter auch die Klitoridektomie fällt.⁴¹⁸ Ferner wird genannt, dass der Verlust sexueller Empfindsamkeit eine Folge feminisierender Operationen ist.⁴¹⁹

Die Nachbehandlung einer künstlich hergestellten Vagina durch Dilatation wird unter den Tatbestand der Vergewaltigung subsumiert, wobei hier die Akayesu-Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda zitiert wird. Hiernach wurde angenommen, dass eine Vergewaltigung auch in der Penetration durch andere Objekte bestehen kann.⁴²⁰ Laut Bericht kann »die gute Absicht«, dass ein angebliches Krebsrisiko oder soziale Ausgrenzung verhindert werden sollen, den Vorsatz im strafrechtlichen Sinne nicht ausschließen.⁴²¹

412 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 17f).

413 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 18).

414 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 18).

415 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 18).

416 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 18).

417 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 19).

418 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 19) mit Verweis auf WHO, <https://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/> (Stand: 02.06.2014).

419 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 19) mit Verweis auf Crouch.

420 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 20) mit Verweis auf ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4, 13. Feb. 1996, ergänzt am 17. Juni 1997.

421 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 21).

Als Foltergrund wird der Grund der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts benannt, da intersexe Menschen der dichotomen Geschlechtereinteilung in Frau und Mann zwangsweise operativ zugeordnet werden.⁴²²

Die staatliche Beteiligung erfolgt laut Bericht in vom Staat betriebenen Krankenhäusern. Nach dem deutschen Recht gibt es Krankenhäuser auf Bundes- und Kommunalebene in öffentlich- und in privatrechtlicher Form oder als Universitätskliniken. Als staatliche Institution begründen Krankenhäuser eine Haftung des Staates, ohne dass es dazu einer besonderen rechtlichen Form bedarf. Die in diesen Einrichtungen behandelnden Mediziner_innen stellen damit öffentlich bedienstetes medizinisches Personal dar, und handeln »in amtlicher Eigenschaft«.⁴²³

Der Bericht kommt zu dem Ergebnis, dass Deutschland seine Verpflichtungen aus der Anti-Folterkonvention verletzt, da die medizinischen Behandlungen wie Operationen oder Hormonersatztherapie an Inter*Menschen nicht unterbunden werden.⁴²⁴ An Empfehlungen wird unter anderem die Beendigung aller Gonadektomien an Kindern genannt, die Einstellung aller kosmetischen Operationen an Kindern, die Sicherstellung aufklärungsbasierter Einwilligung, die spezifische Aufklärung und Schulung medizinischen Personals zu Intersexualität und Folter, ungehinderter Zugang zur Krankenhausakte sowie die Einrichtung eines Hilfs- und Wiedergutmachungsfonds.⁴²⁵ Ein entsprechender Bericht liegt von kanadischer Seite nicht vor.

Zwischenergebnis

Ausgehend von der Folterdefinition nach Art. 1 CAT ergibt sich damit für den Kontext dieser Arbeit Folgendes:

»Folter« ist jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, [...] aus einem anderen, auf irgend-einer Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden.«

Die Handlung, die große körperliche oder seelischen Schmerzen und Leiden verursacht, ist vorliegend die geschlechtsangleichende Operation und/oder Hormontherapie, sofern diese ohne Einwilligung der beteiligten Person erfolgt ist.⁴²⁶ Für Tamar-Mattis fällt ebenfalls darunter, dass Inter*Kinder und Inter*Jugendliche immer wieder Untersuchungen ihrer Genitalien über sich ergehen lassen müssen, was auch die Aufnahme von medizinischen Fotos einschließt.⁴²⁷

Der auf Diskriminierung beruhende Grund besteht darin, dass intersexe Menschen nicht als solche von der Gesellschaft, der Medizin und vom Recht anerkannt werden,

422 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 22f).

423 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 24).

424 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 27f).

425 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen/Humboldt Law Clinic (2011: S. 29f).

426 Vgl. hierzu die Ausführungen zum Schattenbericht im Detail.

427 Tamar-Mattis (2014: S. 92).

sondern in eine der beiden binären Geschlechterkategorien zwingend (operativ) eingeordnet werden sollen.⁴²⁸

Angehörige des öffentlichen Dienstes oder in amtlicher Eigenschaft handelnde Person stellen alle Ärzte_innen, Psychologen_innen, Sozialarbeiter_innen, und andere Gesundheitsdienstleistende, dar, die sich in öffentlichen oder privaten Kliniken und sonstigen Gesundheitseinrichtungen, mit der Behandlung intersexer Kinder und Erwachsenen befassen.

Das medizinische Personal handelt vorsätzlich, wobei eine Berufung auf die gute Absicht oder Behandlungsvorgaben den Vorsatz nicht entfallen lässt.

Als Behandlungsvorgaben sind beispielsweise diejenigen von Money/Hampson/Hampson, Conte, Glassberg und Grumbach zu nennen, auf die Accord Alliance in ihren klinischen Richtlinien zum Management von Disorders of Sex Development in der Kindheit verweist.⁴²⁹

Diese Behandlungsvorgaben, die zwischen 1955 und 1992 veröffentlicht wurden, sprechen sich explizit für eine geschlechtsangleichende oder -zuweisende Operation in frühen Jahren aus und sie liegen noch immer medizinischen Entscheidungen zugrunde. Insbesondere wurde hierauf als heute durchaus noch übliche Behandlungsmethode während eines Vortrags von Dr. Eric Vilain⁴³⁰ am 16. April 2014 im Montrealer Kinderkrankenhaus Sainte-Justine verwiesen, den die Autorin besucht hat. Diesen Behandlungsvorgaben liegen soziale und kosmetische Gründe vor, die auf die Verfestigung von Geschlechternormen und soziales Stigma zurückzuführen sind.⁴³¹

