



# **Diskriminierungsverbot und Geltungsbereich der Istanbul-Konvention**

## **Rechtsgutachten**

erstellt im Auftrag des Eidgenössischen Büros  
für die Gleichstellung von Frau und Mann  
Eidgenössisches Departement des Innern

Pascal Mahon

Anne-Laurence Graf

Nesa Zimmermann

Bern, 15. Dezember 2021 (revidierte Version 2022)

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Telefon +41 31 631 86 51, [skmr@skmr.unibe.ch](mailto:skmr@skmr.unibe.ch)

## AUTORENVERZEICHNIS

### *Pascal Mahon*

Prof. Dr. iur., Professor für schweizerisches und vergleichendes Verfassungsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Neuenburg; Mitglied des Direktoriums und Leiter des Themenbereichs Migration, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR).

### *Anne-Laurence Graf*

Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Themenbereich Migration.

### *Nesa Zimmermann*

Dr. iur., LL.M. in Völkerrecht (King's College London), Oberassistentin an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf und Co-Leiterin der *Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables* der Universität Genf.

Zitiervorschlag SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE (SKMR), Diskriminierungsverbot und Geltungsbereich der Istanbul-Konvention. Rechtsgutachten, verfasst von Mahon Pascal / Graf Anne-Laurence / Zimmermann Nesa, Bern, 2022.



Gesamte Studie



Ausschnitte

# INHALTSVERZEICHNIS

|  |    |
|--|----|
| I. Einleitung: Auftrag, Gegenstand und Inhalt .....  | 1  |
| II. Überblick über die Auslegungsmethoden .....  | 3  |
| A. Überblick zu verschiedenen Auslegungsmethoden im nationalen und internationalen Recht .....   | 3  |
| B. Charakter und Tragweite der Auslegungspraxis von Überwachungsorganen, insbesondere in Verbindung mit der Istanbul-Konvention .....      | 9  |
| 1. Organe der Istanbul-Konvention und ihre Arbeiten und diesbezügliche Materialien.....  | 9  |
| 2. Bedeutung der Auslegungspraxis von Überwachungsorganen im Allgemeinen und in Verbindung mit der Istanbul-Konvention im Speziellen ..... | 11 |
| C. Erkenntnisse und Zwischenfazit .....  | 13 |
| III. Analyse des Geltungsbereichs und des Diskriminierungsverbots der Istanbul-Konvention.....   | 15 |
| A. Einige allgemeine Aspekte der Istanbul-Konvention .....   | 15 |
| B. Geltungsbereich der Istanbul-Konvention (Art. 2) .....  | 16 |
| 1. Materieller und persönlicher Geltungsbereich der Istanbul-Konvention .....  | 16 |
| 2. Territorialer Geltungsbereich der Istanbul-Konvention.....  | 21 |
| C. Gleichstellung und Nichtdiskriminierungsgrundsatz (Art. 4 Abs. 3).....  | 28 |
| D. Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwischen dem Geltungsbereich der Istanbul-Konvention und dem Diskriminierungsverbot .....            | 33 |
| IV. Synthese und Antworten auf die gestellten Fragen .....   | 43 |



## I. EINLEITUNG: AUFTRAG, GEGENSTAND UND INHALT

1. **Anfrage für ein Rechtsgutachten, Annahme und Bestätigung des Auftrags.** – Im März 2021 wandte sich das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) an das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) für die Erstellung eines Rechtsgutachtens zur Auslegung gewisser Bestimmungen des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), das am 11. Mai 2011 zur Unterzeichnung aufgelegt wurde und für die Schweiz am 1. April 2018 in Kraft getreten ist.<sup>1</sup> Das SKMR entschied, dass der Auftrag von Pascal Mahon, Co-Leiter des Themenbereichs «Migration», übernommen würde, der im April Kontakt mit dem EBG aufnahm.

Das EBG stellte der Autorenschaft dieses Gutachtens ausserdem verschiedene Dokumente im Zusammenhang mit der Erfüllung des Auftrags zu, insbesondere den Alternativbericht der Zivilgesellschaft – den «Schattenbericht» – von 2021.<sup>2</sup>

2. **Gegenstand und Umfang des Auftrags.** – Der Auftrag legte die Ausgangslage und die zu klärenden Fragen wie folgt fest:

**In einem juristischen Gutachten soll dargelegt und kritisch diskutiert werden, wie der Nicht-diskriminierungsgrundsatz der Istanbul-Konvention auszulegen ist (insbesondere das Diskriminierungsverbot in Bezug auf die sexuelle Orientierung, die Geschlechtsidentität und den Aufenthaltsstatus) und inwiefern sich das Auslegungsergebnis auf den Zweck sowie den Geltungsbereich der Konvention auswirkt.**

Die folgenden Fragen sind dabei zu klären:

1. **Auslegung des Diskriminierungsverbots:** Wie ist Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention auszulegen? Gilt bei Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention – analog zu Artikel 14 EMRK – das Akzessorietätsprinzip? Wie wirkt sich die Auslegung von Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention auf den Geltungsbereich des Übereinkommens gemäss Artikel 2 Istanbul-Konvention aus? Inwiefern stellt Artikel 2 Istanbul-Konvention eine Schranke für den Anwendungsbereich von Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention dar?
  2. **Territorialer Geltungsbereich der Konvention:** Wie ist Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention in Bezug auf den territorialen Geltungsbereich auszulegen? Findet die Istanbul-Konvention aufgrund von Artikel 4 Absatz 3 Anwendung auf Sachverhalte, die sich ausserhalb des Territoriums eines Vertragsstaates abspielen?
  3. **Schutz bestimmter Personengruppen:** Wie ist Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention in Bezug auf den Schutz bestimmter Personengruppen, wie beispielsweise LGBTIQ\*-Personen oder Migrantinnen ohne rechtsgültigen Aufenthaltstitel, auszulegen? Fallen diese in den Schutzbereich der Istanbul-Konvention? Inwiefern können sich LGBTIQ\*-Personen auf Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention berufen bzw. wo liegen aufgrund von Artikel 2 und 3 Istanbul-Konvention die Grenzen?
3. **Fragestellungen, Vorgehen und Methode.** – Bei den an dieses Rechtsgutachten gestellten Fragen geht es um die Untersuchung des Geltungsbereichs der Istanbul-Konvention (Art. 2), insbesondere um Art und Tragweite des Diskriminierungsverbots (Art. 4 Abs. 3), und speziell um die Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwischen den Bestimmungen zum Geltungsbereich zum einen und dem Diskriminierungsverbot zum anderen. Konkret geht es in diesem Zusammenhang insbesondere um die Frage, ob das Diskriminierungsverbot gemäss Artikel 4 Absatz 3 des Übereinkommens zur Folge hat oder haben kann, dass der Geltungsbereich des Übereinkommens in

---

<sup>1</sup> SR 0.311.35 (AS 2018 1119–1156). Siehe auch BBl 2017 185–278 für die *Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention)* vom 2. Dezember 2016 (im Folgenden: *Botschaft* BBl 2017 185, ... [mit Angabe der relevanten Seite/n]).

<sup>2</sup> *Umsetzung der Istanbul-Konvention in der Schweiz, Alternativbericht der Zivilgesellschaft*, Hrsg. Netzwerk Istanbul-Konvention, 5. Juli 2021 (im Folgenden: *Alternativbericht der Zivilgesellschaft 2021*).

bestimmten Konfigurationen gewissermassen «ausgeweitet» wird, oder ob der Geltungsbereich, wie in Artikel 2 definiert, eine Schranke für den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots von Artikel 4 Absatz 3 darstellt oder darstellen kann.

Für die Beantwortung der verschiedenen Fragen stützt sich dieses Gutachten auf die traditionellen Methoden der juristischen Analyse und auf die üblichen und allgemein verfügbaren Quellen der geltenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung, der Rechtsprechung und der Rechtslehre sowie der Praxis der Behörden, insbesondere der Überwachungsorgane, wenn es um die Auslegung der Bestimmungen eines Staatsvertrags geht.

4. **Inhalt des Gutachtens.** – Als Erstes folgt in einem zweiten Teil nach dieser Einleitung, bevor auf die zu untersuchenden Fragen eingegangen wird, ein kurzer, möglichst knapp gehaltener Überblick zu den geltenden Regeln der Auslegung von Rechtstexten, insbesondere über die Regeln des Völkerrechts und speziell die Bestimmungen der internationalen Menschenrechtsnormen (Teil II). Der dritte Teil, der den Kern des Gutachtens bildet, ist der eigentlichen juristischen Analyse der gestellten Fragen gewidmet (Teil III). Zunächst wird auf einige allgemeine Aspekte der Istanbul-Konvention eingegangen (Teil III.A). Anschliessend folgt eine vertiefte Analyse des materiellen und persönlichen sowie des territorialen Geltungsbereichs der Istanbul-Konvention gemäss Artikel 2 (Teil III.B) sowie des Inhalts und der Art des Diskriminierungsverbots gemäss Artikel 4 Absatz 3 (Teil III.C), um eine eingehende Prüfung der Zusammenhänge und Wechselwirkungen bzw. der Spannungsfelder zwischen diesen beiden Bestimmungen durchzuführen (Teil III.D). Der vierte und letzte Teil präsentiert eine Synthese der Ergebnisse und Antworten auf die konkret gestellten Fragen sowie Schlussfolgerungen (Teil IV).

## II. ÜBERBLICK ÜBER DIE AUSLEGUNGSMETHODEN

### A. Überblick zu verschiedenen Auslegungsmethoden im nationalen und internationalen Recht

5. **Sinn und Zweck der Auslegung und Methodenpluralismus im Landesrecht.** – Die Auslegung hat zum Ziel, «den Sinn» einer Rechtsnorm «zu ermitteln» und «ihre Botschaft zu entziffern».<sup>3</sup> Die Auslegung des Gesetzes oder eines Rechtstextes verlangt die Anwendung unterschiedlicher «Methoden»<sup>4</sup> oder «Elemente».<sup>5</sup> Im Landesrecht hielt das Bundesgericht bereits 1957 fest, dass es «keine Methode absolut [ausschliesse], sondern diejenigen Auslegungsverfahren einsetz[e], die ihm im jeweiligen Fall am besten geeignet erscheinen, um den wahren Sinn der Norm zu erkennen».<sup>6</sup> Um den genauen Anwendungsbereich einer normativen Bestimmung festzulegen, setzt das Bundesgericht also die *wörtliche* (oder *grammatikalische*) Auslegung, die *systematische* Auslegung, die *historische* Auslegung, die *zeitgemässe* Auslegung und die *teleologische* Auslegung ein.<sup>7</sup> Dieser Methodenpluralismus macht deutlich, dass zwischen den verschiedenen Auslegungsmethoden keine eigentliche Hierarchie besteht, auch wenn die wörtliche Analyse des Textes sehr häufig den Ausgangspunkt der Auslegung bildet.<sup>8</sup>
6. **Grundsätzlich ähnliche Methoden und Regeln im Völkerrecht.** – Die erwähnten Auslegungsmethoden sind auch im Völkerrecht relevant.<sup>9</sup> Das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention, im Folgenden: WVK),<sup>10</sup> das in weiten Teilen dem internationalen Gewohnheitsrecht<sup>11</sup> entspricht und auf das sich sowohl der Europäische Gerichtshof

---

<sup>3</sup> MALINVERNI GIORGIO – HOTTELIER MICHEL – HERTIG RANDALL MAYA – FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse (vol. I) – L'Etat*, 4. Aufl., Bern 2021, N 1502, S. 545 (Übersetzung der Zitate); vgl. auch, vor allem zum Auslegungsprozess, RENÉ RHINOW – MARKUS SCHEFER – PETER UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel, 2016, N 480–547, S. 96–106.

<sup>4</sup> Kritische Anmerkungen zum Begriff «Methoden», RHINOW – SCHEFER – UEBERSAX, bereits zitiert (Fn. 3), N 497, S. 99. (Übersetzung des Zitats)

<sup>5</sup> MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel, volume I – Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2014, N 49, S. 65. (Übersetzung des Zitats)

<sup>6</sup> BGE 83 I 173 vom 26. Juni 1957, E. 4, S. 178 (Übersetzung des Zitats); BGE 131 II 697 vom 26. Oktober 2005, E. 4.1, S. 702–703.

<sup>7</sup> TSCHANNEN PIERRE, Die Auslegung der neuen Bundesverfassung, in: ULRICH ZIMMERLI (éd.), *Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Bern 2000, S. 223–248, S. 236.

<sup>8</sup> MAHON, bereits zitiert (Fn. 5), N 49, S. 66–67. Zu diesem Pluralismus und für ein neueres Urteil vgl. auch BGE 141 V 25 vom 15. Januar 2015, E. 8.2, S. 28.

<sup>9</sup> AMMANN ODILE, *Domestic Courts and the Interpretation of International Law. Methods and Reasoning Based on the Swiss Example*, Leiden/Boston 2020, S. 197–221; KOLB ROBERT, *Interprétation et création du droit international. Essais d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Brüssel 2006, N 167–321, S. 407–654; VANNESTE FRÉDÉRIC, Interpréter la Convention européenne et la Convention américaine des droits de l'homme : comment réconcilier les pratiques divergentes avec la théorie générale, *Revue Québécoise de droit international*, Sonderausgabe, März 2016, S. 81–95, S. 82.

<sup>10</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

<sup>11</sup> INTERNATIONALER GERICHTSHOF, Anwendung des Übereinkommens über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (Bosnien und Herzegowina gegen Serbien und Montenegro), Urteil vom 26. Februar 2007, § 160; AMMANN, bereits zitiert (Fn. 9), S. 193; GARDINER RICHARD, *Treaty Interpretation*, 2. Aufl., Oxford 2016, S. 146 ff.

für Menschenrechte<sup>12</sup> als auch das Bundesgericht<sup>13</sup> beziehen, hält Folgendes fest: «Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.»<sup>14</sup> Damit verweist es auf die wörtliche Auslegung (Bestimmungen des Vertrags), auf die systematische Auslegung (ihren Zusammenhang) und auf die teleologische Auslegung (Ziel und Zweck des Vertrags). Wie weiter unten dargelegt, findet sich auch die historische und zeitgemässe Auslegung zwischen den Zeilen der in den Artikeln 31 und 32 WVK vorgesehenen Regeln.<sup>15</sup> Dieses Übereinkommen zeichnet sich also ebenfalls durch einen manchmal als «holistische Methode» bezeichneten Methodenpluralismus aus, was deutlich zeigt, dass all diese verschiedenen Elemente gleichzeitig und ergänzend berücksichtigt werden.<sup>16</sup> Die Rechtslehre ist der Ansicht, dass Artikel 31 WVK das Ergebnis eines Kompromisses zwischen den Verfechterinnen und Verfechtern der wörtlichen Auslegung, jenen der subjektiven, auf dem Willen der Parteien beruhenden Auslegung, und jenen der zielorientierten oder teleologischen Auslegung ist.<sup>17</sup>

7. **Wörtliche oder grammatikalische Auslegung und systematische Auslegung.** – Die *wörtliche* oder *grammatikalische Auslegung* beruht «auf der lexikalischen Analyse des Wortlauts der Norm; sie basiert auf der den Wörtern des Textes gewöhnlich zukommenden Bedeutung».<sup>18</sup> Das Bundesgericht hat mehrmals auf die Wichtigkeit dieser Auslegung hingewiesen.<sup>19</sup> Es hielt fest, dass die Auslegung vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes nur dann abweichen darf, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt<sup>20</sup> oder nicht die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzeigt.<sup>21</sup>

In ähnlicher Weise geniesst die wörtliche Auslegung im Völkerrecht einen gewissen Vorrang vor den anderen Auslegungsmethoden.<sup>22</sup> Dies erklärt sich dadurch, dass der Wortlaut eines Vertrags als «der sicherste Ausdruck des Willens der Parteien»<sup>23</sup> betrachtet wird. Es ist jedoch nicht immer einfach, die dem Wortlaut üblicherweise zukommende Bedeutung zu erkennen, vor allem nicht in

---

<sup>12</sup> Siehe z. B. EGMR, *Golder gegen das Vereinigte Königreich* (Gesamtgericht), Beschwerde Nr. 4451/70, Urteil vom 21. Februar 1975, § 29; EGMR, *Mamatkulov und Askarov gegen die Türkei* (Grosse Kammer), Beschwerden Nr. 46827/99 und 46951/99, Urteil vom 4. Februar 2005, § 111; EGMR, *Vasilias gegen Litauen* (Grosse Kammer), Beschwerde Nr. 35343/05, Urteil vom 20. Oktober 2015, § 183.

<sup>13</sup> Das Bundesgericht folgt zwar den von der WVK empfohlenen Methoden, scheint jedoch lieber auf seine eigene Rechtsprechung zu verweisen als auf jene der WVK, wie AMMANN am Ende seiner Analyse festhält (siehe AMMANN, bereits zitiert [Fn. 9], S. 235–247, bes. S. 245).

<sup>14</sup> Art. 31 Abs. 1 WVK.

<sup>15</sup> Siehe unten, N 10 und 11.

<sup>16</sup> VANNESTE, bereits zitiert (Fn. 9), S. 82.

<sup>17</sup> SOREL JEAN-MARC, Artikel 31, in: Olivier Corten/Pierre Klein (Hrsg.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Brüssel 2006, S. 1295.

<sup>18</sup> MAHON, bereits zitiert (Fn. 5), N 49, S. 65 (Übersetzung des Zitats). Vgl. auch HÄFELIN ULRICH – HALLER WALTER – KELLER HELEN – THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., Zürich/Genf/Basel 2020, N 91 ff., S. 28 f.

<sup>19</sup> Siehe insbesondere BGE 131 II 697 vom 26. Oktober 2005, E. 4.1, S. 702, in dem klar hervorgehoben wird, dass der Wortlaut der Bestimmung Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet.

<sup>20</sup> Vgl. insbesondere BGE 131 II 217 vom 16. März 2005, E. 2.3, S. 221.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 137 V 13 vom 17. Januar 2011, E. 5.1, S. 17 und die zitierten Hinweise.

<sup>22</sup> Art. 31 Abs. 1 WVK; KOLB, bereits zitiert (Fn. 9), N 168–169, S. 408–410 (Bezug zur Rechtssicherheit).

<sup>23</sup> KOLB, bereits zitiert (Fn. 9), N 168, S. 409. (Übersetzung des Zitats)



einem internationalen Kontext, der sich durch sprachliche und kulturelle Vielfalt auszeichnet.<sup>24</sup> Insbesondere bei Menschenrechtsverträgen wird die Bedeutung der wörtlichen Auslegung durch die offenen und relativ unbestimmten Formulierungen eingeschränkt, die in diesen Texten häufig verwendet werden.<sup>25</sup> Um dieses mit der Unbestimmtheit der Ausdrücke des Vertrags einhergehende Risiko zu vermeiden, muss die wörtliche Auslegung mit anderen Methoden ergänzt werden.<sup>26</sup>

8. **Systematische oder kontextbezogene Auslegung.** – Neben der wörtlichen oder grammatikalischen Auslegung setzen die Gerichte auch die *systematische* oder *kontextbezogene Auslegung* ein. Diese basiert auf der Analyse der Stelle einer Bestimmung in einem bestimmten Regelwerk und der Beziehungen, die diese zu anderen Artikeln des gleichen Erlasses oder allenfalls zu anderen Erlassen mit engem Bezug zum betreffenden Artikel aufweist.<sup>27</sup>

Im Völkerrecht ist die systematische Auslegung in Artikel 31 WVK verankert, der den «Zusammenhang» als zu berücksichtigendes Element erwähnt.<sup>28</sup> Dieser Zusammenhang bezieht sich auf den ganzen Vertrag, einschliesslich Präambel und Anlagen, sowie auf «jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde» oder in jedem Fall von allen Vertragsparteien als solche angenommen wurde.<sup>29</sup> Dieser Zusammenhang im engen Sinn kann mit äusseren Elementen wie Erklärungen des Sicherheitsrats oder der Generalversammlung der Vereinten Nationen ergänzt werden.<sup>30</sup> In der WVK werden zudem mehrere Elemente aufgezählt, die als «Quasi-Zusammenhang» bezeichnet werden können. Dabei handelt es sich um Elemente, die über den Zusammenhang im engen Sinn hinausgehen, die aber «in gleicher Weise» wie der Zusammenhang zu berücksichtigen sind («together with», «en même temps»)<sup>31</sup>. Dazu gehören jede spätere einschlägige Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien, jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags oder jeder zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz.<sup>32</sup> Die Frage, ob ein durch einen Vertrag eingesetztes Organ eine spätere Übung in Verbindung mit diesem Vertrag zu begründen vermag, ist in der Lehre, wie unten dargelegt, umstritten.<sup>33</sup>

Vom Zusammenhang müssen die Umstände des Vertragsabschlusses und insbesondere die vorbereitenden Arbeiten unterschieden werden. Diese stellen im Völkerrecht nur ein ergänzendes und somit subsidiäres Auslegungsmittel dar.<sup>34</sup>

<sup>24</sup> Siehe z. B. BENAVIDES CASALS MARIA ANGÉLICA, *Die Auslegungsmethoden von Menschenrechtsverträgen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden 2010, S. 27–28.

<sup>25</sup> Im Zusammenhang mit der begrenzten Rolle der grammatikalischen Auslegung durch die Gerichte zum Schutz der Menschenrechte siehe FERRERO JULIE, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, Paris 2019, N 172–187, S. 119–128; BENAVIDES CASALS, bereits zitiert (Fn. 24), S. 71–73, bes. S. 80.

<sup>26</sup> Siehe Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 WVK: «... in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen *in ihrem Zusammenhang* zukommenden Bedeutung und *im Lichte seines Zieles und Zweckes*» (Hervorhebung durch die Autorschaft).

<sup>27</sup> Vgl. insbesondere HÄFELIN – HALLER – KELLER – THURNHERR, bereits zitiert (Fn. 18), N 97–98, S. 30.

<sup>28</sup> Art. 31 Abs. 1 WVK.

<sup>29</sup> Art. 31 Abs. 2 WVK.

<sup>30</sup> KOLB, bereits zitiert (Fn. 9), N 207, S. 463–467.

<sup>31</sup> Art. 31 Abs. 3 WVK.

<sup>32</sup> Art. 31 Abs. 3 WVK. Im Zusammenhang mit diesen verschiedenen Elementen siehe insbesondere KOLB, bereits zitiert (Fn. 9), N 207, S. 467–469.

<sup>33</sup> Siehe unten, N 16.

<sup>34</sup> Art. 32 WVK.

9. **Teleologische Auslegung.** – Mit der *teleologischen* Auslegung soll der Zweck einer Bestimmung ermittelt werden, damit deren Sinn erfasst wird. Dieser Zweck kann sich sowohl aus den vorbereitenden Arbeiten als auch aus den anderen Auslegungsmethoden ergeben.<sup>35</sup> Die Bedeutung dieser Auslegungsmethode im Landesrecht darf nicht unterschätzt werden, wird sie doch vom Bundesgericht gelegentlich eingesetzt.<sup>36</sup>

Im Völkerrecht ist die teleologische Auslegung die dritte Methode, die in Artikel 31 Absatz 1 WVK festgehalten ist und die vorsieht, dass ein Vertrag im Lichte seines *Zieler* – der zu regelnde Inhalt – und seines *Zwecker* – dem Sinn der Regelung – auszulegen ist.<sup>37</sup> Wie weiter unten dargelegt, können das Ziel und der Zweck eines Vertrags aus einer historischen Perspektive oder im Gegenteil aus einer dynamischen oder zukunftsweisenden Perspektive betrachtet werden.<sup>38</sup> Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass diese Methode nicht mit den anderen gleichgesetzt werden darf, da sie zu vage ist und das Risiko einer «Justizgesetzgebung»<sup>39</sup> birgt. Diese Lehrmeinung widerspiegelt jedoch weder die WVK noch die Gerichtspraxis, in der diese Methode häufig anzutreffen ist.<sup>40</sup> Insbesondere im Bereich der Menschenrechte hat sich die teleologische Auslegung als echte Auslegungsmethode durchgesetzt, in gleicher Weise wie die anderen auch.<sup>41</sup> Es ist jedoch zu beachten, dass das Ziel und der Zweck nicht zu Auslegungszwecken verwendet werden dürfen, um den Geltungsbereich über den klaren Wortlaut des Vertrags hinaus auszuweiten.<sup>42</sup>

10. **Historische Auslegung.** – Die *historische Auslegung* stellt auf dem Sinn der Norm bei ihrer Schaffung und Verabschiedung ab.<sup>43</sup> Sie basiert auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der ausschliesst, dass ein anderes Organ eine beispielsweise vom gesetz- oder verfassungsgebenden Organ verabschiedeten Norm neu definiert. So lässt sich im Landesrecht verhindern, dass eine Richterin oder ein Richter – oder ein anderes staatliches Organ – «die Grenzen ihres oder seines Amtes eindeutig überschreitet», indem sie oder er eine Bestimmung revidiert, welche die normverfassende Behörde noch als ausreichend beurteilt.<sup>44</sup> Zwei Regeln scheinen grundsätzlich zu gelten: Erstens macht diese Auslegung umso mehr Sinn, je jünger die Norm ist;<sup>45</sup> zweitens hängt das Gewicht der vorbereitenden Arbeiten von der Frage ab, ob diese einen konkreten Einfluss auf die

<sup>35</sup> Vgl. insbesondere MALINVERNI – HOTTELIER – HERTIG RANDALL – FLÜCKIGER, bereits zitiert (Fn. 3), N 1529, S 557.

<sup>36</sup> Vgl. z. B. BGE 128 I 273 vom 17. September 2002, E. 2.2, S. 276–277.

<sup>37</sup> Art. 31 Abs. 1 WVK; siehe auch KOLB, bereits zitiert (Fn. 9), N 248, S. 532–533.

<sup>38</sup> KOLB, bereits zitiert (Fn. 9), N 249, S. 533–538.

<sup>39</sup> KOLB, bereits zitiert (Fn. 9), N 255, S. 548–549 (Übersetzung des Zitats).

