

CM Dokumente

CM(2010)4 add3 rev2 31. März 2010

1081. Sitzung, 31. März 2010

4 Menschenrechte

4.7 Lenkungsausschuss für Menschenrechte (CDDH) -

Empfehlung CM/Rec(2010)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität -

Erläuterungstext

Der Text wurde vom GR-H bei seiner Sitzung am 23. März 2010 vorbereitet

Empfehlung CM/Rec(2010)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität

BEGRÜNDUNGSTEXT

Der vorliegende Begründungstext wurde vom Sekretariat in Zusammenarbeit mit dem Vorsitzenden des Sachverständigenausschusses für Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität (DHLGBT) verfasst.

I. Einleitung

Zahlreiche Texte wurden von verschiedenen Gremien des Europarats zu dieser Frage im Laufe von nahezu dreißig Jahren angenommen. Die Parlamentarische Versammlung des Europarats (PACE) hat seit 1981 für das Ministerkomitee mehrere Empfehlungen angenommen, und gegenwärtig wird ein Bericht zum Thema „Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität“ vom Ausschuss für Recht und Menschenrechte vorbereitet. Im März 2007 hat der Kongress der Gemeinden und Regionen Europas die Empfehlung 211 (2007) über das Versammlungsrecht und die Meinungsfreiheit von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern angenommen. Das Ministerkomitee hat selbst Erwidern auf die vorstehend aufgeführten Empfehlungen der Parlamentarischen Versammlung und des Kongresses und kürzlich zahlreiche Erwidern auf schriftliche Anfragen von PACE-Mitgliedern verfasst, in denen der Grundsatz der gleichen Ausübung von Menschenrechten durch alle Menschen bekräftigt wird, ungeachtet von persönlichen Merkmalen, u.a. die sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität, wobei vorrangig die Meinungs-, Versammlungs-, Vereinigungs- und Redefreiheit behandelt wurden. Der Generalsekretär und der Menschenrechtskommissar haben in mehreren öffentlichen Erklärungen Homophobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität in den Mitgliedstaaten des Europarats verurteilt. Der Menschenrechtskommissar hat auch einen Teil seines jährlichen Tätigkeitsberichts, insbesondere für die Jahre 2006 und 2008, dem Problem der Diskriminierung von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern gewidmet, und hat eine Reihe von Dokumenten zu diesem Thema veröffentlicht.

Im System der Europäischen Menschenrechtskonvention ist, obwohl in der Liste der laut Artikel 14 der Konvention und ihrem Protokoll Nr. 12 (allgemeines Diskriminierungsverbot) verbotenen Diskriminierungsgründen die sexuelle Orientierung oder die Geschlechtsidentität nicht ausdrücklich genannt werden, diese Liste offen und es gibt keine Ausföhrung, die verhindert, dass diese in der Praxis zu den geschützten Merkmalen gehören. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im Weiteren „Gerichtshof“) hat bereits anerkannt, dass Artikel 14 die sexuelle Orientierung abdeckt,¹ und der Erläuterungsbericht zu Protokoll Nr. 12 besagt, dass dieses Instrument Schutz vor Diskriminierung aufgrund

¹ Siehe u.a. *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Urteil vom 21. Dezember 2001, und *Karner v. Österreich*, Urteil vom 24. Juli 2003. Internet: <http://www.coe.int/cm>

der sexuellen Orientierung bietet. Obwohl dies nicht ausdrücklich für die Geschlechtsidentität erklärt wurde, kann man begründeterweise davon ausgehen, dass sie sowohl durch Artikel 14 als auch durch Protokoll Nr. 12 abgedeckt ist. Der Gerichtshof erklärte, dass im Sinne von Artikel 14 eine Ungleichbehandlung diskriminierend sei, wenn dieser keine objektive und vernünftige Rechtfertigung zugrunde liege, d. h., wenn sie kein legitimes Ziel verfolge oder wenn es kein angemessenes Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und dem verfolgten Ziel gäbe.² Der Gerichtshof hat des Weiteren erklärt, dass der Ermessensspielraum, der den Staaten in diesen Fällen, die äußerst intime Fragen des Privatlebens berühren, offenstehe, sehr gering sei, und es müssten besonders schwerwiegende Gründe bestehen, um ein Eingreifen der staatlichen Stellen zu rechtfertigen.³ Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfordere nicht nur, dass dieses Eingreifen grundsätzlich für das Erreichen des Ziels geeignet sei, sondern es müsse auch nachgewiesen werden, dass es erforderlich sei, um dieses Ziel umzusetzen.⁴

Andere internationale Organisationen haben ebenfalls verschiedene Texte verfasst.

Innerhalb der Europäischen Union schließt Artikel 13 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ausdrücklich die sexuelle Orientierung in die Liste der Diskriminierungsgründe ein, und Artikel 21(1) der EU-Grundrechtecharta enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das die „sexuelle Orientierung“ ausdrücklich in der Liste für verbotene Diskriminierungsgründe nennt. Der Rat der Europäischen Union hat eine Richtlinie verabschiedet, die einen allgemeinen Rahmen für die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Berufstätigkeit festlegt,⁵ die ausdrücklich die sexuelle Orientierung nennt, und es wird gegenwärtig ein Vorschlag für eine Richtlinie über die Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Menschen, ungeachtet von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Orientierung, in anderen Bereichen als der Beschäftigung geprüft. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte ebenfalls Gelegenheit, über eine Reihe von Aspekten zum Thema Diskriminierung von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern zu entscheiden,⁶ insbesondere über die Situation von Transgendern im Hinblick auf den Zugang zu Beschäftigung und sozialer Sicherung. Laut Rechtsprechung des Gerichtshofs ist das Entlassen einer Person, die beabsichtigt, sich einer Geschlechtsumwandlung zu unterziehen, oder die sich einer solchen unterzogen hat, laut europäischem Gemeinschaftsrecht eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.⁷ Auch die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA) hat zwei Berichte mit dem Titel „Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity“ veröffentlicht.⁸

Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE/ODIHR) hat kürzlich mehrere Berichte und Dokumente veröffentlicht, die bestimmte Aspekte der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität in den OSZE-Staaten behandeln. Dabei handelt es sich um den Jahresbericht für 2006 und 2007 der OSZE/ODIHR über „Hasskriminalität im Gebiet der OSZE: Vorfälle und Reaktionen“, die Abschnitte über Intoleranz gegenüber lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern enthalten; den OSZE-Bericht vom 9. März 2009 über „Gesetze gegen Hasskriminalität: Ein Praxisleitfaden“; das Handbuch über Menschenrechte und Grundfreiheiten von Angehörigen der Streitkräfte der OSZE/ODHIR,⁹ den Bericht über „Menschenrechtsschützer im Gebiet der OSZE: Herausforderungen und gute Praxisbeispiele“, April 2007-April 2008.¹⁰

Bei den Vereinten Nationen gab es bei der Vollversammlung am 17. Dezember 2008 eine Erklärung, von 66 Staaten befürwortet,¹¹ die Menschenrechtsverletzungen aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität verurteilte, so z. B. Tötungen, Folter, willkürliche Verhaftungen und Entzug von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, u.a. das Recht auf Gesundheit. Dies war die allererste Erklärung zu diesem Thema von der Vollversammlung. Die Mechanismen der Vereinten Nationen zu den Menschenrechten, die Vertragsgremien und der Menschenrechtsrat, werden immer häufiger angerufen, um

² Siehe *Karner*, Abs. 37.

³ Siehe *Karner*, Abs. 41 und *Schlumpf*, Abs. 115.

⁴ Siehe *Karner*, Abs. 41.

⁵ Richtlinie 2000/78/EC des Rates vom 27. November 2000.

⁶ Siehe z. B. den Fall *P. v. S. und Cornwall County Council*, Fall Nr. C-13/94, Urteil vom 30. April 1996 (nur in Englisch verfügbar), den Fall von *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pension*, Fall Nr. C-423/04, Urteil vom 27. April 2007 und den Fall von *K. B. c. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Fall Nr. C-117/01, Urteil vom 7. Januar 2004.

⁷ Siehe *P v. S und Cornwall County Council*, Abs. 21 des Urteils.

⁸ Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity (Teil I – Rechtliche Analyse und Teil II – Die gesellschaftliche Situation), in englischer Sprache erhältlich unter: <http://www.fra.europa.eu>

⁹ Nur in Englisch erhältlich unter <http://www.osce.org/item/30553.html>

¹⁰ Nur in Englisch erhältlich unter <http://www.osce.org/item/35711.html>

¹¹ Albanien, Andorra, Argentinien, Armenien, Australien, Österreich, Belgien, Bolivien, Bosnien-Herzegowina, Brasilien, Bulgarien, Kanada, Kap Verde, Zentralafrikanische Republik, Chile, Kolumbien, Kroatien, Kuba, Zypern, Tschechische Republik, Dänemark, Ecuador, Estland, Finnland, Frankreich, Gabun, Georgien, Deutschland, Griechenland, Guinea-Bissau, Ungarn, Island, Irland, Israel, Italien, Japan, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Mauritius, Mexiko, Montenegro, Nepal, Niederlande, Neuseeland, Nicaragua, Norwegen, Paraguay, Polen, Portugal, Rumänien, San Marino, Sao Tome und Principe, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Schweden, Schweiz, „ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien“, Ost-Timor, Großbritannien, Uruguay und Venezuela. Die USA haben sich im März 2009 ebenfalls mit dieser Erklärung einverstanden erklärt.

sich mit Fragen der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung zu befassen.¹² Allgemeiner gesprochen werden Beschwerden über Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung immer stärker berücksichtigt. Ein Beispiel ist eine Leitlinie für Anzeigen von Flüchtlingen in Bezug auf sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität,¹³ die vom Hohen Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen (UNHCR) im November 2008 veröffentlicht wurde, und der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte des Wirtschafts- und Sozialrats der Vereinten Nationen hat allgemeine Kommentare über die Nichtdiskriminierung bei der Ausübung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten herausgegeben, die in Artikel 2 Abs. 2 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte festgelegt sind, in denen wiederholt wird, dass die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität zwei der Gründe für ein Diskriminierungsverbot dieses Paktes in der Kategorie „weiterer Status“ sind.¹⁴ Auch der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes hat klar formuliert, dass das Übereinkommen über die Rechte des Kindes von den Vertragsstaaten angemessene Maßnahmen fordert, einschließlich gesetzlicher, die Kindern Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung bieten.¹⁵ Der Ausschuss hat sich außerdem besorgt gezeigt, dass junge homosexuelle und transsexuelle Menschen keinen Zugang zu angemessenen Informationen, Hilfsangeboten oder zu erforderlichen Schutzmaßnahmen erhalten, die ihnen ermöglichen, ihre sexuelle Orientierung zu leben.¹⁶

Der vorliegende Text ist die erste vom Ministerkomitee aufgesetzte Übereinkunft, die sich konkret mit der Frage nach Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität befasst.

Bei der 1031. Sitzung der Stellvertreter der Minister am 2. Juli 2008 hat das Ministerkomitee in einer Erklärung seine Verpflichtung auf den Grundsatz von gleichen Rechten und gleicher Würde aller Menschen betont, einschließlich lesbischer, schwuler, bisexueller Menschen und Transgender. Mit dem Hinweis, dass Fälle von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität sowie Homophobie und Intoleranz gegen Transgender in Europa bedauerlicherweise immer noch weitverbreitet seien, hat das Ministerkomitee wiederholt, dass die Standards von Toleranz und Nichtdiskriminierung des Europarats auf alle europäischen Gesellschaften Anwendung finden und eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität mit dieser Botschaft unvereinbar sei.

In diesem Kontext hat das Ministerkomitee dem Lenkungsausschuss für Menschenrechte (CDDH) den Auftrag erteilt, eine Empfehlung für Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität zu verfassen, um die Achtung der Menschenrechte von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern sicherzustellen und die Toleranz für sie zu fördern. Es wurde festgelegt, dass die Empfehlung Maßnahmen aufführen sollte, die zu diesem Zweck ergriffen werden müssen, was wiederum impliziert, dass die aufzusetzende Übereinkunft nicht nur fest auf Menschenrechtsstandards und -grundsätzen fußen, sondern auch ein praktisches Ziel verfolgen sollte.

Er beschloss auch, alle Lenkungsausschüsse und weiteren Ausschüsse, die an der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit beim Europarat beteiligt sind, aufzurufen, im Rahmen ihrer Aufgabenbereiche und ihrer aktuellen und zukünftigen Tätigkeit der Notwendigkeit die gebührende Aufmerksamkeit zu widmen, damit die Mitgliedstaaten Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität vermeiden und beheben und konkrete Vorschläge für zwischenstaatliche und andere Aktivitäten entwerfen, die zum Ziel haben, im Recht und in der Praxis die gleichen Rechte und die Würde von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern zu stärken und diskriminierende Einstellungen gegen sie in der Gesellschaft zu bekämpfen.