Eine häufige Kritik von Inter*Aktivisten_innen ist die Art und Weise, wie sie im Krankenhaus behandelt werden, dass sie entweder als Kind oder als Erwachsene gar nicht oder nur unzureichend über die vorgenommenen Behandlungen aufgeklärt wurden und auch nicht oder nur unzureichend nach ihrem Einverständnis gefragt wurden. Hierdurch entstand ein Gefühl der Entmündigung, Bevormundung durch andere und vor allem ein starkes Gefühl der Ohnmacht und des Ausgeliefertseins.⁴³² Der Schattenbericht und Oii-Francophonie bezeichnen die Operationen in ihrem Manifest vom 01.12.2013 als Genitalverstümmelung (»pratiques mutilantes«).⁴³³ Ferner wird kritisiert, dass intergeschlechtlich geborene Kinder als menschliche Versuchsobjekte benutzt werden, auch um neue operative Techniken auszuprobieren.⁴³⁴

428 Tamar-Mattis (2014: S. 99).

429 Accord Alliance (2008: mit Verweisen auf: Money/Hampson/Hampson (1955), Money/Ehrhardt (1972), Glassberg (1998), Conte (1989), Grumbach (1992).

430 »Eric Vilain, M.D., Ph.D. is Professor of Human Genetics, Pediatrics and Urology at UCLA, and the Director of the Institute for Society and Genetics. He is also Chief of Medical Genetics, and an attending physician in the Department of Pediatrics.«; <http://socgen.ucla.edu/people/eric-vilain/> (Stand: 22.05.2014).

431 Tamar-Mattis (2014: S. 99).

432 Briffa, Oii-Australia (08.05.2014), <http://oii.org.au/26808/tony-briffa-on-dsd/> (Stand: 22.05.2014), Tamar-Mattis (2014: S. 102); ausführlich dazu der Erfahrungsbericht von Völling (2010); Voß (2012: S. 38f).

433 Oii-Francophonie (01.12.2013), <http://oii francophonie.org/318/conclusion-du-3eme-forum-international-intersexe-de-lilga-manifeste-du-troisieme-forum-international-intersexe-du-1er-decembre-2013/> (Stand: 22.05.2014), ebenso Tamar-Mattis (2014: S. 98).

434 Tamar-Mattis (2014: S. 92).

Inter*Kinder befinden sich des Weiteren in einer besonderen vulnerablen Situation, da sie sich altersabhängig entweder noch gar nicht mitteilen oder die Tragweite ihrer Entscheidungen mangels Reife nicht erfassen können. Behandlungsansätze, wie die oben zitierten von Money/Hampson/Hampson, Conte, Grumbach etc., die zu operativen geschlechtsangleichenden oder -zuweisenden Eingriffen in den ersten beiden Lebensjahren raten, haben, wie viele Erfahrungsberichte beteiligter Personen zeigen, äußerst qualvolle und angsterregende Zustände herbeigeführt.⁴³⁵ Die ärztliche Meinung, dass sich Kleinkinder an die Eingriffe nicht mehr erinnern würden, hat sich auch als unhaltbar erwiesen, allein schon aus der Tatsache, dass mehrere über die Jahre verteilte Eingriffe und auch Nachbehandlungen nötig waren. Hier wurde vor allem als nachbehandelnde Maßnahme die Dilation oder das Bougieren genannt, bei der eine künstlich angelegte Vagina über einen längeren Zeitraum hinweg durch eingeführte Dilatoren erweitert und verlängert wird.⁴³⁶ Das wiederholte gewaltsame Einführen eines Dilators in die Vagina eines Kindes wurde in Erfahrungsberichten als extrem schmerzhaft, hoch traumatisierend und als mit sexuellem Missbrauch vergleichbar dargestellt.⁴³⁷ Tamar-Mattis zitiert hier eine führende Patienten_innenvertretergruppe:

»[C]hildren with intersex conditions are subjected to repeated genital traumas which are kept secret both within the family and in the culture surrounding it [...] These children experience their treatment as a form of sexual abuse, and view their parents as having betrayed them by colluding with the medical professionals who injured them. As in CSA, the psychological sequelae of these treatments include depression, suicidal attempts, failure to form intimate bonds, sexual dysfunction, body image disturbance and dissociative patterns.«⁴³⁸

Diese Maßnahmen wurden vom medizinischen Personal indes als medizinische Notwendigkeit (»medical necessity«) erachtet, um den Operationserfolg zu gewährleisten.⁴³⁹

Im Bericht des UN-Sonderberichterstatters Méndez aus dem Jahr 2013 wird erstmals von internationaler UN-Seite anerkannt, dass geschlechtsangleichende Operationen an intergeschlechtlich geborenen Kindern Folter darstellen. Dies wird auf sonstige Maßnahmen ausgeweitet, die intrusiv und irreversibel sind, und die an Kindern oder Erwachsenen ohne deren freies und aufgeklärtes Einverständnis erfolgt sind.

Méndez ruft ebenso dazu auf, dass die Mitgliedstaaten Gesetze und Praktiken, die auf solche Behandlungen zielen, aufgehoben werden, und fordert zudem umfangreiche Bildungs- und Aufklärungsarbeit über Folter und Missbrauch im Gesundheitsbereich. Er möchte auch die Rechte auf freie Selbstbestimmung, (Patienten_in-)Autonomie, Menschenwürde sowie freies und aufgeklärtes Einverständnis gestärkt haben.

435 Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008), http://intersex.schattenbericht.org/public/Schattenbericht_CEDAW_2008-Intersexuelle_Menschen_e_V.pdf (Stand: 26.05.2014); Kraus-Kinsky (2012, S. 161ff); Voß (2012, S. 15ff).