<sup>40</sup> AMMANN, bereits zitiert (Fn. 9), S. 208–213; KOLB, bereits zitiert (Fn. 9), N 259, S. 558.

<sup>41</sup> AMMANN, bereits zitiert (Fn. 9), S. 210; DUBOUT EDOUARD, *Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bd. 74, 2008, S. 383–418, S. 384; FERRERO, bereits zitiert (Fn. 25), N 197–214, S. 134–145.

<sup>42</sup> Gemäss Beschwerdegericht Iran-USA, *Federal Reserve Bank of New York v. Bank Markazi*, Case A28, Iran-US Claims Tribunal Reports, Bd. 36, 2000, Ziff. 58.

<sup>43</sup> Vgl. insbesondere HÄFELIN – HALLER – KELLER – THURNHERR, bereits zitiert (Fn. 18), N 101–113, S. 26–28.

<sup>44</sup> AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse (vol. I)*, Neuenburg 1967, S. 118, in dem präzisiert wird, dass unterschieden wird zwischen der *subjektiv historischen* Auslegung, mit welcher der konkrete Wille des gesetz- oder verfassungsgebenden Organs, das die betreffende Norm verabschiedet hat, ermittelt werden soll, und der *objektiv historischen* Auslegung, mit der sichergestellt werden soll, dass die «[Rechts]texte, wenn sie ausgelegt werden müssen, in der Bedeutung verstanden werden, die ihnen zum Zeitpunkt der Verabschiedung vernünftigerweise zuerkannt werden konnte». (Übersetzung des Zitats im Fliesstext und in der Fussnote)

<sup>45</sup> HÄFELIN – HALLER – KELLER – THURNHERR, bereits zitiert (Fn. 18), N 101, S. 26. Das Bundesgericht drückt den gleichen Grundsatz negativ aus: «[Die Materialien] sind umso weniger zu beachten, je weiter sie zeitlich zurückliegen» (BGE 111 II 149 vom 26. März 1985, E. 4a, S 152).

letztlich verabschiedete Bestimmung hatten, also ob diese in den Wortlaut der Norm eingeflossen sind.<sup>46</sup>

Im Völkerrecht kann die historische Methode mit verschiedenen Bestimmungen der WVK in Verbindung gebracht werden. Es handelt sich in erster Linie um den Text, der gemäss der vorherrschenden Bedeutung zum Zeitpunkt der Verabschiedung ausgelegt werden kann. In diesem Zusammenhang hält die WVK Folgendes fest: «Eine besondere Bedeutung ist einem Ausdruck beizulegen, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben.»<sup>47</sup> Die historische Auslegung ist bis zu einem gewissen Grad auch in der teleologischen Auslegung enthalten, mit der Ziel und Zweck eines Vertrags aus einer historischen Perspektive ausgelegt werden können, indem dem (tatsächlichen oder angenommenen) Willen der Parteien beim Abschluss des Vertrags gefolgt wird.<sup>48</sup> In der WVK ist hingegen keine eigentliche historische Methode verankert und die Bedeutung der vorbereitenden Arbeiten, die als ergänzende – und somit subsidiäre – Auslegungsmittel betrachtet werden, ist beschränkt. Diese Mittel dürfen insbesondere herangezogen werden, wenn die Auslegung der anderen Elemente «die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt» oder «zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt».<sup>49</sup> Um als vorbereitende Arbeiten zu gelten, müssen diese grundsätzlich öffentlich sein und die gemeinsamen Absichten der Parteien widerspiegeln; sie dürfen nicht eine einzelne Meinung oder eine in den weiteren Arbeiten widersprüchliche Meinungsäusserung abbilden.<sup>50</sup>

11. **Zeitgemässe oder dynamische oder evolutive Auslegung.** – Wie der Name sagt, geht es bei der zeitgemässen Auslegung darum, «die Bedeutung der Norm nicht in der Vergangenheit, zum Zeitpunkt ihrer Verabschiedung, sondern in der Gegenwart, zum Zeitpunkt ihrer Anwendung, zu ermitteln und den aktuellen Gegebenheiten Rechnung zu tragen».<sup>51</sup> Dies ermöglicht, den Zweck einer Bestimmung im Lichte der aktuellen Umstände, die sich seit dem Inkrafttreten möglicherweise verändert haben, neu auszulegen.<sup>52</sup> Damit soll die Nutzung von Rechtsnormen über die Zeit hinweg gewährleistet werden.<sup>53</sup> Die dynamische Auslegung hat zwar den Vorteil, dass sie eine Entwicklung des Rechts ermöglicht – und somit eine übermässige Erstarrung verhindert<sup>54</sup> –, aber sie birgt auch gewisse Risiken hinsichtlich der Gewaltenteilung, weil sie den Richterinnen und Richtern einen erheblichen Spielraum lässt.<sup>55</sup> Sie ist besonders wichtig bei der Auslegung von offen formulierten Normen, die der Entwicklung der Sitten oder des Gesellschaftsvertrags unterliegen, wie die Verfassungsbestimmungen zu den Grundrechten oder die internationalen Menschenrechtsstandards.<sup>56</sup>

Die dynamische Auslegung kann mit verschiedenen, in der WVK aufgezählten Elementen in Verbindung gebracht werden, insbesondere mit dem Ziel und Zweck eines Vertrags (teleologische

<sup>46</sup> BGE 109 Ia 273 vom 9. Oktober 1983, E. 12c, S. 301–303.

<sup>47</sup> Art. 31 Abs. 4 WVK.

<sup>48</sup> Vgl. auch oben im Zusammenhang mit der teleologischen Auslegung.

<sup>49</sup> Art. 32 Bst. a und b WVK.

<sup>50</sup> Völkerrechtskommission, *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, 1966, S. 220; siehe auch AMMANN, bereits zitiert (Fn. 9), S. 214–215.

<sup>51</sup> MAHON, bereits zitiert (Fn. 5), N 49, S. 66. (Übersetzung des Zitats)

<sup>52</sup> AUBERT, bereits zitiert (Fn. 44), S. 121.

<sup>53</sup> MAHON, bereits zitiert (Fn. 5), N 49, S. 66.

<sup>54</sup> In diesem Fall sprechen HÄFELIN, HALLER, KELLER und THURNHERR zu Recht von der Gefahr der «Versteinerung der Rechtsordnung» (HÄFELIN – HALLER – KELLER – THURNHERR, bereits zitiert [Fn. 18], S. 33).

<sup>55</sup> AUBERT, bereits zitiert (Fn. 44), S. 118.

<sup>56</sup> BENAVIDES CASALS, bereits zitiert (Fn. 24), S. 84–123; FERRERO, bereits zitiert (Fn. 25), bes. N 218–261, S. 147–180.

Auslegung) und dem Kontext (systematische Auslegung). In Bezug auf das Ziel und den Zweck ermöglicht die dynamische Auslegung, die Bestimmungen eines Vertrags im Lichte der sich wandelnden gesellschaftlichen und rechtlichen Bedingungen neu auszulegen und so sicherzustellen, dass der Vertrag seine Aktualität und Relevanz behält. Zudem muss dabei dem Kontext im rechtlichen Sinn Rechnung getragen werden, da eine Norm insbesondere unter Berücksichtigung anderer Normen, die in der Zwischenzeit verabschiedet wurden, sowie weiterer Elemente einer nachfolgenden Praxis ausgelegt werden kann.<sup>57</sup> Diese Auslegung fördert daher eine integrative Lesart des Rechts, was zu einer Verringerung der Fragmentierung des Völkerrechts beiträgt.<sup>58</sup> Die dynamische Auslegung kann jedoch umstritten sein (und wird manchmal von Staaten in Frage gestellt), da die Gefahr besteht, dass der Geltungsbereich des betreffenden Vertrags darüber hinaus ausgeweitet wird, wofür sich die Staaten verpflichtet haben. Ein gewisser Grad an «Akzeptanz» durch Staaten oder andere Akteurinnen und Akteure («social acceptance») wird daher von der Lehre und Rechtsprechung angeführt.<sup>59</sup>

Zwar ist die dynamische Auslegung auch in anderen Bereichen des Völkerrechts anzutreffen, aber im Bereich der internationalen Menschenrechtsnormen hat sie sich besonders durchgesetzt.<sup>60</sup> Sie rechtfertigt sich in diesem Rahmen insbesondere durch die spezielle Natur (*lex specialis*) der Menschenrechtsübereinkommen, die nicht auf dem Gegenrecht basieren, sondern eine verfassungsähnliche Ordnung begründen, namentlich mit Organen, die mit deren Auslegung und Entwicklung betraut sind.<sup>61</sup> Die ursprüngliche Absicht der Verfasserinnen und Verfasser des Vertrags sei hier von geringerer Bedeutung als bei den anderen Arten von Völkerrechtsverträgen.<sup>62</sup> In diesem Bereich überschneiden sich die teleologische und dynamische Auslegung bis zu einem gewissen Punkt, da beide die Gewährleistung der Wirksamkeit der Menschenrechte zum Ziel haben.<sup>63</sup>

Die dynamische oder evolutive Auslegung wurde vor allem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelt, der seit 1978 konstant der Ansicht ist, dass die Konvention ein «lebendiges Instrument» ist, das im Lichte der aktuellen Umstände auszulegen und so insbesondere den neuen Herausforderungen im Bereich der Menschenrechte anzupassen ist.<sup>64</sup> Wie die Lehre festhält,<sup>65</sup> ist diese sehr evolutive Rechtsprechung sowohl dynamisch als auch «integrativ» oder

<sup>57</sup> Siehe insbesondere FERRERO, bereits zitiert (Fn. 25), N 217–228, S. 147–156. Zum Begriff «nachfolgende Praxis» vgl. unten, N 16.

<sup>58</sup> In diesem Zusammenhang siehe z. B. PETERS ANNE, Fragmentation and Constitutionalization, in: Anne Orford/Florian Hoffmann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford 2016, S. 1011–1032.

<sup>59</sup> SCHLÜTTER BIRGIT, Human rights interpretation by the UN treaty bodies, in: Helen Keller/Geir Ulfstein (Hrsg.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge 2012, S. 261–319, bes. S. 271–272.

<sup>60</sup> BENAVIDES CASALS, bereits zitiert (Fn. 24), S. 84–123; FERRERO, bereits zitiert (Fn. 25), bes. N 218–261, S. 147–180.

<sup>61</sup> BENAVIDES CASALS, bereits zitiert (Fn. 24), S. 39–46; FERRERO, bereits zitiert (Fn. 25), N 321–333, S. 216–224.

<sup>62</sup> KÄLIN WALTER – KÜNZLI JÖRG, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford 2009, S. 38.

<sup>63</sup> Für eine ausführlichere Analyse des Zusammenhangs zwischen diesen beiden siehe insbesondere FERRERO, bereits zitiert (Fn. 25), N 207–216, S. 140–146.

<sup>64</sup> Für die erste Anerkennung dieses Grundsatzes siehe EGMR, *Tyrer gegen das Vereinigte Königreich*, Beschwerde Nr. 5856/72, Urteil vom 25. April 1978, § 31; siehe auch FERRERO, bereits zitiert (Fn. 25), N 3, S. 18 und N 41, S. 48.

<sup>65</sup> Siehe vor allem auch MAHON PASCAL, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit du travail, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Les aspects internationaux du droit du travail*, Genf/Zürich/Basel 2019, S. 105–128, bes. S. 117 ff. mit weiteren Hinweisen, namentlich auf PÄRLI KURT – BAUMGARTNER TOBIAS – DEMIR EYLEM – JUNGHANSS CORNELIA – LICCI SARA – UEBE WESSELINA, *Arbeitsrecht im internationalen Kontext. Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, Zürich/St. Gallen 2017, N 305–316, S. 134–139, und auf BERSET BIRCHER VALÉRIE – MEIER ANNE, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama III en droit du travail*, Lausanne 2017, S. 579–637, bes. S. 602–637, in dem die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Zusammenhang mit Art. 8 bis 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention untersucht wird.

integrierend,<sup>66</sup> da sie alle Quellen des Völkerrechts als Hilfselement für die Auslegung berücksichtigt. Ausgehend vom Gedanken, dass die Konvention ein «lebendiges Instrument» ist, mit dem «ein konkreter und wirksamer Schutz der Menschenrechte» sichergestellt werden soll, zögert der Gerichtshof nicht, dem «Konsens» Rechnung zu tragen, der sich in den Instrumenten des Völkerrechts und in der Praxis der Überwachungsorgane von Menschenrechtsübereinkommen widerspiegelt, und zwar unabhängig davon, ob der betreffende Staat die entsprechenden Instrumente ratifiziert hat oder nicht. So berücksichtigt der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt gegen Frauen die Istanbul-Konvention für die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der EMRK, insbesondere von Artikel 2 (Recht auf Leben).<sup>67</sup>

Überwachungsorgane, wie beispielsweise der UN-Menschenrechtsausschuss, werden aufgrund der Natur der Menschenrechte und der Notwendigkeit, sich an Veränderungen der sozialen Realität anzupassen, ebenfalls als «dynamisch» bei der Auslegung ihres Übereinkommens angesehen.<sup>68</sup>

In diesem Zusammenhang muss auch der Charakter und die Tragweite der Auslegungspraxis von Menschenrechtsorganen untersucht werden, zunächst im Allgemeinen, dann im Speziellen in Verbindung mit der Istanbul-Konvention.

## B. Charakter und Tragweite der Auslegungspraxis von Überwachungsorganen, insbesondere in Verbindung mit der Istanbul-Konvention

### 1. Organe der Istanbul-Konvention und ihre Arbeiten und diesbezügliche Materialien

12. **Materialien für die Auslegung der Istanbul-Konvention.** – Für die Auslegung der Istanbul-Konvention kommen verschiedene Dokumente in Frage, die im Folgenden näher betrachtet werden sollen. In chronologischer Reihenfolge handelt es sich insbesondere um die Arbeiten des Ad-hoc-Ausschusses zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (CAHVIO), den erläuternden Bericht zur Konvention und die Berichte der Expertengruppe für die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (GREVIO).

Die verschiedenen Organe und ihre Arbeiten und diesbezügliche Materialien werden nachfolgend kurz beschrieben.

13. **Arbeiten von CAHVIO.** – Der *Ad-hoc-Ausschuss zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt* (CAHVIO) war eine Arbeitsgruppe bestehend aus Regierungsvertreterinnen und -vertretern der Mitgliedstaaten des Europarats, die 2008 eingesetzt wurde und im Dezember 2010 nach rund zehn Sitzungen den Wortlaut des Übereinkommensentwurfs fertigstellte.<sup>69</sup> Die Arbeiten von CAHVIO, einschliesslich der Erstentwürfe des Übereinkommens und der

<sup>66</sup> Für den Begriff «integrative» Rechtsprechung siehe insbesondere MAHON, bereits zitiert (Fn. 65), S. 119–120, mit weiteren Hinweisen.

<sup>67</sup> Beispielsweise für die Beurteilung der tatsächlichen und unmittelbaren Bedrohung des Lebens im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt im Lichte der positiven Schutzpflichten gemäss Art. 2 EMRK, vgl. EGMR (Grosse Kammer), *Kurt gegen Österreich*, Beschwerde Nr. 62903/15, Urteil vom 15. Juni 2021, § 161–190.

<sup>68</sup> SCHLÜTTER, bereits zitiert (Fn. 59), S. 265.

<sup>69</sup> Dieser Entwurf wurde anschliessend vom Ministerkomitee verabschiedet und das Übereinkommen wurde in Istanbul am 11. Mai 2011 zur Unterzeichnung aufgelegt. Nach der Ratifikation durch Andorra als zehntes Land am 22. April

Sitzungsprotokolle, die zur Erarbeitung der Endfassung der Istanbul-Konvention führten, stellen keine eigentlichen vorbereitenden Arbeiten im Sinne der WVK dar, enthalten aber dennoch nützliche Hinweise zum Willen der beteiligten Parteien.<sup>70</sup>

14. **Beratungen des Ministerkomitees und erläuternder Bericht der Istanbul-Konvention.** – Die eigentlichen vorbereitenden Arbeiten im Sinne der WVK wären vielmehr die Beratungen zur Verabschiedung des Übereinkommens des Ministerkomitees des Europarats, wenn diese Beratungen öffentlich wären, was sie jedoch nicht sind. Es gibt jedoch einen erläuternden Bericht zur Istanbul-Konvention. Dieses Dokument wurde unter der Federführung des Ministerkomitees des Europarats veröffentlicht, als das Übereinkommen zur Unterzeichnung aufgelegt wurde.<sup>71</sup> Dieser Bericht erfüllt eine doppelte Funktion: Zum einen ist er Teil der vorbereitenden Arbeiten, die wie oben ausgeführt ein subsidiäres Element für die Auslegung des Übereinkommens sind.<sup>72</sup> Zum anderen geht seine Bedeutung über die vorbereitenden Arbeiten hinaus. Aufgrund seiner Veröffentlichung zum Zeitpunkt der Auflegung der Istanbul-Konvention zur Unterzeichnung stellt der erläuternde Bericht eine «sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde» gemäss Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe a WVK dar und ist somit Teil des Zusammenhangs im engeren Sinn.<sup>73</sup> Diese Unterscheidung ist wichtig, denn dadurch wird der erläuternde Bericht von einem einfachen subsidiären Auslegungsmittel zu einem Auslegungselement von zentraler Bedeutung.<sup>74</sup> Auf jeden Fall misst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dem erläuternden Bericht bei der Auslegung der Bestimmungen der Istanbul-Konvention im Hinblick auf die indirekte Auslegung der EMRK grosse Bedeutung bei.<sup>75</sup>
15. **Arbeiten von GREVIO.** – Die Expertengruppe für die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (GREVIO) ist das mit der Überwachung der Umsetzung der Istanbul-Konvention betraute Organ. Dieses gemäss Artikel 66 ff. Istanbul-Konvention eingesetzte Organ kann mit den Überwachungsorganen der Vereinten Nationen, wie dem Ausschuss zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW) oder dem Ausschuss für die Rechte des Kindes (KRK) verglichen werden.<sup>76</sup> GREVIO hat ähnliche Aufgaben wie diese Organe, nämlich die Zuständigkeit für ein periodisches Überprüfungsverfahren, die Verabschiedung von allgemeinen Empfehlungen und die Durchführung von Untersuchungen, um schwere Verstösse gegen das Übereinkommen zu verhindern.<sup>77</sup> Hingegen verfügt GREVIO nicht über die Kompetenz, Individualbeschwerden entgegenzunehmen; diese Möglichkeit wird den Überwachungsorganen in der Regel nicht durch die Übereinkommen selber gewährt, sondern durch ein Fakultativprotokoll, was darauf hindeutet, dass

---

2014 ist die Istanbul-Konvention am 1. August 2014 in Kraft getreten. Siehe zu diesem Thema und zu CAHVIO <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/cahvio> (zuletzt aufgerufen am 11. Oktober 2021).

<sup>70</sup> GRANS LISA, The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence, *Human Rights Law Review*, Nr. 18, 2018, S. 133–155, S. 134.

<sup>71</sup> Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence vom 11. Mai 2011, CETS 210; deutsche Übersetzung: <http://rm.coe.int/09000016804ec4bd>.

<sup>72</sup> GARDINER, bereits zitiert (Fn. 11), S. 235.

<sup>73</sup> GARDINER, bereits zitiert (Fn. 11), S. 235.

<sup>74</sup> GARDINER, bereits zitiert (Fn. 11), S. 235.

<sup>75</sup> Vgl. insbesondere EGMR, *Kurt gegen Österreich*, bereits zitiert (Fn. 67), § 167.

<sup>76</sup> Siehe in diesem Sinne GUNEY GIZEM, The Group of Experts under the Istanbul Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and the ECtHR: Complementary or Contradictory Tools?, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, März 2020, <https://www.ejiltalk.org/the-group-of-experts-under-the-istanbul-convention-on-preventing-and-combating-violence-against-women-and-domestic-violence-and-the-ecthr-complementary-or-contradictory-tools/> (zuletzt aufgerufen am 11. Oktober 2021).

<sup>77</sup> Siehe Art. 68 und 69 Istanbul-Konvention.

es sich dabei nicht um eine grundlegende Aufgabe handelt. So haben die Arbeiten von GREVIO grundsätzlich die gleiche Bedeutung für die Auslegung wie die Arbeiten der Überwachungsorgane der Vereinten Nationen, was kurz beleuchtet werden soll.

## 2. Bedeutung der Auslegungspraxis von Überwachungsorganen im Allgemeinen und in Verbindung mit der Istanbul-Konvention im Speziellen

16. **Die Bedeutung der Auslegung von Überwachungsorganen im Sinne der WVK: umstrittene rechtliche Qualifikation, allgemein anerkanntes Gewicht.** – Die Empfehlungen der Überwachungsorgane werden grundsätzlich als unverbindlich für die Staaten betrachtet.<sup>78</sup> Dennoch sind sich sowohl die internationale Lehre als auch die internationale Rechtsprechung<sup>79</sup> einig, dass die Auslegung der mit der Überwachung der Menschenrechtsverträge betrauten Organe einen massgeblichen Beitrag zur Klärung und Entwicklung des Rechts leistet<sup>80</sup> und somit an der Auslegung der Übereinkommen mitwirkt.<sup>81</sup> Die genaue Bedeutung der Auslegungspraxis der Überwachungsorgane ist jedoch umstritten.<sup>82</sup> So ist ein Teil der Lehre der Ansicht, dass die Auslegungspraxis der Überwachungsorgane als eine «spätere Übung» im Sinne von Artikel 31 Absatz 3 Buchstabe b WVK gilt, womit ihnen die Bedeutung einer authentischen Auslegung des Übereinkommens zuerkannt würde.<sup>83</sup> Dabei wurde daran erinnert, dass es sich um Organe handelt, die von den Staaten zur Sicherstellung der korrekten Umsetzung der Übereinkommen geschaffen wurden.<sup>84</sup> Einige sprechen gar von einem «Experten-Monopol», welches die Staaten diesen Organen verliehen haben.<sup>85</sup> Unter dem Hinweis, dass Verträge nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen

<sup>78</sup> VAN ALEBEEK ROSANNE – NOLLKAEMPER ANDRE, The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law, in: Helen Keller/Geir Ulfstein (Hrsg.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge 2012, S. 356–413, S. 407 und die zitierten Hinweise.

<sup>79</sup> Für eine Analyse der internationalen Rechtsprechung vgl. AZARIA DANAE, The legal significance of expert treaty bodies pronouncements for the purpose of the interpretation of treaties, *International Community Law Review*, Bd. 22, 2020, S. 33–60, bes. S. 35–36.

<sup>80</sup> BAYESKY ANNE, *The UN Human Rights Treaty System*, Den Haag/London/New York 2001, S. 99; BUERGENTHAL THOMAS, The U.N. Human Rights Committee, in: Jochen Frowein/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Bd. 5, 2001, S. 341–398, S. 387.

<sup>81</sup> Vgl. insbesondere die Schlussfolgerung 13 «Pronouncements of expert treaty bodies» in: *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, verabschiedet von der Völkerrechtskommission, Bericht der Völkerrechtskommission, 70. Tagung (30. April–1. Juni und 2. Juli–10. August 2018), Doc. A/73/10, New York 2018, S. 106.

<sup>82</sup> VAN ALEBEEK – NOLLKAEMPER, bereits zitiert (Fn. 78), S. 407–411; SHELTON DINAH, The Legal Status of Normative Pronouncements of Human Rights Treaty Bodies, in: Holger Hestermeyer et al. (Hrsg.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum* (Bd. I), Leiden/Boston 2012, S. 553–575.

<sup>83</sup> MECHLEM KERSTIN, Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Bd. 42, 2009, S. 905–47, S. 920–921; SCHEININ MARTIN, *Human Rights Treaties and the Vienna Convention on the Law of Treaties – Conflicts or Harmony*, Strassburg 2005, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UD\(2005\)014rep-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UD(2005)014rep-e) (zuletzt aufgerufen am 11. Oktober 2021). Diese Sicht wird jedoch von den Staaten zurückgewiesen, was beispielsweise den Menschenrechtsausschuss dazu veranlasst hat, die Präzisierung, wonach seine Empfehlungen einer authentischen Auslegung des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, UNO-Pakt II) gleichkommen, aus seiner allgemeinen Bemerkung Nr. 33 zu entfernen, VÖLKERRECHTSKOMMISSION, Draft conclusions, bereits zitiert (Fn. 81), S. 110 (Ziff. 10 der Erläuterungen unter der Schlussfolgerung 13); vgl. AZARIA DANAE, bereits zitiert (Fn. 79), S. 33–60, S. 35–36. Gegen eine solche Einstufung der Arbeiten von Überwachungsorganen von Menschenrechtsübereinkommen als spätere Übung: VAN ALEBEEK – NOLLKAEMPER, bereits zitiert (Fn. 78), S. 409.

<sup>84</sup> GEORG NOLTE, Sonderberichterstatte, *Fifth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, A/CN.4/715, 28. Februar 2018, Ziff. 141.

<sup>85</sup> DELAS OLIVIER – THOUVENOT MANON – BERGERON-BOUTIN VALÉRIE, Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l'homme, *Revue québécoise de droit international*, Bd. 30, 2017, S. 1–50, S. 38–41 (Übersetzung des Zitats).

sind, halten sie fest, dass die Staaten mit der Schaffung von Organen zur Überwachung von Verträgen, wie dem Menschenrechtsausschuss, bis zu einem gewissen Grad auf ihre Auslegungskompetenz verzichtet hätten.<sup>86</sup> Andere sind hingegen der Ansicht, dass die Auslegungspraxis der Überwachungsorgane vielmehr als Ausdruck der «in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare[n] einschlägige[n] Völkerrechts[sätzen]», also des Quasi-Zusammenhangs, im Sinne von Artikel 31 Absatz 3 Buchstabe c WVK betrachtet werden müsse. Noch andere vertreten die Meinung, dass die Praxis der Überwachungsorgane höchstens als ergänzendes – subsidiäres – Auslegungsmittel betrachtet werden sollte.<sup>87</sup>

17. **Umsetzung des Völkerrechts und der Praxis der Überwachungsorgane im schweizerischen Landesrecht: die sich entwickelnde Rechtsprechung des Bundesgerichts.** – Im Zusammenhang mit der Frage der Umsetzung der Praxis der Überwachungsorgane im schweizerischen Recht im Allgemeinen scheint sich auf zwei Ebenen eine bemerkenswerte Entwicklung abzuzeichnen: erstens bei der Berücksichtigung der nicht direkt anwendbaren Bestimmungen bei der Auslegung des Völkerrechts und zweitens bei der zunehmenden Bedeutung, die der Praxis der mit der Umsetzung und Überwachung von Verträgen betrauten Ausschüssen beigemessen wird.