Auf seiner 1048. Sitzung am 16. Februar 2009 nahm das Ministerkomitee die Aufgabenstellung für den Sachverständigenausschuss für Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität (DH-LGBT), unter Leitung des CDDH, an. Der Sachverständigenausschuss trat zweimal zusammen, um einen Empfehlungsentwurf zu erarbeiten. Er entschied, einen Anhang zur Empfehlung zu entwerfen, der die aus bestehenden europäischen und anderen internationalen Übereinkünften entnommenen Grundsätze enthalten sollte, unter besonderer Betonung der Europäischen

¹² Im Fall *Toonen v. Australien* (Kommunikation Nr. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992(1994)) hat der Menschenrechtsausschuss ausdrücklich anerkannt, dass die Rechte von schwulen und lesbischen Menschen durch das Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen geschützt sind und verwies auf Artikel 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR), der die „sexuelle Orientierung“ unter dem Begriff „Geschlecht“ abdeckt, der in dieser Bestimmung erwähnt wird. In den Fällen *Young v. Australien* (Kommunikation Nr. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000(2003)) und *X v. Kolumbien* (Kommunikation Nr. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007)) wurde diese Haltung erneut für die Diskriminierung in Bezug auf das Recht eines überlebenden homosexuellen Partners bestätigt, Rentenansprüche geltend zu machen.

¹³ Nur in Englisch erhältlich: Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, November 2008, <http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22547,,48abd5660,0.html>

¹⁴ Siehe das Dokument des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Abs. 32: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_fr.doc

¹⁵ Abschließende Feststellungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes betreffs Vereinigtes Königreich (Isle of Man), 16. Oktober 2000, Dokument CRC/C/15/Add. 134.

¹⁶ Abschließende Feststellungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes betreffs Vereinigtes Königreich, 9. Oktober 2002, Dokument CRC/C/15/Add. 188.

Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Der CDDH nahm den Textentwurf der vorliegenden Empfehlung bei seiner 69. Sitzung (24.-27. November 2009) an und reichte ihn an das Ministerkomitee weiter, der ihn am ... annahm.

II. Kommentare

Allgemeine Erwägungen

Die vorliegende Empfehlung ruft die Mitgliedstaaten auf, die Anwendung der Grundsätze und Maßnahmen, die in ihrem Anhang aufgeführt sind, in ihre nationale Gesetzgebung, Politik und Praxis in Bezug auf den Schutz der Menschenrechte von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern und die Förderung von Toleranz gegenüber diesen Menschen anzuwenden.

Ausgangspunkt für die Grundsätze und Maßnahmen, die im Anhang zu dieser Empfehlung enthalten sind, ist die Notwendigkeit, eine weitverbreitete Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität zu bekämpfen. Lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender sind in der Tat seit Jahrzehnten in ganz Europa und in allen Lebensbereichen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität mit Homophobie, Transphobie und anderen Formen einer weitverbreiteten und anhaltenden Intoleranz konfrontiert, die zu feindseligen Handlungen führen, die von sozialer Ausgrenzung bis zu Diskriminierung reichen. In Folge müssen zahllose Menschen ihre Identität verheimlichen oder unterdrücken und ein Leben in Angst und Unsichtbarkeit, selbst in ihren eigenen Familien, führen.

Die Grundsätze basieren im Wesentlichen auf der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Europäischen Sozialcharta (einschließlich der revidierten Charta), aber sie enthalten u.a. auch Verweise auf die EU-Grundrechtecharta, den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, das Übereinkommen über die Rechte des Kindes und die Genfer Flüchtlingskonvention sowie auf die Rechtsprechung der entsprechenden Gerichtshöfe und Vertragsgremien. Nur jene Staaten, die diese Texte ratifiziert haben, welche das Fundament der Grundsätze in der Empfehlung bilden, sind an die Verpflichtungen und die Rechtsprechung gebunden, die aus ihnen hervorgehen. Dessen ungeachtet können diese wichtigen internationalen Übereinkünfte Quelle der Inspiration sein, und alle Mitgliedstaaten sind aufgerufen, die Grundsätze zu achten und die entsprechenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität umzusetzen und Toleranz zu fördern. Im Text wird durchgängig auf weitere wichtige Texte verwiesen, u.a. das Weißbuch zum interkulturellen Dialog, die Europäische Sport-Charta, die Entschlüsse der Parlamentarischen Versammlung 1608 (2008) - *Suizid von Kindern und Jugendlichen in Europa: Ein schwerwiegendes Problem im Gesundheitswesen* und 1660 (2009) - *Situation von Menschenrechtsschützern in den Mitgliedstaaten des Europarats*, und die Empfehlungen des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten Nr. R(97)20 über „Hassreden“, Rec(2001)10 über den Europäischen Kodex für Polizeietik, Rec(2007)17 über Standards und Mechanismen für die Geschlechtergleichstellung und auf die Allgemeine politische Empfehlung Nr. 10 von ECRI über die Bekämpfung von Rassismus und rassistisch motivierter Diskriminierung in der und durch die Schulbildung.

Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität sollten mit einer Überprüfung der bestehenden Gesetzgebung und anderen Maßnahmen beginnen, die direkt oder indirekt zur Diskriminierung einer Person oder Gruppe aus solchen Gründen führen könnten. Des Weiteren sollten sie die Durchführung relevanter Forschung, die Erfassung und die Analyse relevanter Daten einschließen, um regelmäßig und wirksam die Auswirkungen der Gesetzgebung und anderer Maßnahmen auf das Recht auf Nichtdiskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität zu überwachen und um jede direkte oder indirekte Diskriminierung wegen dieser Gründe zu beheben. Dieses Vorgehen erfordert natürlich Zeit für eine vollständige Umsetzung, und es kann ein Zeitplan für die verschiedenen aufgeführten Themen erstellt werden. Selbstverständlich müssten nur diskriminierende Einschränkungen aufgehoben werden.

In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, in seinen Urteilen in den Fällen *Dudgeon v. Vereinigtes Königreich*¹⁷ und *Norris v. Irland*¹⁸, entschieden, dass die Aufrechterhaltung von Gesetzen, die homosexuelle Handlungen im Privatleben verbieten, einen dauerhaften Eingriff in das Recht des Beschwerdeführers auf Achtung seines Privatlebens darstellte (zu dem sein Sexualleben gehörte), selbst wenn das fragliche Gesetz nicht mehr zu einer Strafverfolgung führen würde. Die ehemalige Europäische Kommission für Menschenrechte erklärte in ihrem Bericht zum Fall *Sutherland v. Vereinigtes Königreich*,¹⁹ dass, obwohl der Beschwerdeführer in diesem Fall keiner Strafverfolgung ausgesetzt oder ihm

¹⁷ *Dudgeon v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 22. Oktober 1981, Serie A Nr. 45, S. 21, Abs. 41. Dies war der erste Fall, in dem die Kommission und der Gerichtshof Stellung gegen die Existenz von Gesetzen bezogen haben, die Homosexualität für illegal erklärten.

¹⁸ *Norris v. Irland*, Urteil vom 26. Oktober 1988, Serie A Nr. 142, S. 18, Abs. 38.

¹⁹ *Sutherland v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 25186/94, Bericht der Kommission vom 1. Juli 1997, nicht veröffentlicht, in dem die Existenz von Gesetzen kritisiert wird, die ein höheres Schutzniveau für männliche homosexuelle als für heterosexuelle Handlungen festlegten.

keine Strafverfolgung angedroht wurde, die bloße Existenz des Gesetzes sich unmittelbar auf sein Privatleben auswirkte. In seiner Erwiderung auf die Empfehlung 211 (2007) des Kongresses der Gemeinden und Regionen Europas wies das Ministerkomitee des Weiteren darauf hin, dass der Gerichtshof in „einer Reihe von Urteilen“²⁰ betont hat, eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung widerspreche der Konvention. Alle Mitgliedstaaten müssen die Konvention befolgen, wenn sie nationales Recht anwenden, insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes.“²¹

Im Hinblick auf Kontrollmaßnahmen könnte eine Option sein, dass die Mitgliedstaaten periodische Aktionspläne auf nationaler, regionaler und kommunaler Ebene und Indikatoren verabschieden und wirksam umsetzen, um ihre Ergebnisse und die Fortschritte der Umsetzung zu messen.

Außerdem sollten konkrete Maßnahmen verabschiedet und effektiv umgesetzt werden, um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität zu bekämpfen, die Achtung der Menschenrechte von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern sicherzustellen und die Toleranz für sie zu fördern. Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass ihre Gesetzgebung und anderweitigen Maßnahmen für die Bekämpfung von Diskriminierung aus diesen Gründen geeignet sind, und sie sollten eine umfassende Strategie annehmen und wirksam umsetzen, einschließlich langfristiger Bildungs- und Aufklärungsprogramme, die zum Ziel hat, diskriminierende oder voreingenommene Einstellungen und Verhaltensweisen in der Allgemeinheit zu bekämpfen und Vorurteile und Stereotypen zu korrigieren (z. B. durch eindeutige politische Botschaften an die Allgemeinheit, einschließlich die Medien).

Die Mitgliedstaaten sollten gewährleisten, dass Opfer einen wirksamen Zugang zu Rechtsmitteln bei einer nationalen Stelle erhalten, auch wenn der Verstoß von Personen begangen wurde, die in öffentlichen Funktionen tätig sind. Diese Rechtsmittel sollten wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und sollten, wo geeignet, eine angemessene Entschädigung der Opfer von Diskriminierung einschließen. Sie sollten darüber hinaus Maßnahmen ergreifen, die gewährleisten, dass die Opfer diese Rechtsmittel kennen.

Die Mitgliedstaaten sind des Weiteren aufgerufen, über geeignete Mittel und Initiativen sicherzustellen (u.a. über das Internet), dass der Inhalt dieser Empfehlung, einschließlich Anhang, in größtmöglichem Umfang verbreitet wird, um lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender über ihr Recht auf Gleichbehandlung aufzuklären, aber auch um das Bewusstsein in der öffentlichen Verwaltung, bei den Strafverfolgungsbehörden, einschließlich der Justiz und des Strafvollzugs, den nationalen Menschenrechtsstrukturen, dem Bildungs- und Gesundheitswesen sowie bei den Mitarbeitervertretern des öffentlichen und privaten Sektors, den Medien und relevanten nichtstaatlichen Organisationen zu schärfen.

Im Hinblick auf die Nachbereitung der Empfehlung werden die Regierungen der Mitgliedstaaten aufgefordert, deren Anwendung drei Jahre nach ihrer Verabschiedung durch das Ministerkomitee prüfen zu lassen.

I. Recht auf Leben, Sicherheit und Schutz vor Gewalt

A. „Kriminalität aus Hass“ und andere „hassmotivierte Vorfälle“

1 - 2. Hasskriminalität sind Straftaten, die aufgrund der vermuteten oder tatsächlichen Zugehörigkeit des Opfers zu einer bestimmten Gruppe erfolgen, die vorwiegend durch Rasse, Religion, sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität, Nationalität, ethnische Zugehörigkeit, Behinderung, etc. definiert ist.²² Für die Zwecke dieser Empfehlung wird der Begriff „*hassmotivierter Vorfall*“ dahingehend verwendet, dass er, ungeachtet der Frage, ob diese/r in der nationalen Gesetzgebung als Straftat gilt, jeden Vorfall und jede Handlung gegen Menschen oder Eigentum einschließt, die aufgrund einer tatsächlichen oder vermuteten Verbindung oder Mitgliedschaft zu einer Gruppe als Ziel ausgewählt werden. Der Begriff ist weit genug gefasst, um eine Bandbreite an Manifestationen von Intoleranz abzudecken, die von geringfügigen Vorfällen, die durch Voreingenommenheit motiviert sind, bis zu strafbaren Handlungen reichen.²³ „Hasskriminalität“ und andere „hassmotivierte Vorfälle“ sind für die Opfer und die Gemeinschaft, der sie angehören, sehr gravierend, und dieser Eindruck wird noch verstärkt durch die Tatsache, dass sie aus Sicht des Opfers aufgrund eines

²⁰ Vor allem *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Urteil vom 21. Dezember 2001; und *Karner v. Österreich*, Urteil vom 9. Januar 2003; *Karner v. Österreich*, Urteil vom 24. Juli 2003; *B.B. v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 10. Februar 2004.

²¹ Antwort, am 6. Juli 2011 vom Ministerkomitee bei seiner 1015. Sitzung der Stellvertretender der Minister angenommen, CM/Cong(2008)Rec211 Endfassung.