436 Foley/Morley (1992, S. 2f), <https://www.isna.org/pdf/foley-morley.pdf> (Stand: 26.05.2014).

437 Tamar-Mattis (2014: S. 93).

438 Tamar-Mattis (2014: S. 97).

439 Foley/Morley (1992, S. 2f), <https://www.isna.org/pdf/foley-morley.pdf> (Stand: 26.05.2014).

Nicht berücksichtigt wurde von ihm das Recht auf Anerkennung vor dem Gesetz, was von der Autorin als Erleichterungs-Voraussetzung gesehen wird, damit die anderen Rechte berücksichtigt werden. Ferner wäre es wünschenswert gewesen, nicht nur zu fordern, dass Gesetze und Praktiken aufgehoben werden, die intrusive und irreversible Maßnahmen ohne Einverständnis ermöglichen, sondern zugleich die Mitgliedstaaten dazu aufzurufen, auch entsprechende Verbotsvorschriften mit Strafandrohungen zu erlassen, sollten solche medizinischen Behandlungen doch ausgeführt werden. Ohne ein gesetzliches Verbot verbliebe allein der Rückgriff, Schadensersatz und/oder Schmerzensgeld nach den jeweiligen nationalen arztrechtlichen Vorschriften zu verlangen. Diese jedoch können unterschiedliche Standards haben, womit die Erfolgsaussichten einer Klage vage sind, insbesondere, wenn es die Beweislast verlangt, dass die beteiligte Person selbst die Beweise zu erbringen hat, und dass sie damit unter Umständen erst einmal das Recht auf Einsicht in die Patienten_in-Kartei einklagen muss.

Detaillierter als der UN-Sonderbericht aus dem Jahr 2013 geht der Schattenbericht aus dem Jahr 2011 auf die Situation intersexer Menschen ein, insbesondere was die genaue Subsumtion der Foltertatbestände in Bezug auf Intersexualität und die Empfehlungen betrifft. Aber auch im deutschen Schattenbericht unterbleibt ebenso wie im UN-Sonderbericht die Forderung der rechtlichen Anerkennung intersexer Menschen.

Zu bemerken ist, dass im Ländervergleich von kanadischer Seite kein entsprechender Schattenbericht vorliegt. Dies liegt nach Kenntnisstand der Autorin darin begründet, dass in Québec ein Netzwerk ausgehend von Prof. Dr. Janik Bastien Charlebois erst im Jahr 2012 gegründet wurde und sich die Netzwerkarbeit im Moment noch nicht auf juristische Wege konzentriert.

Aus beiden Berichten kann an dieser Stelle der Schluss gezogen werden, dass sich ein Operationsverbot für die Mitgliedstaaten aus der Anti-Folterkonvention ableiten lässt. Da sowohl Deutschland als auch Kanada Mitgliedstaaten dieser Konvention sind, lässt sich ein Operationsverbot mit der Verpflichtung aus dieser Konvention begründen. Dieses müsste dann im nationalen Recht ausgestaltet werden.

4.4.6 Yogyakarta-Prinzipien und YP+10

Am 26. März 2007 wurden von 29 internationalen Menschenrechtsexperten_innen die Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität verabschiedet, die während eines Seminars vom 06.–09. November 2006 an der Gadjah Mada Universität in Yogyakarta, Indonesien erarbeitet wurden.⁴⁴⁰ Sie bilden die erste systematische Gesamtschau hinsichtlich der Anwendung rechtlich verbindlicher internationaler Menschenrechtsstandards zu Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung.⁴⁴¹ Am 10. November 2017 wurden in Genf die »Yogyakarta Prinzipien plus 10« als »additional principles and state obligations on the application on international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta

440 O'Flaherty (2014: S. 313).

441 https://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm (Stand: 17.03.2014).

Principles« verabschiedet.⁴⁴² Hierzu wurde im Vorfeld ein Sekretariat in Genf errichtet und ein Expert_innenkomitee wie zu den YP eingesetzt.

Rechtsnatur

Ihrer Rechtsnatur nach stellen die Yogyakarta-Prinzipien (YP 2006) lediglich eine einseitige, rechtlich unverbindliche Dokumentation dar, ohne den Charakter eines international verbindlichen Völkerrechtsvertrages. Sie sind vielmehr eine Zusammenstellung geltenden Völkerrechts und dessen Interpretation aus der Perspektive des rechtlich geltenden Verbots der Geschlechtsdiskriminierung.⁴⁴³ Sie wurden nicht von einem UN-Gremium erarbeitet, sondern von einer unabhängigen internationalen Experten_innengruppe, bestehend aus Juristen_innen, Wissenschaftler_innen, NGO-Mitarbeiter_innen und einem ehemaligen UN-Hochkommissar für Menschenrechte, die durch ihren Ruf den Yogyakarta-Prinzipien zu internationaler Aufmerksamkeit und Autorität verhelfen.⁴⁴⁴ Den Vorsitz führte Prof. Michael O'Flaherty (damals National University of Ireland, Galway, heute Direktor der Europäischen Grundrechteagentur FRA, Wien, Österreich).⁴⁴⁵

Mitglieder zur Verfassung der YP+10 waren: Mauro Cabral Grinspan, Morgan Carpenter, Julia Ehrst, Sheherezade Kara, Arvind Narrain, Pooja Patel, Chris Sidoti und Monica Tabengwa.⁴⁴⁶ Auch diese erweiterte Fassung hat noch keine rechtlich verbindliche Wirkung. Die YP+10 verstehen sich nicht als unabhängiges Dokument, sondern wollen im Zusammenhang mit den YP 2006 gelesen und verstanden werden.⁴⁴⁷