Beim ersten Punkt hält die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts fest, dass sich die nicht direkt anwendbaren Bestimmungen von Völkerrechtsverträgen nicht nur an die Gesetzgebungs- und Verwaltungsbehörden richten, sondern auch für die gerichtliche Auslegung des Landesrechts von Belang sind. In einem Urteil vom 16. Oktober 2017 im Zusammenhang mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes<sup>88</sup> anerkennt das Bundesgericht zuerst selber, dass seine Rechtsprechung «im Allgemeinen restriktiv war, wenn es darum ging, diesem Übereinkommen der Vereinten Nationen eine direkte Wirkung zuzuerkennen». Anschliessend hält es jedoch Folgendes fest: «Die Tatsache, dass ein internationaler Vertrag nicht direkt anwendbar ist, bedeutet jedoch nicht, dass die Richterinnen und Richter sein Bestehen ignorieren dürfen. Dies gilt insbesondere in Menschenrechtsfragen, noch dazu in einem Bereich, in dem man es mit Personen zu tun hat, die sich in einem Schwächezustand befinden, beispielsweise aufgrund ihres Alters.»<sup>89</sup>

Beim zweiten Punkt verweist die Rechtsprechung auch auf die Relevanz der Arbeiten der internationalen Überwachungsorgane, wie mehrere Urteile zu den Gutachten des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) festhalten. In diesem Bereich scheint seit langer Zeit ein einzelnes Rechtsgutachten des Bundesamtes für Justiz vom 8. März 2006<sup>90</sup> die Lösung vorzugeben. Gemäss diesem sind die Empfehlungen dieses Ausschusses weder gegenüber den Staaten noch gegenüber den Richterinnen und Richtern rechtsverbindlich.<sup>91</sup> Doch die Haltung des Bundesgerichts scheint sich in jüngerer Zeit geändert zu haben, auch wenn

<sup>86</sup> DELAS – THOUVENOT – BERGERON-BOUTIN, bereits zitiert (Fn. 85), S. 22–23, 38–41; siehe auch MECHLEM, bereits zitiert (Fn. 83), S. 919.

<sup>87</sup> VAN ALEBEEK – NOLLKAEMPER, bereits zitiert (Fn. 78), S. 408; GEORG NOLTE, Sonderberichterstätter, *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, A/CN.4/694, 7. März 2016, Ziff. 53. Diese Sicht wird jedoch von der Völkerrechtskommission selber bestritten, wie der Kompromiss in der Schlussfolgerung 13 in *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties* (vgl. oben Fn. 81) zeigt.

<sup>88</sup> BGE 144 II 56. Für eine Analyse dieses Urteils sowie des zweiten, unten erwähnten Urteils vgl. insbesondere MAHON, bereits zitiert (Fn. 65), S. 119–120, mit weiteren Hinweisen.

<sup>89</sup> BGE 144 II 56 E. 5.2, S. 62 (Übersetzung des Zitats).

<sup>90</sup> Publiziert in der VPB 70(2006).94, S. 1577.

<sup>91</sup> JVPB 70.94, S. 1594.



es vielleicht etwas früh für eine abschliessende Beurteilung ist.<sup>92</sup> So qualifizierte das Bundesgericht die Empfehlungen der ILO in einem jüngeren Urteil als «wichtige Informationsquelle für die Auslegung der Übereinkommen der ILO».<sup>93</sup> Für diese Schlussfolgerung berücksichtigte das Bundesgericht den Wert, den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinen Urteilen «der Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit und des Sachverständigenausschusses für die Durchführung der Übereinkommen und Empfehlungen [der ILO]» zuerkannte, die er als relevante ausservertragliche Quellen für die Auslegung von Artikel 11 EMRK erachtet.<sup>94</sup> Somit brachte die «integrative» oder «integrierende» Auslegung des EGMR das Bundesgericht dazu, seine Haltung gegenüber den ILO-Organen zu ändern.

18. **Bedeutung der Auslegung des Überwachungsorgans der Istanbul-Konvention.** – In diesem Rechtsgutachten ist trotz der Kontroverse in der Lehre zum genauen Auslegungswert der Berichte und Empfehlungen von GREVIO davon auszugehen, dass dieses Überwachungsorgan eindeutig an der Auslegung der Istanbul-Konvention mitwirkt und dass seine Berichte, Empfehlungen und andere Bemerkungen die Auslegung dieser Konvention in jedem Fall lenken können.

Im Übrigen misst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, wie oben erläutert, der Arbeit von GREVIO, insbesondere den Empfehlungen im Evaluationsbericht des betreffenden Landes, in mehreren wegweisenden Urteilen im Bereich häuslicher Gewalt erhebliche Bedeutung bei.<sup>95</sup>

Den Arbeiten von GREVIO kommt demnach bei der Auslegung der Istanbul-Konvention zweifellos grosses Gewicht zu.

### C. Erkenntnisse und Zwischenfazit

19. **Vielfalt und Übereinstimmung der Auslegungsmethoden, Nutzen und Bedeutung der Arbeiten von GREVIO und des erläuternden Berichts.** – Für dieses Rechtsgutachten ist somit festzuhalten, dass sowohl im Völker- als auch im Landesrecht verschiedene Auslegungsmethoden nebeneinander bestehen. Keine von ihnen hat Vorrang vor den anderen, ausser vielleicht der wörtliche Sinn der Vertragsbestimmungen, wenn dieser Sinn ganz klar ist. Ist dies jedoch nicht der Fall, was häufig vorkommt, so kommen die anderen Auslegungsmethoden zum Tragen und müssen zu

<sup>92</sup> Auch in anderen Urteilen legt das Bundesgericht, so in seinem Urteil zum Streik im Spital «La Providence», BGer, 4A\_64/2018 vom 17. Dezember 2018, kaum Wert auf das Recht der ILO (auch wenn es mit Bezug auf den BGE 144 I 50 präzisiert, dass die Praxis des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit «je nach Umständen zur Auslegung des schweizerischen Rechts dienen kann», E. 5.3.3.2, S. 62 [Übersetzung des Zitats]).

<sup>93</sup> BGE 144 I 50 E. 5.3.3.1, S. 61 (Übersetzung des Zitats); siehe auch DUNAND JEAN-PHILIPPE, Liberté syndicale et droit de l'Organisation internationale du travail (OIT) : un cadeau avant l'anniversaire ! – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_499/2015 vom 6. September 2017, in: Newsletter DroitDuTravail.ch, Mai 2018, in dem festgehalten wird, dass das Bundesgericht «seine Rechtsprechung offensichtlich neu ausgerichtet hat», S. 9 (Übersetzung des Zitats).

<sup>94</sup> Siehe vor allem EGMR (Grosse Kammer), *Demir und Baykara gegen die Türkei*, Beschwerde Nr. 34503/97, Urteil vom 12. November 2008; für eine spätere Bestätigung siehe insbesondere das Urteil *National Union of Rail National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom* vom 8. April 2014, Beschwerde Nr. 31045/10. Für eine vertiefte Analyse dieser Rechtsprechung vgl. MAHON PASCAL, La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH, Vers un changement de paradigme en droit suisse?, *PJA*, Nr. 3, 2019, S. 371–383, mit vielen weiteren Hinweisen.

<sup>95</sup> Siehe insbesondere EGMR, *Kurt gegen Österreich*, bereits zitiert (Fn. 67), § 88–90; zu sexueller und anderer Gewalt gegen Frauen im öffentlichen Raum vgl. auch EGMR, *J.L. gegen Italien*, Beschwerde Nr. 5671/16, Urteil vom 27. Mai 2021, § 66–67, 120 und 140 (der EGMR anerkennt in diesem Fall eine Verletzung der positiven Verpflichtungen gemäss Art. 8 EMRK durch Italien) und EGMR, *Tërshana gegen Albanien*, Beschwerde Nr. 48756/14, Urteil vom 4. November 2020, § 108–112 und 156 (der EGMR anerkennt in diesem Fall eine Verletzung von Art. 2 EMRK durch Albanien).

einer übereinstimmenden Auslegung führen, so dass eine vernünftige Lösung vorgeschlagen werden kann. Die verschiedenen Bestimmungen müssen unter gegenseitiger Berücksichtigung gelesen werden; dem Vertragszweck muss Rechnung getragen werden; und im Bereich der Menschenrechte setzt das Erfordernis der Wirksamkeit des Schutzes der Menschenrechte eine sogenannte «evolutive» Auslegung voraus, also eine Auslegung, die stärker auf die heutige Realität abgestimmt ist.

Aus der vorangehenden Analyse geht ebenfalls hervor, dass sowohl die Arbeiten von CAHVIO als auch jene von GREVIO sowie des erläuternden Berichts zur Istanbul-Konvention unbestrittenmassen – mindestens – Hilfsinstrumente für die Auslegung der Bestimmungen dieses Übereinkommens sind, auch wenn ihre völkerrechtliche Qualifikation in der Lehre zu Diskussionen führt.

### III. ANALYSE DES GELTUNGSBEREICHS UND DES DISKRIMINIERUNGSVERBOTS DER ISTANBUL-KONVENTION

#### A. Einige allgemeine Aspekte der Istanbul-Konvention

20. **Das erste rechtsverbindliche Übereinkommen im Bereich der Gewalt gegen Frauen in Europa.** – Die 2011 verabschiedete und 2014 in Kraft getretene Istanbul-Konvention ist das erste rechtsverbindliche Übereinkommen, das auf europäischer Ebene der Gewalt gegen Frauen und der häuslichen Gewalt gewidmet ist.<sup>96</sup> Heute zählt die Konvention 33 Vertragsstaaten,<sup>97</sup> darunter die Schweiz, wo sie am 14. Dezember 2017 ratifiziert wurde und am 1. April 2018 in Kraft getreten ist.<sup>98</sup> Die Konvention enthält eine genaue Definition der staatlichen Verpflichtungen im Bereich der Gewalt gegen Frauen und der häuslichen Gewalt und beinhaltet die vier Eckpfeiler Gewaltprävention, Opferschutz, Strafverfolgung sowie ein umfassendes und koordiniertes Vorgehen (*Integrated Policies*).<sup>99</sup>

Die Istanbul-Konvention stellt einen wichtigen Schritt in Europa dar, ist aber auch Teil einer grösseren Entwicklung. In den vergangenen Jahren hat sich die Gewalt gegen Frauen als zentrales Thema im Menschenrechtsbereich etabliert.<sup>100</sup> Der Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau (CEDAW-Ausschuss) nahm sich der Thematik 1992 an und verabschiedete die Allgemeine Empfehlung Nr. 19 zu Gewalt gegen Frauen, die in der Zwischenzeit durch die Allgemeine Empfehlung Nr. 35 aktualisiert wurde.<sup>101</sup> Anschliessend wurden spezifische Übereinkommen zuerst im interamerikanischen System zum Schutz der Menschenrechte<sup>102</sup> und dann im afrikanischen System zum Schutz der Menschenrechte und der Rechte der Völker<sup>103</sup> verabschiedet. In Europa gingen der Istanbul-Konvention vom Ministerkomitee des Europarats verabschiedete Empfehlungen<sup>104</sup> voraus. Als Vorbild für die Konvention diente die Praxis des CEDAW-Ausschusses sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der insbesondere die positiven Verpflichtungen der Staaten zur Bekämpfung häuslicher Gewalt konkretisierte.<sup>105</sup>

---

<sup>96</sup> Andere Übereinkommen befassen sich ebenfalls mit bestimmten Gewalttaten gegen Frauen, in erster Linie das Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16. Mai 2005 (SR 0.311.543), das einige Leistungen vorsieht, die sich mit der Istanbul-Konvention überschneiden.

<sup>97</sup> Die Istanbul-Konvention wurde von 34 Staaten ratifiziert, aber die Türkei hat die Konvention am 1. Juli 2021 gekündigt, eine bis dahin noch nie dagewesene Situation.

<sup>98</sup> AS 2018 1119; BBI 2017 185.

<sup>99</sup> <https://rm.coe.int/coe-istanbulconvention-brochure-en-r03-v01/1680a06d4f> (zuletzt aufgerufen am 11. Oktober 2021).

<sup>100</sup> Siehe auch SJÖHOLM MARIA, *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*, Leiden/Boston 2018, S. 388–389, 418.

<sup>101</sup> CEDAW-AUSSCHUSS, General recommendation No. 19: Violence against women, A/47/38, (1992); CEDAW-AUSSCHUSS, General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, CEDAW/C/GC/35 (2019).

<sup>102</sup> Interamerikanische Konvention über die Verhütung, Bestrafung und Abschaffung von Gewalt gegen Frauen vom 9. Juni 1994 (Konvention von Belém do Pará).

<sup>103</sup> Protokoll zu der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker über die Rechte der Frauen in Afrika vom 11. Juli 2003 (Maputo-Protokoll).

<sup>104</sup> Siehe insbesondere MINISTERKOMITEE, CM/Rec(2002)5; für einen historischen Überblick siehe MCQUIGG RONAGH, *Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, Abingdon/New York 2017, S. 37–68.

<sup>105</sup> Von den vielen Urteilen siehe insbesondere EGMR *Opuz gegen die Türkei*, Beschwerde Nr. 33401/02, Urteil vom 9. Juni 2009; EGMR, *Valiulienė gegen Litauen*, Beschwerde Nr. 33234/07, Urteil vom 26. März 2013; EGMR, *Talpis*

## B. Geltungsbereich der Istanbul-Konvention (Art. 2)

### 1. Materieller und persönlicher Geltungsbereich der Istanbul-Konvention

21. **Einleitende Bemerkungen: Zusammenhang zwischen materiellem und persönlichem Geltungsbereich sowie Zusammenhang zwischen Geltungsbereich und Diskriminierungsverbot als Spezifika der Istanbul-Konvention.** – Der materielle und persönliche Geltungsbereich der Istanbul-Konvention ist in Artikel 2 festgelegt. Artikel 3 der Konvention, in dem mehrere in Artikel 2 verwendete Begriffe umschrieben sind, ist ebenfalls entscheidend, um die Bestimmung zum Geltungsbereich zu verstehen und auszulegen.

Im ersten Absatz von Artikel 2 wird präzisiert, dass die Istanbul-Konvention «Anwendung auf alle Formen von Gewalt gegen Frauen [findet], einschliesslich der häuslichen Gewalt, die Frauen unverhältnismässig stark betrifft»,<sup>106</sup> während im zweiten Absatz die Vertragsstaaten ermutigt werden, die Konvention auf alle Opfer häuslicher Gewalt, unabhängig vom Geschlecht, anzuwenden. Diese Möglichkeit, von der die Vertragsstaaten Gebrauch machen können oder nicht,<sup>107</sup> unterscheidet die Istanbul-Konvention von anderen internationalen oder regionalen Menschenrechtsverträgen.

Die Menschenrechtsübereinkommen lassen sich je nach persönlichem Geltungsbereich in zwei Kategorien unterteilen: in *universelle* Verträge, die für «jeden Menschen» gelten, und in Verträge, die für bestimmte Personengruppen wie Frauen,<sup>108</sup> Kinder,<sup>109</sup> Personen mit Behinderungen<sup>110</sup> usw. gelten. Eine weitere Unterscheidung, die sich nicht mit der ersten überschneidet, bezieht sich auf das Verständnis von Gleichstellung und Diskriminierungsverbot, das dem betreffenden Vertrag zugrunde liegt. Dieses kann symmetrisch sein: die UNO-Pakte und die EMRK beispielsweise verbieten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, von der sowohl Männer als auch Frauen betroffen sein können;<sup>111</sup> das *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau* (CEDAW) verbietet hingegen ausschliesslich die Diskriminierung von Frauen, und diese asymmetrische Perspektive wird noch verstärkt durch die Tatsache, dass CEDAW ausdrücklich die Verabschiedung von zeitweiligen Sondermassnahmen zugunsten der Frauen vorsieht.<sup>112</sup>

Der Ansatz der Istanbul-Konvention ist komplexer: Sie befasst sich zum einen mit Gewalt gegen Frauen und zum anderen mit häuslicher Gewalt, die potenziell auch Männer betrifft. Diese Dualität zieht sich durch das ganze Übereinkommen und hat Einfluss auf die Auslegung und Anwendung

---

*gegen Italien*, Beschwerde Nr. 41237/14, Urteil vom 2. März 2017; EGMR, *Kurt gegen Österreich*, bereits zitiert (Fn. 67).

<sup>106</sup> Art. 2 Abs. 1 Istanbul-Konvention.

<sup>107</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 37.

<sup>108</sup> Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18. Dezember 1979, SR 0.108.

<sup>109</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK), SR 0.107.

<sup>110</sup> Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) vom 13. Dezember 2006, SR 0.109.

<sup>111</sup> Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1; Art. 2 Abs. 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2; Art. 14 EMRK.

<sup>112</sup> Art. 1 und 4 EMRK; siehe z. B. SCHLÄPPI ERIKA – LOCHER RETO, Artikel 1 allgemein, in: Schläppi Erika/Ulrich Sylvia/Wyttenbach Judith (Hrsg.), *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau*, S. 139–170, N 31–32, S. 154–155; KÄGI-DIENER REGULA, Artikel 4 allgemein, in: Schläppi Erika/Ulrich Sylvia/Wyttenbach Judith (Hrsg.), *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau*, S. 315–343, N 7, S. 322–323.

der verschiedenen Artikel. Durch sie entsteht zudem eine enge – fast unlösbare – Verbindung zwischen dem materiellen und dem persönlichen Geltungsbereich der Istanbul-Konvention. Daher drängen sich einige Ausführungen zum materiellen Geltungsbereich auf.

22. **Materieller und persönlicher Geltungsbereich: Begriffe «Gewalt gegen Frauen» und «geschlechtsspezifische Gewalt».** – Wie soeben ausgeführt, betrifft die Istanbul-Konvention in materieller Hinsicht in erster Linie *Gewalt gegen Frauen* und *häusliche Gewalt*. Obwohl häusliche Gewalt separat behandelt wird, mit der Möglichkeit den Geltungsbereich auszuweiten (worauf noch eingegangen wird), wird sie ausdrücklich als eine Form von Gewalt gegen Frauen beschrieben.<sup>113</sup> Dieser materielle Geltungsbereich setzt voraus, dass der Begriff «Gewalt gegen Frauen» definiert und vom Begriff «geschlechtsspezifische Gewalt» unterschieden wird, der in diesem Übereinkommen ebenfalls verwendet wird.

Der Begriff «*Gewalt gegen Frauen*» bezeichnet gemäss Artikel 3 Buchstabe a Istanbul-Konvention «alle Handlungen geschlechtsspezifischer Gewalt, die zu körperlichen, sexuellen, psychischen oder wirtschaftlichen Schäden oder Leiden bei Frauen führen oder führen können, einschliesslich der Androhung solcher Handlungen, der Nötigung oder der willkürlichen Freiheitsentziehung, sei es im öffentlichen oder privaten Leben».<sup>114</sup> Diese Definition umfasst zwei Bestandteile: Es muss sich um Gewalt handeln, die umfassend definiert ist,<sup>115</sup> und diese Gewalt muss gegen eine Frau ausgeübt werden. Die Gewalt muss hingegen nicht zwingend von einem Mann ausgeübt werden und umfasst somit auch Gewalt in gleichgeschlechtlichen Beziehungen oder Gewalt von einer Frau gegenüber einer anderen Frau (auch ausserhalb von Beziehungen).<sup>116</sup> Diese Feststellung, die sich aus der wörtlichen Auslegung der Istanbul-Konvention ergibt, wird gestärkt durch das historische Element: Während der Ausarbeitung der Istanbul-Konvention wurde der Vorschlag, diese auf Gewalt gegen Frauen *durch Männer* zu beschränken, ausdrücklich abgelehnt.<sup>117</sup>

Neben der «Gewalt gegen Frauen» wird in der Istanbul-Konvention wie erwähnt auch der Begriff «*geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen*»<sup>118</sup> definiert, der Gewalt bezeichnet, «die gegen eine Frau gerichtet ist, weil sie eine Frau ist, oder die Frauen unverhältnismässig stark betrifft»<sup>119</sup>. Auch wenn der erläuternde Bericht festhält, dass dieser Begriff «im gesamten Übereinkommen» verwendet wird, kommt er in Wirklichkeit nur dreimal vor, einmal davon in den Begriffsbestimmungen.<sup>120</sup> Zwar wird mit diesem Begriff einmal mehr der «geschlechtsspezifische» Charakter der Gewalt unterstrichen, die in den materiellen Geltungsbereich der Istanbul-Konvention fällt, aber in

<sup>113</sup> Art. 2 Abs. 1 Istanbul-Konvention. Die Istanbul-Konvention hält zwar fest, dass Männer ebenfalls Opfer häuslicher Gewalt sein können, aber sie weist darauf hin, dass häusliche Gewalt «die Frauen unverhältnismässig stark betrifft», wodurch der Fall der Männer, die Opfer solcher Gewalt werden, zu einer Ausnahmesituation gemacht wird.

<sup>114</sup> Art. 3 Bst. a Istanbul-Konvention.

<sup>115</sup> Sie umfasst insbesondere wirtschaftliche Gewalt (erläuternder Bericht, Ziff. 40), was über die Definition in der Allgemeinen Empfehlung Nr. 19 des CEDAW-Ausschusses hinausgeht, bereits zitiert (Fn. 101).

<sup>116</sup> NIEMI JOHANNA – VERDU SANMARTIN AMALIA, The Concepts of Gender and Violence in the Istanbul Convention, in: Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vadislava Stoyanova (Hrsg.), *International Law and Violence Against Women. Europe and the Istanbul Convention*, London 2020, S. 77–94, S. 83.

<sup>117</sup> GRANS, bereits zitiert (Fn. 70), S. 137 und die dortigen Hinweise; SOSA LORENA, The Istanbul Convention in the Context of Feminist Claims, in: Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vadislava Stoyanova (Hrsg.), *International Law and Violence Against Women. Europe and the Istanbul Convention*, London 2020, S. 25–42, S. 30–33. Abgesehen von den gleichgeschlechtlichen Paaren ist diese Ablehnung auch auf andere Arten geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen durch Frauen zurückzuführen, wie die weibliche Genitalverstümmelung, die in den Diskussionen namentlich erwähnt wurde (GRANS, bereits zitiert [Fn. 70], S. 137 und die dortigen Hinweise).

<sup>118</sup> Art. 3 Bst. d Istanbul-Konvention.

<sup>119</sup> Art. 3 Bst. d Istanbul-Konvention.

<sup>120</sup> Art. 3 Bst. d, Art. 14 Abs. 1, Art. 60 Abs. 1 Istanbul-Konvention.

Wirklichkeit ist er überflüssig.<sup>121</sup> Wie aus der vorherigen Definition hervorgeht, ist der Kausalzusammenhang zwischen dem weiblichen Geschlecht und der Gewalt bereits fester Bestandteil des Konzepts «Gewalt gegen Frauen», das seit langer Zeit unter dem englischen Akronym VAW («violence against women») bekannt ist.<sup>122</sup> «Gewalt gegen Frauen» ist somit per Definition auch geschlechtsspezifische Gewalt.<sup>123</sup> «Geschlechtsspezifische Gewalt» (*gender-based violence*) ist hingegen ein grundsätzlich umfassenderes Konzept, weil es auch Gewalt gegen Männer aufgrund ihrer Geschlechtsidentität, ihres Geschlechtsausdrucks oder ihrer sexuellen und romantischen Orientierung beinhalten kann.<sup>124</sup>

23. **Materieller und persönlicher Geltungsbereich: Begriff «Frauen».** – Der persönliche, aber auch der materielle Geltungsbereich der Istanbul-Konvention ist zudem unlösbar verbunden mit dem Begriff «Frauen» und macht daher eine Definition dieses Begriffs notwendig. In diesem Zusammenhang stellen sich drei Hauptfragen. Die erste Frage bezieht sich auf das Alter: Umfasst dieser Begriff auch minderjährige Frauen und ab welchem Alter? Der Wortlaut der Istanbul-Konvention enthält eine genaue und explizite Antwort auf diese Frage in Artikel 3 zu den Begriffsbestimmungen, gemäss welchem der «Begriff «Frauen» auch Mädchen unter achtzehn Jahren» umfasst.<sup>125</sup> Mit anderen Worten wird gemäss der Istanbul-Konvention jede Person des weiblichen Geschlechts, ungeachtet des Alters, als Frau betrachtet und alle Bestimmungen dieses Übereinkommens gelten somit auch für Minderjährige.<sup>126</sup> Hingegen geht die Istanbul-Konvention bis auf eine Ausnahme nicht auf die spezielle Situation oder die besondere Schutzbedürftigkeit von Mädchen ein.<sup>127</sup> Zwischen Frauen und Mädchen unterschieden wird lediglich in Artikel 38 über die Verstümmelung weiblicher Genitalien, der die Staaten verpflichtet, bestimmte Handlungen im Zusammen-

<sup>121</sup> Der Begriff «geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen» scheint eine Lehnübersetzung aus dem Englischen zu sein, wo dieser Begriff geläufiger ist (vgl. z. B. die englische und französische Fassung des folgenden Berichts: *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on the adequacy of the international legal framework on violence against women* vom 19. Juli 2017, A/72/134).

<sup>122</sup> Art. 3 Bst. a Istanbul-Konvention: «alle Handlungen *geschlechtsspezifischer Gewalt*» (Hervorhebung durch die Autorenschaft).