²² Aus der Einleitung des OSZE-Berichts: *Hate Crime Laws – A Practical Guide*, (S. 7), wo Hasskriminalität beschrieben wird als „durch Intoleranz gegenüber bestimmten Gruppen der Gesellschaft motivierte Straftaten“. OSZE/ODIHR bietet auch eine „Arbeitsdefinition“ in ihrem Bericht für das Jahr 2006, wonach Hasskriminalität „jede Straftat ist, u.a. Straftaten gegen Personen oder Eigentum, bei der das Opfer, das Gelände oder das Ziel der Straftat aufgrund der tatsächlichen oder vermuteten Verbindung, Zugehörigkeit, Unterstützung oder Mitgliedschaft zu einer Gruppe ausgewählt wird.“ ist. Siehe auch die Definition des Home Office:

<http://www.homeoffice.gov.uk/crime-victims/reducing-crime/hate-crime/> oder des U.S. Department of Justice – Bureau of Justice Assistance : *A Policymaker's Guide to Hate Crimes* : <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>.

²³ Siehe OSZE-Jahresbericht für 2006, S. 9, http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296_931_en.pdf

unabänderlichen grundlegenden Aspekts seiner Identität erfolgen.²⁴ Diese Straftaten bedrohen aber auch das Fundament demokratischer Gesellschaften und die Rechtsstaatlichkeit, da sie einen Angriff auf das grundlegende Prinzip der gleichen Würde und Rechte aller Menschen darstellen, das in Artikel 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen garantiert ist. Lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender sind Opfer vieler dieser Straftaten oder Vorfälle. Laut OSZE/ODIHR-Bericht „*Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses*“²⁵ zeichnen sich homophobe Straftaten oder Vorfälle durch einen hohen Grad an Grausamkeit und Brutalität aus und gehen häufig mit schweren Prügeln, Folter, Verstümmlungen, Kastrationen oder sogar Vergewaltigungen einher, die zum Tode führen können. Sie können auch die Form von Zerstörung von Eigentum, Beleidigungen oder verbale Angriffe, Bedrohungen oder Einschüchterung annehmen.

Es wird allgemein anerkannt, dass die am besten geeigneten Maßnahmen und Verfahren für den Umgang mit Hasskriminalität oder einem hassmotivierten Vorfall von den anwendbaren nationalen Gesetzen und den Umständen des Falles abhängen, i.e. ob es sich um einen Verstoß gegen nationale strafrechtliche, zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Gesetze oder eine andere Vorschrift (Disziplinarverfahren, etc.) handelt. Begriffe wie „Ermittlungsverfahren“ und „Sanktionen“ sollten aus diesem Grund in diesem Zusammenhang in einem weiter gefassten Sinne verstanden werden, der die Umstände des Falles berücksichtigt.

Gesetzgeberische Maßnahmen zur Bekämpfung dieser Straftaten sind unerlässlich. Indem sie diskriminierende Motive verurteilen, signalisieren sie den Tätern, dass eine gerechte und humane Gesellschaft ein solches Verhalten nicht tolerieren wird. Durch Anerkennen des Schadens, den die Opfer erleiden, vermitteln sie diesen Menschen und ihren Gemeinschaften die Sicherheit, durch das Strafgesetz geschützt zu sein. Darüber hinaus machen diese Gesetze Hasskriminalität oder andere hassmotivierte Vorfälle sichtbarer und erleichtern das Erfassen statistischer Daten, die wiederum für die Ausarbeitung von Maßnahmen wichtig sind, diese Taten zu verhindern und diesen entgegenzuwirken.

In der Gesetzgebung wird Hasskriminalität allgemein härter bestraft, da sie aus diskriminierenden Motiven heraus begangen wird. Das Versäumnis, diese auf Vorurteilen beruhenden Motive einer Straftat zu berücksichtigen, kann laut EMRK eine indirekte Diskriminierung darstellen.²⁶ Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass bei der Festlegung von Sanktionen ein vorurteilsgeleitetes Motiv im Hinblick auf die sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität als strafverschärfender Umstand betrachtet werden kann. Darüber hinaus sollten sie gewährleisten, dass diese Motive protokolliert werden, wenn ein Gericht sich für eine härtere Bestrafung entscheidet.²⁷ Mindestens 14 Mitgliedstaaten des Europarats haben bereits die sexuelle Orientierung als strafverschärfenden Umstand bei der Begehung einer Straftat in ihre Gesetzgebung aufgenommen.²⁸

Viele Berichte scheinen darauf hinzudeuten, dass nur wenige dieser Straftaten oder Vorfälle bei der Polizei oder einer staatlichen Stelle gemeldet oder angezeigt werden. Die Tatsache, dass selbst Polizisten sich feindselig gegen lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender verhalten, entweder wenn ein Opfer ein Polizeirevier aufsucht oder auf Eigeninitiative des Beamten, macht eine Anzeige noch unwahrscheinlicher.²⁹

Das Recht auf staatlichen Schutz vor allen Formen von Gewalt oder Verletzungen, der in Artikel 2 und 3 der Konvention garantiert wird, impliziert die Einführung wirksamer Ermittlungsmechanismen für den Fall, dass tödliche Gewalt oder eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung eingesetzt wird, ungeachtet der Frage, ob diese von einem Vertreter des Staates oder von Privatpersonen ausgeübt wird.

²⁴ Siehe OSZE-Bericht: *Hate Crime Laws – A Practical Guide*, (S. 42: http://www.osce.org/publications/odihr/2009/03/36671_1263_en.pdf

²⁵ Siehe OSZE-Jahresbericht für 2006, S. 53-54.

²⁶ *Angelova und Iliev v. Bulgarien*, Nr. 55523/00, Urteil vom 26. Juli 2007, Abs. 115.: “[B]ei Ermittlungen zu gewalttätigen Vorfällen haben die staatlichen Stellen die zusätzliche Pflicht, alle angemessenen Schritte einzuleiten, um ein rassistisches Motiv aufzudecken und nachzuweisen, ob ethnischer Hass oder ethnische Vorurteile bei den Ereignissen eine Rolle spielten. Das Versäumnis, dies zu tun, und rassistisch motivierte Gewalt und Brutalität auf dieselbe Weise zu behandeln wie andere Fälle, die keinen rassistischen Beigeschmack haben, würde bedeuten, sich blind zu stellen für die besondere Art dieser Handlungen, die im Hinblick auf die Grundrechte besonders zerstörerisch sind. Das Versäumnis, Situationen unterschiedlich zu behandeln, die im Wesentlichen verschiedene sind, kann eine ungerechtfertigte Behandlung darstellen, die mit Artikel 14 der Konvention unvereinbar ist.”

²⁷ Das OSZE Praxishandbuch (op. cit.) weist darauf hin (S. 36), dass in einigen Staaten die Gründe für eine Strafverschärfung nicht öffentlich protokolliert werden, was das Recht erheblich seines symbolischen und statistischen Wertes beraubt.

²⁸ Als Beispiel sei hier auf Artikel 132-77 des französischen Strafgesetzbuchs hingewiesen, der erklärt: „*In den vom Gesetz vorgesehenen Fällen sind die Strafen für eine Straftat oder ein Vergehen härter, wenn sie aufgrund der sexuellen Orientierung des Opfers erfolgt.*“ Die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte gab an, dass 10 Mitgliedstaaten der Europäischen Union die sexuelle Orientierung als strafverschärfenden Umstand beim Begehen einer Straftat aufgenommen haben. Diese sind Belgien, Dänemark, Spanien, Frankreich, die Niederlande, Portugal, Rumänien, Finnland, Schweden und Großbritannien. Siehe „*Homophobia and Discrimination on grounds of sexual orientation in the EU member states*“ (Teil I – Rechtliche Analyse), S. 122, erhältlich unter http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/products/publications_reports/pub_cr_homophobia_0608_en.htm

Von den Mitgliedstaaten des Europarats sind dies Andorra, Kroatien, Island und Norwegen.

²⁹ Siehe den FRA-Bericht– Teil II, S. 46-47.

Der Gerichtshof hat bereits anerkannt, dass bei mutmaßlichen gewalttätigen Handlungen diskriminierender Natur ein besonderes Verfahren für das Sammeln von Beweisen angewendet werden muss. Bei einem seiner Fälle hat der Gerichtshof erklärt, es sei nicht ausgeschlossen, dass eine Maßnahme auf der Grundlage der Beweise in ihrer Wirkung als diskriminierend erachtet werden könne (unverhältnismäßige Benachteiligung einer bestimmten Gruppe), selbst wenn diese nicht gezielt gegen diese Gruppe gerichtet sei.³⁰ Wenn der Einsatz von Gewalt durch homophobe oder transphobe Diskriminierung motiviert ist, sollten die Artikel 2 und 3 in Verbindung mit Artikel 14 (Rechte und Freiheiten, die laut Konvention ohne Diskriminierung auszuüben sind) die Staaten veranlassen, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um die Rolle der mutmaßlichen Vorurteile nachzuweisen, und in Folge sicherzustellen, dass sowohl im Rechtssystem als auch in der Praxis zwischen Fällen unterschieden wird, in denen übermäßige Gewalt angewendet wurde, und jenen, die Hasskriminalität betreffen. Die Staaten sollten sich verstärkt bemühen, alle homophoben oder transphoben Hintergründe einer Gewalttat aufzudecken, vor allem weil es in der Praxis schwierig sein kann, homophobe oder transphobe Motive nachzuweisen. Da diskriminierende Motive schwer nachzuweisen sind, ist die Qualität der Ermittlungen umso wichtiger. In ähnlicher Weise muss auch die Pflicht, Fälle mit rassistischer Bezug zu untersuchen, ohne Diskriminierung erfüllt werden, wie von Artikel 14 der Konvention gefordert.³¹ Diese Verpflichtungen sind eindeutig anzuwenden, wenn eine Straftat aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität einer Person erfolgte.

3. Die Mitgliedstaaten sollten geeignete Maßnahmen einführen, um die Opfer und Zeugen von Hasskriminalität oder anderen hassmotivierten Vorfällen, die aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität erfolgten, zu ermutigen, diese Handlungen anzuzeigen. Diese Maßnahmen sollten Folgendes einschließen:

a. Erarbeiten und Verbreiten einer einfachen und umfassenden Definition von „Hasskriminalität“, einschließlich des Motivs der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität, die auf die Allgemeinheit, damit diese Straftaten häufiger gemeldet werden, und auf die Polizeikräfte abzielt, die die Anzeigen aufnehmen;

b. Einrichten von Trainingsprogrammen, um sicherzustellen, dass die unterschiedlichen Stellen der Strafverfolgungsbehörden, einschließlich der Justiz, über die Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, die erforderlich sind, um den Opfern und Zeugen eine angemessene Unterstützung und Hilfe anbieten zu können;

c. Einrichten von Sondereinheiten, die u.a. die Aufgabe erhalten, bei Straftaten und Vorfällen zu ermitteln, die mit der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität zusammenhängen, und von besonderen Verbindungsbeamten, die den Kontakt zu lokalen Gemeinschaften halten, um ein Vertrauensverhältnis aufzubauen;

d. Besonderer Schwerpunkt beim Einrichten unabhängiger und effektiver Mechanismen für das Empfangen und Auswerten von Berichten über Hassvorkriminalität oder hassmotivierte Vorfälle, die mutmaßlich von Mitarbeitern der Strafverfolgungsbehörden begangen wurden, insbesondere wenn die sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität ein Motiv für diese Taten war;

e. Einführung von Systemen für anonyme Anzeigen oder Online-Anzeigen oder Verwendung anderer Methoden für einen leichten Zugang und die Möglichkeit für Dritte, Anzeigen zu erstatten, um Informationen über den Vorfall und die besondere Natur dieser Vorfälle zu sammeln;

Darüber hinaus sollten die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, die sicherstellen, dass lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender von den Strafverfolgungsbehörden und anderen Stellen, die eingerichtet wurden, um Anzeigen von Opfern und Zeugen von Hasskriminalität oder hassmotivierten Vorfällen zu ermutigen, ohne Diskriminierung behandelt werden, indem sie einen Verhaltenskodex verfassen und ein entsprechendes Training durchführen. Sie sollten des Weiteren Schritte einleiten, die sicherstellen, dass bei homophoben oder transphoben Taten, einschließlich Taten, die Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, wie z. B. sexueller Missbrauch, einschließen, eine unmäßig zudringliche Körperdurchsuchung und eine verunglimpfende Sprache seitens dieser Stellen vermieden werden und, sofern anwendbar, disziplinarische oder strafrechtliche Sanktionsmechanismen einsetzen.

³⁰ *Hugh Jordan v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 24746/94, § 154, 4 Mai 2001.