Entstehungsgeschichte

Weltweit kam und kommt es zu zahlreichen Menschenrechtsverletzungen aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität von Menschen, die sich zudem oftmals durch eine besondere Grausamkeit und Brutalität auszeichnen.⁴⁴⁸ Bei diesen Verletzungen handelt es sich beispielsweise um die Vollstreckung der Todesstrafe bei homosexuellen Handlungen, Morde, Mehrfachvergewaltigungen von lesbischen Frauen, um diese zu »heilen«, Folter, Verstümmelungen, Elektroschocktherapie, Diskriminierungen am Arbeitsplatz (Verlust dessen oder unterlassene Einstellung) und sozialer Ausschluss, wie Mobbing oder indem Aufklärungsmaterial zu sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität aus Schulbüchern gestrichen wurde.⁴⁴⁹ Diese Verletzungen waren der Anlass für das Seminar im November 2006 in Yogyakarta. In den UN-Menschenrechtsdokumenten wird zwar zum Schutz aller Menschen ohne Unterschied aufgerufen, doch war die Umsetzung durch die internationale Staatengemeinschaft

442 YP+10 (2017: S. 4f).

443 O'Flaherty (2014: S. 313).

444 https://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm (Stand: 17.03.2014).

445 <https://www.nuigalway.ie/business-public-policy-law/school-of-law/staff/michaeloflaherty/> (Stand: 17.03.2014).

446 YP+10 (2017: S. 5).

447 YP+10 (2017: S. 4).

448 Balzer/Hutta u.a. (2012: S. 26ff); Chebout (2014: S. 153); O'Flaherty (2014: S. 304f).

449 https://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm (Stand: 17.03.2014).

bisher fragmentarisch und unzureichend hinsichtlich »sexueller Minderheiten«.⁴⁵⁰ Seit der Veröffentlichung der Yogyakarta-Prinzipien im Jahr 2006 hat es zahlreiche Entwicklungen in rechtlicher Hinsicht gegeben. Diese Entwicklungen sollen dokumentiert und analysiert werden, wozu die YP+10 eine Hilfestellung geben wollen.⁴⁵¹

Territorialer und persönlicher Anwendungsbereich

Die Yogyakarta-Prinzipien 2006 und 2017 beanspruchen einen weltweiten, internationalen Anwendungsbereich. Dies ergibt sich aus der Einführung zu den Prinzipien, die explizit von der internationalen Staatengemeinschaft als Adressat spricht. Adressaten sind ferner die Vereinten Nationen, nationale Menschenrechtsinstitutionen, die Medien oder Nichtregierungsorganisationen.⁴⁵² Es wird zudem konsequent von »international human rights law« gesprochen, was ebenso den Rückschluss auf den globalen Geltungsbereich zulässt.⁴⁵³

Persönlich finden die Prinzipien Anwendung auf alle Menschen: »all human beings« (Prinzip 1) bzw. »everyone« (Prinzip 2). Es wird zudem hervorgehoben, dass es um »human beings of all sexual orientations and gender identities« geht (Prinzip 1, S. 2).

Inhalt im Allgemeinen

Die Yogyakarta-Prinzipien 2006 bestehen aus einer Präambel und 29 Prinzipien. Sie sollen eine dreifache Funktion erfüllen: Erstens stellen sie einen allgemeinen Rechtssatz auf. Zweitens wird die Anwendung von internationalem Recht auf bestimmte Beispielsfälle gezeigt und drittens wird die Verpflichtung der Staaten genannt, diese rechtlichen Forderungen umzusetzen.

Als Beispiel dient hier Prinzip 3:

»PRINCIPLE 3. The Right to recognition before the law [Anm. D. Verf.: 1. Funktion: Aufstellen des Rechtssatzes]

Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law. Persons of diverse sexual orientations and gender identities shall enjoy legal capacity in all aspects of life. Each person's self-defined sexual orientation and gender identity is integral to their personality and is one of the most basic aspects of self-determination, dignity and freedom. No one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilisation or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity. No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent the legal recognition of a person's gender identity. No one shall be subjected to pressure to conceal, suppress or deny their sexual orientation or gender identity. [Anm. d. Verf. 2. Funktion: Beispielsfälle werden genannt]

States shall: [Anm. d. Verf.: 3. Funktion: Staatenverpflichtungen]

450 Einführung zu den Yogyakarta Prinzipien, https://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm (Stand: 06.07.2014); O'Flaherty (2014: S. 310).

451 YP+10 (2017: S. 4).

452 Einführung zu den Yogyakarta Prinzipien, https://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm (Stand: 06.07.2014).

453 Einführung zu den Yogyakarta Prinzipien, https://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm (Stand: 06.07.2014).

- a) Ensure that all persons are accorded legal capacity in civil matters, without discrimination on the basis of sexual orientation or gender identity, and the opportunity to exercise that capacity, including equal rights to conclude contracts, and to administer, own, acquire (including through inheritance), manage, enjoy and dispose of property;
- b) Take all necessary legislative, administrative and other measures to fully respect and legally recognise each person's self-defined gender identity;
- c) Take all necessary legislative, administrative and other measures to ensure that procedures exist whereby all State-issued identity papers which indicate a person's gender/sex — including birth certificates, passports, electoral records and other documents — reflect the person's profound self-defined gender identity;
- d) Ensure that such procedures are efficient, fair and non-discriminatory, and respect the dignity and privacy of the person concerned;
- e) Ensure that changes to identity documents will be recognised in all contexts where the identification or disaggregation of persons by gender is required by law or policy;
- f) Undertake targeted programmes to provide social support for all persons experiencing gender transitioning or reassignment.«

Diese direkten Empfehlungen stellen eine Besonderheit dar, da sonst üblicherweise die Erläuterungen zu den einzelnen Vorschriften in internationalen Menschenrechtsdokumenten separat in den general comments erfolgen. Damit werden konkrete Handlungsempfehlungen ausgesprochen, die für Transparenz und erleichterte Umsetzbarkeit der einzelnen Vorschriften sorgen.