<sup>123</sup> Diese Lesart wird gestützt durch den erläuternden Bericht, gemäss dem der Begriff «geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen» in der Istanbul-Konvention als Synonym zum Ausdruck «geschlechtsspezifische Gewalt» zu verstehen ist, wie er in der Allgemeinen Empfehlung Nr. 19 des CEDAW-Ausschusses zum Thema Gewalt gegen Frauen, der Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen zur Beseitigung der Gewalt gegen Frauen (1993) und der Empfehlung Rec(2002)5 des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedstaaten zum Schutz von Frauen vor Gewalt (2002) gebraucht wird (erläuternder Bericht, Ziff. 44).

<sup>124</sup> ACAR FERIDE – POPA RALUCA MARIA, From Feminist Legal Project to Groundbreaking Regional Treaty: The Making of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, *Journal européen des droits de l'homme*, Nr. 3, 2016, S. 287–319, S. 295–296. Dabei ist zu beachten, dass die Begriffe geschlechtsspezifische Gewalt und Gewalt gegen Frauen ursprünglich synonym verwendet wurden (siehe insbesondere CEDAW-AUSSCHUSS, Allgemeine Empfehlung Nr. 19, bereits zitiert [Fn. 101]).

<sup>125</sup> Art. 3 Bst. f Istanbul-Konvention; siehe auch erläuternder Bericht Ziff. 46.

<sup>126</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 46. Diese Auslegung steht auch im Einklang mit der Präambel der Konvention, in der mehrmals die Mädchen erwähnt werden: «mit grosser Sorge feststellend, dass Frauen und Mädchen häufig schweren Formen von Gewalt wie häuslicher Gewalt, [...] und Genitalverstümmelung ausgesetzt sind, die eine schwere Verletzung der Menschenrechte von Frauen und Mädchen sowie ein Haupthindernis für das Erreichen der Gleichstellung von Frauen und Männern darstellen»; «in der Erkenntnis, dass Frauen und Mädchen einer grösseren Gefahr von geschlechtsspezifischer Gewalt ausgesetzt sind als Männer» (Hervorhebung durch die Autorenschaft).

<sup>127</sup> Siehe auch NIEMI – VERDU SANMARTIN, bereits zitiert (Fn. 116), S. 86.

hang mit der Verstümmelung weiblicher Genitalien unter Strafe zu stellen. Dazu zählen auch Verhalten, durch die eine Frau dazu genötigt oder gebracht wird oder ein Mädchen dazu verleitet, genötigt oder dazu gebracht wird, sich einer Genitalverstümmelung zu unterziehen.<sup>128</sup>

Die zweite Frage betrifft die Abgrenzung des Begriffs «Frauen», insbesondere die Frage, ob sich der Begriff auf das amtliche Geschlecht<sup>129</sup> einer Person oder auf ihre Geschlechtsidentität bezieht. Diese Frage ist besonders wichtig für trans\* Frauen, also für Frauen, die sich als Frauen identifizieren, denen aber bei der Geburt das männliche Geschlecht zugewiesen wurde.<sup>130</sup> Wie nachstehend ausgeführt, muss der Begriff «Frauen» im Lichte des in Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention verankerten Grundsatzes der Nichtdiskriminierung ausgelegt werden und umfasst daher jede Person, die sich als Frau identifiziert, unabhängig von ihrem amtlichen Geschlecht.<sup>131</sup>

Drittens schliesslich soll die Frage beantwortet werden, ob der persönliche und materielle Geltungsbereich besondere Anforderungen an die Nationalität oder den Aufenthaltsstatus der betreffenden Frauen stellt. Mit anderen Worten soll in Erfahrung gebracht werden, ob die Istanbul-Konvention nur für Personen gilt, welche die Staatsangehörigkeit des Vertragsstaates haben oder sich rechtmässig im Gebiet dieses Staates aufhalten. Kein Textelement der Istanbul-Konvention weist darauf hin, dass dies der Fall sein könnte. Wie bereits erwähnt, ist in den Artikeln 2 und 3, die den Geltungsbereich festlegen und die verwendeten Begriffe definieren, von «Frauen» die Rede, ohne Bezugnahme auf den Migrationsstatus. Eine systematische Lektüre der Istanbul-Konvention zeigt, dass dieses Übereinkommen im Gegenteil der Situation von Migrantinnen und Migranten besondere Aufmerksamkeit beimisst. So verbietet Artikel 4 Absatz 3, auf den weiter unten noch eingegangen wird,<sup>132</sup> ausdrücklich die Diskriminierung aufgrund «des Migranten- oder Flüchtlingsstatus», und verschiedene Bestimmungen verpflichten die Staaten, ein besonderes Augenmerk auf die Migrantinnen zu richten. Neben den Artikeln 59 bis 61 im Kapitel, das ausdrücklich dem Thema Migration und Asyl<sup>133</sup> gewidmet ist, legen namentlich die Artikel 12 und 18 genauer fest, dass die Präventionsmassnahmen (Art. 12 ff.) sowie die Schutz- und Unterstützungsmassnahmen (Art. 18 ff.) die «speziellen Bedürfnisse von Personen, die durch besondere Umstände schutzbedürftig geworden sind», berücksichtigen müssen. Dazu gehören auch Migrantinnen und Migranten sowie Sans-Papiers.<sup>134</sup>

<sup>128</sup> Art. 38 Bst. b und c Istanbul-Konvention; siehe auch erläuternder Bericht Ziff. 201. Die anderen Handlungen, die die Staaten unter Strafe stellen müssen, sind die Durchführung einer Verstümmelung der weiblichen Genitalien und die Bereitstellung der erforderlichen Mittel (Art. 38 Bst. a Istanbul-Konvention).

<sup>129</sup> In diesem Gutachten wird der Begriff «amtliches Geschlecht» verwendet, um auf das im Personenstandsregister eingetragene Geschlecht hinzuweisen. In der französischen Fassung wird der Begriff «'sexe' légal» verwendet, da dies der offiziellen Terminologie entspricht (siehe insbesondere den Wortlaut von Art. 30b des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR 210, der am 1. Januar 2022 in Kraft getreten ist; Art. 6 Bst. j des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister, SR 431.02; Art. 8 Bst. d der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004, SR 211.112.2). In der französischen Fassung soll mit den Anführungszeichen darauf hingewiesen werden, dass das im Personenstandsregister eingetragene Geschlecht (Französisch: *sexe*) zutreffender mit dem Begriff des sozialen Geschlechts (Französisch: *genre*) umschrieben würde, der auf die rechtliche und soziale Konstruktion verweist (siehe auch SCHLÄPPI – LOCHER, bereits zitiert [Fn. 112], N 10, S. 145).

<sup>130</sup> Transgender Network Switzerland TGNS, *Trans – Eine Informationsbroschüre. Von trans Menschen für trans Menschen und alle anderen*, 4. Aufl., Zürich 2020, S. 74; *Alternativbericht der Zivilgesellschaft 2021*, bereits zitiert (Fn. 2), S. 20.

<sup>131</sup> Für weiterführende Angaben siehe unten, N 39.

<sup>132</sup> Siehe unten, N 40 bis 42.

<sup>133</sup> Migrantinnen sind somit die einzige Gruppe, auf die die Istanbul-Konvention speziell eingeht. Auf diesen Aspekt weisen übrigens die Autorinnen hin, die bedauerten, dass es für LGBTIQ-Personen, insbesondere lesbische und trans\* Frauen, kein ähnliches Kapitel gibt (SOSA, bereits zitiert [Fn. 117], S. 35–36; NIEMI – VERDU SANMARTIN, bereits zitiert [Fn. 116], S. 86).

<sup>134</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 87 und 120.

24. **Materieller und persönlicher Geltungsbereich: Begriff «häusliche Gewalt».** – Wie bereits erwähnt, unterscheidet die Istanbul-Konvention zwischen Gewalt gegen Frauen im weiteren Sinn und «häuslicher Gewalt». Der Begriff «häusliche Gewalt» bezeichnet gemäss Artikel 3 Buchstabe b «alle Handlungen körperlicher, sexueller, psychischer oder wirtschaftlicher Gewalt, die innerhalb der Familie oder des Haushalts oder zwischen früheren oder derzeitigen Eheleuten oder Partnerinnen beziehungsweise Partnern vorkommen, unabhängig davon, ob der Täter beziehungsweise die Täterin denselben Wohnsitz wie das Opfer hat oder hatte». Auch wenn die Istanbul-Konvention hauptsächlich auf Gewalt gegen Frauen, einschliesslich häuslicher Gewalt, ausgerichtet ist, ermutigt sie im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt in Artikel 2 Absatz 2 die Staaten, das Übereinkommen auf alle Opfer häuslicher Gewalt, unabhängig vom Geschlecht, anzuwenden,<sup>135</sup> also auch auf Männer (sowie Knaben). Aus diesem Grund wurde in der Istanbul-Konvention der Begriff «Opfer» geschlechtsneutral formuliert.<sup>136</sup>

Diese Ermutigung der Staaten ist das Ergebnis eines Kompromisses, der während der Erarbeitung des Übereinkommens insbesondere aufgrund jener Stimmen zustande kam, die darauf hinwiesen, dass auch Männer Opfer von häuslicher Gewalt sein können.<sup>137</sup> Diese Option ändert jedoch nichts daran, dass häusliche Gewalt gemäss der Istanbul-Konvention Frauen unverhältnismässig stark betrifft und sie in ungleichen Machtverhältnissen von Frauen und Männern wurzelt.<sup>138</sup> Diese Konzeptualisierung hat insbesondere zur Folge, dass die Staaten verpflichtet sind, beim Umgang mit häuslicher Gewalt eine geschlechtersensible Perspektive einzunehmen.<sup>139</sup> Es liegt also selbst dann eine Asymmetrie vor, wenn die Istanbul-Konvention auf alle Opfer – einschliesslich der Männer – von häuslicher Gewalt angewendet wird.

In formeller Hinsicht stellt sich die Frage, in welcher Form die Anwendung der Istanbul-Konvention auf alle Opfer häuslicher Gewalt erfolgen muss. In der Schweiz beispielsweise hat der Bundesrat in seiner Botschaft einfach erklärt, dass «im schweizerischen Straf- und Zivilrecht [...] die massgeblichen Bestimmungen grundsätzlich geschlechtsneutral formuliert und daher auf beide Geschlechter anwendbar»<sup>140</sup> sind. Kann man wirklich davon ausgehen, dass es sich dabei um eine Ausweitung des Geltungsbereichs handelt, wenn keine formelle Erklärung vorliegt?<sup>141</sup> In seiner Botschaft hielt der Bundesrat fest, dass es den Vertragsstaaten freistehe, «ob und wie» sie die Istanbul-Konvention auch auf Männer und Knaben anwenden wollen. Dies entspricht dem erläuternden Bericht, gemäss dem es den Vertragsparteien freisteht, die Artikel des Übereinkommens zu häuslicher Gewalt auch auf Männer und Knaben anzuwenden und «dies auf eine Art und Weise tun, die ihnen am besten geeignet erscheint und die vor allem die Besonderheiten des nationalen Kontextes und die Entwicklung in ihrer Gesellschaft berücksichtigt».<sup>142</sup> Diese Überlegungen schei-

<sup>135</sup> Art. 2 Abs. 2 Istanbul-Konvention.

<sup>136</sup> Art. 3 Bst. e Istanbul-Konvention.

<sup>137</sup> CAHVIO (2009) 31, S. 32 und 39; CAHVIO (2010) 11, S. 3-4; ACAR – POPA, bereits zitiert (Fn. 124), S. 299; siehe auch erläuternder Bericht, Ziff. 27.

<sup>138</sup> Präambel und Art. 3 Bst. a Istanbul-Konvention; erläuternder Bericht, Ziff. 5, 19–21 und 25–27.

<sup>139</sup> Art. 2 Abs. 2 *in fine* Istanbul-Konvention; GREVIO, *Mid-term horizontal review of GREVIO baseline evaluation reports*, 10. Mai 2021, Ziff. 11–15 und Ziff. 19–20.

<sup>140</sup> Botschaft, bereits zitiert (Fn. 1), BBl 2017 185, 194.

<sup>141</sup> Gemäss dem Alternativbericht der Zivilgesellschaft hat sich «[d]ie Schweiz [...] zum Ziel gesetzt, [...] Massnahmen zu [h]äuslicher Gewalt unabhängig vo[m] Geschlecht umzusetzen», und in diesem Zusammenhang ist von einer «Absichtserklärung der Schweiz» die Rede (*Alternativbericht der Zivilgesellschaft 2021*, bereits zitiert, [Fn. 2], S. 20). Es existiert also keine formelle Erklärung (für die Erklärungen der Schweiz bei der Ratifikation, siehe <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2018/168/de> [zuletzt aufgerufen am 11. Oktober 2021]).

<sup>142</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 37.



nen eher auf die Möglichkeit einer fakultativen, sozusagen «à la carte»-Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens hinzudeuten als auf eine Ausweitung des Geltungsbereichs, was insbesondere Fragen zum Überwachungsmechanismus des Übereinkommens aufwirft.

25. **Erkenntnisse und Zwischenfazit.** – Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass der materielle Geltungsbereich der Istanbul-Konvention in erster Linie Gewalt gegen Frauen betrifft, wozu auch häusliche Gewalt gegen Frauen gehört. Daher beschränkt sich der persönliche Geltungsbereich des Übereinkommens vor allem auf Frauen, einschliesslich der minderjährigen Frauen (Mädchen) ungeachtet deren Alter. Das Übereinkommen legt nicht fest, was unter «Frauen» zu verstehen ist, aber dieser Begriff muss, wie nachfolgend erläutert, im Lichte des Diskriminierungsverbots gelesen werden.<sup>143</sup> In Bezug auf den Migrationsstatus sieht die Istanbul-Konvention keine besonderen Anforderungen vor; auch hier muss das Übereinkommen im Lichte des Diskriminierungsverbots gelesen werden. Darauf wird später eingegangen.<sup>144</sup>

In zweiter Linie können die Vertragsstaaten – wenn sie wollen, aber ohne dazu verpflichtet zu sein –, den materiellen und persönlichen Geltungsbereich der Istanbul-Konvention auf häusliche Gewalt gegen Männer und Knaben ausweiten. Wenn sie dies tun, sind sie dennoch verpflichtet, die häusliche Gewalt gegen Frauen gemäss einem geschlechtersensiblen Ansatz anzugehen und zu verstehen.<sup>145</sup>

## 2. Territorialer Geltungsbereich der Istanbul-Konvention

26. **Relatives Schweigen der Istanbul-Konvention zu ihrem territorialen Geltungsbereich und geltende allgemeine Grundsätze.** – In der Istanbul-Konvention wird der territoriale Geltungsbereich so gut wie nicht behandelt, mit Ausnahme von Artikel 77, wonach die Vertragsstaaten die Möglichkeit haben, die Anwendung des Übereinkommens auf bestimmte Hoheitsgebiete einzugrenzen und auszuweiten,<sup>146</sup> und den besonderen Bestimmungen zur Verfolgung bestimmter im Ausland begangener Straftaten (Art. 44).

Ansonsten und ganz allgemein sind daher zunächst die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung von Völkerrechtsverträgen heranzuziehen, gemäss denen der Vertrag zuallererst territoriale Wirkung hat und die Extraterritorialität die Ausnahme darstellt.<sup>147</sup> Im Rahmen mehrerer internatio-

<sup>143</sup> Siehe unten, N 39.

<sup>144</sup> Siehe unten, N 40 bis 42.

<sup>145</sup> Art. 2 Abs. 2 Istanbul-Konvention; erläuternder Bericht, Ziff. 37; siehe unten, N 38.

<sup>146</sup> Art. 77 Abs. 1 der Istanbul-Konvention sieht vor, dass «[j]eder Staat oder die Europäische Union [...] bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung der Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde einzelne oder mehrere Hoheitsgebiete bezeichnen [kann], auf die dieses Übereinkommen Anwendung findet»; in Abs. 2 und 3 werden die Möglichkeiten zur Eingrenzung oder Ausweitung des territorialen Geltungsbereichs präzisiert. Diese Klausel, mit der der räumliche Anwendungsbereich genauer festgelegt werden kann, ist historisch darauf zurückzuführen, dass die Verwaltungsmächte in der Kolonialzeit das Bedürfnis hatten, den Anwendungsbereich eines Vertrags für die Kolonialgebiete genauer festzulegen («Kolonialklausel»), DUPUY PIERRE-MARIE – KERBRAT YANN, *Droit international public*, 13. Aufl., Paris 2016, S. 327.

<sup>147</sup> Diese hauptsächlich territoriale Anwendung der Verträge durch die Vertragsstaaten muss in Beziehung gesetzt werden zur territorialen Zuständigkeit der Staaten, welche diesen grundsätzlich gestattet, die Einmischung anderer Staaten in ihrem Hoheitsgebiet auszuschliessen und alle Befugnisse auszuüben, die mit der Eigenschaft als Hoheitsträger verbunden sind, DUPUY – KERBRAT, bereits zitiert (Fn. 146), S. 86–87.

nalere Menschenrechtsverträge ergibt sich die – wenn auch aussergewöhnliche – anwendbare Extraterritorialität dieser Übereinkommen aus dem Begriff der «Gerichtsbarkeit»,<sup>148</sup> wie er von den Überwachungsorganen dieser Verträge ausgelegt wird. So sind der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Menschenrechtsausschuss der Ansicht, dass ein Vertragsstaat, der eine tatsächliche Kontrolle über ein Gebiet im Ausland (im Fall einer militärischen Besetzung)<sup>149</sup> oder gar über eine Person ausübt (im Fall von Verhaftung oder Festhalten durch Staatsbedienstete),<sup>150</sup> gegenüber den Personen in diesem Gebiet oder gegenüber der Person unter seiner Kontrolle die Verpflichtungen des Vertrags einhalten muss.<sup>151</sup> Gemäss diesen Organen kann zudem ein Staat, insbesondere unter dem Aspekt des Folterverbots, zur Verantwortung gezogen werden für unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, wenn eine Person in ein Land abgeschoben wird, in dem sie solchen Behandlungen ausgesetzt ist.<sup>152</sup> Die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hielt jedoch in einem relativ neuen Urteil fest, dass der Grundsatz des Non-Refoulement streng genommen keine extraterritoriale Anwendung der EMRK darstelle, da sich die Person im Hoheitsgebiet des Vertragsstaates befand und «daher offensichtlich seiner Gerichtsbarkeit unterstand».<sup>153</sup>

27. **Notwendigkeit eines Zuständigkeitstitels bei Straftaten im Ausland: Unterscheidung zwischen strafrechtlicher Zuständigkeit und Hilfe für Opfer in der Schweiz.** – Die Istanbul-Konvention enthält keine Klausel zur «Gerichtsbarkeit» des Vertragsstaates, die den Umfang dieser Verpflichtungen umschreibt. Angesichts der vorangehenden Überlegungen ist jedoch festzuhalten, dass ein Vertrag vor allem territoriale Wirkung hat. Damit sich eine extraterritoriale Wirkung im eigentlichen Sinne entfaltet, also wenn eine Tat im Ausland stattfand oder sich die betreffende Person im Ausland befindet, muss die «Gerichtsbarkeit» oder die «Zuständigkeit»<sup>154</sup> des Staates

<sup>148</sup> Art. 1 EMRK zum Beispiel: «Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu»; vgl. BESSON SAMANTHA, The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, *Leiden Journal of International Law* 2012, Bd. 25, S. 857–884, S. 862–864; WILDE RALPH, The extraterritorial application of human rights law on civil and political rights, in: Scott Sheeran/Nigel Rodley (Hrsg.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London 2013, S. 635–661, S. 637.

<sup>149</sup> EGMR (Grosse Kammer), Urteil *Loizidou gegen die Türkei*, Beschwerde Nr. 15318/89 vom 23. März 1995, § 62; EGMR (Grosse Kammer), Urteil *Zypern gegen die Türkei*, Beschwerde Nr. 25781 vom 10. Mai 2001, § 76 f.

<sup>150</sup> EGMR (Grosse Kammer), *Hirsi Jamaa gegen Italien*, Beschwerde Nr. 27765/09 vom 23. Februar 2012, § 81; EGMR (Grosse Kammer), Urteil *Öcalan gegen die Türkei*, Beschwerde Nr. 46221/99 vom 12. Mai 2005, § 91; EGMR (Grosse Kammer), Urteil *Medvedyev und andere gegen Frankreich*, Beschwerde Nr. 3394/03 vom 29. März 2010, § 67; MENSCHENRECHTSAUSSCHUSS (HRC), *Lilian Celiberti de Casariego gegen Uruguay*, Comm. Nr. 56/1979, CCPR/C/13/D/56/1979, 29. Juli 1981, Ziff. 10.3; HRC, *Lopez Burgos gegen Uruguay*, Comm. Nr. R.12/52, CCPR/C/13/D/52/1979, 29. Juli 1981, Ziff. 12.3.

<sup>151</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass der Menschenrechtsausschuss bei der Auslegung des UNO-Pakts II über den genauen Wortlaut hinausging (Art. 2 Abs. 1 des UNO-Pakts II hält Folgendes fest: «Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen [...] zu gewährleisten», (Hervorhebung durch die Autorenschaft), UN-AUSSCHUSS FÜR MENSCHENRECHTE, Allgemeine Bemerkung Nr. 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, Ziff. 10 (Personen im Gebiet oder unter der tatsächlichen Kontrolle des Staates), NOWAK MANDRED, Artikel 2, in: Manfred Nowak (Hrsg.), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2. Aufl., Kehl/Strasbourg/Arlington 2005, S. 27–75, N 27–31, S. 43–45; vgl. auch CEDAW-AUSSCHUSS, *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*, CEDAW/C/GC/28 (2010), Ziff. 12 (Personen im Gebiet oder der «tatsächlichen Gerichtsbarkeit» des Vertragsstaates [Übersetzung des Zitats]).

<sup>152</sup> EGMR, *Soering gegen das Vereinigte Königreich*, Beschwerde Nr. 14038/88, Urteil vom 7. Juli 1989, § 91.

<sup>153</sup> EGMR (Grosse Kammer), *M. N. und andere gegen Belgien*, Beschwerde Nr. 3599/18, Urteil vom 5. Mai 2020, § 120 (Übersetzung des Zitats).

<sup>154</sup> EGMR (Grosse Kammer), *Bankovic und andere gegen Belgien und andere*, Beschwerde Nr. 52207/99, Entscheidung vom 12. Dezember 2001, § 59–60.

festgestellt sein (durch eine Staatsangehörigkeit oder einen anderen Grund, bei dem es sich, wie weiter unten ausgeführt, um die Verfolgung von Straftaten handelt).

Unter diesem Gesichtspunkt ist es entscheidend, zwischen zwei Aspekten einer Situation mit Auslandsbezug zu unterscheiden. Nehmen wir als Beispiel den Fall einer Frau, die in Libyen Opfer einer Vergewaltigung wurde und sich nun in der Schweiz befindet. Beim Auslandsbezug handelt es sich um den Begehungsort der Straftat im Ausland. Aus Sicht der strafrechtlichen Verfolgung gegen die Täterschaft kann die Schweiz nur ein Strafverfahren einleiten und die Beschuldigten bestrafen, wenn ein Zuständigkeitstitel die Strafverfolgung ausserhalb des schweizerischen Hoheitsgebiets erlaubt (z. B. wenn die beschuldigte Person oder das Opfer die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt). Weiter unten wird auf die diesbezügliche Besonderheit der Istanbul-Konvention eingegangen. Wenn es jedoch um die Unterstützung für das sich in der Schweiz befindende «Opfer»<sup>155</sup> einer Straftat gemäss Istanbul-Konvention geht, insbesondere um die medizinische oder psychologische Unterstützung aufgrund des erlittenen Leidens, gibt es keine eigentliche extraterritoriale Wirkung der Istanbul-Konvention, da sich die Frau im (schweizerischen) Hoheitsgebiet befindet. Die Situation ist anders, wenn sich die Person, die Opfer einer Straftat gemäss Istanbul-Konvention geworden ist, ausserhalb des Hoheitsgebiets des Vertragsstaates befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, da das Übereinkommen vorsieht, dass dieser Staat in diesem Fall dem Opfer konsularischen Schutz gewähren muss (Art. 18 Abs. 5). Abgesehen von diesem konsularischen Schutz für die Opfer, die Staatsangehörige des Vertragsstaates sind, stellt sich die Frage der Extraterritorialität somit im Wesentlichen nur im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Zuständigkeit des Staates, die im Ausland begangenen Straftaten zu verfolgen.

In den folgenden Ausführungen geht es daher um diese beiden Aspekte im Zusammenhang mit dem territorialen Geltungsbereich der Istanbul-Konvention und dem Schweizer Kontext, d.h. einerseits um die Verfolgung von im Ausland begangenen Straftaten und andererseits um das Angebot von Hilfe- oder Unterstützungsleistungen für die Opfer.

28. **Verfolgung von Straftaten: von der Istanbul-Konvention beabsichtigte extraterritoriale Wirkung.** – Wie dargelegt, wird der Begriff der Extraterritorialität in der Istanbul-Konvention nur im Zusammenhang mit der Verfolgung von Straftaten erwähnt. Sowohl der erläuternde Bericht als auch das Übereinkommen selbst halten fest, dass der Grundsatz jener der Territorialität sei:<sup>156</sup> Jeder Staat ist verpflichtet, die in seinem Hoheitsgebiet begangenen Straftaten gemäss Istanbul-Konvention zu verfolgen (Art. 44 Abs. 1 Bst. a). Gemäss dem erläuternden Bericht begründet die Istanbul-Konvention keine extraterritoriale Verpflichtungen, unter Vorbehalt von Artikel 44 über die strafrechtliche Zuständigkeit für die im Ausland begangenen Straftaten.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> In der Istanbul-Konvention wird das «Opfer» mit Verweis auf die durch das Übereinkommen verbotenen materiellen Handlungen definiert. Dazu zählen Gewalt gegen Frauen und, für die anderen Opfer, häusliche Gewalt, wie aus Art. 3 Bst. e hervorgeht: «[D]er Begriff «Opfer» [bezeichnet] eine natürliche Person, die Gegenstand des unter den Buchstaben a [Gewalt gegen Frauen] und b [häusliche Gewalt] beschriebenen Verhaltens ist». Im Gegensatz dazu ist im Rahmen der Istanbul-Konvention keine Bedingung bezüglich des Ortes der Gewaltausübung mit dem Begriff «Opfer» verbunden. Dabei ist zu beachten, dass der Begriff «Opfer» im Sinne des Übereinkommens nicht voraussetzt, dass die Opfereigenschaft formell anerkannt wurde (z.B. in einem Strafverfahren); der Begriff wird einzig durch den Anwendungsbereich der Istanbul-Konvention (abgedeckte Gewaltformen) umschrieben. Vgl. diesbezüglich das Urteil des EGMR, *J.L. gegen Italien*, bereits zitiert (Fn. 95), § 105 (in dem die Regierung des angeklagten Staates geltend macht, dass die Istanbul-Konvention nicht relevant sei, weil der Beschwerdeführerin von den zuständigen italienischen Justizbehörden die Eigenschaft als Gewaltopfer nicht zuerkannt worden sei).