³¹ Siehe die Argumentation des Gerichtshofs im Fall *Nachova und andere v. Bulgarien*, Urteil vom 26. Februar 2004, Abs. 155-162, über Tötungsdelikte aus rassistischen Motiven: „Das Recht auf Leben laut Artikel 2 der Konvention und das Verbot der Diskriminierung im Allgemeinen und der Diskriminierung aufgrund von Rasse und ethnischer Zugehörigkeit im Besonderen laut Artikel 14 spiegeln die Grundwerte demokratischer Gesellschaften wider, auf denen der Europarat ruht. Durch ethnischen Hass motivierte Handlungen, die zum Tode führen, unterminieren die Fundamente dieser Gesellschaften und erfordern eine besondere Wachsamkeit und ein wirksames Handeln der Behörden.“ Darüber hinaus kann das Versäumnis, Situationen unterschiedlich zu behandeln, die im Wesentlichen verschieden sind, eine ungerechtfertigte Behandlung darstellen, die mit Artikel 14 der Konvention unvereinbar ist (siehe u.a. *Thlimmenos v. Griechenland* [Große Kammer], Nr.: 34369/97, Abs. 44, ECHR 2000-IV).

4. Die Anwendung von Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ist durch die Europäische Menschenrechtskonvention strikt verboten (Artikel 3). Personen, die ihrer Freiheit beraubt sind, u.a. in psychiatrischen Kliniken, und sich im Gewahrsam und in der Obhut staatlicher Stellen befinden, sind besonders gefährdet und die Stellen haben die Pflicht, sie zu schützen, sei es vor Handlungen durch Beamte oder Handlungen anderer Häftlinge. Dies ist besonders bei lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern der Fall, die noch gefährdeter im Hinblick auf bestimmte Missbrauchsformen sind und häufig Schikane, Gewalt, Erniedrigung, sexuelle Übergriffe, Vergewaltigung und andere Formen von Misshandlungen erleben. Die Staaten müssen bei diesen Situationen besonders wachsam sein und sicherstellen, dass die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebenden Verpflichtungen erfüllt werden, und sie müssen angemessene und wirksame Verfahren zur Feststellung der disziplinarischen oder strafrechtlichen Verantwortung jener Personen einführen, die für diese Taten oder für die mangelnde Überwachung von Hafteinrichtungen verantwortlich sind.

Im Hinblick auf Transgender sollten die Behörden bei der Auswahl des Hafteinrichtungen besonders sorgfältig sein (für Männer oder Frauen), um die Geschlechtsidentität der betreffenden Person, die inhaftiert werden soll, zu schützen und zu achten. Die Bedeutung der subjektiven Entscheidung einer Person ist untrennbar mit objektiven Kriterien verbunden, die für die Identität dieser Person relevant sind. Aus diesem Grund impliziert die Achtung der Geschlechtsidentität in diesem Kontext nicht das Recht einer Person, willkürlich ihre Geschlechtsidentität zu wählen. In Fällen, in denen offizielle Dokumente für die Wahl eines Gefängnisses unzureichend sind, sollten die Behörden eine objektive Beurteilung des Falles vornehmen, wobei sie nicht nur die subjektive Entscheidung der betreffenden Person und die offiziellen Dokumente berücksichtigen sollten, sondern z. B. auch die Phase der erfolgten Geschlechtsumwandlung.

5. Um Diskriminierung bekämpfen zu können, ist es unerlässlich, unter gebührender Berücksichtigung des Rechts auf Privatleben relevante Forschung durchzuführen und Daten über diskriminierende Maßnahmen und Praktiken zu sammeln, insbesondere wenn es um „Hasskriminalität“ und „hassmotivierte Vorfälle“ in Bezug auf die sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität geht. Der Menschenrechtskommissar hat auf den Mangel an Daten über die Situation von Transgendern in Europa hingewiesen, besonders in den Mitgliedstaaten, die nicht zur EU gehören.³²

Diese Instrumente sollten über das bloße Protokollieren von Zwischenfällen hinausgehen und zukünftigen Initiativen zur Verhinderung dieser Zwischenfälle zugutekommen, die Allgemeinheit darüber aufklären, was homophobe und transphobe Aggression beinhaltet und die Entwicklung angemessener Maßnahmen zur Bekämpfung unterstützen. Die Mitgliedstaaten sollten sich aus diesem Grund mit wirksamen Instrumenten für die Analyse von Daten und Informationen ausstatten, um ein besseres quantitatives und qualitatives Verständnis der Diskriminierung von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern zu erlangen, insbesondere wenn es um Hasskriminalität geht. Sie sollten außerdem aktiv die Forschung über die Art und Ursachen von negativen oder feindseligen Verhaltensweisen gegenüber lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern mit dem Ziel fördern, wirksame politische Ansätze für die Bekämpfung dieses Phänomens zu entwickeln.

B. „Hassreden“

6-8. In seiner Empfehlung Nr. R (97) 20 vom 30. Oktober 1997 über „Hassreden“ hat das Ministerkomitee erklärt, dass der Begriff „Hassreden“ alle Ausdrucksformen abdeckt, die Rassenhass, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus oder andere Formen von Hass auf der Grundlage von Intoleranz, einschließlich Diskriminierung und Feindseligkeit gegenüber Minderheiten, verbreiten, schüren, fördern oder rechtfertigen. Für die Zwecke dieser Empfehlung deckt der Begriff „Hassreden“ diese hassmotivierten Ausdrucksformen ab, ungeachtet der eingesetzten Mittel und einschließlich des Internets und anderer neuer Medien.

Wie bereits das Weißbuch über interkulturellen Dialog erklärt, muss die öffentliche Debatte die kulturelle Vielfalt respektieren.³³ Öffentliche Äußerungen von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit oder anderen Formen der Intoleranz, sei es durch Einzelpersonen in öffentlichen Ämtern oder Angehörige der Zivilgesellschaft, sollten abgelehnt und verurteilt werden, in Übereinstimmung mit den relevanten Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, u.a. Artikel 17. Homophobe öffentliche Äußerungen durch Personen der Öffentlichkeit sind besonders besorgniserregend, weil sie die öffentliche Meinung negativ beeinflussen und Intoleranz fördern.

³² Human Rights and Gender Identity, Issue Paper, Menschenrechtskommissar, 29. Juli 2009, S. 9: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1331143&SecMode=1&DocId=1433126&Usage=2>

³³ In Abschnitt 5.1 des Weißbuchs wird u.a. erklärt, dass „die Staaten über eine robuste Gesetzgebung verfügen sollten, um „Hassreden“ und rassistische, fremdenfeindliche, homophobe, antisemitische, islamfeindliche und Roma-feindliche oder anderweitige Äußerungen unter Strafe zu stellen, wenn diese Hass oder Gewalt schüren.“

In derselben Empfehlung erklärt das Ministerkomitee, dass „die öffentlichen Stellen und staatlichen Institutionen (...) eine besondere Verantwortung tragen, sich Äußerungen zu enthalten, insbesondere in den Medien, die begründeterweise als Hassreden (...) oder andere Formen der Diskriminierung oder des Hasses auf der Grundlage von Intoleranz verstanden werden könnten. Diese Äußerungen sollten verboten und öffentlich verurteilt werden, wann immer sie auftreten.“ (Grundsatz 1) Gleichzeitig ist es wichtig, dass Eingriffe in die Meinungsfreiheit „eng begrenzt und auf rechtmäßige und nicht willkürliche Weise auf der Grundlage objektiver Kriterien angewendet werden [und] einer unabhängigen gerichtlichen Überprüfung unterliegen“ (Grundsatz 3).

Der Gerichtshof hat erklärt, dass „jeder, der seine Meinungsfreiheit ausübt, Pflichten und Verantwortung eingeht, deren Umfang von seiner Situation und den von ihm eingesetzten technischen Mitteln abhängt“,³⁴ und dass die Ausübung dieser Freiheiten Einschränkungen unterworfen werden kann, insbesondere im Hinblick auf den Schutz der Rechte Dritter.³⁵ Der Gerichtshof hat des Weiteren ausgeführt, dass, obwohl Artikel 10 kaum Raum für Einschränkungen der politischen Rede oder Debatte lässt, die Ausübung der Meinungsfreiheit durch gewählte Politiker, die gleichzeitig öffentliche Ämter in der Verwaltung bekleiden, mit einer besonderen Verantwortung einhergeht.³⁶ Diese Personen müssen diese Freiheit mit Einschränkungen ausüben und aus diesem Grund bedenken, dass ihre Ansichten von Mitarbeitern des öffentlichen Dienstes, deren Beschäftigung und Karriere von ihrer Zustimmung abhängen, als Anleitungen verstanden werden könnten.

Dementsprechend sollten die Mitgliedstaaten die staatlichen Stellen und Gremien auf nationaler, regionaler und kommunaler Ebene auf ihre Verantwortung hinweisen, sich insbesondere in den Medien Äußerungen zu enthalten, die begründeterweise dahingehend verstanden werden könnten, zu Hass oder anderen Formen der Diskriminierung von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern aufzurufen, diese zu schüren oder zu verbreiten. Bei Gesprächen mit Vertretern der verschiedenen Bereiche der Zivilgesellschaft, einschließlich Privatunternehmen, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, politischen Organisationen oder anderen NRO sowie philosophischen oder religiösen Gemeinschaften, sollten Beamte und andere Vertreter des Staates sich u.a. für Toleranz und Achtung von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern und die Verwendung einer verantwortungsvollen und gewaltlosen Sprache einsetzen.

Es sei darauf hingewiesen, dass der Kampf gegen Hassreden nicht die systematische Kriminalisierung jeder Äußerung erfordert, die durch Intoleranz motiviert ist, und dass die geeignetsten Maßnahmen und Verfahren von den anwendbaren nationalen Vorschriften und von den Umständen jedes Falles abhängen.

Die Empfehlung Nr. R (97) 21 des Ministerkomitees über die Medien und die Förderung einer Kultur der Toleranz betont die Bedeutung beruflicher Praktiken der Medien und die Verantwortung der Medien, die zahlreichen Gruppen und Einzelpersonen vor stereotypen Darstellungen zu schützen oder ihren positiven Beitrag zur Gesellschaft zu verbreiten. Medienunternehmen, u.a. jene, die im Internet tätig sind, sollten aufgefordert werden, in ihrer beruflichen Praxis eine eigene Kultur des Respekts, der Toleranz und Vielfalt zu fördern, um negative und stereotype Darstellungen von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern und die Verwendung von erniedrigendem Material oder sexistischer Sprache zu vermeiden. Die in verschiedenen Staaten entwickelten Praktiken schließen das Verfassen von Verhaltenskodizes für den nichtdiskriminierenden Umgang mit Themen ein, die lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender betreffen. Eine weitere gute Praxis, die Verbreitung finden sollte, betrifft die Durchführung von Kampagnen, um die Medien darauf aufmerksam zu machen, lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender positiv darzustellen.

Angesichts der wachsenden Bedeutung des Internets und der Schwierigkeit, diejenigen aufzuspüren und zu bestrafen, die über das Internet „Hassreden“ verbreiten, sollten die Mitgliedstaaten einen soliden und angemessenen Rechtsrahmen für die neuen Medien und Dienste oder Kommunikationsnetzwerke verabschieden oder erhalten, einschließlich eines Abschnitts über „Hassreden“ aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität.³⁷ Diesbezügliche Maßnahmen sollten die Anforderungen von Artikel 10 Abs. 2 der Konvention erfüllen, damit ein Eingreifen in die Meinungsfreiheit soweit wie möglich beschränkt wird, wie gesetzlich vorgesehen und im Hinblick auf das angestrebte Ziel verhältnismäßig. Die Staaten sollten u.a..³⁸

³⁴ *Handyside v. Vereinigtes Königreich* vom 7. Dezember 1976, Serie A Nr. 24, S. 25, Abs. 49.

³⁵ Artikel 10 § 2 der Konvention.

³⁶ *Baczowski und Andere v. Polen*, Nr. 1543/06, Urteil vom 3. Mai 2007, Abs. 98-99.

³⁷ Siehe diesbezüglich auch das *Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersystemen begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art*, Europarat Vertragsserie, Nr. 189.

³⁸ Das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität vom 30. Januar 2003 legt bereits den Grundsatz fest, dass Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Natur, die mittels Computersystemen begangen werden, unter Strafe gestellt werden müssen.

- sicherstellen, dass die sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität in den relevanten Texten im Hinblick auf eine Kriminalisierung von Verstößen, die über das Internet begangen werden, abgedeckt und die Verantwortlichen strafrechtlich verfolgt werden;
- konkrete Maßnahmen fordern, um eine Verbreitung von homophoben Materialien, Drohungen oder Beleidigungen über das Internet mittels einer Webseitenüberwachung durch die Zugangsprovider zu vermeiden;
- die internationale Zusammenarbeit und gegenseitige Unterstützung zwischen den Justizbehörden verbessern, um die Verbreitung von hassmotiviertem Material, u.a. Material auf der Grundlage der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität, über das Internet zu bekämpfen.