Die 29 Prinzipien der YP 2006 können, wie folgt, in acht Gruppen unterteilt werden:⁴⁵⁴

Die Prinzipien 1 bis 3 als erste Gruppe beziehen sich auf die Universalität der Menschenrechte und ihre Anwendung auf alle Menschen, ohne Unterschied. Die zweite Gruppe besteht aus den Prinzipien 4 bis 11 und beinhaltet die fundamentalen Rechte wie Recht auf Leben, Privatleben, Zugang zur Justiz, Freiheit vor Gewalt und Folter sowie willkürlicher Verhaftung. In den Prinzipien 12 bis 18 (dritte Gruppe) geht es um wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. In der vierten Gruppe (Prinzipien 19 bis 21) geht es darum, sich selbst, die eigene Identität und Sexualität ohne staatliche Beeinträchtigung ausdrücken zu können. Die fünfte Gruppe (Prinzipien 22 und 23) nennen das Recht, Asyl verlangen zu können bei Verfolgung aus Gründen von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität. Die Prinzipien 24 bis 26 (sechste Gruppe) befassen sich mit Teilhaberechten, wie am Familienleben, an öffentlichen oder kulturellen Angelegenheiten. Prinzip 27 (als siebente Gruppe) nennt das Recht, Menschenrechte zu verteidigen und zu promoten und die Verpflichtung der Staaten, Menschenrechtsaktivist_innen zu schützen. Die letzte und achte Gruppe (Prinzipien 28 und 29) verlangt, Täter_innen von Menschenrechtsverletzungen rechtlich zu belangen.

Die YP+10 beinhalten neun neue Prinzipien, wie folgt genannt, sowie 111 weitere Staatenverpflichtungen, die sich auf die bisherigen 29 Prinzipien beziehen.⁴⁵⁵

454 O'Flaherty (2014: S. 313).

455 YP+10 (2017: S. 4).

1. »PRINCIPLE 30 The Right to State Protection«
2. »PRINCIPLE 31 The Right to Legal Recognition«
3. »PRINCIPLE 32 The Right to Bodily and Mental Integrity«
4. »PRINCIPLE 33 The Right to Freedom from Criminalisation and Sanction on the Basis of Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression or Sex Characteristics«
5. »PRINCIPLE 34 The Right to Protection from Poverty«
6. »PRINCIPLE 35 The Right to Sanitation«
7. »PRINCIPLE 36 The Right to the Enjoyment of Human Rights in Relation to Information and Communication Technologies«
8. »PRINCIPLE 37 The Right to Truth«
9. »PRINCIPLE 38 The Right to Practise, Protect, Preserve and Revive Cultural Diversity«

Inhalt im Besonderen – sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität

Die Yogyakarta-Prinzipien 2006 liefern in ihrer Präambel zum ersten Mal eine Definition von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität in einem internationalen Menschenrechtsdokument:

»UNDERSTANDING ›sexual orientation‹ to refer to each person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender;
UNDERSTANDING ›gender identity‹ to refer to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms«

Inhalt im Besonderen – »gender expression and sex characteristics«

In ihrer Präambel erweitern die YP+10 die bereits genannten Definitionen zu sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität um die präzisen Definitionen zu »gender expression« (Ausdruck der Geschlechtlichkeit) und »sex characteristics« (Geschlechtsmerkmale):

»UNDERSTANDING ›gender expression‹ as each person's presentation of the person's gender through physical appearance – including dress, hairstyles, accessories, cosmetics – and mannerisms, speech, behavioural patterns, names and personal references, and noting further that gender expression may or may not conform to a person's gender identity;
NOTING that ›gender expression‹ is included in the definition of gender identity in the Yogyakarta Principles and, as such, all references to gender identity should be understood to be inclusive of gender expression as a ground for protection;
UNDERSTANDING ›sex characteristics‹ as each person's physical features relating to sex, including genitalia and other sexual and reproductive anatomy, chromosomes,

hormones, and secondary physical features emerging from puberty;
NOTING that »sex characteristics« as an explicit ground for protection from violations of human rights has evolved in international jurisprudence, and recognising that the Yogyakarta Principles apply equally to the ground of sex characteristics as to the grounds of sexual orientation, gender identity and gender expression«

Das Recht auf Anerkennung vor dem Gesetz

Prinzip 3 der YP 2006 und Prinzip 31 der YP+10 beziehen sich auf die rechtliche Anerkennung.

Prinzip 3 der YP 2006 ist hier noch sehr allgemein gehalten und fordert allgemein die rechtliche Anerkennung eines Menschen mit der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität. Auf allen Dokumenten, die vom Staat herausgegeben werden, soll dabei die selbst gewählte Geschlechtsidentität vermerkt werden.⁴⁵⁶

Prinzip 31 der YP+10 fordert die Staaten nunmehr auf, alle geschlechtsbezogenen Einträge in offiziellen Dokumenten wie Geburtsurkunde, Personalausweis, Pass und Führerschein abzuschaffen und es Menschen zu ermöglichen, in vereinfachten Verfahren ihre Vornamen zu ändern und geschlechtsneutrale Vornamen zu wählen. Wo eine Abschaffung des Geschlechtseintrages noch nicht möglich ist, sollen zumindest mehrere Geschlechtseintragungsoptionen genannt werden, die über die binäre Zuordnung hinaus gehen.⁴⁵⁷

Das Recht auf Gesundheit

Prinzip 17 der YP 2006 beinhaltet das Recht auf den höchst möglichen Standard an Gesundheit. Die sexuelle und die reproduktive Gesundheit zählen ebenfalls hierzu.⁴⁵⁸ Die Staaten werden verpflichtet, dass alle Menschen diskriminierungsfreien Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, Hilfsmitteln, Medikamenten, Behandlungen, Therapien und sonstigen Dienstleistungen haben sowie Einblick in ihre Patientenakte.⁴⁵⁹ Ferner sollen die Staaten gewährleisten, dass diese Einrichtungen und Dienstleistungen darauf ausgelegt sind, den Gesundheitszustand der sie konsultierenden Menschen zu verbessern und nicht zu verschlechtern sowie die Vertraulichkeit der Patientendaten zu garantieren.⁴⁶⁰ Im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen und Pflege ist zu gewährleisten, dass Patient_innen über die geplanten Maßnahmen umfassend und verständlich aufgeklärt werden und ihre Einwilligung (informed consent) vorliegt.⁴⁶¹

Prinzip 18 der YP 2006 nennt das Recht auf Schutz vor medizinischer Misshandlung. Hiernach darf

»niemand [...] aufgrund seiner sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität gezwungen werden, sich irgendeiner Form von medizinischer oder psychologischer

456 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (2008: S. 16f).