<sup>156</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 222.

<sup>157</sup> Vgl. jedoch auch den bereits erwähnten Art. 18 Abs. 5 Istanbul-Konvention zur Verpflichtung der Staaten, konsularischen Schutz und besondere Hilfe zu gewähren, wenn sich das Opfer, das ihre Staatsangehörigkeit hat, ausserhalb des Landes seiner Staatsangehörigkeit befindet (erläuternder Bericht Ziff. 122).

Wurde eine solche Straftat jedoch im Ausland begangen, so verpflichtet die Istanbul-Konvention die Vertragsstaaten, ihre Gerichtsbarkeit zu begründen, um die nach dem Übereinkommen umschriebenen Straftaten zu verfolgen, die an Bord eines Schiffes oder eines Luftfahrzeugs, das die Flagge dieser Vertragsparteien führt (Art. 44 Abs. 1 Bst. b und c), sowie von einem ihrer Staatsangehörigen (Art. 44 Abs. 1 Bst. d) begangen werden. Die Istanbul-Konvention geht diesbezüglich sogar über das Nationalitätsprinzip hinaus. In einer im Vergleich zu vielen innerstaatlichen Rechtsordnungen neuen Art und Weise verpflichtet sie die Vertragsstaaten – wenn auch mit der Möglichkeit, zu diesem Punkt einen Vorbehalt anzubringen oder diese Gerichtsbarkeit an Bedingungen zu knüpfen –, ihre Gerichtsbarkeit für Straftaten zu begründen, die von Personen begangen werden, die ihren «gewöhnlichen Aufenthalt» im Hoheitsgebiet des Vertragsstaates haben (Art. 44 Abs. 1 Bst. e). Die Schweiz machte von der in der Konvention vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch und brachte zu dieser letzten Bestimmung einen Vorbehalt an. Zudem werden die Staaten durch die Istanbul-Konvention nicht verpflichtet, sondern lediglich ermutigt, ihre Gerichtsbarkeit zu begründen, um Straftaten zu verfolgen, die gegen einen Staatsangehörigen bzw. eine Staatsangehörige oder eine Person, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet hat, begangen werden (Art. 44 Abs. 2).

Weiter sind die Staaten gemäss der Istanbul-Konvention verpflichtet, die Verfolgung der schwersten Straftaten<sup>158</sup> (sexuelle Gewalt, Zwangsheirat, Verstümmelung weiblicher Genitalien, Zwangsabtreibung und Zwangssterilisation) nicht an die Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit (im ausländischen Land, in dem die Straftat begangen wurde, und im betreffenden Staat) zu knüpfen (Art. 44 Abs. 3). Bei der Zwangsheirat und der Verstümmelung weiblicher Genitalien handelt es sich um Straftaten, bei denen davon ausgegangen wird, dass sie häufiger im Ausland begangen werden als auf dem europäischen Boden der Vertragsstaaten. Die Schweiz hat einen Vorbehalt zu Artikel 44 Absatz 3 angebracht: Sie behält sich die Möglichkeit vor, diese Bestimmung bei sexueller Gewalt gegen Erwachsene (Art. 36) sowie bei Zwangsabtreibung und Zwangssterilisation (Art. 39) nicht anzuwenden. Für solche schweren Straftaten, die im Ausland begangen wurden von einer Person mit gewöhnlichem Aufenthalt in – oder Staatsangehörigkeit – der Vertragspartei (hier: der Schweiz), soll zudem die Verfolgung nicht von einem allfälligen Strafantrag oder einem Strafverfahren im Staat, in dem die Straftat begangen wurde, abhängig gemacht werden.

So sieht die Istanbul-Konvention im Bereich der Verfolgung der Straftaten gemäss dem Übereinkommen ausdrücklich eine extraterritoriale Anwendung vor. Bei bestimmten schweren Straftaten, die häufig in einem Staat ausserhalb der Vertragsstaaten begangen werden (oder begangen werden können), wie Zwangsheirat und die Verstümmelung weiblicher Genitalien, sieht die Istanbul-Konvention sogar Verpflichtungen vor, die die strafrechtliche Verfolgung der Verantwortlichen sowie der Gehilfenschaft erleichtern (insbesondere die Aufhebung der Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit). Diese Ausdehnung der extraterritorialen Zuständigkeit durch Verzicht auf das traditionelle Kriterium der beidseitigen Strafbarkeit wurde in den Sozialwissenschaften in Bezug auf die Verstümmelung weiblicher Genitalien kritisiert.<sup>159</sup> In der Schweiz wurde die aus dem neuen Artikel 124 des Strafgesetzbuchs (StGB) abgeleitete universelle Gerichtsbarkeit<sup>160</sup> im Bereich der

---

<sup>158</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 227.

<sup>159</sup> Vgl. MESTRE I MESTRE RUTH – JOHNSDOTTER SARA, Court cases, cultural expertise, and «female genital mutilation» in Europe, *Studies in Law Politics and Society*, Nr. 78, 2019, S. 95–113.

<sup>160</sup> SR 311.0.

Verstümmelung weiblicher Genitalien unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips ebenfalls stark kritisiert.<sup>161</sup>

29. **Unterstützungsangebote für Opfer: kein Erfordernis des Begehungsortes der Straftat im Rahmen der Istanbul-Konvention.** – Die Istanbul-Konvention sieht in ihrem Kapitel IV «Schutz und Unterstützung» eine Reihe von Verpflichtungen für die Vertragsstaaten in Sachen Hilfs- und Unterstützungsangebote für die Opfer vor.<sup>162</sup> Die Hilfe der Vertragsstaaten an die Opfer von Straftaten gemäss dem Übereinkommen umfasst insbesondere die Bereitstellung von Informationen (Art. 19), den Zugang zu Massnahmen, die ihre Genesung erleichtern, namentlich zu Diensten wie rechtlicher und psychologischer Beratung, finanzieller Unterstützung, Unterkunft, Ausbildung, Schulung und Unterstützung bei der Arbeitssuche (Art. 20 Abs. 1) sowie den Zugang zu Gesundheits- und Sozialdiensten (Art. 20 Abs. 2). Zudem muss der Staat Mechanismen für Einzel- oder Sammelklagen (Art. 21), spezialisierte Hilfsdienste für die Opfer von Straftaten gemäss der Istanbul-Konvention (Art. 22) wie Schutzunterkünfte (Art. 23) usw. bereitstellen. Im Kontext der Schutz- und Unterstützungsmassnahmen für die Opfer und der Unterstützungsverpflichtung der Vertragsstaaten ist das Übereinkommen aus extraterritorialer Sicht unproblematisch, da sich die betroffenen Frauen im Hoheitsgebiet des betreffenden Vertragsstaates aufhalten und die Staaten diese Art von Leistungen grundsätzlich nur für Opfer erbringen müssen, die sich in ihrem Hoheitsgebiet befinden. Den Personen, die sich im Ausland befinden, muss der Vertragsstaat jedoch, wie oben erwähnt, konsularischen Schutz gewähren, wenn es sich um Staatsangehörige handelt (Art. 18 Abs. 5).<sup>163</sup> In diesem besonderen Fall macht aber die Istanbul-Konvention selber eine Ausnahme von der Extraterritorialität, die auf einer Unterscheidung aufgrund der Nationalität der betroffenen Person basiert. In allen anderen Fällen, das heisst, wenn sich die Opfer im Hoheitsgebiet des betreffenden Vertragsstaates aufhalten, wird das Übereinkommen gemäss dem Territorialitätsprinzip angewendet.

Für diese Schutz-, Unterstützungs- oder Hilfsmassnahmen macht die Istanbul-Konvention keine Unterscheidung nach dem Begehungsort der Straftaten oder dem Ort, an dem die Gewalttaten erlitten wurden. Somit gelten die in der Istanbul-Konvention festgelegten besonderen Verpflichtungen des Staates zum Schutz und zur Unterstützung der Opfer, insbesondere der Zugang zu Unterstützungsangeboten, unabhängig vom Begehungsort der Straftat. Denn der Begriff des Opfers und die Tatsache, dass sich das Opfer konkret im Einflussbereich des Vertragsstaates befindet, löst die Verpflichtung des Vertragsstaates aus, dem Opfer den Zugang zu einem Unterstützungsangebot zu gewährleisten, und nicht der Ort, an dem die Gewalttat ausgeübt wurde.<sup>164</sup> Diese Auslegung geht sowohl aus dem Wortlaut der Istanbul-Konvention (durch Umkehrschluss, da der Wortlaut kein Erfordernis des Begehungsortes der Straftat vorsieht)<sup>165</sup> als auch aus der hauptsächlich

<sup>161</sup> GLASSEY LUDWICZAK MARIA, Le principe de l'universalité illimitée de la poursuite pénale et les mutilations génitales féminines : remarques à propos de l'ATF 145 IV 17, *Forumpoenale* 2019, Nr. 6, S. 463–468, sowie im Zusammenhang mit dem Risiko eines Asylausschlusses, HAUSAMMANN CHRISTINA, Bestrafung für weibliche Genitalbeschneidung im Ausland, Kritik zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. Februar 2019, Website des SKMR, 2019, <https://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/bestrafung-fgmc-ausland.html> (letztmals aufgerufen am 11. Oktober 2021).

<sup>162</sup> Weiter unten wird näher auf die Leistungen gemäss Kapitel V der Istanbul-Konvention eingegangen, insbesondere im Zusammenhang mit der Frage der Wiedergutmachung in Form von Schadenersatz; vgl. unten, insbesondere N 42.

<sup>163</sup> Oder alle Personen, die entsprechend den internationalen Abkommen Anspruch auf konsularischen Schutz dieses Staates haben, vgl. zu diesem Punkt erläuternder Bericht, Ziff. 123.

<sup>164</sup> In Verbindung mit der Sorgfaltspflicht nach Art. 5 Abs. 2 der Konvention.

<sup>165</sup> So z. B. Art. 20 Abs. 1, der Folgendes vorsieht: «Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen, um sicherzustellen, dass Opfer Zugang zu Diensten erhalten, die ihre Genesung nach Gewalt erleichtern [...]»

territorialen Anwendung der Konvention hervor (das Opfer befindet sich in schweizerischem Hoheitsgebiet).

Diese Auslegung, die sich unseres Erachtens aus dem Wortlaut selber und aus der Systematik der Istanbul-Konvention ergibt, wird gestützt durch jene von GREVIO, die in vielen Länderberichten auf die Notwendigkeit hinweist, dass Flüchtlingsfrauen und Migrantinnen Zugang zu Unterstützungsangeboten gewährt werden muss, auch wenn sie in ihrem Herkunftsland oder einem Durchgangsland auf dem Weg in das Aufnahmeland Opfer von Gewalt wurden,<sup>166</sup> was gemäss dem erläuternden Bericht der Istanbul-Konvention häufig geschieht.<sup>167</sup> Im besonderen Fall von Verstümmelungen weiblicher Genitalien, die fast immer im Herkunftsland der Opfer ausgeführt werden (oder ausgeführt werden können), ist GREVIO der Ansicht, dass die Bestimmungen über den Zugang zu den allgemeinen und spezialisierten Hilfsdiensten für die Opfer gelten.<sup>168</sup> Das Gleiche trifft nach Ansicht von GREVIO auch auf die auf Gewalt spezialisierten Hilfsdienste für Frauen und Mädchen zu, die vor einer Zwangsheirat (in ihrem Herkunftsland)<sup>169</sup> flüchten. Diese Dienste müssen gemäss der Istanbul-Konvention für diese Personen zugänglich sein.<sup>170</sup> In dieser Hinsicht soll, wie weiter unten nochmals ausgeführt, die Nichtdiskriminierungsklausel bei der Umsetzung der Istanbul-Konvention (Art. 4 Abs. 3) gemäss dem erläuternden Bericht genau das verhindern, dass Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen beim Zugang zu Hilfsdiensten auf Hindernisse stoßen.<sup>171</sup>

30. **Unterstützungsangebote im schweizerischen Recht und Problematik des Begehungsortes der Straftat.** – Im schweizerischen Recht können Opfer einer im schweizerischen Hoheitsgebiet oder im Ausland begangenen Straftat verschiedene Unterstützungsangebote in Anspruch nehmen. Dabei kann es sich um Leistungen handeln, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, der Sozialhilfe oder der Nothilfe übernommen werden, oder um eine spezifische Betreuung in den Bundesasylzentren gemäss dem Asylgesetz,<sup>172</sup> aber auch um Leistungen der Gesetzgebung über die Hilfe sowie die Schutz- und Unterstützungsmassnahmen für Opfer von Straftaten und Gewalt, innerhalb der das Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG)<sup>173</sup> einen wichtigen Pfeiler darstellt. Wie sein Name sagt, sieht dieses Gesetz verschiedene Unterstützungsmassnahmen für Opfer von Straftaten vor, insbesondere in Form von Beratungs- und Hilfeleistungen, die von spezifischen Beratungsstellen erbracht werden. Dabei stellt dieses Gesetz zweifellos die Regelung dar, die in unserem Land die Istanbul-Konvention am stärksten konkretisiert, insbesondere wenn es um die Schutz- und Unterstützungsmassnahmen geht.

---

<sup>166</sup> «Das [...] verfolgte Ziel besteht darin, einige besondere Formen von Gewalt gegen Frauen, die ausserhalb der Staatsgebiete, in denen dieses Übereinkommen gilt, ausgeübt werden können und auch häufig ausgeübt werden, z. B. Zwangsheirat, die Verstümmelung weiblicher Genitalien, Zwangsabtreibung und Zwangssterilisation, zu bekämpfen», erläuternder Bericht, Ziff. 227.

<sup>167</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 313 und 315.

<sup>168</sup> GREVIO, Baseline Evaluation Report, France, 19. November 2019, Ziff. 144; GREVIO, Baseline Evaluation Report, Italy, 13. Januar 2020, Ziff. 136; Baseline Evaluation Report, Finnland, 2. September 2019, Ziff. 109.

<sup>169</sup> GREVIO, Bericht Frankreich, bereits zitiert (Fn. 168), Ziff. 197 (erzwungene Reise ins Ausland, in dieser Form werden häufig Zwangsheiraten vom Aufnahmeland aus durchgeführt).

<sup>170</sup> GREVIO, Baseline Evaluation Report, Austria, 27. September 2017, Ziff. 102–104 und Empfehlung c) Ziff. 107; Bericht Finnland, bereits zitiert (Fn. 168), Ziff. 109.

<sup>171</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 53.

<sup>172</sup> SEM, Situation von Frauen und Mädchen in den Bundesasylzentren: Bericht zur Umsetzung der Massnahmen in Erfüllung des Postulates 16.3407 Feri vom 9. Juni 2016, Bern, 17. November 2021.

<sup>173</sup> SR 312.5.

Der Geltungsbereich dieses Gesetzes ist jedoch grundsätzlich auf in der Schweiz begangene Straftaten beschränkt. Artikel 3 OHG sieht Folgendes vor: «Opferhilfe wird gewährt, wenn die Straftat in der Schweiz begangen worden ist» (Abs. 1) und «[i]st die Straftat im Ausland begangen worden, so werden die Leistungen der Beratungsstellen unter den in diesem Gesetz genannten besonderen Bedingungen gewährt (Art. 17); Entschädigungen und Genugtuungen werden keine gewährt». Das Gesetz schliesst somit jede Form von Entschädigung und Genugtuung für Straftaten aus, die ausserhalb des schweizerischen Hoheitsgebiets begangen werden.<sup>174</sup> Zu den Hilfeleistungen der Beratungsstellen legt Artikel 17 OHG genauer fest, dass diese Leistungen «[b]ei einer Straftat im Ausland» nur geschuldet sind, wenn das Opfer «im Zeitpunkt der Straftat und im Zeitpunkt der Gesuchstellung Wohnsitz in der Schweiz hatte»; zudem ist die Hilfe in diesem Sinne subsidiär, als sie nur geleistet wird, wenn «der Staat, in dem die Straftat begangen wurde, keine oder keine genügenden Leistungen erbringt». Bei diesen Artikeln stellt sich somit die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Istanbul-Konvention.

Das Territorialitätsprinzip des OHG steht gemäss der Lehre im Einklang mit dem Europäischen Übereinkommen von 1983 über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten und beinhaltet keine Diskriminierung aufgrund der Nationalität oder des Wohnsitzes, wenn die Straftat in der Schweiz begangen wird.<sup>175</sup> Aus Sicht der Istanbul-Konvention führt dies jedoch zu Schwierigkeiten.

Die im OHG vorgesehene Einschränkung der Unterstützungsangebote auf (lediglich) die Opfer von in der Schweiz begangenen Straftaten, mit der die Opfer von Straftaten, die zwar unter den Geltungsbereich der Istanbul-Konvention fallen, aber im Ausland begangen werden, grundsätzlich<sup>176</sup> ausgeschlossen werden, scheint auf den ersten Blick dem Wortlaut, der Systematik und dem Zweck der Istanbul-Konvention, wie sie von GREVIO und dem Ministerkomitee ausgelegt wird, zu widersprechen. Es stellt sich zudem die Frage, inwiefern die Einschränkung, dass für Leistungen der Beratungsstellen für im Ausland begangene Straftaten ein Wohnsitz in der Schweiz erforderlich ist, eine indirekte Diskriminierung (verboten gemäss Art. 4 Abs. 3 Istanbul-Konvention) gegenüber Migrantinnen und Migranten darstellen kann, die vor oder während der Reise in die Schweiz Opfer von Gewalt geworden sind. Auf diese Frage wird später eingegangen.<sup>177</sup>

31. **Erkenntnisse und Zwischenfazit.** – Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die Istanbul-Konvention eine Extraterritorialität bei der Zuständigkeit der Vertragsstaaten vorsieht, wenn es darum geht, bestimmte im Übereinkommen aufgeführte Straftaten zu verfolgen oder einer Person mit ihrer Staatsangehörigkeit im Ausland konsularischen Schutz zu gewähren. Bei den Schutz- und Unterstützungsmassnahmen für die Opfer solcher Straftaten, die sich in der Schweiz befinden, spielt der Begehungsort der Straftat hingegen keine Rolle. Hier gelten die in der Istanbul-Konvention vorgesehenen Verpflichtungen für die allgemeinen und spezialisierten Hilfsdienste für Opfer im schweizerischen Hoheitsgebiet gemäss dem Territorialitätsprinzip unabhängig von der Nationalität der Frau und dem Land, in dem die Gewalttat begangen wurde.

<sup>174</sup> Wie bereits erwähnt, wird weiter unten im Zusammenhang mit den diesbezüglichen durch Istanbul-Konvention auferlegten Verpflichtungen auf die Frage der Entschädigung eingegangen, vgl. unten, insbesondere N 42.

<sup>175</sup> SR 0.312.5; ZEHNTNER ANOUCK, Art. 3 OHG, in: Peter Gomm/Dominik Zehntner (Hrsg.), *Opferhilferecht*, 4. Aufl., Bern 2020, S. 38–42, S. 38 und 41; wo jedoch angemerkt wird, dass das Übereinkommen des Europarats von 1983, das auf dem Prinzip des Hoheitsgebiets beruht, in dem die Straftat begangen wurde, nur die Entschädigung betrifft, während das OHG das Territorialitätsprinzip auf alle Leistungen anwendet (S. 42). Zur Problematik der Nichtdiskriminierung bei in der Schweiz begangenen Straftaten, vgl. unten N 41.

<sup>176</sup> Ausser wenn die Voraussetzungen des Wohnsitzes in der Schweiz und der Subsidiarität erfüllt sind (vgl. unten N 29).

<sup>177</sup> Siehe unten, N 40 bis 42.

Im schweizerischen Recht sollte untersucht werden, ob die im OHG verankerte Einschränkung, wonach Opfer von im Ausland begangenen Straftaten für die Inanspruchnahme der Leistungen der Beratungsstellen ihren Wohnsitz in der Schweiz haben müssen, gegenüber Migrantinnen und Migranten, die vor oder auf der Reise in die Schweiz Opfer von Gewalt wurden, nicht eine indirekte Diskriminierung (verboten gemäss Art. 4 Abs. 3 Istanbul-Konvention) darstellen kann. Diese Frage wird weiter unten,<sup>178</sup> nach der Analyse des Grundsatzes des Diskriminierungsverbots, untersucht.

### C. Gleichstellung und Nichtdiskriminierungsgrundsatz (Art. 4 Abs. 3)

32. **Einleitende Bemerkungen: Stellenwert und Rolle der Gleichstellung und des Diskriminierungsverbots in der Istanbul-Konvention im Allgemeinen** – Die Grundsätze der Gleichstellung und der Nichtdiskriminierung liegen der ganzen Istanbul-Konvention zugrunde. Gemäss der Konvention stellt Gewalt gegen Frauen «eine Menschenrechtsverletzung und eine Form der Diskriminierung der Frau»<sup>179</sup> dar. Sie knüpft diesbezüglich an die Praxis des CEDAW-Ausschusses an, der 1992 in einer allgemeinen Empfehlung,<sup>180</sup> die explizit als Vorbild für die Istanbul-Konvention diente,<sup>181</sup> Gewalt gegen Frauen als Diskriminierung anerkannt hatte. Die Istanbul-Konvention geht sogar noch weiter, denn sie hält fest, dass es sich um eine Menschenrechtsverletzung handelt.<sup>182</sup> Diese Formulierung wurde anschliessend wiederum vom CEDAW-Ausschuss übernommen.<sup>183</sup>

Neben diesen Erwägungen enthält das Übereinkommen mit Artikel 4 eine spezifische Bestimmung der Gleichstellung und der Nichtdiskriminierung. In den Absätzen dieser Bestimmung sind die verschiedenen Verpflichtungen für die Vertragsstaaten festgehalten, die in ihrer Art und ihrem Umfang variieren.

Nachfolgend wird mehr oder weniger kurz auf die Relevanz dieser Absätze für dieses Rechtsgutachten eingegangen.

33. **Artikel 4 Absatz 1: Gewalt gegen Frauen als Diskriminierung.** – Im ersten Absatz von Artikel 4 wird zunächst das Recht jeder Person, «insbesondere von Frauen», bestätigt, «sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich frei von Gewalt zu leben» und festgehalten, dass die Vertragsstaaten die positive Verpflichtung haben, «die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Massnahmen zur Förderung und zum Schutz» dieses Rechts zu treffen.<sup>184</sup> Angesichts seiner allgemeinen Formulierung muss dieser erste Absatz als eine Erinnerung an die allgemein anerkannten Rechte und Pflichten<sup>185</sup> verstanden werden, die sich insbesondere aus dem Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, dem Verbot von Folter und unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlungen<sup>186</sup> ergeben. Darüber hinaus unterstreicht die ausdrückliche Erwähnung von Frauen

---

<sup>178</sup> Unten, N 40 bis 42.

<sup>179</sup> Art. 3 Bst. a Istanbul-Konvention; erläuternder Bericht, Ziff. 26 und 40.

<sup>180</sup> CEDAW-AUSSCHUSS, Allgemeine Empfehlung Nr. 19, bereits zitiert (Fn. 101); siehe bereits, aber weniger ausdrücklich CEDAW-AUSSCHUSS, General Recommendation No. 12: Violence against women, A/44/38 (1989).

<sup>181</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 40.

<sup>182</sup> ŠIMONVIĆ DUBRAVKA, Global and Regional Standards on Violence Against Women: The Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions, *Human Rights Quarterly*, Bd. 36, 2014, S. 590–606, bes. S. 602–604.

<sup>183</sup> CEDAW-AUSSCHUSS, Allgemeine Empfehlung Nr. 35, bereits zitiert (Fn. 101).

<sup>184</sup> Art. 4 Abs. 1 Istanbul-Konvention.

<sup>185</sup> Gemäss dem erläuternden Bericht trifft dies auf den ganzen Art. 4 zu («Die Bestimmungen aus den Artikeln 3 und 4 schaffen keine neuen Rechte, sondern klären Aspekte bestehender Menschenrechte», erläuternder Bericht, Ziff. 47).