II. Vereinigungsfreiheit

9. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass die positive Verpflichtung von Staaten, eine tatsächliche und wirksame Achtung der Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit sicherzustellen, von „besonderer Wichtigkeit für Personen ist, die unpopuläre Meinungen vertreten oder zu Minderheiten gehören, weil sie eine größere Wahrscheinlichkeit aufweisen, Opfer zu werden.“³⁹

Ein Bericht des PACE-Ausschusses für Rechtsfragen und Menschenrechte vom 24. Februar 2009 über „Die Situation von Menschenrechtsschützern in den Mitgliedstaaten des Europarats“ legt dar, dass, obwohl die Tätigkeit von Menschenrechtsschützern, die sich für lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender einsetzen, sich in den letzten Jahren in den Mitgliedstaaten des Europarats erheblich ausgeweitet hat, dieser Trend auf erheblichen Widerstand gestoßen ist und diese Personen einem besonders hohen Risiko ausgesetzt sind.⁴⁰ Der OSZE-Bericht „*Menschenrechtsschützer im Gebiet der OSZE: Herausforderungen und gute Praxisbeispiele*“⁴¹ zeigt, dass Hürden für die Ausübung der Vereinigungsfreiheit die Form von verweigerten Registrierungen, Auflösungen, Zwangsräumungen oder Androhungen von Zwangsräumungen, Schäden an oder Angriffe auf Räumlichkeiten, Diffamierungskampagnen und missbräuchliche Steuererhebungen annehmen können. Der Bericht listet des Weiteren die Möglichkeit repressiver Maßnahmen auf: strafrechtliche Sanktionen für Tätigkeiten, die nicht eingetragen sind, missbräuchliche Strafverfolgung, Forderungen nach exorbitanten Gebühren für die Eintragung und erneute Eintragung, Überprüfungen, Prüfungen oder Ermittlungen durch Staatsbedienstete, missbräuchliche oder sogar illegale Besteuerung.

Jeder sollte die Möglichkeit haben, ohne Diskriminierung einen Verein zu gründen oder eine Akkreditierung für einen Verein zu erhalten, der Informationen an oder über lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender weiterleitet, die Kommunikation zwischen diesen erleichtert oder sich für deren Rechte einsetzt. Die Staaten sollten sicherstellen, dass Vorstellungen von öffentlicher Ordnung, öffentlicher Moral, öffentlicher Gesundheit oder öffentlicher Sicherheit nicht missbraucht werden, um diesbezüglich die Ausübung des Rechts auf Vereinigungsfreiheit einzuschränken. Die Weigerung, einen Verein einzutragen, sollte nur aufgrund objektiv gerechtfertigter und ordnungsgemäß begründeter Entscheidungen, gegen die Einspruch eingelegt werden kann, erfolgen. Die Staaten, in denen Gesetze oder Praktiken die Gründung von Organisationen verbieten, die sich für Menschenrechte von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern einsetzen, sollten diese Gesetze und Praktiken aufheben und die Möglichkeit einer Neueintragung einräumen, sofern eine Auflösung angeordnet wurde.⁴² Die Staaten sollten nicht nur auf ein Eingreifen in die Tätigkeit dieser Vereine verzichten, die zu einer diskriminierenden Einschränkung ihrer Vereinigungsfreiheit führt, sondern darüber hinaus angemessene Schritte einleiten, um sicherzustellen, dass eine solche Organisation frei ihre Interessen verteidigen kann, und, wenn erforderlich, deren Arbeit erleichtern und fördern. Die Staaten sollten sie auch auf der Grundlage von Partnerschaften einbinden, wenn sie die öffentliche Politik abstecken und umsetzen, damit ihre Stimme gehört wird.

10. Zugang zu öffentlichen Geldern, die für nichtstaatliche Organisationen ausgewiesen wurden, sollten ohne Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität zugesichert werden. NRO sollte es freistehen, Beiträge zu fordern und zu erhalten, Spenden in Form von Bargeld oder Sachspenden, nicht nur von den staatlichen Stellen in ihrem eigenen Land, sondern auch institutionellen oder privaten Spendern, und von anderen staatlichen oder multilateralen Agenturen, vorbehaltlich nur der Gesetze, die allgemein auf Zölle, Umtauschraten und Geldwäsche und Wahlspenden und politische Parteien anwendbar sind.⁴³

³⁹ Siehe z. B. *Baczkowski und Andere v. Polen*, *op. cit.*, Abs. 64.

⁴⁰ §§ 31-32 des Berichts.

⁴¹ http://www.osce.org/publications/odihr/2008/12/35711_1217_en.pdf, S. 19 et seq.

⁴² Siehe *Presidential Party of Mordovia v. Russland* (Urteil vom 5. Oktober 2004); *Kommunistische Einheitspartei der Türkei und andere* (Urteil vom 30. Januar 1998); *Metropolit der Kirche Bessarabiens und andere v. Moldau* (Urteil vom 13. Dezember 2001) oder *The United Macedonian Organisation Ilinden – PIRIN und andere v. Bulgarien* - Urteil vom 20. Oktober 2005 und die Nachbereitung des Ministerkomitees zur Umsetzung dieser Urteile (siehe z. B. Dokument CM/Inf/DH(2007)8 vom 7. Februar 2007).

⁴³ Siehe in diesem Zusammenhang die Empfehlung CM/Rec(2007)14 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über den Rechtsstatus von Nichtregierungsorganisationen in Europa.

11. Menschen, die die Menschenrechte lesbischer, schwuler, bisexueller Menschen und Transgender verteidigen, gehören laut Parlamentarischer Versammlung⁴⁴ zu den Menschenrechtsschützern, die aufgrund ihrer Identität oder aufgrund der Themen, für die sie sich einsetzen, das höchste Risiko für Angriffe und Misshandlungen aufweisen. In Übereinstimmung mit der Erklärung des Ministerkomitees über Maßnahmen des Europarats zur Verbesserung des Schutzes von Menschenrechtsschützern und zur Förderung ihrer Tätigkeit vom 6. Februar 2008⁴⁵ sollten die Mitgliedstaaten wirksame Maßnahmen für den Schutz, die Förderung und die Achtung von Menschenrechtsschützern ergreifen und die Achtung für deren Tätigkeit sicherstellen, und sie sollten ein Umfeld für ihre Arbeit schaffen, die Einzelnen, Gruppen und Vereinen ermöglicht, frei und auf rechtlicher Basis, die internationalen Standards entspricht, ihrer Tätigkeit nachzugehen und den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu fördern, ohne eine andere Einschränkung als die, die laut Europäischer Menschenrechtskonvention zulässig ist.

So kann man z. B. den Menschenrechtsschützern gestatten, sich untereinander oder mit nationalen unabhängigen Menschenrechtsinstitutionen und Ombudspersonen, den Medien, Menschenrechtsschützern in anderen Ländern und internationalen Organisationen zu vernetzen und die Mitwirkung der Menschenrechtsschützer an Trainingskursen, internationalen Konferenzen oder anderen Aktivitäten fördern, die die Umsetzung der Menschenrechte zum Ziel haben.

Außerdem ist es in diesem Zusammenhang wichtig, dass die Mitgliedstaaten umgehende Hilfs- und Schutzmaßnahmen für Menschenrechtsschützer anbieten, die sich in Drittländern in Gefahr befinden, z. B. durch Anwesenheit bei und Beobachtung von Gerichtsverfahren, wenn anwendbar und/oder, wenn möglich, durch Ausstellen von Notfallvisa.

12. Die Mitgliedstaaten sind dringend aufgerufen, Vorkehrungen für die Zusammenarbeit mit Organisationen zu treffen, die sich für die Verteidigung der Menschenrechte von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern einsetzen, Informationen und gute Praxisbeispiele für die Prävention von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität austauschen und Respekt und Toleranz fördern. Die Staaten sind auch aufgerufen, sich an Aufklärungskampagnen zu beteiligen, um ein Klima des Vertrauens und gegenseitigen Respekts unter den Mitgliedern der Gemeinschaften und der öffentlichen Verwaltung zu fördern. Die Mitgliedstaaten sollten nichtstaatliche Organisationen, die sich für die Menschenrechte lesbischer, schwuler, bisexueller Menschen und Transgender einsetzen, bei der Verabschiedung und Umsetzung von Maßnahmen, die sich auf die Menschenrechte dieser Menschen auswirken könnten, in angemessener Weise konsultieren.

III. Meinungsfreiheit und das Recht, sich friedlich zu versammeln

13. Die Meinungsfreiheit, insbesondere das Recht, seine Identität mitzuteilen und auszudrücken, ist für die Förderung von Vielfalt und Toleranz in einer Gesellschaft unverzichtbar.⁴⁶ Der Gerichtshof hat wiederholt entschieden, dass die Meinungsfreiheit und das Recht auf friedliche Versammlung nicht nur auf Informationen und Ideen anwendbar sind, die positiv aufgenommen oder als nicht beleidigend oder als belanglos erachtet werden, sondern auch auf solche, die beleidigen, schockieren oder stören. „Dies sind die Forderungen von Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit, ohne die es keine „demokratische Gesellschaft“ gibt.“⁴⁷

Jede Person muss ohne Diskriminierung, u.a. wegen der sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität, das Recht auf Meinungsfreiheit und friedliche Versammlung haben. Dieses Recht schließt das Recht ein, seine Identität oder Persönlichkeit durch Sprache, Auftreten, Kleidung, körperliche Merkmale, Wahl des Namens oder andere Mittel auszudrücken, sowie die Freiheit, Informationen und Ideen jeglicher Art, u.a. im Hinblick auf Menschenrechte, sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität, über jedes Medium zu suchen, zu empfangen und zu übermitteln.⁴⁸

Die Staaten sollten angemessene Schritte ergreifen, um den Empfang und die Übermittlung von Informationen und Ideen über sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität zu fördern, u.a. Aktivitäten wie z. B. Menschenrechte von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgender, die Veröffentlichung von Unterlagen, Medienberichterstattung, die Organisation von und/oder Teilnahme an Konferenzen und die Verbreitung von und den Zugang zu Informationen über sichere Sexualpraktiken. Sie

⁴⁴ Siehe die Entschließung 1660 (2009) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats - Situation von Menschenrechtsschützern in den Mitgliedstaaten des Europarats, Abs. 5.

⁴⁵ Erklärung des Ministerkomitees über Maßnahmen des Europarats zur Verbesserung des Schutzes von Menschenrechtsschützern und Förderung ihrer Tätigkeit vom 6. Februar 2008 (*angenommen am 6. Februar 2008 bei der 1017. Sitzung der Stellvertreter der Minister*).

⁴⁶ Die Erweiterung des Ministerkomitees vom 16. Januar 2008 auf die Empfehlung 211 (2007) des Kongresses der Gemeinden und Regionen des Europarats.

⁴⁷ Handyside v. Vereinigtes Königreich vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72; 1 EHRR 737, Abs. 49.

⁴⁸ Artikel 19 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen vom 16. Dezember 1966; Artikel 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

sollten des Weiteren Pluralismus und Nichtdiskriminierung in den Medien im Hinblick auf sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität fördern.

14. In den Mitgliedstaaten des Europarats konnte beobachtet werden, dass die Ausübung der Meinungsfreiheit und der Versammlungsfreiheit von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern und Organisationen, die diese vertreten, in Einzelfällen auf Feindseligkeit stoßen, die manchmal sogar zum Verbot von „Gay Pride“-Paraden oder zu gewalttätigen Angriffen und zum Scheitern seitens der Polizei führen, diese Demonstranten zu schützen. In vielen Fällen konnte festgestellt werden, dass die Behörden, obwohl sie die positive Verpflichtung haben, ihre Bürger vor Diskriminierung zu schützen, tatsächlich diese Ungerechtigkeiten befürworten, aktiv unterstützen oder begehen, wodurch homophobe oder transphobe Verhaltensweisen und Handlungen noch ermutigt werden.⁴⁹

15. Dies bedeutet, dass die Behörden die Pflicht haben, wirksame Maßnahmen zu ergreifen, um die Achtung von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern zu schützen und sicherzustellen, die sich versammeln und sich darstellen wollen, selbst wenn ihre Ansichten unpopulär sind oder nicht von der Mehrheit der Bevölkerung geteilt werden. Die kommunalen Behörden, die Gerichte, die Polizei und die nationalen Menschenrechtsstrukturen, u.a. Ombudspersonen, sind daher verpflichtet, das Recht auf Meinungsfreiheit und auf friedliche Versammlung auch für lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender und Organisationen sicherzustellen, die die Rechte dieser Menschen verteidigen.