457 YP+10 (2017: S. 9).

458 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (2008: S. 27).

459 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (2008: S. 27).

460 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (2008: S. 27f).

461 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (2008: S. 27).

Behandlung, Untersuchung oder Maßnahme zu unterziehen, oder in eine medizinische Einrichtung eingewiesen werden. Entgegen anders lautender Beurteilungen sind die sexuelle Orientierung und die geschlechtliche Identität eines Menschen an und für sich keine Erkrankungen und sollen daher nicht behandelt, geheilt oder unterdrückt werden.«⁴⁶²

Das Recht auf körperliche und seelische Integrität

Prinzip 32 der YP+10 beinhaltet das Recht auf körperliche und seelische Integrität und ist insoweit eine Weiterentwicklung und Spezifizierung (*lex specialis*) gegenüber dem allgemeinen Recht auf Gesundheit aus den Prinzipien 17 und 18 der YP 2006. Es lautet wie folgt:

»The Right to bodily and mental integrity

Everyone has the right to bodily and mental integrity, autonomy and self-determination irrespective of sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to be free from torture and cruel, inhuman and degrading treatment or punishment on the basis of sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics. No one shall be subjected to invasive or irreversible medical procedures that modify sex characteristics without their free, prior and informed consent, unless necessary to avoid serious, urgent and irreparable harm to the concerned person.«⁴⁶³

In der Staatenverpflichtung wird explizit Bezug darauf genommen, dass diese das Recht auf körperliche und seelische Integrität, Autonomie und Selbstbestimmung jedes Menschen, insbesondere von Kindern, garantieren und schützen sollen.⁴⁶⁴ Die Gesetzgebung soll vor allem Kinder vor allen Formen erzwungener, aufgedrängter oder sonst unfreiwillig vorgenommener Veränderungen der Geschlechtsmerkmale schützen.⁴⁶⁵ Hierzu sollen die Staaten Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass Stigma, drohende Diskriminierung, Geschlechtsstereotypen, Heiratsaussichten sowie soziale und kulturelle Normen nicht als Rechtfertigung für diese Eingriffe dienen.⁴⁶⁶ Das Recht der Kinder auf Leben, Nicht-Diskriminierung und das Kindeswohl sowie das Recht der Kinder, gehört zu werden, sollen Vorrang haben bei der Entscheidung über solche Behandlungen.⁴⁶⁷ Kinder müssen altersgemäß in die Entscheidung über den zu treffenden Eingriff miteinbezogen, informiert und aufgeklärt werden sowie ihre Einwilligung erteilen.⁴⁶⁸ Ferner wird gefordert, dass das Kindeswohl nicht als Rechtfertigung für solche Eingriffe herangezogen wird, die das Recht auf körperliche Integrität verletzen.⁴⁶⁹

462 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (2008: S. 28).

463 YP+10 (2017: S. 10).

464 YP+10 (2017: S. 10).

465 YP+10 (2017: S. 10).

466 YP+10 (2017: S. 10).

467 YP+10 (2017: S. 10).

468 YP+10 (2017: S. 10).

469 YP+10 (2017: S. 10).

Das Recht auf Wahrheit

Prinzip 37 der YP+10 beinhaltet das Recht auf Wahrheit. Dieses lautet wie folgt:

»Every victim of a human rights violation on the basis of sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics has the right to know the truth about the facts, circumstances and reasons why the violation occurred. The right to truth includes effective, independent and impartial investigation to establish the facts, and includes all forms of reparation recognised by international law. The right to truth is not subject to statute of limitations and its application must bear in mind its dual nature as an individual right and the right of the society at large to know the truth about past events.«⁴⁷⁰

Die Staatenverpflichtungen sehen im Zusammenhang mit dem Recht auf Wahrheit unter anderem auch die Wahrheitsfindung vor, indem ungehinderter Zugang zu Krankenakten gewährleistet sein muss.⁴⁷¹ Ebenso ist die Einrichtung von Wahrheitsfindungskommissionen vorgesehen. Menschenrechtsverletzungen sollen hinsichtlich ihrer Geschichte, Ursachen und Fakten dokumentiert und in die Lehrpläne miteinbezogen werden, damit zukünftige Generationen aufgeklärt und sensibilisiert werden.⁴⁷² Für die Opfer sind Entschädigungen, wie öffentliche Entschuldigungen, Rehabilitation, Schadensersatz, psychologische Unterstützung oder medizinische Behandlung vorzusehen.⁴⁷³

Rechtspolitische Würdigung

Auf die Yogyakarta-Prinzipien wird seit deren Veröffentlichung im Jahr 2006 zunehmend in internationalen Dokumenten verwiesen. Zu nennen ist hier der oben genannte Bericht des UN-Sonderberichterstatters für Folter. Méndez verweist unter dem Punkt »stigmatized identities« darauf, dass die Prinzipien 17 und 18 (Recht auf Gesundheit) der YP 2006 im Kontext der freien und aufgeklärten Einwilligung beachtet werden sollen.⁴⁷⁴ Ebenso konstatiert Chebout, dass geschlechtsverändernde Eingriffe die körperliche Integrität verletzen und schwere körperliche und seelische Leiden bei Inter*Kindern erzeugen, sodass es sich hierbei um Folter im Sinne des CAT handelt.⁴⁷⁵

Die detaillierten Ausführungen zu sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität, Ausdruck der Geschlechtlichkeit und Geschlechtsmerkmale liefern erstmals rechtliche Definitionen und übernehmen somit anstelle der Medizin die Definitionshoheit. In diese Definitionen werden zudem soziologische Aspekte miteinbezogen, wie soziale und kulturelle Normen und Werte. Sie implizieren außerdem, dass diese Begriffe weit im Sinne menschlicher Vielfalt auszulegen sind.