<sup>186</sup> Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 3 EMRK.



einmal mehr das asymmetrische Gleichstellungskonzept,<sup>187</sup> das der Istanbul-Konvention zugrunde liegt, gemäss welcher Frauen aufgrund ihres Geschlechts Opfer von Gewalt sind<sup>188</sup> und von gewissen Formen von Gewalt, wie häuslicher Gewalt, unverhältnismässig stark betroffen sind,<sup>189</sup> weshalb Gewalt gegen Frauen in der Istanbul-Konvention als Diskriminierung konzeptualisiert ist.<sup>190</sup>

34. **Artikel 4 Absatz 2: die positiven gesetzlichen Verpflichtungen.** – Im zweiten Absatz von Artikel 4 sind die konkreten positiven Verpflichtungen festgehalten. Demnach sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die Grundsätze der Gleichstellung von Frauen und Männern und des Verbots der Diskriminierung der Frau in ihren Verfassungen oder Gesetzgebungen, also in ihrem Landesrecht, zu verankern, und vor allem ihre wirksame Durchsetzung zu gewährleisten, nötigenfalls auch durch Sanktionen, und «Vorgehensweisen, durch die Frauen diskriminiert werden» aufzuheben.<sup>191</sup> Es handelt sich also um positive gesetzliche Verpflichtungen, die die Schaffung und tatsächliche Verwirklichung eines angemessenen Rechtsrahmens zum Ziel haben.<sup>192</sup> Diese Verpflichtungen sind eng verbunden mit der Verhütung von – und dem Schutz vor – Gewalt gegen Frauen, wie sie in der Istanbul-Konvention umschrieben sind. In dieser wird Gewalt gegen Frauen als das Ergebnis «historisch gewachsener ungleicher Machtverhältnisse zwischen Frauen und Männern» und als eine Beherrschung der Frau durch den Mann verstanden und beschrieben.<sup>193</sup> Daher setzen eine wirksame Verhütung und Bekämpfung der Gewalt gegen Frauen die Umsetzung einer tatsächlichen Gleichstellung zwischen den Geschlechtern voraus.<sup>194</sup>

Die allgemeine Formulierung von Artikel 4 Absatz 2 sowie ein Vergleich mit Absatz 3, auf den noch eingegangen wird,<sup>195</sup> zeigen, dass diese gesetzlichen Verpflichtungen unabhängig von den anderen Artikeln der Konvention zur Anwendung gelangen.<sup>196</sup> Mit anderen Worten gelten sie generell und unabhängig davon, ob die anderen Bestimmungen des Übereinkommens berührt sind. Der Bundesrat teilte diese Auslegung, wie seine Botschaft zur Istanbul-Konvention zeigt.<sup>197</sup> Auf internationaler Ebene wird diese Auslegung durch den erläuternden Bericht bestätigt.<sup>198</sup> Es kann eine Parallele zu Artikel 2 des *Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung*

<sup>187</sup> Zu den symmetrischen und asymmetrischen Ansätzen der Gleichstellung siehe z. B. KLEBER ELEANOR, *La discrimination multiple. Etude de droit international, suisse et européen*, Genf/Zürich/Basel 2015, S. 53–59; MARTENET VINCENT, *Géométrie de l'égalité*, Genf/Zürich/Basel 2003, S. 424–456; KÄLIN WALTER – KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz. Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 4. Aufl., Basel 2019, N 11.51–11.56, S. 422–424.

<sup>188</sup> Präambel und Art. 3 Bst. d Istanbul-Konvention; erläuternder Bericht, Ziff. 44.

<sup>189</sup> Präambel und Art. 2 Abs. 1 Istanbul-Konvention; siehe auch erläuternder Bericht, Ziff. 19 und 42.

<sup>190</sup> Präambel und Art. 3 Bst. a Istanbul-Konvention; siehe auch erläuternder Bericht, Ziff. 5, 21 und 40.

<sup>191</sup> Art. 4 Abs. 2 Istanbul-Konvention.

<sup>192</sup> Zu den positiven gesetzlichen Verpflichtungen siehe insbesondere LAVRYSEN LAURENS, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Mortsels 2016, S. 69–129.

<sup>193</sup> Präambel der Istanbul-Konvention.

<sup>194</sup> Siehe auch erläuternder Bericht, Ziff. 21.

<sup>195</sup> Siehe nächste Fussnote.

<sup>196</sup> Art. 4 Abs. 2 Istanbul-Konvention; Art. 4 Abs. 3 Istanbul-Konvention im Umkehrschluss; erläuternder Bericht, Ziff. 54.

<sup>197</sup> Botschaft, bereits zitiert (Fn. 1), BBl 2017 185 197–199.

<sup>198</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 54.

der Frau (CEDAW) gezogen werden, der ähnliche Formulierungen enthält<sup>199</sup> und deren eigenständige Bedeutung anerkannt wurde.<sup>200</sup> Trotz seines unabhängigen Charakters schreibt Artikel 4 Absatz 2 der Istanbul-Konvention kein justiziables Individualrecht fest.<sup>201</sup> Aus der Formulierung dieser Bestimmung wird deutlich, dass sie sich in erster Linie an den Gesetzgeber richtet. Darin unterscheidet sie sich von anderen Nichtdiskriminierungsklauseln und insbesondere von Artikel 26 des UNO-Pakts II, in dem nicht nur ein eigenständiges, sondern auch ein direkt durchsetzbares Individualrecht verankert ist.<sup>202</sup>

35. **Artikel 4 Absatz 3: akzessorischer Charakter, Inhalt und Besonderheiten des Diskriminierungsverbots.** – Der dritte Absatz von Artikel 4 verbietet die Diskriminierung bei der Umsetzung der Istanbul-Konvention. Er hält folgendes fest: «Die Durchführung dieses Übereinkommens durch die Vertragsparteien, insbesondere von Massnahmen zum Schutz der Rechte der Opfer, ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität, des Alters, des Gesundheitszustands, einer Behinderung, des Familienstands, des Migranten- oder Flüchtlingsstatus oder des sonstigen Status sicherzustellen.»<sup>203</sup> Diese Nichtdiskriminierungsklausel bedarf einiger Klarstellungen.

Als Erstes stellt sich die Frage nach der Art und dem Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots nach Artikel 4 Absatz 3. Das Verbot hat akzessorischen Charakter, was bedeutet, dass es nur in Verbindung mit anderen Bestimmungen der Istanbul-Konvention zur Anwendung gelangt.<sup>204</sup> Solche akzessorischen Klauseln kommen in Menschenrechtsverträgen häufig vor; als Beispiel seien hier Artikel 14 EMRK<sup>205</sup> oder Artikel 2 Absatz 2 des Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und Artikel 2 Absatz 1 des Pakts über bürgerliche und politische Rechte<sup>206</sup> genannt. Für Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention geht dieser akzessorische Charakter aus der Bestimmung selber hervor, wonach «[d]ie Durchführung dieses Übereinkommens [...] ohne Diskriminierung»<sup>207</sup> sicherzustellen ist. Der akzessorische Charakter wird auch durch einen Vergleich

<sup>199</sup> Die Ähnlichkeit der Formulierungen ist kein Zufall, wobei die Formulierungen von Art. 2 CEDAW eher die mit der Erarbeitung der Istanbul-Konvention betrauten Personen inspiriert haben (siehe auch PERONI LOURDES, *Unleashing the Gender equality potential of the Istanbul Convention*, in: Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vadislava Stoyanova (Hrsg.), *International Law and Violence Against Women. Europe and the Istanbul Convention*, London 2020, S. 43–57, 53).

<sup>200</sup> SCHLÄPPI ERIKA – ULRICH SYLVIA – WYTENBACH JUDITH, Das Übereinkommen, in: Schläppi Erika/Ulrich Sylvia/Wytenbach Judith (Hrsg.), *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau*, S. 3–57, N 33, S. 22–23.

<sup>201</sup> Zur fehlenden Justiziabilität der ganzen Istanbul-Konvention siehe KÄLIN – KÜNZLI, bereits zitiert (Fn. 187), N. 11.67, S. 428.

<sup>202</sup> In diesem Sinne siehe z. B. die Botschaft des Bundesrats betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes, BBl 1991 I 1199–1201; für weiterführende Angaben siehe NOWAK MANFRED, Artikel 26, in: Manfred Nowak (Hrsg.), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2. Aufl., Kehl 2005, S. 597–634, N 12, S. 604–605; KÄLIN – KÜNZLI, bereits zitiert (Fn. 187), N. 3.77, S. 110.

<sup>203</sup> Art. 4 Abs. 3 Istanbul-Konvention.

<sup>204</sup> Für eine Erläuterung des akzessorischen Charakters einer Nichtdiskriminierungsklausel siehe z. B. NOWAK, Artikel 2, bereits zitiert (Fn. 151), N 15–17, S. 35–36.

<sup>205</sup> MEYER-LADEWIG JENS – LEHNER ROMAN, Artikel 14, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), *EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 4. Aufl., Basel 2017, S. 474–491, N 5–8, S. 476–477; PEUKERT WOLFGANG, Artikel 14, in: Jochen Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 3. Aufl., Kehl 2009, S. 401–418, N 2–4, S. 402–403.

<sup>206</sup> NOWAK, Artikel 2, bereits zitiert (Fn. 151), N 13–17, S. 34–36.

<sup>207</sup> Art. 4 Abs. 3 Istanbul-Konvention (Hervorhebung durch die Autorenschaft).

mit Absatz 2 der gleichen Bestimmung (systematisches Element) und dem erläuternden Bericht<sup>208</sup> bestätigt. Durch den akzessorischen Charakter wird jedoch einer Nichtdiskriminierungsklausel nicht die ganze eigenständige Bedeutung genommen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die massgeblich die Verfasserinnen und Verfasser der Istanbul-Konvention inspiriert hat, hält fest, dass das Diskriminierungsverbot zur Anwendung gelangt, sobald ein Sachverhalt in den Schutzbereich einer der anderen Bestimmungen fällt, ohne dass diese zwingend verletzt wird.<sup>209</sup>

Zweitens stellt sich im Zusammenhang mit Artikel 3 Absatz 4 der Istanbul-Konvention die Frage nach den verdächtigen – oder gar verbotenen – Unterscheidungsmerkmalen. Wie oben dargelegt, sind in dieser Klausel viele solche Merkmale aufgeführt, wovon die sexuelle Orientierung, die Geschlechtsidentität sowie der Migrations- oder Flüchtlingsstatus für dieses Gutachten von Interesse sind. Die Aufzählung ist im Übrigen nicht abschliessend, denn sie endet mit der Formulierung «oder des sonstigen Status».<sup>210</sup> Bei mehreren dieser Kriterien, aber insbesondere bei der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, handelt es sich um neue Aspekte, durch die sich die Istanbul-Konvention von anderen Menschenrechtsverträgen unterscheidet. Diese beiden Kriterien werden in der EMRK, den UNO-Pakten, der KRK und der BRK nicht ausdrücklich erwähnt.<sup>211</sup> Obwohl in diesen Übereinkommen nicht aufgeführt, sind diese beiden Kriterien in der Praxis immer häufiger anzutreffen, so dass bestätigt wurde, dass sowohl die sexuelle Orientierung als auch die Geschlechtsidentität zu den von den Menschenrechtsorganen allgemein als verdächtig – oder gar verboten – anerkannten Merkmale zählen.<sup>212</sup> Der Menschenrechtsausschuss als Pionier in diesem Bereich ist seit 1994 durchgehend der Ansicht, dass das in den Artikeln 2 Absatz 1 und 26 des UNO-Pakts II genannte Kriterium «Geschlecht» die sexuelle Orientierung mit einschliesst.<sup>213</sup> Andere Organe wie der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und der Ausschuss für die Rechte des Kindes sind ebenfalls der Ansicht, dass die sexuelle Orientierung einem «sonstigen Status» entspricht. Mit anderen Worten wird sie dem Auffangsmerkmal des Diskriminierungsverbots zugeordnet.<sup>214</sup> Das Kriterium der Geschlechtsidentität wird weniger systematisch erwähnt, ist aber trotzdem regelmässig anzutreffen, auch in abschliessenden Bemerkungen und einigen allgemeinen Bemerkungen.<sup>215</sup> Vor allem der CEDAW-Ausschuss hat präzisiert, dass Arti-

<sup>208</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 54.

<sup>209</sup> MEYER-LADEWIG – LEHNER, bereits zitiert (Fn. 205), N 5–8, S. 476–477; PEUKERT, bereits zitiert (Fn. 205), N 2–4, S. 402–403. Die Lektüre des Urteils *B. gegen die Schweiz* zur Witwen- und Witwerrente, in dem Art. 8 im Lichte von Art. 14 EMRK analysiert und daraus gefolgert wird, dass das schweizerische Recht gegen das Diskriminierungsverbot verstösst, veranschaulicht dies gut (siehe EGMR, *B. gegen die Schweiz*, Beschwerde Nr. 78630/12, Urteil vom 20. Oktober 2020, noch nicht endgültig).

<sup>210</sup> Art. 4 Abs. 3 Istanbul-Konvention.

<sup>211</sup> Art. 2 Abs. 1 KRK; Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I; Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II; Präambel Bst. p BRK. Das CEDAW, das voll und ganz den Fragen der Nichtdiskriminierung gewidmet ist, enthält keine Nichtdiskriminierungsklausel wie die meisten anderen erwähnten Verträge. Die sexuelle Orientierung ist jedoch in den Nichtdiskriminierungsklauseln des Vertrags über die Europäische Union (Art. 19) und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 21) aufgeführt.

<sup>212</sup> KÄLIN – KÜNZLI, bereits zitiert (Fn. 187), N 11.106, S. 442. Die Rechte von LGBTIQ-Personen sind auf internationaler Ebene jedoch alles andere als unumstritten und viele Aspekte dürfen nicht als fest verankerte, sondern müssen noch als neu entstehende Menschenrechte betrachtet werden (siehe auch LUTCHME PERSAD XAVIER, *An expanding human rights corpus: sexual minority rights as international human rights*, *Cardozo Journal of Law & Gender*, Bd. 20, 2014, S. 337–369, S. 362).

<sup>213</sup> HRC, *Toonen gegen Australien*, Beschwerde Nr. 488/1992, § 8.7; siehe bes. NOWAK, Artikel 26, bereits zitiert (Fn. 202), N 43 S. 623; KÄLIN – KÜNZLI, bereits zitiert (Fn. 187), N 11.106–11.112, S. 441–444.

<sup>214</sup> siehe z. B. CESCR, Allgemeine Bemerkungen Nr. 14, Ziff. 18; Nr. 15, Ziff. 13; Nr. 18, Ziff. 12; Nr. 20, Ziff. 32.

<sup>215</sup> Siehe z. B. CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 20, Ziff. 32; KRK, Allgemeine Bemerkung Nr. 13 Ziff. 60 und 72. Für weitere Hinweise siehe insbesondere GERBER PAULA – TIMOSHANKO AARON, *Is the UN Committee on the Rights of the*

kel 2 CEDAW die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität verbiete.<sup>216</sup> Auf regionaler Ebene haben sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als auch die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte eine umfangreiche Rechtsprechung zum Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung<sup>217</sup> und der Geschlechtsidentität<sup>218</sup> entwickelt.

So gesehen wurde in der Istanbul-Konvention eine Entwicklung kodifiziert, die in der Praxis der Menschenrechtsorgane bereits seit einiger Zeit zu beobachten ist. Dazu hält der erläuternde Bericht fest, dass sich die Aufzählung in Artikel 4 Absatz 3 an Artikel 14 EMRK, am Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK sowie an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anlehnt, die darauf hinweist.<sup>219</sup> Im Zusammenhang mit dem letzten Punkt wird im erläuternden Bericht das Urteil des Gerichtshofs im Fall *Salgueiro da Silva Mouta gegen Portugal* ausdrücklich erwähnt, in dem ein Verstoss gegen Artikel 14 EGMR wegen Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung des Beschwerdeführers festgestellt wurde<sup>220</sup>. Weiter wird festgehalten, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs für die Verfasserinnen und Verfasser der Istanbul-Konvention eine treibende Kraft war, insbesondere weil dort gewisse Gründe explizit aufgeführt wurden, die «im Hinblick auf die Zielsetzung des Übereinkommens von besonderem Interesse sind», darunter die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität<sup>221</sup>.

Die explizite Aufnahme der Geschlechtsidentität in das Diskriminierungsverbot erfolgte auf Hinwirken der *International Lesbian and Gay Association ILGA*, die sich ausdrücklich für die Anwendung des Übereinkommens auf alle trans\* Frauen aussprach, unabhängig von ihrem amtlichen Geschlecht.<sup>222</sup> Verschiedene Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie zivilgesellschaftliche Organisationen unterstützten die Aufnahme dieser Merkmale in das Diskriminierungsverbot.<sup>223</sup> Diese Aufnahme war jedoch keineswegs unumstritten, regte sich doch bei einigen Staaten Widerstand dagegen, insbesondere bei der russischen Delegation (gegen die sexuelle Orientierung) und bei der litauischen Delegation (gegen die Geschlechtsidentität).<sup>224</sup> Dieser Widerstand vermochte jedoch die Tragweite und die Bedeutung des Verbots der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität nicht zu schmälern, um so weniger, als er sich während dem Erarbeitungsprozess der Istanbul-Konvention nicht durchsetzte.

---

Child Doing Enough to Protect the Rights of LGBT Children and Children with Same-Sex Parents?, *Human Rights Law Review*, Bd. 21, 2021, S. 1–51, S. 9–46.

<sup>216</sup> CEDAW-Ausschuss, Allgemeine Empfehlungen Nr. 27, Ziff. 13; Nr. 28, Ziff. 18.

<sup>217</sup> Siehe z. B. Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, *Atala Riffo y niñas gegen Chile* vom 24. Februar 2012, § 83, 93; EGMR, *Salgueiro da Silva Mouta gegen Portugal*, Beschwerde Nr. 33290/96, Urteil vom 21. Dezember 1999, § 36; EGMR, *Identoba und andere gegen Georgien*, Beschwerde Nr. 73235/12, Urteil vom 12. Mai 2005, § 65–71.

<sup>218</sup> Siehe z. B. Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, *Identidad de género, y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión consultiva* vom 24. November 2017, Ziffer I; EGMR, *Hämäläinen gegen Finnland* (Grosse Kammer), Beschwerde Nr. 37359/09, Urteil vom 16. Juli 2014, § 107–113; EGMR, *A.M. und andere gegen Russland*, Beschwerde Nr. 47220/19, Urteil vom 6. Juli 2021, § 74–81 (noch nicht endgültig).

<sup>219</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 52.

<sup>220</sup> EGMR, *Salgueiro da Silva Mouta gegen Portugal*, bereits zitiert (Fn. 217), § 36.

<sup>221</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 53.

<sup>222</sup> ILGA Europe, «Submission to the Council of Europe Ad-Hoc Committee on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence. The need to ensure that the Convention on violence against women addresses effectively the obligation of member states to prevent and combat violence against lesbian, bisexual and transgender women», 8. September 2009; siehe auch ACAR – POPA, bereits zitiert (Fn. 124), S. 308.

<sup>223</sup> ACAR – POPA, bereits zitiert (Fn. 124), S. 308 und die dortigen Hinweise.

<sup>224</sup> CAHVIO (2010) 27 rev, S. 3–4.

36. **Artikel 4 Absatz 4: der Vorbehalt besonderer Massnahmen.** – Der vierte Absatz schliesslich präzisiert, dass besondere Massnahmen, die nur für Frauen ergriffen werden und die Männer ausschliessen, nicht diskriminierend sind, wenn sie «zur Verhütung von geschlechtsspezifischer Gewalt und zum Schutz von Frauen vor solcher Gewalt»<sup>225</sup> erforderlich sind. Der erläuternde Bericht weist darauf hin, dass diese Formulierung sowohl an Artikel 4 Absatz 1 CEDAW als auch an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anlehnt.<sup>226</sup> Artikel 4 Absatz 1 CEDAW sieht für die Staaten die Möglichkeit vor, zeitweilige Sondermassnahmen zur Herbeiführung der De-facto-Gleichstellung zu ergreifen.<sup>227</sup> Die Rechtsprechung ihrerseits hält fest, dass die Staaten in gewissen Fällen die positive Verpflichtung haben, eine unterschiedliche Behandlung vorzunehmen oder gar Sondermassnahmen einzuführen, um bestehende faktische Ungleichheiten zu beseitigen.<sup>228</sup>

Da die Frage der besonderen Massnahmen über den Rahmen des Auftrags für dieses Rechtsgutachten hinausgeht, wird hier nicht näher darauf eingegangen.

#### D. Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwischen dem Geltungsbereich der Istanbul-Konvention und dem Diskriminierungsverbot

37. **Verschiedene potenzielle Spannungsfelder zwischen dem Geltungsbereich der Istanbul-Konvention und dem Diskriminierungsverbot.** – Auf der Grundlage der vorangehenden doppelten Analyse des Geltungsbereichs der Istanbul-Konvention und des darin enthaltenen Diskriminierungsverbots lassen sich unserer Ansicht nach drei Spannungsfelder zwischen dem materiellen und persönlichen oder territorialen Geltungsbereich der Istanbul-Konvention und dem in Artikel 4 Absatz 3 verankerten Nichtdiskriminierungsgrundsatz erkennen:<sup>229</sup> im Zusammenhang mit dem materiellen und persönlichen Geltungsbereich bei der Frage des Geschlechts zum einen und der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität zum anderen, sowie im Zusammenhang mit dem territorialen, aber auch dem persönlichen Geltungsbereich bei der Frage des Migrations- oder Flüchtlingsstatus.

Im Folgenden werden auf die drei problematischen Spannungsfelder eingegangen, die im Zentrum des Auftrags dieses Rechtsgutachtens stehen.

38. **Geltungsbereich und Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts.** – Beim ersten dieser Spannungsfelder zwischen dem (materiellen und persönlichen) Geltungsbereich der Istanbul-Konvention und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz nach Artikel 4 Absatz 3 geht es um die Frage

<sup>225</sup> Art. 4 Abs. 4 Istanbul-Konvention.

<sup>226</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 55.

<sup>227</sup> CEDAW-AUSSCHUSS, General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures (2004).

<sup>228</sup> EGMR, *Thlimmenos gegen Griechenland* (Grosse Kammer), Beschwerde Nr. 34369/97, Urteil vom 6. April 2000, § 44; EGMR, *Anguelova und Iliev gegen Bulgarien*, Beschwerde Nr. 55523/00, Urteil vom 26. Juli 2007, § 115; EGMR, *D.H. gegen die Tschechische Republik* (Grosse Kammer), Beschwerde Nr. 57325/00, Urteil vom 13. November 2007, § 175–176. Siehe auch KLEBER, bereits zitiert (Fn. 187), S. 406–407.

<sup>229</sup> Das Alter, ein weiteres in Art. 4 Abs. 3 der Istanbul-Konvention aufgeführtes Kriterium, stellt im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich kein Problem dar, da das Übereinkommen ausdrücklich für alle Mädchen und Frauen unabhängig ihres Alters gilt (Art. 3 Bst. f Istanbul-Konvention).

des Geschlechts.<sup>230</sup> Artikel 4 Absatz 3 hält fest, dass das Übereinkommen ohne Diskriminierung wegen des Geschlechts angewendet werden muss. Dies wirft zwei Fragen auf: Erstens, ob es problematisch ist, die Anwendung der Istanbul-Konvention auf Frauen zu beschränken, und zweitens, welches der genaue Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots ist, wenn die Istanbul-Konvention auch auf Männer angewandt wird.

Die Antwort auf die erste Frage muss verneint werden: Es ist nicht problematisch, wenn die Istanbul-Konvention nur auf Frauen angewandt wird. Auch wenn die Staaten ermutigt werden, das Übereinkommen in Bezug auf häusliche Gewalt auch auf Personen männlichen Geschlechts anzuwenden, steht es den Staaten frei, dies zu tun oder nicht.<sup>231</sup> Mit anderen Worten verpflichtet das in Artikel 4 Absatz 3 verankerte Diskriminierungsverbot die Staaten nicht, den Geltungsbereich auf Personen des männlichen Geschlechts auszuweiten. Diese Auslegung ergibt sich aus dem Wortlaut der Istanbul-Konvention,<sup>232</sup> ihrer Systematik,<sup>233</sup> ihrem Ziel und Zweck, der auf die Verhütung und Bekämpfung von *Gewalt gegen Frauen* abzielt, sowie aus ihrer Entstehungsgeschichte.<sup>234</sup>

Die zweite Frage ist heikler. Wenn ein Staat beschliesst, das Übereinkommen in Bezug auf häusliche Gewalt auf Männer anzuwenden, wirft dieser Entscheid die Frage auf, ob dies zwingend bedeutet, dass der betreffende Staat verpflichtet ist, alle Bestimmungen zu häuslicher Gewalt auf Männer anzuwenden, ohne Unterscheidung aufgrund des Geschlechts. Insbesondere muss man sich fragen, ob eine Diskriminierung gegen Männer vorliegt, wenn ein Staat beschliesst, nur bestimmte Bestimmungen zu häuslicher Gewalt auf sie anzuwenden und andere hingegen nicht. Die Antwort hängt zweifelsohne von den fraglichen Bestimmungen ab. Zum Beispiel lassen sich Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts bei der Opferhilfe kaum rechtfertigen. Umgekehrt sind gewisse Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts sogar nötig. Sowohl gemäss dem Wortlaut der Istanbul-Konvention als auch dem erläuternden Bericht ist es wichtig, einen geschlechtersensiblen Ansatz zu verfolgen und häusliche Gewalt als eine Form von Gewalt gegen Frauen anzugehen.<sup>235</sup> GREVIO zeigte sich auch kritisch gegenüber neutralen rechtlichen und administrativen Rahmenbedingungen, die Machthierarchien und Ungleichheiten, die diesen Phänomenen zugrunde liegen, unsichtbar machen können.<sup>236</sup> Daher wird ein geschlechtersensibler Ansatz nicht als Diskriminierung betrachtet, sondern im Gegenteil als notwendig, um eine wesentliche oder materielle Gleichstellung zu erreichen.<sup>237</sup>

39. ***Geltungsbereich und Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität*** – Das zweite Spannungsfeld zwischen dem materiellen und persönlichen Geltungsbereich und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz nach Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention betrifft die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität. Artikel 4 Absatz 3 sieht vor, dass das Übereinkommen ohne Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung oder der

---

<sup>230</sup> Die Istanbul-Konvention verweist in ihrer französischen Fassung sowohl auf den Begriff «sexe» wie auch «genre». Da die deutsche Sprache beide Begriffe mit «Geschlecht» übersetzt, betrifft diese Präzisierung nur die französische Version des vorliegenden Gutachtens.

<sup>231</sup> Siehe dazu auch oben N 24, 33, 35.

<sup>232</sup> Siehe insbesondere den Wortlaut von Art. 2 der Istanbul-Konvention, der eindeutig ist.

<sup>233</sup> Vgl. insbesondere Präambel und Art. 1 und 3 der Istanbul-Konvention.

<sup>234</sup> GRANS, bereits zitiert (Fn. 70), S. 137–138.

<sup>235</sup> Art. 2 Abs. 2 Istanbul-Konvention; erläuternder Bericht, Ziff. 37.