Insbesondere im Hinblick auf die Strafverfolgungsbehörden sei festgestellt, dass das Ministerkomitee in seiner Empfehlung vom 19. September 2001 über den Europäischen Kodex für Polizeiethik⁵⁰ erklärt hat, dass die Polizei bei der Durchführung ihrer Aufgaben „stets die Grundrechte des Einzelnen, wie z. B. die Gedanken-, Gewissens-, Religions-, Meinungs- und Versammlungsfreiheit und das Recht auf Freizügigkeit und den friedlichen Genuss von Eigentum zu beachten hat“ und dass „Angehörige der Polizeikräfte im Hinblick auf die Öffentlichkeit mit Integrität und Respekt aufzutreten haben und dabei insbesondere die Situation von Personen berücksichtigen müssen, die besonders gefährdeten Gruppen angehören.“

16. Auch wenn die Konvention eine Einschränkung der Ausübung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit ermöglicht, müssen diese Einschränkungen gesetzlich vorgeschrieben und für eine demokratische Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Sicherheit, zur Prävention von Unruhen oder Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz von Rechten und Freiheiten Dritter notwendig sein.⁵¹ Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass diese Ideen nicht missbraucht werden, um in die Ausübung der Gedanken- und Meinungsfreiheit zur Unterstützung lesbischer, schwuler, bisexueller Menschen und Transgender einzugreifen. Darüber hinaus können, laut dem gefestigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, friedliche Demonstrationen, seien sie für die Rechte von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern oder andere, nicht einfach verboten werden, weil es Einstellungen gibt, die den Demonstranten oder der von ihnen verfochtenen Sache feindlich gegenüberstehen. Im Gegenteil, der Staat ist verpflichtet, angemessene und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die friedliche Fortführung rechtmäßiger Demonstrationen zu ermöglichen.⁵²

Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung entschieden, dass eine Demonstration „Personen verärgern oder beleidigen kann, die den Ideen oder Behauptungen, die von ihr vertreten werden, entgegensteht. Die Teilnehmer müssen jedoch in der Lage sein, die Demonstration ohne Angst vor körperlicher Gewalt durch ihre Gegner durchzuführen; [...] In einer Demokratie kann das Recht auf eine Gegendemonstration nicht dahingehend ausgeweitet werden, die Ausübung des Demonstrationsrechts zu verhindern.“⁵³

Auf jeden Fall sollte ein Eingreifen in die Ausübung der Meinungsfreiheit „eng begrenzt und in rechtmäßiger und nicht willkürlicher Weise auf der Grundlage objektiver Kriterien“ angewandt werden und „einer unabhängigen gerichtlichen Prüfung“ unterliegen.⁵⁴

17. Die staatlichen Stellen sollten auf allen Ebenen aufgerufen werden, öffentlich, vor allem in den Medien, jedes unrechtmäßige Eingreifen in das Recht einer Person oder einer Gruppe von Personen zu verurteilen, ihre Meinungs- und Versammlungsfreiheit auszuüben, einschließlich dann, wenn die betroffenen Parteien die Sache von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern zu verteidigen

⁴⁹ FRA-Bericht, op. cit., „Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU member states: Part II“, S. 54-58.

⁵⁰ Empfehlung Rec(2001)10 des Ministerkomitees über den Europäischen Kodex für Polizeiethik, vom Ministerkomitee am 19. September 2001 bei seiner 765. Sitzung der Stellvertreter der Minister angenommen, Abs. 43 und 44 .

⁵¹ Siehe auch OSZE/ODIHR – Venedig-Kommission „Leitfaden für die Versammlungsfreiheit“, insbesondere Abs. 69.

⁵² Die Erwidern des Ministerkomitees vom 16. Januar 2008 auf die Empfehlung 211 (2007) des Kongresses der Gemeinden und Regionen des Europarats, Abs. 3.

⁵³ Plattform „Ärzte für das Leben“ v. Österreich, Urteil vom 21. Juni 1988, Serie A Nr. 139, S. 12, Abs. 32.

⁵⁴ Empfehlung des Ministerkomitees Nr. R (97) 20 über „Hassreden“.

wünschen, und die Ausübung dieses Rechts unterstützen, u.a. durch Beteiligung an der Demonstration, falls erforderlich.

IV. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

18. Das Recht auf sexuelle Entfaltung, als Element des Privatlebens, ist durch Artikel 8 der Konvention geschützt. Der Gerichtshof hat nicht nur die Existenz von Gesetzen auf das nachdrücklichste verurteilt, die gleichgeschlechtliche Beziehungen zwischen mündigen Erwachsenen im Privatleben kriminalisieren,⁵⁵ sondern auch die Gesetze, die ein Schutzalter für diese Beziehungen und ein anderes Schutzalter für heterosexuelle Beziehungen vorschreiben.⁵⁶ Er hat auch entschieden, dass angesichts der Tatsache, dass es sich hierbei um einen der intimsten Aspekte des Privatlebens einer Person handelt, der Ermessensspielraum der Staaten in diesem Bereich sehr klein ist.

Die Staaten sollten dementsprechend jedes Gesetz aufheben, das gleichgeschlechtliche sexuelle Beziehungen zwischen mündigen Erwachsenen unter Strafe stellt, und sicherstellen, dass ihr Recht dasselbe Schutzalter für homosexuelle und heterosexuelle Beziehungen vorschreibt. Sie sollten darüber hinaus alle strafrechtlichen Bestimmungen abschaffen, die aufgrund ihrer Formulierung wahrscheinlich dazu führen, in diskriminierender Weise angewandt zu werden oder deren Anwendungsbereich dazu führen könnte, dass Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität angehalten oder durchsucht werden.

19. Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass personenbezogene Daten über die sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität einer Person nicht erfasst, gespeichert oder anderweitig von öffentlichen Stellen verwendet werden, insbesondere nicht von den Strafverfolgungsbehörden,⁵⁷ außer wenn dies für konkrete, rechtmäßige und legitime Zwecke erforderlich ist.

Dies gilt insbesondere für Strafregister, Protokolle oder Akten oder Ermittlungsunterlagen in Strafsachen (z. B. Akten, die Informationen über die sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität von Personen enthalten, die als Opfer, Zeugen oder Täter in Verfahren vernommen werden) sowie für bestehende Sonderakten über lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender. Bestehende Akten, die diese Informationen enthalten, sollten erneut mit dem Ziel geprüft werden, die umgehende Vernichtung von Aufzeichnungen sicherzustellen, die diesen Grundsätzen widersprechen.⁵⁸

Natürlich ist der Nutzen, Statistiken über diskriminierendes Verhalten und andere Straftaten gegenüber lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern, die aufgrund der sexuellen Orientierung oder der Geschlechtsidentität begangen werden, zu erstellen, nicht unvereinbar mit der Notwendigkeit, die personenbezogenen Daten über die sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität zu schützen, was ein legitimes Ziel ist, solange sichergestellt ist, dass diese Statistiken anonym erfasst oder anonymisiert werden, sobald sie nicht mehr in identifizierbarer Form erforderlich sind. Sie sollten auf jeden Fall nur diesen Zwecken dienen und dürfen auf keinen Fall für Entscheidungen oder Maßnahmen im Hinblick auf die Betroffenen verwendet werden oder um bestehende Akten zu ergänzen oder zu korrigieren, die keinen statistischen Zweck verfolgen.⁵⁹

20-21. Zwei Bereiche, die Probleme für Transgender darstellen, sind die Eignungsanforderungen für eine Geschlechtsumwandlung und die rechtliche Anerkennung.

Wie in der Empfehlung Rec(2007) 17 des Ministerkomitees über Standards und Mechanismen der Geschlechtergleichstellung bekräftigt, „müssen sowohl Frauen als auch Männer ein nicht verhandelbares Recht haben, über ihren eigenen Körper zu entscheiden, einschließlich bei Fragen des Geschlechts und der Fortpflanzung. Diese Anerkennung muss sich in der Entwicklung, der Umsetzung, dem Zugang zu, der

⁵⁵ *Dudgeon v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Urteil vom 22. Oktober 1981, *Norris v. Irland*, Urteil vom 26. Oktober 1986 und *Modinos v. Zypern*, Urteil vom 23. April 1993. Siehe auch *A.D.T. v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 35765/97, 30. Juli 2000, in dem der Gerichtshof feststellte, dass das britische Gesetz, das männliche homosexuelle Handlungen im Privatleben, die mehr als zwei Partner involvieren, gegen die Konvention verstieß.

⁵⁶ Siehe auch die Urteile *L. und V. v. Österreich* und *S. L. v. Österreich* vom 9. Januar 2003.

⁵⁷ Empfehlung Rec (2001) 10 des Ministerkomitees über den Europäischen Kodex für die Polizeietik erklärt, dass die Polizei nur dann in das Recht auf Privatleben einer Person eingreifen darf, wenn dies absolut notwendig ist und nur, um ein legitimes Ziel zu verfolgen. Das Erfassen, Speichern und Verwenden personenbezogener Daten durch die Polizei hat in Übereinstimmung mit den internationalen Datenschutzgrundsätzen zu erfolgen und muss insbesondere auf das Maß beschränkt werden, das für die Durchführung rechtmäßiger, legitimer und konkreter Zwecke erforderlich ist. Das Polizeiregister, das Informationen über das Privatleben enthält, muss die Auflagen von Artikel 8 der Konvention erfüllen.

⁵⁸ Wie bereits in der Empfehlung 924 (1981) der Parlamentarischen Versammlung aus dem Jahr 1981 vorgesehen.

⁵⁹ Empfehlung Nr. R(97)18 des Ministerkomitees vom 30. September 1997, „über den Schutz personenbezogener Daten, die für statistische Zwecke erfasst und verarbeitet werden“, Grundsätze 3.3 und 4.1. Siehe auch zu diesem Thema den Bericht der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA), Teil I, S. 145-148.

Überwachung und Beurteilung von medizinischen Diensten und in den Prioritäten für die Forschung niederschlagen.⁶⁰

In einigen Staaten hängt der Zugang zu Diensten für eine Geschlechtsumwandlung von Verfahren ab, z. B. einer irreversiblen Sterilisation, Hormonbehandlung, einleitenden chirurgischen Eingriffen und manchmal auch vom Nachweis der Fähigkeit einer Person, für einen langen Zeitraum im neuen Geschlecht zu leben (das so genannte „Leben in der Geschlechterrolle“). In dieser Hinsicht sollten die Auflagen und Verfahren überprüft werden, um jene Bestimmungen aufzuheben, die unverhältnismäßig sind. Es ist insbesondere zu beachten, dass es für einige Personen aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich ist, jeden hormonellen und/oder chirurgischen Schritt zu erfüllen, der gefordert wird. Ähnliche Erwägungen finden im Hinblick auf die rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung Anwendung, die von einer Reihe von Verfahren und Vorabbedingungen abhängen kann, u.a. körperlichen Veränderungen.

Der Gerichtshof befasst sich bereits seit einigen Jahren mit der Frage nach der rechtlichen Anerkennung der neuen Geschlechtsidentität von Transgendern nach der Geschlechtsumwandlung. In den Fällen *B. v. Frankreich* vom 25. März 1992 und insbesondere *Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich* kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Weigerung eines Staates, eine abgeschlossene Geschlechtsumwandlung rechtlich anzuerkennen, eine Verletzung von Artikel 8 darstellt.

Die Staaten haben damit eine positive Verpflichtung, die neue Identität einer transgender Person anzuerkennen,⁶¹ die sich einer vollständigen Geschlechtsumwandlung unterzogen hat. Dazu gehört das Ausstellen offizieller Dokumente, z. B. Geburtsurkunden, Personalausweise, Führerscheine, Reisepässe, Sozialversicherungskarten und -nummern, Grundbücher und Steuerverzeichnisse. Der Gerichtshof hat betont, dass es von „erheblicher Bedeutung“ sei, die Konvention auf eine Weise auszulegen, die ihre Rechte praktikabel und wirksam mache, und nicht nur theoretisch und illusorisch.⁶² Es besteht eine Verpflichtung des Staates, z. B. neue Geburtsurkunden auszustellen, außerdem sollten nichtamtliche Dokumente, die von nichtstaatlichen Stellen auszustellen sind, wie z. B. Diplome, Arbeitszeugnisse, Versicherungs- und Bankunterlagen, wo anwendbar und auf Antrag geändert werden, damit sie der neuen Geschlechtsidentität dieser Menschen entsprechen.

Die Staaten sollten darüber hinaus sicherstellen, dass die Verfahren für die rechtliche Änderung des Geschlechts und des Namens einer Person rasch, transparent, zugänglich sind und dass sie die körperliche Unversehrtheit und das Privatleben der Betroffenen respektieren (damit kein Dritter von der Geschlechtsumwandlung erfährt).