470 YP+10 (2017: S. 14).

471 YP+10 (2017: S. 14).

472 YP+10 (2017: S. 14).

473 YP+10 (2017: S. 14).

474 Méndez (2013, S. 8, Rn. 38).

475 Chebout (2014: S. 155).

Die Erweiterung der Yogyakarta-Prinzipien um die Merkmale »gender expression and sex characteristics« in den YP+10 nimmt erstmals Bezug auf intergeschlechtliche Menschen, indem die Geschlechtsmerkmale als Unterscheidungskriterium zu sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität und Ausdruck der Geschlechtlichkeit genannt werden.⁴⁷⁶ Die Wortwahl »sex characteristics« ist frei von einer binären Zuordnung und erkennt die geschlechtliche Vielfalt an.⁴⁷⁷

Ferner ergibt sich aus den YP+10, dass Inter*Menschen besondere Bedürfnisse, Charakteristika und Situationen haben, die sie von anderen LGBTQ-Menschen unterscheiden.⁴⁷⁸ Hierauf wird durch Prinzip 31 YP+10 (Recht auf Anerkennung vor dem Gesetz) Bezug genommen, indem nunmehr die Abschaffung des Geschlechtseintrags in staatlichen Dokumenten, wie Geburtsurkunde, Pass, Personalausweis und Führerschein gefordert wird. Prinzip 3 der YP 2006 forderte lediglich die Anerkennung einer geschlechtlich selbst bestimmten Identität. Die Praxiserfahrung hat jedoch in den letzten Jahren gezeigt, dass eine frei gewählte Identität zwar anerkannt, aber nicht eingetragen werden konnte, wenn die bisherigen Dokumente nur eine binäre Geschlechtszuordnung zuließen. Daher erscheint die Forderung nach Abschaffung des Geschlechtseintrags als logische Konsequenz, zumal die Identität einer Person auch durch andere geschlechtsneutrale Eigenschaften wie Scan der Netzhaut oder Fingerabdrücke erfolgen kann.

Das Recht auf Gesundheit in den Prinzipien 17 und 18 YP 2006 bezieht sich ebenfalls auf Inter*Menschen, insbesondere Inter*Kinder, indem ein höchst möglicher Standard an Gesundheit (Prinzip 17 YP 2006) gefordert wird, der die Gesundheit verbessern und nicht verschlimmern soll. Durch die geschlechtsverändernden Eingriffe wurde die Gesundheit in vielen Fällen verschlimmert, indem Inkontinenz oder ein Verlust an Sensitivität, Orgasmusfähigkeit und Libido eingetreten ist. Ferner ist die lebenslange Einnahme von Hormonen ebenfalls eine Belastung, wenn diese erfolgt, ohne, dass der medizinische Eingriff zuvor selbst gewählt wurde. Auch die Häufigkeit an Depressionen bei Inter*Menschen, an denen solche Behandlungen vorgenommen wurden, beweist, dass es sich hier um keine Verbesserung, sondern vielmehr um eine Verschlimmerung der Gesundheit handelt.

Aus Prinzip 18 YP 2006 ergibt sich, dass Lebenssituationen, die die sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität betreffen, keine Erkrankung darstellen, sodass sie weder zu behandeln, zu heilen oder zu unterdrücken sind. Durch die Erweiterung um das Merkmal der »sex characteristics« in den YP+10 ergibt sich, dass es sich hier um physische Merkmale eines Menschen handelt, die die Genitalia, Chromosomen und Hormonen betreffen können, die an sich ebenso wenig zu behandeln, zu heilen oder unterdrückt werden sollen, sofern keine lebensbedrohliche Situation besteht.

Medizinische Eingriffe, über die nicht aufgeklärt wurde und zu deren Durchführung keine, auch nicht mutmaßliche, Einwilligung vorliegt, sind hiernach als entwürdigende Behandlung zu qualifizieren. Durch die Weiterentwicklung und Nennung des Rechts auf körperliche und seelische Integrität im Rahmen der YP+10, die Einbindung

476 Yiping/Dandan (2018).

477 Yiping/Dandan (2018).

478 Yiping/Dandan (2018).

des Kindes in die Entscheidungsfindung hinsichtlich der Behandlung sowie das Erfordernis der kindlichen Einwilligung, ergibt sich eine Anerkennung des Rechts auf körperliche und seelische Integrität als absolutes Recht. Das Recht der Eltern, im Rahmen der elterlichen Sorge als gesetzliche Vertreter_innen für das Kind entscheiden zu können, wird explizit nicht genannt. Da die Interessen des Kindes durch die gewählte Formulierung im Vordergrund stehen, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Nichtnennung der elterlichen Vertretungsmacht einen Redaktionsfehler oder ein bloßes Vergessen von Seiten der Expert_innengruppe darstellen. Insoweit kann hier die Anerkennung als höchstpersönliches, also nicht vertretbares, Recht gesehen werden.

Damit handelt es sich um ein rechtliches Novum, dass ein Recht auf körperliche und seelische Integrität als solches neu geschaffen wird, das noch dazu den Status eines absoluten und höchstpersönlichen Rechts hat. Dies betrifft insbesondere Inter*Kinder, deren Recht auf körperliche und seelische Integrität durch diese Formulierung geschützt werden soll.