<sup>236</sup> GREVIO, *Mid-term horizontal review of GREVIO baseline evaluation reports*, 10. Mai 2021, Ziff. 11–15, Ziff. 19–20.

<sup>237</sup> Siehe dazu auch oben, N 24.

Geschlechtsidentität angewandt werden muss, was die Frage nach dem Einfluss dieses Verbots auf den Geltungsbereich der Konvention aufwirft.

Zuerst zur sexuellen Orientierung, die in Bezug auf den Geltungsbereich unproblematisch ist. Wie bereits erwähnt, legt die Istanbul-Konvention das Geschlecht der Person, die Gewalt ausübt, nicht genauer fest. Unter den Geltungsbereich fällt also auch Gewalt gegen Frauen, die von Frauen ausgeübt wird, beispielsweise in Frauenpaaren. In der Definition von häuslicher Gewalt werden nicht nur «Eheleute», sondern auch «Partnerinnen» beziehungsweise «Partner» erwähnt, womit der Wortlaut der Istanbul-Konvention diese Öffnung ebenfalls deutlich macht. Hier sei jedoch auf eine potenziell inkongruente Auslegung im erläuternden Bericht hingewiesen. Im Zusammenhang mit der in Artikel 60 Istanbul-Konvention verankerten Pflicht einer geschlechtersensiblen Auslegung der Asylgründe hält der erläuternde Bericht fest, dass «die Vertragsparteien [...], sofern sie dies möchten, die Auslegung auf Schwule, Lesben, Bi- und Transsexuelle ausweiten [können], die ebenfalls Opfer besonderer Formen der Verfolgung oder geschlechtsbezogener Gewalt werden können». Diese Formulierung, die den Vertragsstaaten einen Spielraum einzuräumen scheint, ist *a priori* kaum vereinbar mit dem Diskriminierungsverbot, wie es aus Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention hervorgeht.<sup>238</sup>

Beim Verbot der Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität lässt sich feststellen, dass dieser Einfluss auf den Geltungsbereich hat. Wie bereits erwähnt, ist in der Bestimmung zum Geltungsbereich nicht genauer festgelegt, was mit «Frauen» gemeint ist.<sup>239</sup> Eine isolierte Lektüre dieser Bestimmung wirft zwei Fragen in Bezug auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität auf.

Zunächst muss man sich fragen, ob ein Staat die Anwendung der Istanbul-Konvention nur auf cis Frauen beschränken kann, also auf Frauen, deren Geschlechtsidentität dem bei der Geburt zugewiesenen amtlichen Geschlecht entspricht.<sup>240</sup> Eine solche Auslegung der Istanbul-Konvention ist nicht denkbar, denn ein solches Verständnis des Geltungsbereichs würde zu einem «offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis» führen, was mit Hilfe von Auslegungsmethoden ja genau verhindert werden soll; Ziel von Auslegungsmethoden ist es ja, zu übereinstimmenden und sinnvollen Lösungen zu gelangen.<sup>241</sup> Eine solche Auslegung stünde hier im Widerspruch zum Wortlaut von Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention, welcher Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität verbietet, und würde diese Klausel ihres Gehalts entleeren. Die grammatikalische Auslegung des Wortlauts von Artikel 4 Absatz 3 sowie die systematische Auslegung der Artikel 2 und 4 Absatz 3 und des Übereinkommens insgesamt verhindern eine lediglich auf cis Frauen beschränkte Anwendung. Diese Lesart wird im Übrigen durch den Zweck und das Ziel der Istanbul-Konvention gestützt, insbesondere durch ihr Schutzbestreben, wie es namentlich aus den vorbereitenden Arbeiten<sup>242</sup> und dem erläuternden Bericht<sup>243</sup> hervorgeht. Die Tatsache, dass das Übereinkommen auf alle Personen, die gemäss ihrem amtlichen Geschlecht weiblich sind, angewendet

---

<sup>238</sup> Die Formulierung im erläuternden Bericht, die wahrscheinlich auf die Kontroversen bei der Erarbeitung der Istanbul-Konvention zurückzuführen ist, steht im Widerspruch zum klaren Wortlaut der Konvention.

<sup>239</sup> Siehe oben, N 23.

<sup>240</sup> Transgender Network Switzerland TGNS, *Trans – Eine Informationsbroschüre. Von trans Menschen für trans Menschen und alle anderen*, 4. Aufl., Zürich 2020, S. 73.

<sup>241</sup> Siehe oben, insbesondere N 10 und 19.

<sup>242</sup> Insbesondere rund um die unten beschriebene Intervention der ILGA. Für eine kritische Würdigung dieser Diskussionen, die zeigt, dass die Endfassung der Konvention nicht in allen Punkten den Forderungen der interessierten Kreise entspricht, siehe SOSA, bereits zitiert (Fn. 117), S. 30–33.

<sup>243</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 53, 87.

werden muss, unabhängig von ihrer Geschlechtsidentität,<sup>244</sup> wird auch bestätigt bei einer Betrachtung des Kontexts im weiteren Sinn, insbesondere von CEDAW, das wie oben erwähnt als Vorbild für die Istanbul-Konvention diente. In der Tat zeigt die Praxis des CEDAW-Ausschusses, dass die CEDAW auch vor Gewalt gegen LGBTI-Personen schützt. Obwohl der Text der CEDAW weder die Geschlechtsidentität noch die sexuelle Orientierung erwähnt, hat der CEDAW-Ausschuss wiederholt ausgeführt, dass die Diskriminierungen von und Gewalt gegen LGBTI-Personen (z.B. Praktiken der Zwangssterilisation, chirurgische Eingriffe an Intergeschlechtlichen Personen usw.) gegen die CEDAW verstossen; diese Auslegung ist umso mehr gerechtfertigt, als auch die Gewalt gegen LGBTI-Personen ihre Wurzeln in geschlechtsspezifischen Machtverhältnissen hat.<sup>245</sup>

Aus denselben Gründen kann ein Staat die Anwendung des Übereinkommens nicht auf jene Personen beschränken, deren amtliches (im Personenstandsregister eingetragenes) Geschlecht weiblich ist, insbesondere cis Frauen und trans\* Frauen, die ihren Personenstand geändert haben. Eine solch restriktive Auslegung muss zurückgewiesen werden zugunsten einer inklusiveren Auslegung, gemäss der die Istanbul-Konvention zusätzlich zu jenen Personen, die gemäss ihrem Personenstand Frauen sind, auf alle Personen angewendet wird, die sich ganz oder teilweise als Frauen identifizieren oder als solche wahrgenommen werden.<sup>246</sup> Mehrere Elemente rechtfertigen diese weite Auslegung. Erstens muss die Istanbul-Konvention auf Ebene der Systematik als ein kohärentes Ganzes ausgelegt werden, wobei sich die verschiedenen Artikel ergänzen müssen. Eine restriktive Auslegung würde das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität nach Artikel 4 Absatz 3 seines Gehalts entleeren.<sup>247</sup> Zudem wird dieses Argument durch die historische Auslegung gestützt, erfolgte doch der Einschluss des Kriteriums der Geschlechtsidentität wie erwähnt nach der Intervention der *International Lesbian and Gay Association ILGA*, die ausdrücklich eine Anwendung des Übereinkommens auf alle trans\* Frauen, unabhängig von ihrem amtlichen Geschlecht, forderte.<sup>248</sup> Dieser Aspekt im Zusammenhang mit der Erarbeitung der Istanbul-Konvention ist umso relevanter, als er in die Endfassung des Konventionstextes eingeflossen

<sup>244</sup> Dies umfasst also auch trans\* Männer vor der Änderung ihres Personenstandes sowie non-binäre Personen, deren Personenstand weiblich ist. Für eine kritische Auseinandersetzung in Zusammenhang mit CEDAW, siehe ROSENBLUM DARREN, *Unsex CEDAW, Or what's wrong with women's rights*, *Columbia Journal of Gender and Law*, Bd. 20, S.a 98–194, bes. S. 175.

<sup>245</sup> MICHELLE COTTIER, Article 5, in: Maya Hertig Randall – Michel Hottelier – Karine Lempen, CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, pp. 131–161, N 23–24, pp. 139–140. Siehe auch, mit gewissen Nuancen, SCHLÄPPI – ULRICH – WYTTEBACH, bereits zitiert (Fn. 200), N 31–32, S. 21.

<sup>246</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass das Schutzbestreben der Istanbul-Konvention, die Formulierung ihrer Nichtdiskriminierungsklausel und die Erwägungen zur besonderen Schutzbedürftigkeit von trans\* Personen in etwas paradoxer Weise auch bedeuten, dass die Bestimmungen des Übereinkommens, die nur Frauen betreffen, auch auf trans\* Männer vor der Änderung ihres Personenstands angewendet werden müssen. Es wäre kaum zu rechtfertigen, einen Teil der gemäss ihrem Personenstand als Frauen geltenden Personen aufgrund ihrer Identität mit dem Geschlecht «Mann» vom Schutz der Istanbul-Konvention auszunehmen. Aus den gleichen Gründen muss das Übereinkommen auch für alle non-binären Personen mit dem Personenstand «Frau» gelten. Da schliesslich das Ziel der Istanbul-Konvention darin besteht, Personen zu schützen, die aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer Geschlechtsidentität einer nicht gesellschaftsdominierenden Gruppe angehören und daher ein grösseres Risiko aufweisen, Opfer von Gewalt oder Diskriminierungen zu werden, sollte das Übereinkommen allgemein auf non-binäre Personen angewandt werden, unabhängig von ihrem Personenstand. Es sollte ebenfalls Personen schützen, die ihren Personenstand als weder «Mann» noch «Frau» beschreiben. Diese Frage könnte sich in der Schweiz stellen, auch wenn das schweizerische Recht zum jetzigen Zeitpunkt kein «drittes Geschlecht» anerkennt und es nicht gestattet, die Angaben zum amtlichen (im Personenstandsregister eingetragenen) Geschlecht leer zu lassen (siehe insbesondere Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, BBl 2019 799, bes. 814 ff., in der auch die im Parlament erwogenen Vorschläge erwähnt sind). So hat ein kantonales Gericht kürzlich die im Ausland erfolgte Streichung der Geschlechtsangabe anerkannt (Obergericht Kanton Aargau, Urteil ZBE.2020.8 vom 29. März 2021, Verfahren zurzeit beim Bundesgericht hängig).

<sup>247</sup> Siehe auch im Zusammenhang mit CEDAW, SCHLÄPPI – ULRICH – WYTTEBACH, bereits zitiert (Fn. 200), N 32, S. 21.

<sup>248</sup> Siehe Fn. 222 oben.



ist.<sup>249</sup> Somit steht nur die weite Auslegung im Einklang mit dem Schutzbestreben der Istanbul-Konvention, deren erläuternder Bericht im Übrigen auf die besondere Vulnerabilität und den erhöhten Schutzbedarf von trans\* Personen hinweist.<sup>250</sup> Schliesslich weist der Zusammenhang im weiteren Sinn ebenfalls auf diese inklusive Auslegung hin. Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität in der Praxis der Menschenrechtsorgane sowohl international als auch regional an Bedeutung gewonnen hat.<sup>251</sup> Diskriminierungen, vor allem wenn es sich um Gewalt handelt, sind häufig nicht abhängig vom Personenstand, sondern basieren auf den wahrgenommenen Eigenschaften einer Person.<sup>252</sup> Zudem steht nur eine inklusive Auslegung im Einklang mit dem Recht auf Selbstbestimmung über die Geschlechtsidentität, wie es vom Soft Law<sup>253</sup> vorgegeben wird und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte<sup>254</sup> anerkannt ist. Die Istanbul-Konvention muss auf alle Personen angewendet werden, die sich ganz oder teilweise als Frauen identifizieren oder als solche wahrgenommen werden, zusätzlich zu allen Personen, deren Personenstand «weiblich» ist.<sup>255</sup>

40. **Territorialer Geltungsbereich und Verbot der Diskriminierung wegen der Nationalität und des Migrations- oder Flüchtlingsstatus** – Das dritte Spannungsfeld zwischen dem – in diesem Fall territorialen sowie persönlichen – Geltungsbereich und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz nach Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention betrifft die Frage des Migrations- oder Flüchtlingsstatus. In Artikel 4 Absatz 3, der Diskriminierung bei der Umsetzung der Istanbul-Konvention verbietet, ist als verbotenes Kriterium ausdrücklich der Migrations- oder Flüchtlingsstatus aufgeführt.

Das ausdrücklich verbotene Kriterium – der Migrations- oder Flüchtlingsstatus – verweist auf Kapitel VII der Istanbul-Konvention, in dem die besonderen Verpflichtungen zum Schutz von Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen aufgeführt sind.<sup>256</sup> Diese werden im Hinblick auf geschlechtsspezifische Gewalt als besonders schutzbedürftige Gruppe betrachtet,<sup>257</sup> die in der Praxis beim Zugang zu den Hilfsdiensten in den Vertragsstaaten mit Hindernissen konfrontiert sind.<sup>258</sup> Innerhalb der Kategorie der Migrantinnen und Migranten gelten Personen ohne Papiere gemäss dem erläuternden Bericht als besonders von Problemen beim Zugang zu Hilfeleistungen betroffen.<sup>259</sup> So

<sup>249</sup> Siehe dazu oben, N 10.

<sup>250</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 87.

<sup>251</sup> Siehe oben, N 35.

<sup>252</sup> SIEHE AUCH SCHLÄPPI–ULRICH – WYTENBACH, bereits zitiert (Fn. 200), N 32, S. 21.

<sup>253</sup> Siehe insbesondere das dritte der Yogyakarta-Prinzipien, (*Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*), die am 26. März 2007 vor dem Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen präsentiert wurden. Siehe auch MENSCHENRECHTSKOMMISSAR DES EUROPARATS THOMAS HAMMARBERG, *Issue Paper on Gender Identity and Human Rights*, Strassburg 2009, S. 43; PARLAMENTARISCHE VERSAMMLUNG DES EUROPARATS, *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, Resolution Nr. 2048 (2015), Art. 6.2.1.

<sup>254</sup> EGMR, *Van Kück gegen Deutschland*, Beschwerde Nr. 35968/97, Urteil vom 12. Juni 2003, § 69–72; EGMR, *A.P., Nicot und Garçon gegen Frankreich*, Beschwerden Nr. 79885/12 et al., Urteil vom 6. April 2017, § 92–96. Der Gerichtshof verwendet eher den Begriff «Recht auf sexuelle Identität» als «Geschlechtsidentität», was in der Lehre kritisiert wird. Für eine Analyse des Rechts auf Selbstbestimmung siehe JAUNAIT ALEXANDRE, *Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques*, *Droit et société*, Nr. 2, 2020, S. 429–451.

<sup>255</sup> Unsere Meinung deckt sich diesbezüglich mit dem Alternativbericht der Zivilgesellschaft, siehe *Alternativbericht der Zivilgesellschaft 2021*, bereits zitiert (Fn. 2), S. 21–22.

<sup>256</sup> STOYANOVA VLADISLAVA, *A Stark Choice: The Immigration Status of Victims of Domestic Violence under the Istanbul Convention*, *European Journal of Migration and Law*, 2018, Nr. 20, S. 53–82, bes. S. 53.

<sup>257</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 298.

<sup>258</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 53.

<sup>259</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 87 und 136 (zur Notwendigkeit, kostenlose Telefondienste bereitzustellen); Ziff. 298 (zur grösseren Schutzbedürftigkeit in Sachen geschlechtsspezifische Gewalt).

stellte GREVIO im Evaluationsbericht für Spanien mit grosser Besorgnis fest, dass Migrantinnen häufiger Opfer von häuslicher Gewalt wurden als spanische Staatsangehörige (33 % der vom Ehemann ermordeten Frauen sind Migrantinnen, während die Migrantinnen nur 10 % der Bevölkerung ausmachen) und sie viel grössere Schwierigkeiten hatten als spanische Frauen, ihre Rechte auszuüben.<sup>260</sup>

Es verstösst daher gegen die Istanbul-Konvention, im Sinne einer direkten Diskriminierung, Asylsuchende, Personen ohne Papiere,<sup>261</sup> Flüchtlinge sowie andere Migrantinnen und Migranten<sup>262</sup> vom Zugang zu Hilfsdiensten auszuschliessen oder den Zugang einzuschränken.

Zudem umfasst die Verpflichtung, den Zugang zu Hilfsdiensten gemäss Istanbul-Konvention für alle Opfer sicherzustellen, das Ergreifen von *positiven*<sup>263</sup> Massnahmen, damit die Rechtsstellung auf dem Hoheitsgebiet (befristete Aufenthaltsbewilligung; keine Aufenthaltsbewilligung; illegaler Aufenthalt) keine (indirekte) Diskriminierung für den Zugang zu den Angeboten darstellt. So empfahl GREVIO Italien, die Zugänglichkeit zu den Hilfs- und Unterstützungsangeboten für bestimmte Frauengruppen (die von intersektionaler Diskriminierung betroffen sind, insbesondere Migrantinnen und Asylsuchende) auszubauen und zu verbessern.<sup>264</sup> Im gleichen Sinn empfahl sie Italien, die Information über Rechte und Hilfe für ausländische Opfer in angemessener und zugänglicher Weise bereitzustellen,<sup>265</sup> was sich gemäss Artikel 19 insbesondere auf die Sprache bezieht, in der die Information erfolgt. In dieser Hinsicht richtet sich die Verpflichtung der Istanbul-Konvention, im Rahmen von Gerichtsverfahren einen Dolmetschdienst («unabhängige und fähige Dolmetscherinnen und Dolmetscher») zur Verfügung zu stellen,<sup>266</sup> an Migrantinnen.<sup>267</sup> GREVIO zeigte sich hingegen erfreut, dass Finnland umfassende Massnahmen ergriffen hatte, um Migrantinnen mit irregulärem Status den Zugang zu Schutzräumen für Opfer von häuslicher Gewalt zu erleichtern.<sup>268</sup> Beim Zugang zu den Gesundheitsdiensten<sup>269</sup> stellt GREVIO in ihrem Evaluationsbericht für Finnland fest, dass für Migrantinnen, die Gewalt ausgesetzt sind, viele sprachliche und kulturelle Barrieren bestehen.<sup>270</sup>

---

<sup>260</sup> GREVIO, Baseline Evaluation Report, Spain, 25. November 2020, Ziff. 20. Im Zusammenhang mit Migrantinnen mit irregulärem Status stellt GREVIO fest, dass diese Angst haben, sich an die Behörden zu wenden. Für alle Migrantinnen erwähnt sie auch praktische Probleme beim Zugang zu Hilfsdiensten und unzureichende Kenntnisse ihrer Rechte.

<sup>261</sup> GRANS, bereits zitiert (Fn. 70), S. 139 (die sich namentlich auf die Kommentare der Vertreterinnen und Vertreter der Staaten bei den Verhandlungen zum Wortlaut bezieht).

<sup>262</sup> PERONI LOURDES, Violence Against Migrant Women: the Istanbul Convention Through a Postcolonial Feminist Lens, *Feminist Legal Studies*, Nr. 24, 2016, S. 49–67, S. 57–58. In diesem Sinne von vielen Hinweisen, GREVIO, Baseline Evaluation Report Finland, Ziff. 103: «Finanzielle Hilfe, Bildung, Ausbildung, Beschäftigung und Unterkunft sind grundlegende Elemente zur Unterstützung und Genesung von Gewaltopfern, die allen Frauen gemäss ihren Bedürfnissen, *einschliesslich Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen*, bereitgestellt werden müssen (Kursivschreibung durch die Autorin; Übersetzung des Zitats).

<sup>263</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 87 («Neben dem in Artikel 4 Absatz 3 formulierten Diskriminierungsverbot wird in diesem Absatz gefordert, dass positive Aktionen unternommen werden müssen, um dafür Sorge zu tragen, dass die Präventionsmassnahmen speziell den Bedürfnissen schutzbedürftiger Personen entsprechen»).

<sup>264</sup> GREVIO, Bericht Italien, bereits zitiert (Fn. 168), Ziff. 27 Bst. e.

<sup>265</sup> GREVIO, Bericht Italien, bereit zitiert (Fn. 168), Ziff. 133; im gleichen Sinn, GREVIO, Bericht Finnland, bereits zitiert (Fn. 168), Ziff. 96 (weniger grosse Informationsbemühungen, insbesondere bei der Information von Migrantinnen).

<sup>266</sup> Art. 56 Abs. 1 Bst. h Istanbul-Konvention.

<sup>267</sup> PERONI, bereits zitiert (Fn. 262), S. 58.

<sup>268</sup> GREVIO, Bericht Finnland, bereits zitiert (Fn. 168), Ziff. 13 und 108.

<sup>269</sup> Art. 20 Istanbul-Konvention (allgemeine Hilfsdienste).

<sup>270</sup> GREVIO, Bericht Finnland, bereits zitiert (Fn. 168), Ziff. 99 und, für den Zugang zu den auf Gewalt spezialisierten Hilfsdiensten, Ziff. 123.

Auch wenn das Kapitel VII speziell Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen betrifft,<sup>271</sup> darf dies nicht über die Tatsache hinweg täuschen, dass alle Bestimmungen des Übereinkommens gemäss Artikel 4 Absatz 3 für Migrantinnen gelten, unabhängig von ihrer Rechtsstellung im Hoheitsgebiet des Vertragsstaates.<sup>272</sup>

41. **(Direkte oder indirekte) Diskriminierung wegen der Nationalität oder des Migrationsstatus bei Leistungen, die in der Istanbul-Konvention ausdrücklich vorgesehen sind.** – Im Schweizer Kontext ist die Kontroverse rund um den Migrations- oder Flüchtlingsstatus wie erwähnt<sup>273</sup> im Zusammenhang mit dem beschränkten territorialen Geltungsbereich des OHG aufgetreten,<sup>274</sup> wonach die Opferhilfe (nur) für in der Schweiz begangene Straftaten ausgerichtet wird.<sup>275</sup> Aufgrund ihres Lebenslaufs erleiden Migrantinnen häufiger Gewalt im Ausland als Schweizer Frauen.<sup>276</sup> Sie sind daher in der Praxis stärker von der Einschränkung der Leistungen der Opferhilfe nach OHG auf (lediglich) in der Schweiz begangene Straftaten betroffen als Schweizer Frauen (Migrantinnen, die in der Schweiz Opfer von Gewalt werden, haben jedoch – unter Vorbehalt eines tatsächlichen Zugangs – Anspruch auf die Leistungen gemäss OHG, unabhängig von ihrem Migrationsstatus, insbesondere der Rechtmässigkeit ihres Aufenthalts).<sup>277</sup>

Wie ebenfalls bereits erwähnt, sieht das OHG zwar in gewisser Weise als Ausnahme vor, dass bestimmte Hilfs- und Unterstützungsleistungen der Beratungsstellen auch bei im Ausland begangenen Straftaten gewährt werden können (wobei Entschädigungen für den Schaden und Genugtuungen ausgenommen sind).<sup>278</sup> Diese «Öffnung» ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass das Opfer zum Zeitpunkt der Straftat und zum Zeitpunkt der Gesuchstellung Wohnsitz in der Schweiz hatte (Art. 17),<sup>279</sup> so dass es in der Praxis wahrscheinlicher ist, dass diese «Öffnung» eher Anwendung auf Schweizer Frauen oder Frauen findet, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben, als auf Migrantinnen, die in ihrem Herkunftsland oder auf der Reise in die Schweiz Opfer

<sup>271</sup> So betrifft Art. 59 die Ausstellung einer eigenständigen Aufenthaltsbewilligung bei Gewalt in der Paarbeziehung (wenn die Aufenthaltsbewilligung der Frau von jener des Ehemanns und somit von der Ehe abhängt) und Art. 60 sieht die Einführung von geschlechtersensiblen Asyl- und Aufnahmeverfahren für Asylsuchende vor.

<sup>272</sup> Vgl. BOILLET VÉRONIQUE – GRAF ANNE-LAURENCE, *Convention d'Istanbul et femmes migrantes : un nouveau souffle pour le droit et la pratique suisses*, *Revue suisse de droit international et européen*, 2021, Bd. 31, S. 25–49.

<sup>273</sup> Siehe oben, N 30 und 31.

<sup>274</sup> Vgl. oben N 29.

<sup>275</sup> «Appell»: Spezialisierte Hilfe für ALLE Gewaltbetroffenen – unabhängig von Aufenthaltsstatus und Tatort», Herbst 2019, [https://www.brava-ngo.ch/assets/dokumente/20191030\\_Appell\\_Opferhilfe\\_für\\_ALLE.pdf](https://www.brava-ngo.ch/assets/dokumente/20191030_Appell_Opferhilfe_für_ALLE.pdf) (zuletzt aufgerufen am 11. Oktober 2021), nach der Medienkonferenz vom 16. Oktober des Bundesrats zum Bericht *Analyse der Situation von Flüchtlingsfrauen* in Erfüllung des Postulats Feri, 9. Juni 2016; FIZ – BRAVA, *Zugang zu spezialisierter Unterstützung für Gewaltbetroffene mit Tatort Ausland. Alternativer Vertiefungsbericht zur Umsetzung der Istanbul-Konvention in der Schweiz*, 2021, [https://www.brava-ngo.ch/assets/dokumente/202107\\_Vertiefungsbericht-IK\\_Tatort-Ausland\\_d.pdf](https://www.brava-ngo.ch/assets/dokumente/202107_Vertiefungsbericht-IK_Tatort-Ausland_d.pdf) (zuletzt aufgerufen am 11. Oktober 2021).

<sup>276</sup> SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE, *Analyse der Situation von Flüchtlingsfrauen. Zur Situation in den Kantonen*. Postulat Feri 16.3407, Bern 2019, S. 93–95 und S. 128.

<sup>277</sup> CONVERSET STÉPHANIE, *Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage. De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'État sous l'angle du nouveau droit*, Genf/Zürich/Basel, 2009, S. 156 (mit der Feststellung, dass somit sogar Personen mit irregulärem Status, die jedoch Opfer einer Straftat in der Schweiz wurden, Anspruch auf Leistungen gemäss OHG haben); die Lehre hält fest, dass die Nationalität im Zusammenhang mit dem Geltungsbereich des OHG bei in der Schweiz begangenen Straftaten keine Rolle spielt (Territorialitätsprinzip des OHG, vgl. ZEHNTNER bereits zitiert (Fn. 175), S. 39; vgl. auch oben N 29).