22. Transgender haben nach der Geschlechtsumwandlung das Recht, einen Partner des anderen Geschlechts zu heiraten, vorausgesetzt, dass ihre Geschlechtsumwandlung gemäß anwendbarem Recht und gemäß den Absätzen 20 und 21 anerkannt wurde. Der Gerichtshof hat anerkannt, dass Personen, die sich einer vollständigen Geschlechtsumwandlung unterzogen haben, das Recht besitzen, zu heiraten, und er hat entschieden, dass für den Zweck einer Heirat die Zuweisung des Geschlechts im nationalen Recht laut des bei der Geburt eingetragenen Geschlechts eine Einschränkung ist, die den Kerngehalt des Rechts auf Heirat beeinträchtigt.⁶³ Er führte weiter aus, dass, obwohl der Text von Artikel 12 sich explizit auf das Recht eines Mannes und einer Frau bezieht, zu heiraten, der Gerichtshof nicht überzeugt davon sei, man könne nach wie vor davon ausgehen, dass diese Bedingungen sich ausschließlich auf rein biologische Kriterien beziehen müsse.⁶⁴ In ähnlicher Weise stellt die Weigerung, dem unverheirateten transsexuellen Partner einer Frau (das Paar konnte aufgrund der Gesetze zur Geschlechtsumwandlung nicht heiraten), für die dieser Rentenplan bestand, laut dem Leistungen nur an den überlebenden Ehegatten zahlbar waren, laut Europäischem Gemeinschaftsrecht in Auslegung durch den EuGH eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellte.⁶⁵

23. Wenn die nationale Gesetzgebung unverheirateten Paaren Rechte und Pflichten überträgt, sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass diese auf nichtdiskriminierende Weise auf gleichgeschlechtliche und

⁶⁰ Empfehlung Rec(2007) 17 des Ministerkomitees vom 21. November 2007, Grundsatz 44.

⁶¹ Urteile *B. v. Frankreich* vom 25. März 1992, Serie A Nr. 232-C, S. 52-54; *Sheffield und Horsham v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 30. Juli 1998, *Reports of Judgments and Decisions*, 1998-V, S. 2021; *Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich* [GC], Nr. 28957/95, 11. Juli 2002, §§ 89 und 124, ECHR 2002-VI und *Grant v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 32570/03, ECHR 2006.

⁶² *Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich*, op. cit., Abs. 74.

⁶³ *Christine Goodwin v. Vereinigtes Königreich*, op. cit. und *I v. Vereinigtes Königreich*, 11. Juli 2002, Abs. 101 und 81.

⁶⁴ *Ibid.* §§ 100 und 80. Bitte beachten, dass diese Rechtsprechung nicht den Weg für gleichgeschlechtliche Ehen ebnet, da der Gerichtshof lediglich die Idee des „sozialen Geschlechts“ als ausschlaggebenden Faktor bei der Feststellung des Geschlechts anerkennt. Es ist jedoch nichtsdestotrotz ein Fall beim Gerichtshof anhängig, der sich mit der Annullierung einer bürgerlichen Ehe zwischen zwei Menschen desselben Geschlechts befasst, vorwiegend aus dem Grund, dass laut fraglicher Gesetzgebung „eine Ehe eine Vereinigung von Mann und Frau ist“. Fall von *Chapin und Charpentier v. Frankreich*, Nr. 40183/07, siehe Communicated Cases Collection: Statement of facts and Questions to the parties:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=40183/07&sessionId=30302497&skin=hudoc-cc-fr>.

⁶⁵ *K. B. v. National Health Service Pensions Agency und Secretary of State for Health*, Fall Nr. C-117/01, Urteil vom 7. Januar 2004.

heterosexuelle Paare Anwendung finden. Der Gerichtshof hat sich z. B. schon mit einer Reihe konkreter Fragen befasst und die Ansicht vertreten, dass Unterschiede aufgrund der sexuellen Orientierung besonders schwerwiegende Rechtfertigungsgründe erfordern und der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten in diesem Bereich sehr klein sei. In Angelegenheiten, die Mieterrechte berühren, hat er z. B. entschieden, dass die Weigerung, einem unverheirateten gleichgeschlechtlichen Partner die Übernahme des Mietvertrags zu gestatten, wenn dies unverheirateten heterosexuellen Partnern möglich war, eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung bei der Ausübung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und eine Verletzung von Artikel 8 und 14 der Konvention darstellt.⁶⁶

Im Fall *Young v. Australien* hat der UN-Ausschuss für Menschenrechte erklärt, dass die Weigerung eines Staates, einer Person in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung eine Rente mit der Begründung zu verweigern, er erfülle nicht die Definition eines „Unterhaltsberechtigten“, eine Verletzung von Artikel 26 der ICCPR aufgrund seiner sexuellen Orientierung sei. Bei dieser Schlussfolgerung erinnerte das Komitee an seine einheitliche Rechtsprechung, dass nicht jede Unterscheidung einer verbotenen Diskriminierung laut ICCPR gleichkommt, solange diese auf begründeten und objektiven Kriterien beruht, und merkte an, dass die Vertragsstaaten keine Argumente, inwieweit die Unterscheidung zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern, denen laut Gesetz keine Rentenleistungen zustanden, und unverheirateten heterosexuellen Partnern, die diese Leistungen gewährt wurden, begründet und objektiv war und keine Beweise vorlegten, die auf die Existenz von Faktoren hingewiesen hätten, eine solche Unterscheidung zu rechtfertigen.⁶⁷

24. Wenn gemäß nationaler Gesetzgebung eingetragene Partnerschaften zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern anerkannt werden, sollten ihr Rechtsstatus und ihre Rechte und Pflichten mit jenen für heterosexuelle Paare in vergleichbarer Situation übereinstimmen.⁶⁸ Die Beurteilung, ob laut nationalem Recht ein gleichgeschlechtliches Paar in einer „vergleichbaren Situation“ wie ein heterosexuelles Paar ist, liegt jedoch, auf Grundlage der konkreten Umstände jedes Falls, im Ermessen der nationalen Behörden.⁶⁹ Dies bedeutet, dass ggf. in bestimmten Umständen für die Situation von gleichgeschlechtlichen Paaren festgestellt wird, diese sei nicht mit der Situation heterosexueller Paare vergleichbar.

25. Es sei daran erinnert, dass sich das Recht auf Eheschließung, das in Artikel 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention festgelegt ist, auf die traditionelle Ehe zwischen Mann und Frau bezieht. Dies wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in mehreren Fällen bestätigt. Die vom dänischen Institut für Menschenrechte für den Europäischen Ausschuss für rechtliche Zusammenarbeit des Europarats mit dem Ziel vorbereitete Studie über die verschiedenen Formen von ehelichen und nichtehelichen Partnerschaften und Lebensgemeinschaften, mögliche Maßnahmen für die Vermeidung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität zu identifizieren, kam auch zu dem Schluss, dass der mangelnde Zugang von gleichgeschlechtlichen Paaren zur Eheschließung oder einen vergleichbaren Partnerschaftsstatus, negative Folgen auf den wirksamen Schutz der Menschenrechte von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern hat.⁷⁰

Wenn das nationale Recht weder gleichgeschlechtliche eingetragene Partnerschaften noch unverheiratete Paare anerkennt, sollten die Mitgliedstaaten zumindest die Möglichkeit einräumen, gleichgeschlechtlichen Paaren, ohne Diskriminierung, bestimmte rechtliche oder anderweitige Mittel zu gewähren, um auf die praktischen Probleme reagieren zu können, die sich aus dieser fehlenden rechtlichen Anerkennung ergeben. Es ist insbesondere klar, dass dies nicht zu einer diskriminierenden Behandlung von heterosexuellen Paaren führen sollte, wenn diese ähnliche Bedürfnisse haben. In dieser Hinsicht sei noch darauf hingewiesen, dass bereits im Jahr 2000 die Parlamentarische Versammlung des Europarats in ihrer Empfehlung 1474(2000) die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen hat, Gesetze zu verabschieden, die Bestimmungen für eingetragene Partnerschaften von gleichgeschlechtlichen Paaren enthalten.⁷¹

26. Im Familienleben und wenn Eltern sich scheiden lassen, sollte die vorrangige Erwägung bei allen Entscheidungen über die elterliche Verantwortung oder Vormundschaft, i.e. Betreuung und Schutz, Bildung, Aufrechterhaltung persönlicher Beziehungen, Wohnort des Kindes, Verwaltung des Vermögens des Kindes, gesetzliche Vertretung, etc., das Kindeswohl sein, in Übereinstimmung mit Artikel 3 Abs.1 des

⁶⁶ *Karner v. Österreich*, Nr. 40016, 24. Juli 2003, Abs. 37-42.

⁶⁷ Siehe *Young v. Australien* (Kommunikation Nr. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000(2003)), Abs. 10.2. Ähnliche Erwägungen wurden auch im Fall *X v. Kolumbien* (Kommunikation Nr. 1361/2005, U.N. Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007), Abs. 7.2) angewendet.

⁶⁸ Für eine vollständige Auswertung der nationalen Vorschriften für gleichgeschlechtliche Partnerschaften in den Mitgliedstaaten des Europarats sehen Sie bitte die Studie, die vom dänischen Institut für Menschenrechte für den CDCJ zu den vielfältigen Formen ehelicher und nichtehelicher Partnerschaften und Lebensgemeinschaften im Hinblick auf eine Erarbeitung möglicher Maßnahmen zur Vermeidung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität verfasst wurde, Dokument CDCJ(2009)9, S. 18-22.

⁶⁹ *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, Fall C-267/06, Abs. 65 bis 73.

⁷⁰ Studie für den CDCJ, op. cit., S. 23.

⁷¹ Kürzlich, am 14. November 2009, hat das Europäische Parlament jene Mitgliedstaaten, die dies bisher noch nicht getan hatten, aufgefordert, in Anwendung des Gleichheitsprinzips gesetzgeberisch tätig zu werden, um die Diskriminierung zu verhüten, die einige Paare aufgrund ihrer sexuellen Orientierung erleben.

internationalen Übereinkommens über die Rechte des Kindes. Unter Berücksichtigung dieser Erwägung sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass diese Entscheidungen ohne Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität erfolgen.⁷² Im Fall *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*,⁷³ bei dem es um die Erteilung des Sorgerechts für ein Kind an die Ex-Frau des Beschwerdeführers ging, entschied der Gerichtshof, dass das nationale Gericht auf der Grundlage der sexuellen Orientierung des Beschwerdeführers eine Unterscheidung in diesem Kontext gemacht habe, die laut Konvention nicht zulässig war. Der Gerichtshof stellte somit eine Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers auf Achtung seines Familienlebens (Artikel 8) und des Verbots der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung (Artikel 14) fest.

27. Kein Staat ist verpflichtet, unverheirateten Paaren zu gestatten, als Einzelpersonen Kinder zu adoptieren. Wenn sie entscheiden, solche Adoptionen im Rahmen des nationalen Rechts zu gestatten, sollten sie diese Bestimmungen jedoch ohne Diskriminierung anwenden.⁷⁴ Lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender sollten daher die Möglichkeit haben, ebenso wie heterosexuelle Menschen in vergleichbarer Situation, als Einzelpersonen Kinder zu adoptieren, wobei die vorrangige Erwägung bei allen Entscheidungen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl sein muss.⁷⁵

Der Gerichtshof hatte bereits Gelegenheit, zum Thema Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung im Hinblick auf die Adoption von Kindern durch unverheiratete Personen zu entscheiden. Im Fall *Fretté v. Frankreich* erklärte der Gerichtshof, nachdem er festgestellt hatte, dass „die vom Beschwerdeführer angefochtene Entscheidung [Ablehnung seines Antrag auf Genehmigung einer Adoption] eindeutig auf der eingestanden Homosexualität gründete“,⁷⁶ dass die Rechtfertigung der Regierung objektiv und begründet erschien und dass die unterschiedliche Behandlung, gegen die Beschwerde eingelegt worden war, nicht diskriminierend im Sinne von Artikel 14 der Konvention sei⁷⁷ und kein Zweifel bestehen könne, dass die Entscheidung, den Antrag auf Genehmigung des Beschwerdeführers abzulehnen, ein legitimes Ziel verfolgte, i.e. die Gesundheit und die Rechte von Kindern zu schützen, die Teil eines solchen Adoptionsverfahrens sein könnten.⁷⁸ In einem späteren Urteil der Großen Kammer im Fall *E.B. v. Frankreich* stellte der Gerichtshof fest, dass die sexuelle Orientierung der Beschwerdeführerin der ausschlaggebende Faktor für die Ablehnung der Behörden gewesen sei, ihr eine Genehmigung zu erteilen, die für die Adoption eines Kindes erforderlich war. Der Gerichtshof, unter Verweis auf seine Entscheidung im Fall *Salgueiro da Silva Mouta*, kam daher zu dem Schluss, dass die Behörden „eine Unterscheidung auf der Grundlage ihrer sexuellen Orientierung vorgenommen haben, eine Unterscheidung, die laut Konvention unzulässig ist“. Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Artikel 8 und 14 der Konvention fest.