Auch das Recht auf Wahrheit, Prinzip 37 YP+10, ist als solches ein weiteres rechtliches Novum. Zwar gibt es bereits Wahrheitsfindungskommissionen, doch bis dahin noch kein Menschenrecht auf Wahrheit. Für Inter*Menschen von Bedeutung ist hier, dass sie ungehinderten Zugriff auf ihre Krankenakte erhalten sollen, aber auch die Möglichkeit, dass hier Wahrheitsfindung in größerem Umfang betrieben wird, umso einerseits die Menschenrechtsverletzung, hier in Form der geschlechtsverändernden Eingriffe zu sammeln, dokumentieren und darüber aufzuklären. Ebenso soll in den Lehrplänen von universitären und schulischen Einrichtungen über Geschlechtervielfalt und Menschenrechtsverletzungen informiert werden.

Hierbei handelt es sich um Ausarbeitungen, wie sie bereits von Intersexuelle Menschen e.V./XY-Frauen (2008) im Schattenbericht als Forderungen zur Frauenrechtskonvention genannt wurden.

Mit der Formulierung des Rechts auf Anerkennung vor dem Gesetz, auf körperliche und seelische Integrität sowie dem Recht auf Wahrheit handelt es sich um die explizite Anerkennung von Rechten intergeschlechtlicher Menschen in einem internationalen Menschenrechtsdokument. Dieses ist zwar völkerrechtlich nicht verbindlich im Sinne eines Vertrages, doch trägt der Expert_innenstatus der Verfasser_innen dazu bei, dass sowohl die Vereinten Nationen als auch andere internationale und regionale Organisationen wie der Europarat hierauf Bezug nehmen und diese Vorschläge in ihre Dokumente einfließen lassen⁴⁷⁹, wie den UN-Report A/HRC/19/41⁴⁸⁰, die Resolution A/HRC/RES/17/19⁴⁸¹ oder das Fact Sheet zu »International Human Rights Law and Sexual Orientation & Gender Identity« der United Nations Free & Equal Kampagne.⁴⁸²

479 Chebout (2014: S. 136).

480 UN: https://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/a.hrc.19.41_english.pdf (Stand: 23.07.2018).

481 UN: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/148/76/PDF/G1114876.pdf?OpenElement> (Stand: 23.07.2018).

482 UNFE: https://www.unfe.org/system/unfe-6-UN_Fact_Sheets_v6_-International_Human_Rights_Law_and_Sexual_Orientation__Gender_Identity.pdf (Stand: 23.07.2018).

Indem somit die Ausführungen der Yogyakarta-Prinzipien 2006 und YP+10 auf internationaler Ebene durch die Vereinten Nationen in den General Comments diverser Menschenrechtsverträge, durch Kampagnen wie »Free & Equal« sowie auf regionaler Ebene durch den Europarat herangezogen werden, erreichen diese rechtspolitische Wirkung und tragen zur Weiterentwicklung von internationalem Recht bei.

4.5 Nationale Maßnahmen

In diesem Abschnitt werden diejenigen rechtspolitischen nationalen Maßnahmen in den Bereichen Verfassungsrecht, Personenstandsrecht und Arztrecht analysiert, die thematisch auf intergeschlechtliche Menschen Anwendung finden können. Hierbei wird außerdem die Umsetzung internationaler Menschenrechtsdokumente, wie sie zuvor erläutert wurden, mit in den Blick genommen.

4.5.1 Deutsches Recht

Hinsichtlich der Grenzen der elterlichen Sorge im Rahmen des Familienrechts wird auf die Arbeit von Tönsmeier verwiesen, die zu dieser speziellen Rechtsfrage ihre Dissertation verfasst hat.⁴⁸³ Sie kommt zu dem Schluss, dass die elterliche Sorge in Bezug auf geschlechtsverändernde Eingriffe an Kindern, die nicht als lebensrettend indiziert sind, von Gesetzes wegen gänzlich ausgeschlossen ist oder zumindest stark eingeschränkt wird.⁴⁸⁴ Im medizinischen Alltag gelte dennoch die Einwilligung der Eltern als Legitimierung für die Eingriffe.⁴⁸⁵ Rechtsschutzmöglichkeiten für Inter*Kinder gebe es bislang nicht.⁴⁸⁶ Insoweit wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht auf das Familienrecht, sondern stattdessen auf das Arztrecht eingegangen werden.

Verfassungsrecht

Unter Verfassungsrecht wird dasjenige öffentliche Recht verstanden, das sich mit der Staatsform, der Funktion der jeweiligen Staatsorgane und den Grundrechten befasst.⁴⁸⁷ Als Grundrechte werden diejenigen Rechte bezeichnet, die nach dem Grundgesetz, der Verfassung Deutschlands, jeder Person als subjektive Rechte gewährt sind.⁴⁸⁸ Die Grundrechte stimmen inhaltlich weitgehend mit den Menschenrechten überein (Art. 1-18 GG) und werden als »Jedermann«-Grundrechte bezeichnet wie Art. 2 GG.⁴⁸⁹ Als »Bürgerrechte« werden diejenigen Grundrechte bezeichnet, die sich auf »alle Deutschen«, also alle Bürger_innen mit der deutschen Staatsangehörigkeit beziehen, wie Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit).⁴⁹⁰ Die Grund- und Menschenrechte

483 Tönsmeier (2012).

484 Tönsmeier (2012: S. 262).

485 Tönsmeier (2012: S. 262).

486 Tönsmeier (2012: S. 262).

487 Trenczek/Tammen/Behlert/von Boetticher (2014: S. 57f).

488 Creifelds (2014: S. 588f).

489 Creifelds (2014: S. 588f).

490 Creifelds (2014: S. 588f).