<sup>278</sup> CONVERSET, bereits zitiert (Fn. 277), S. 160.

<sup>279</sup> Dazu kommt wie erwähnt die Subsidiarität der Opferhilfe, wonach diese nur gewährt wird, wenn der Staat, in dem die Straftat begangen wurde, keine oder keine genügende Leistung erbringt.

von geschlechtsspezifischer Gewalt wurden. Auf diese Hürde wurde bereits im Rahmen der Revision des OHG hingewiesen.<sup>280</sup>

In beiden Fällen können die Einschränkungen des OHG für im Ausland begangene Straftaten zu einer indirekten Diskriminierung von Frauen aufgrund ihres Migrationsstatus führen. Bei der Umsetzung der Istanbul-Konvention, «insbesondere von Massnahmen zum Schutz der Rechte der Opfer», ist jedoch jegliche Diskriminierung verboten, wie Artikel 4 Absatz 3 ausdrücklich festhält.

42. **(Direkte oder indirekte) Diskriminierung im Zusammenhang mit Leistungen, die über die (ausdrücklich) in der Istanbul-Konvention vorgesehenen hinausgehen?** – Im Anschluss an die bisherigen Analysen stellt sich eine andere Frage: Könnte ein Vertragsstaat, der Leistungen einführt oder einführen würde, die über den in der Istanbul-Konvention explizit vorgesehenen Mindeststandard hinausgehen, diese «zusätzlichen» Leistungen rechtsgültig auf bestimmte Personenkategorien beschränken, beispielsweise auf Personen, die die Staatsangehörigkeit dieses Staates haben oder zum Zeitpunkt der Straftat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet hatten? Oder würde ein solches Vorgehen des Staates unter das Diskriminierungsverbot nach Artikel 4 Absatz 3 des Übereinkommens fallen?

Vorstellbar ist hier beispielsweise eine Entschädigung durch den Vertragsstaat im Fall einer schweren Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung im Sinne der Istanbul-Konvention (Art. 30 Abs. 2),<sup>281</sup> die subsidiär zur jener durch den Täter oder die Täterin erbracht würde. Auch wenn dies nicht explizit aus dem Wortlaut des Übereinkommens hervorgeht, ist die Verpflichtung der subsidiären Entschädigung durch den Staat grundsätzlich auf Fälle beschränkt, in denen die Straftat im eigenen Hoheitsgebiet stattfand<sup>282</sup> oder in denen der betreffende Vertragsstaat seine Sorgfaltspflicht zu Präventions- und/oder Schutzmassnahmen für das Opfer verletzt hat.<sup>283</sup> Gemäss der Istanbul-Konvention besteht somit keine Pflicht für den Staat, subsidiär zu den anderen Entschädigungsquellen eine Entschädigung für im Ausland begangene Straftaten zu gewähren, auf jeden Fall nicht, wenn er seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen ist. Zurück zu der am Anfang dieses Abschnitts gestellten Frage: Man kann sich fragen, ob es einem Vertragsstaat gestattet wäre, eine subsidiäre staatliche Entschädigung für im Ausland begangene Straftaten vorzusehen, die über die Vorgaben der Istanbul-Konvention hinausgeht, aber diese «zusätzliche» Leistung auf Opfer zu beschränken, die seine Staatsangehörigkeit haben oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Straftat in seinem Hoheitsgebiet hatten. Hier sei darauf hingewiesen, dass diese Annahme das schweizerische Opferhilferecht zurzeit nicht betrifft, da dieses keine Entschädigung – und auch keine Genugtuung – für im Ausland begangene Straftaten gewährt, weder für die Opfer

---

<sup>280</sup> CONVERSE, bereits zitiert (Fn. 277), S. 162, N 183; Botschaft zur Totalrevision des OHG, BBl 2005 7165–7250, S. 7214: «Ausländer, die im Ausland Opfer einer Straftat geworden sind und nachher in die Schweiz kommen (z. B. Asylbewerber, die in ihrem Herkunftsland gefoltert worden sind), haben nach wie vor keine Ansprüche gestützt auf das Opferhilfegesetz.»

<sup>281</sup> Art. 30 der Istanbul-Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten, «die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen [zu treffen], um sicherzustellen, dass Opfer das Recht haben, von Tätern beziehungsweise Täterinnen für alle nach diesem Übereinkommen umschriebenen Straftaten Schadensersatz zu fordern» (Abs. 1), wobei präzisiert wird, dass eine «angemessene staatliche Entschädigung [...] denjenigen gewährt [wird], die eine schwere Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung erlitten haben, soweit der Schaden nicht von anderer Seite, wie dem Täter beziehungsweise der Täterin, einer Versicherung oder durch staatlich finanzierte Gesundheits- und Sozialmassnahmen, ersetzt wird» Abs. 2).

<sup>282</sup> Dies geht im Umkehrschluss aus dem erläuternden Bericht hervor, Ziff. 172 (für den Wortlaut dieser Ziff. siehe Fussnote 285 unten).

<sup>283</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 150. Diese Sorgfaltspflicht verweist auf Art. 5 Abs. 2 Istanbul-Konvention.

schweizerischer Nationalität oder mit Wohnsitz in der Schweiz noch für anderen Personenkategorien.

Vor der Beantwortung der gestellten Fragen muss präzisiert werden, dass es durchaus möglich ist und in der Istanbul-Konvention sogar dazu ermutigt wird, dass die Vertragsstaaten über den Wortlaut des Übereinkommens hinausgehen, insbesondere im Bereich der Entschädigung.<sup>284</sup>

Zur Frage einer allfälligen (indirekten) Diskriminierung in diesem Fall kann unseres Erachtens zum einen gestützt auf den akzessorischen Charakter der Nichtdiskriminierungsklausel von Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention argumentiert werden. Wie oben erläutert, hat diese Nichtdiskriminierungsklausel akzessorischen Charakter und gilt nur bei der Umsetzung der von der Istanbul-Konvention *garantierten* Rechten. Im Fall von *im Hoheitsgebiet* des Vertragsstaates begangenen Straftaten dürfte dieser nicht befugt sein, im Rahmen seiner Verpflichtung der subsidiären Entschädigung zwischen den Opfern, die seine Staatsangehörigkeit haben, und den anderen zu unterscheiden,<sup>285</sup> während er die Entschädigung *für im Ausland* begangene Straftaten grundsätzlich auf die eigenen Staatsangehörigen oder Einwohnerinnen beschränken könnte. Mit anderen Worten würde das Diskriminierungsverbot nach Artikel 4 Absatz 3 gestützt auf diese Argumentation nur für Leistungen gelten, die in der Konvention ausdrücklich vorgesehen oder vorgeschrieben sind, aber nicht für die «zusätzlichen» Leistungen, die von den Vertragsstaaten spontan oder freiwillig eingeführt wurden.

Zum anderen könnte jedoch gestützt auf das allgemeine System sowie den Sinn und Geist der Istanbul-Konvention auch argumentiert werden, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass das Diskriminierungsverbot nach Artikel 4 Absatz 3, obwohl es akzessorisch ist, auch Anwendung auf Massnahmen findet, die grundsätzlich über die explizit im Übereinkommen vorgesehenen Leistungen hinausgehen, sofern sie unter die allgemeinen Verpflichtungen der Vertragsstaaten fallen. Die Istanbul-Konvention tendiert wie oben dargelegt effektiv dazu, allen Opfern von Gewalt gegen Frauen oder von häuslicher Gewalt einen Mindestschutz zu gewähren, und dies grundsätzlich ohne Unterscheidung aufgrund des Begehungsortes der Straf- oder Gewalttaten oder des Migrationsstatus des Opfers. Auf dieser Grundlage könnte man versucht sein, aus diesem Diskriminierungsverbot ein zentrales Element oder eine sich aus der Istanbul-Konvention ergebende generelle Verpflichtung zu machen, auch für Leistungen, die über die im Übereinkommen ausdrücklich vorgesehenen Leistungen hinausgehen.

Der erläuternde Bericht scheint zumindest implizit anzuerkennen, dass das Verbot der Diskriminierung, insbesondere aufgrund des Migrationsstatus, nur für die im Übereinkommen vorgeschriebenen Leistungen gilt und nicht, wenigstens nicht zwangsläufig, für die zusätzlichen Leistungen.

Wie dem auch sei, es scheint uns nicht zwingend notwendig, diese Frage weiter zu beantworten, da der erwähnte Fall das schweizerische Opferhilferecht zurzeit nicht betrifft: Dieses sieht für

---

<sup>284</sup> Erläuternder Bericht, Ziff. 166.

<sup>285</sup> Für die subsidiäre Entschädigung durch den Staat, wenn die Entschädigung durch den Täter oder die Täterin der Straftat ausbleibt (Art. 30 Abs. 2 Istanbul-Konvention), geht dies beispielsweise aus Ziff. 172 des erläuternden Berichts hervor, die wie folgt lautet: «172. Angesichts der Tatsache, dass es möglich ist, dass zahlreiche Opfer von in den Anwendungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Formen von Gewalt nicht die Staatsangehörigkeit der Vertragspartei haben, in deren Staatsgebiet die Straftat begangen wurde, sollte der zusätzliche staatlich finanzierte Schadenersatz auf Nichtstaatsangehörige ausgeweitet werden.» Wie dieser Text impliziert, gilt die Pflicht der subsidiären Entschädigung für Straftaten, die im Hoheitsgebiet des Staates begangen werden, dessen Intervention erforderlich ist, und diese (durch die Istanbul-Konvention vorgeschriebene) Leistung sollte «auf Nichtstaatsangehörige ausgeweitet werden». Im Umkehrschluss könnte daraus abgeleitet werden, dass für die grosszügigeren Leistungen eine solche Ausweitung nicht gefordert wird.

im Ausland begangene Straftaten keine Entschädigung – und auch keine Genugtuung – vor, weder für Opfer schweizerischer Nationalität oder mit Wohnsitz in der Schweiz noch für anderen Personenkategorien, und beinhaltet somit weder eine direkte noch indirekte Diskriminierung aufgrund der Nationalität oder des Migrationsstatus.

#### IV. SYNTHESE UND ANTWORTEN AUF DIE GESTELLTEN FRAGEN

43. **Kurze Wiederholung des Gegenstands des Auftrags.** – Auf der Grundlage der vorangehenden Analysen können nun die verschiedenen Fragen des Auftrags zusammenfassend beantwortet und entsprechende Schlussfolgerungen gezogen werden. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass der Auftrag darin bestand, darzulegen und kritisch zu diskutieren, wie der Nichtdiskriminierungsgrundsatz der Istanbul-Konvention (insbesondere das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität und des Aufenthaltsstatus) ausgelegt werden kann oder muss, und zu untersuchen, wie die Auslegung dieses Diskriminierungsverbots mit dem Geltungsbereich der Istanbul-Konvention interagiert.<sup>286</sup> Es wurden verschiedene konkrete Fragen gestellt.<sup>287</sup>
44. **Ausführungen zu den völkerrechtlichen Auslegungsmethoden und zu Charakter und Tragweite der Auslegungspraxis von Überwachungsorganen, insbesondere in Verbindung mit der Istanbul-Konvention.** – Vor der eigentlichen Analyse der gestellten Fragen geht dieses Gutachten, im Sinne einer Erläuterung der verwendeten methodischen Grundlagen, kurz auf die Regeln für die Auslegung des Völkerrechts und die diesbezügliche Praxis der Überwachungsorgane im Allgemeinen und der Istanbul-Konvention im Speziellen ein.

Daraus geht erstens hervor, dass für die Auslegung sowohl des Völkerrechts als auch des Landesrechts verschiedene Auslegungsmethoden herangezogen werden und diese auf einem «holistischen» Ansatz gründet. Keine dieser Methoden hat Vorrang vor den anderen, ausser vielleicht der wörtliche Sinn der Vertragsbestimmungen, wenn dieser Sinn ganz klar ist. Ist dies jedoch nicht der Fall, was häufig vorkommt, so kommen die anderen Auslegungsmethoden zum Tragen, wobei die Anwendung dieser verschiedenen Methoden den Sinn und Zweck hat, zu einer übereinstimmenden Auslegung zu führen, so dass eine vernünftige Lösung vorgeschlagen werden kann. Die verschiedenen Bestimmungen eines Vertrags müssen unter gegenseitiger Berücksichtigung gelesen werden; dem Vertragszweck muss Rechnung getragen werden; und im Bereich der Menschenrechte setzt das Erfordernis der Wirksamkeit des Schutzes der Menschenrechte eine sogenannte «evolutive» oder «dynamische» Auslegung voraus, also eine Auslegung, die stärker auf die heutige Realität abgestimmt ist.

Aus dieser Analyse geht ebenfalls hervor, dass die Praxis und die Empfehlungen oder Bemerkungen der Überwachungsorgane und, in Bezug auf die Istanbul-Konvention, sowohl die Arbeiten von CAHVIO als auch jene von GREVIO sowie der erläuternde Bericht zur Istanbul-Konvention unbestrittenermassen – mindestens – Hilfsinstrumente für die Auslegung der Bestimmungen dieses Übereinkommens sind, auch wenn ihre völkerrechtliche Qualifikation in der Lehre zu Diskussionen führt.

---

<sup>286</sup> «In einem juristischen Gutachten soll dargelegt und kritisch diskutiert werden, wie der Nichtdiskriminierungsgrundsatz der Istanbul-Konvention auszulegen ist (insbesondere das Diskriminierungsverbot in Bezug auf die sexuelle Orientierung, die Geschlechtsidentität und den Aufenthaltsstatus) und inwiefern sich das Auslegungsergebnis auf den Zweck sowie den Geltungsbereich der Konvention auswirkt.»

<sup>287</sup> Für diese Fragen siehe N 2.

45. **Schlussfolgerungen und Antworten auf die konkret gestellten Fragen.** – Auf der Grundlage dieser methodischen Prämissen und der Auslegung der Istanbul-Konvention können die verschiedenen konkret an dieses Gutachten gestellten Fragen wie folgt beantwortet werden. Zunächst muss zur Frage, wie das Diskriminierungsverbot nach Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention insbesondere im Zusammenhang mit dem persönlichen, materiellen und territorialen Geltungsbereich auszulegen ist,<sup>288</sup> darauf hingewiesen werden, dass die verschiedenen Bestimmungen des Übereinkommens nicht einzeln und isoliert ausgelegt werden dürfen, sondern gesamthaft ausgelegt werden müssen, die einen im Lichte der anderen, auch unter Berücksichtigung der Systematik, des Kontexts und des Vertragszwecks. Daraus geht insbesondere hervor, dass das Diskriminierungsverbot nach Artikel 4 Absatz 3 grundsätzlich und per se nicht als eine «Ausweitung» des (persönlichen, materiellen oder territorialen) Geltungsbereichs der Istanbul-Konvention betrachtet werden darf, genauso wie Artikel 2, in dem ihr Geltungsbereich definiert ist, grundsätzlich und per se nicht als eine Einschränkung des Diskriminierungsverbots nach Artikel 4 Absatz 3 betrachtet werden darf.

Auch wenn das Diskriminierungsverbot nach Artikel 4 Absatz 3 tatsächlich akzessorischen Charakter hat oder akzessorischer Natur ist, ändert dies nichts daran, dass es bei der Auslegung des Geltungsbereichs des Übereinkommens berücksichtigt werden kann – und muss –, wie im Übrigen auch die Systematik, der Kontext und der Vertragszweck, und dass umgekehrt der Geltungsbereich des Übereinkommens bei der Auslegung des Diskriminierungsverbots zusammen mit den anderen erwähnten Elementen berücksichtigt werden kann – und muss.

Nur eine solche koordinierte und auf allen Aspekten des Übereinkommens basierende Herangehensweise kann zu einer übereinstimmenden, kohärenten und vernünftigen Auslegung der Istanbul-Konvention führen.

46. **Territorialer Geltungsbereich der Istanbul-Konvention, Begehungsort der Gewalttat und Migrations- oder Flüchtlingsstatus.** – Hinsichtlich des territorialen Geltungsbereichs der Istanbul-Konvention im Zusammenhang mit der Frage des Begehungsortes der Straf- oder Gewalttaten sowie jener des Migrations- oder Flüchtlingsstatus,<sup>289</sup> lassen sich aus diesem koordinierten Ansatz die folgenden Schlussfolgerungen und Erkenntnisse ziehen. Erstens ist der territoriale Geltungsbereich der Istanbul-Konvention im Wesentlichen auf das Hoheitsgebiet des Vertragsstaates begrenzt, so dass, abgesehen von der Strafverfolgung der im Übereinkommen aufgeführten Gewalttaten und dem konsularischen Schutz, den Vertragsstaaten keine extraterritorialen Verpflichtungen auferlegt werden. Im Zusammenhang mit den Hilfs- unter Unterstützungsleistungen für Gewaltopfer (im Sinne des Übereinkommens) verpflichtet die Istanbul-Konvention jedoch die Vertragsstaaten, diese Leistungen allen Opfern geschlechtsspezifischer Gewalt zu gewähren, die sich in ihrem Hoheitsgebiet befinden, unabhängig vom Begehungsort dieser Gewalttaten und ohne Diskriminierung, insbesondere aufgrund des Migrations- oder des Flüchtlingsstatus. Die Istanbul-Konvention

---

<sup>288</sup> Diese Frage wurde im Auftrag wie folgt gestellt: «Wie ist Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention auszulegen? Gilt bei Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention – analog zu Artikel 14 EMRK – das Akzessorietätsprinzip? Wie wirkt sich die Auslegung von Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention auf den Geltungsbereich des Übereinkommens gemäss Artikel 2 Istanbul-Konvention aus? Inwiefern stellt Artikel 2 Istanbul-Konvention eine Schranke für den Anwendungsbereich von Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention dar?»

<sup>289</sup> Diese Frage wurde im Auftrag wie folgt gestellt: «Territorialer Geltungsbereich der Konvention: Wie ist Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention in Bezug auf den territorialen Geltungsbereich auszulegen? Findet die Istanbul-Konvention aufgrund von Artikel 4 Absatz 3 Anwendung auf Sachverhalte, die sich ausserhalb des Territoriums eines Vertragsstaates abspielen?»



entfaltet hier keine extraterritoriale Wirkung, da sich die Personen im Hoheitsgebiet des Vertragsstaates befinden, und sie macht in diesem Fall, also bei den Schutz-, Unterstützungs- und Hilfsmassnahmen, keinen Unterschied aufgrund des Begehungsortes der Straftaten oder des Ortes, an dem die Gewalttaten erlitten wurden.

Dies geht bereits aus der Analyse des territorialen Geltungsbereichs der Istanbul-Konvention hervor und wird durch die Analyse der Bestimmung zum Diskriminierungsverbot bei der Umsetzung des Übereinkommens bestärkt (Art. 4 Abs. 3).

Im schweizerischen Recht können Opfer einer im schweizerischen Hoheitsgebiet oder im Ausland begangenen Straftat verschiedene Unterstützungsangebote in Anspruch nehmen. Dabei kann es sich um Leistungen handeln, die von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, der Sozialhilfe oder der Nothilfe übernommen werden, oder um eine spezifische Betreuung in den Bundesasylzentren gemäss dem Asylgesetz, aber auch um Leistungen der Gesetzgebung über die Hilfe und die Schutz- und Unterstützungsmassnahmen für Opfer von Straftaten und Gewalt, innerhalb der das Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) einen wichtigen Pfeiler darstellt. Genau im Zusammenhang mit diesem Gesetz stellt sich die Frage eines allfälligen Konflikts mit der Istanbul-Konvention, da der Geltungsbereich des OHG in diesem Sinne beschränkt ist, als die Hilfeleistungen der Beratungsstellen grundsätzlich (nur) für in der Schweiz begangene Straftaten gewährt werden. Aufgrund ihres Lebenslaufs erleiden Migrantinnen in der Praxis häufiger Gewalt im Ausland als Schweizer Frauen, so dass sie von der Einschränkung der Leistungen der Opferhilfe nach OHG auf (lediglich) in der Schweiz begangene Straftaten stärker betroffen sind als Schweizer Frauen.

Zwar sieht das OHG eine Ausnahme – oder eine «Öffnung» – von diesem Grundsatz in diesem Sinne vor, als bestimmte Hilfs- und Unterstützungsleistungen der Beratungsstellen auch bei im Ausland begangenen Straftaten gewährt werden können (wobei Entschädigungen für den erlittenen Schaden und Genugtuungen ausgenommen sind), aber diese «Öffnung» ist an die Bedingung geknüpft, dass das Opfer zum Zeitpunkt der Straftat und zum Zeitpunkt der Gesuchstellung Wohnsitz in der Schweiz hatte. Auch hier zeigt sich, dass es in der Praxis wahrscheinlicher ist, dass diese «Öffnung» auf Schweizer Frauen oder Frauen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben, angewandt wird als auf Migrantinnen, die in ihrem Herkunftsland oder auf der Reise in die Schweiz Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt wurden.

In beiden Fällen können die Einschränkungen des OHG für im Ausland begangene Straftaten unserer Ansicht nach zu einer indirekten Diskriminierung von Frauen aufgrund ihrer Nationalität oder ihres Migrationsstatus führen. Frauen, die gezwungen waren, aus ihrem Land zu fliehen, weil sie Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt waren oder auf der Reise in die Schweiz Opfer von Gewalt wurden, erfüllen die Voraussetzung des Wohnsitzes in der Schweiz zum entscheidenden Zeitpunkt häufig nicht. Bei der Umsetzung der Istanbul-Konvention, «insbesondere von Massnahmen zum Schutz der Rechte der Opfer», ist jedoch jegliche Diskriminierung verboten, wie Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention ausdrücklich festhält.

Damit könnten, zumindest für die in der Istanbul-Konvention ausdrücklich vorgesehenen Hilfs- und Unterstützungsleistungen, gewisse Einschränkungen im schweizerischen Recht im Bereich von im Ausland erlittenen Straf- oder Gewalttaten in Bezug auf das Diskriminierungsverbot nach

Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention, insbesondere das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Migrations- oder Flüchtlingsstatus, ein Problem darstellen.

Die Frage des Diskriminierungsverbots nach Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention ist hingegen bei Leistungen, die über die im Übereinkommen explizit vorgesehenen hinausgehen, schwieriger zu beantworten. Für den Fall, dass ein Vertragsstaat Leistungen einführt oder einführen würde, die über den in der Istanbul-Konvention explizit vorgesehenen Mindeststandard hinausgehen – beispielsweise bei der Entschädigung –, könnte man sich fragen, ob dieser Staat diese «zusätzlichen» Leistungen rechtmässig auf bestimmte Personengruppen beschränken könnte, beispielsweise auf Personen, die seine Staatsangehörigkeit haben oder zum Zeitpunkt der Straftat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet hatten, oder ob ein solches Vorgehen des Staates unter das Diskriminierungsverbot nach Artikel 4 Absatz 3 fallen würde. Unseres Erachtens scheint die Istanbul-Konvention die Möglichkeit einer Ungleichbehandlung in diesem Fall nicht auszuschliessen, aber in diesem Gutachten wird die Frage nicht abschliessend beantwortet, da ein solcher Fall das schweizerische Opferhilferecht zurzeit nicht betrifft: Dieses sieht für im Ausland erlittene Straftaten keine Entschädigung – und auch keine Genugtuung – vor, weder für Opfer schweizerischer Nationalität oder mit Wohnsitz in der Schweiz noch für andere Personengruppen und beinhaltet somit weder eine direkte noch indirekte Diskriminierung aufgrund der Nationalität oder des Migrationsstatus.

47. **Persönlicher und materieller Geltungsbereich der Istanbul-Konvention und Schutz bestimmter Personengruppen.** – Bei der Frage schliesslich des persönlichen und materiellen Geltungsbereichs der Istanbul-Konvention im Zusammenhang mit dem Schutz bestimmter Personengruppen<sup>290</sup> ist erstens zu beachten, dass die Istanbul-Konvention zwischen häuslicher Gewalt zum einen und Gewalt gegen Frauen zum anderen unterscheidet. Während die Bestimmungen über erstere auch auf Männer und Knaben angewandt werden können, solange ein geschlechtersensibler Ansatz gewährleistet ist, betrifft letztere nur Frauen.<sup>291</sup>

Der Begriff «Frauen» umfasst auch minderjährige Frauen – Mädchen – und unterscheidet nicht nach der Rechtsstellung einer Person (Aufenthaltsstatus, Nationalität usw.). Der Begriff «Frau» ist so zu verstehen, dass er einerseits alle Personen umfasst, deren amtliches Geschlecht (Personenstand) weiblich ist, inklusive trans\* Männer, die ihren Personenstand nicht geändert haben und non-binäre Personen, und andererseits alle Personen, die sich ganz oder teilweise als Frauen identifizieren oder als solche wahrgenommen werden, unabhängig von ihrem amtlichen Geschlecht. Die Istanbul-Konvention schützt also insbesondere auch trans\* Frauen, unabhängig davon, ob sie ihren Personenstand geändert haben oder nicht. Ausserdem macht sie bei den Unterstützungs- und Hilfsmassnahmen für Opfer keinen Unterschied aufgrund der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität oder des Migrations- oder Flüchtlingsstatus einer Person.

---

<sup>290</sup> Diese Frage wurde im Auftrag wie folgt gestellt: «Schutz bestimmter Personengruppen: Wie ist Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention in Bezug auf den Schutz bestimmter Personengruppen, wie beispielsweise LGBTIQ\*-Personen oder Migrantinnen ohne rechtmässigen Aufenthaltstitel, auszulegen? Fallen diese in den Schutzbereich der Istanbul-Konvention? Inwiefern können sich LGBTIQ\*-Personen auf Artikel 4 Absatz 3 Istanbul-Konvention berufen bzw. wo liegen aufgrund von Artikel 2 und 3 Istanbul-Konvention die Grenzen?»

<sup>291</sup> Ohne dass dies im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund des biologischen oder sozialen Geschlechts im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 der Istanbul-Konvention problematisch ist.