28. Wenn das nationale Recht künstliche Befruchtungen bei alleinstehenden Frauen zulässt, sollten die Mitgliedstaaten sich bemühen, den Zugang zu einer solchen Behandlung ohne Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung sicherzustellen.

V. Beschäftigung

29. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs können auch mit der Beschäftigung verbundene Fragen unter den Schutz des Privatlebens gemäß Artikel 8 fallen. In *Niemietz v. Deutschland*⁷⁹ erklärte der Gerichtshof: „Es scheint darüber hinaus kein prinzipieller Grund zu bestehen, warum diese Auffassung von „Privatleben“ die Tätigkeiten beruflicher oder geschäftlicher Natur ausschließen sollte, da schließlich im Verlauf ihres Arbeitslebens die Mehrzahl der Menschen eine signifikante, wenn nicht die größte Chance haben, Beziehungen zur Außenwelt aufzunehmen. Diese Meinung wird durch die Tatsache gestützt, dass [...] es nicht immer möglich ist, eindeutig zu unterscheiden, welche Aktivitäten eines Menschen Teil seines beruflichen oder geschäftlichen Lebens bildeten und welche nicht.“ Auch in dieser Hinsicht sollten die Staaten die Einführung und Umsetzung einer angemessenen Gesetzgebung und anderweitiger Maßnahmen sicherstellen, die in den Bereichen Beschäftigung und Beruf einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität bieten.

Im öffentlichen und privaten Bereich sollten Maßnahmen verabschiedet werden, welche allen Menschen Chancengleichheit bei der Beschäftigung garantieren (einschließlich im Hinblick auf Anstellung und Beförderung) und Diskriminierung und Belästigung aufgrund der sexuellen Orientierung oder

⁷² Im Hinblick auf die Geschlechtsidentität kann dies z. B. beinhalten, dass, wenn eines der Elternteile das Geschlecht wechselt, dies keinerlei Auswirkungen auf seinen elterlichen Status haben und bei der Entscheidung über ein elterliches Recht nicht relevant sein sollte.

⁷³ *Salgueiro Da Silva Mouta v Portugal*, Urteil vom 21. Dezember 1999, Abs. 34-36.

⁷⁴ Siehe *E.B. v. Frankreich*.

⁷⁵ Siehe Art. 3 des internationalen Übereinkommens über die Rechte des Kindes.

⁷⁶ *Fretté v. Frankreich*, Urteil vom 26. Mai 2002, Abs. 37.

⁷⁷ *Ibid.*, Abs. 43.

⁷⁸ *Ibid.*, Abs. 38.

⁷⁹ Siehe *Niemietz v. Deutschland*, Nr. 13710/88, Urteil vom 16. Dezember 1992, Abs. 29.

Geschlechtsidentität und alle Formen der Viktimisierung verhindern und bekämpfen, und die u.a. Folgendes einschließen:

- die Verabschiedung eines Verhaltenskodex für Arbeitgeber und Mitarbeiter;
- an Arbeitgeber und Mitarbeiter gerichtete Trainings- und Aufklärungsprogramme zum Thema Diskriminierung am Arbeitsplatz und die rechtlichen Folgen diskriminierender Praktiken, unter besonderer Betonung von Einstellungs- und Beförderungsverfahren;
- Verteilung von Unterlagen an die Mitarbeiter, um sie über ihre Rechte, verfügbare Beschwerdemechanismen und wirksame Rechtsmittel aufzuklären;
- Bemühungen, lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender einzustellen.

Es sollte gefordert werden, dass diese Maßnahmen in Zusammenarbeit mit bestehenden Arbeitnehmerverbänden oder Vereinigungen entwickelt werden, die als Interessenvertreter lesbischer, schwuler, bisexueller Menschen und Transgender anerkannt sind.

Insbesondere sollten die Staaten angemessene Maßnahmen ergreifen, um Gesetze, Vorschriften und Praktiken abzuschaffen, die im Hinblick auf den Zugang zu und die Karriere innerhalb von bestimmten Berufen oder Tätigkeiten, wie z. B. den Streitkräften, aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität diskriminieren. Insbesondere im Hinblick auf letztgenanntes sollten die Maßnahmen so entworfen und umgesetzt werden, dass sie Schutz vor Eingriffen aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität im Alltag der Angehörigen der Streitkräfte bieten (z. B. Ermittlungen, Verwarnungen, Belästigung, Schikane, grausame Aufnahmerriten, Erniedrigung und andere Formen der Misshandlung), gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs.⁸⁰ Es sollten Verhaltenskodizes und Trainingsprogramme zum Thema Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität in den Streitkräften umgesetzt werden, um die Toleranz und die Achtung vor der Menschenwürde aller Menschen zu fördern.

Das Vorstehende gilt unbeschadet der Möglichkeit, dass eine ungleiche Behandlung, die auf dem Merkmal des Geschlechts gründet, keine Diskriminierung darstellt, wenn aufgrund der Art der fraglichen beruflichen Tätigkeit oder des Kontextes, in dem sie ausgeführt wird, ein solches Merkmal eine tatsächliche und entscheidende berufliche Anforderung ist, vorbehaltlich jedoch, dass ihr Ziel legitim und die Anforderung verhältnismäßig ist. Es wird nicht gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstoßen, wenn die Unterscheidung zwischen Personen in analogen Situationen eine objektive und begründete Rechtfertigung aufweist, indem ein legitimes Ziel verfolgt und Mittel angewendet werden, die im Hinblick auf das verfolgte Ziel verhältnismäßig sind.⁸¹

30. Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf ist eine besondere Sorge von Transgendern, die sehr von Arbeitslosigkeit und sozialer Ausgrenzung betroffen sind. Die Zahl der Transgender, die entlassen werden, insbesondere während einer Geschlechtsumwandlung, die ihre Arbeitsstelle aufgeben, um Formen der Belästigung zu entgehen, oder die sich aus denselben Gründen gegen eine Geschlechtsumwandlung entscheiden, ist ebenfalls sehr hoch.⁸²

Die Mitgliedstaaten sollten aus diesem Grund sicherstellen, dass die Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung in der Beschäftigung auch Anwendung auf Fragen der Geschlechtsidentität finden, eine nicht erforderliche Offenlegung des ursprünglichen Geschlechts oder Namens von Transgendern, insbesondere bei Einstellungsverfahren und während der Beschäftigung, vermeiden,⁸³ und Programme entwickeln, die sich konkrete mit Beschäftigungschancen von Transgendern befassen.

VI. Bildung

31. Das Recht auf Bildung ist durch Artikel 2 des Protokolls zur Konvention festgelegt. Die Gesundheit und Entwicklung junger Menschen wird erheblich durch das Umfeld beeinflusst, in dem sie leben, und die Schule nimmt in diesem einen wichtigen Platz ein, insbesondere im Hinblick auf die Tatsache, dass Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität unter jungen Menschen ein Faktor ist, der zu Isolierung, verminderten Leistungen und Krankheit beiträgt und sogar zu Suizidversuchen

⁸⁰ Siehe *Smith und Grady v. Vereinigtes Königreich* und *Lustig-Prean und Beckett v. Vereinigtes Königreich*, Urteile vom 27. Dezember 1999. Die Frage nach der Diskriminierung von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern in den Streitkräften wird auch in der Empfehlung des Ministerkomitees über Menschenrechte der Angehörigen der Streitkräfte aufgegriffen.

⁸¹ Siehe auch die Empfehlung CM/Rec(2010)4 des Ministerkomitees über die Menschenrechte von Angehörigen der Streitkräfte (am 24. Februar 2010 auf der 1077. Sitzung der Stellvertreter der Minister angenommen).

⁸² Die Beschäftigung ist darüber hinaus auch wichtig für den Zugang zu Behandlungen zur Geschlechtsumwandlung, da sie die Krankenversicherung einschließt.

⁸³ Laut Bericht der FRA (Teil I, S. 155) können selbst nach der offiziellen Anerkennung der Geschlechtsumwandlung durch Zugriff auf bestimmte Unterlagen immer noch Informationen über die Vergangenheit der betroffenen Personen erfasst werden, insbesondere im Kontext beruflicher Bewerbungen. Der ECJ verurteilte im Fall *P. v. S. und Cornwall City Council* (C-13/94) die Entlassung einer Person aufgrund einer Geschlechtsumwandlung, da diese Entlassung eine sexuelle Diskriminierung darstellte.

führen kann. Das Recht von Kindern, nicht bei der Ausübung ihrer Rechte diskriminiert zu werden, ist auch in Artikel 2 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes enthalten, und Artikel 29 Abs.1 desselben Übereinkommens besagt, dass Bildung „die Persönlichkeit, die Begabung und geistigen und körperlichen Fähigkeiten des Kindes voll zur Entfaltung“ bringen muss. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die sexuelle Orientierung diesbezüglich ein Grund für ein Diskriminierungsverbot ist und dass viele lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender keinen Zugang zu angemessenen Informationen, Hilfsangeboten und Schutzmaßnahmen haben, die ihnen ermöglichen würden, ihre sexuelle Orientierung zu leben, und dass die Menschenrechte von Jugendlichen gefördert werden müssen, um sicherzustellen, dass sie den höchstmöglichen Gesundheitsstandard erhalten, sich ausgewogen entwickeln und ausreichend vorbereitet sind, ins Erwachsenenleben einzutreten und eine konstruktive Rolle in ihren Gemeinschaften und in der Gesellschaft einzunehmen.⁸⁴

Die Staaten sollten daher das Recht von Kindern und Jugendlichen auf Bildung in einer sicheren Umgebung sichern, die frei von Gewalt, Schikane, sozialer Ausgrenzung oder anderen Formen diskriminierender oder erniedrigender Behandlung im Hinblick auf die sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität ist. Sie sollten außerdem angemessene Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass die Direktoren und Lehrkräfte befähigt sind, Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität in der Schule zu erkennen, zu analysieren und wirksam auf diese zu reagieren und diese zu bekämpfen, und dass die Disziplin in Bildungseinrichtungen auf eine Weise durchgesetzt wird, die mit der Menschenwürde vereinbar und nicht diskriminierend ist. Lesbische, schwule, bisexuelle und transgender Schüler und Studenten, die unter Ausgrenzung oder Gewalt leiden, sollten nicht zum Schutz getrennt oder isoliert werden: Ihr Wohl sollte auf partizipatorische Weise festgelegt und respektiert werden, und die Maßnahmen zur Beilegung dieser Situationen sollten sich vor allem an die Täter richten.

32. Das Versäumnis, sich mit dem Thema sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität zu befassen, kann schädliche Folgen für das Selbstbewusstsein junger lesbischer, schwuler, bisexueller Menschen und Transgender haben. Die Staaten sollten sich aus diesem Grund mit dem Thema sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität in respektvoller und objektiver Weise, z. B. im Rahmen des Lehrplans oder des Aufklärungsunterrichts, befassen und Einführungsprogramme und berufsbegleitende Trainingskurse oder Hilfsangebote und Leitfäden für Lehrkräfte und anderes Bildungspersonal bereitstellen, um diese Themen zu behandeln, insbesondere aus einer nicht diskriminierenden Perspektive. Der Europäische Ausschuss für soziale Rechte hat vor Kurzem bestätigt, dass durch die offizielle Zulassung oder Genehmigung eines Staates, Lehrbücher zu verwenden, die antihomosexuelle Aussagen enthalten, dieser in seiner positiven Verpflichtung gescheitert ist, die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz der Gesundheit durch einen nichtdiskriminierenden Sexualkunde- und Aufklärungsunterricht sicherzustellen, die „auch die Gewährleistung einschließt, dass die Lehrbücher nicht herabsetzende Stereotypen verstärken und Formen von Vorurteilen bestätigen, die zu sozialer Ausgrenzung, tiefreichender Diskriminierung und der Verweigerung der Menschenwürde führen, die von historisch marginalisierten Gruppen, wie z. B. jenen mit nicht-heterosexueller Orientierung, erlebt werden“.⁸⁵

Die Staaten sollten auch den Zugang von Schülern zu Informationen über sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität fördern und die Verabschiedung eines Verhaltenskodex gegen homophobe und transphobe Einstellungen oder eine andere direkte oder indirekte Diskriminierung, und Handbücher für Lehrkräfte verteilen und die Durchführung von Schulkampagnen und Kulturveranstaltungen gegen Homophobie und Transphobie unter Mitwirkung der relevanten Akteure in diesen Bereichen durchführen, u.a., wo anwendbar, mit Vertretern von Verbänden für lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender, mit dem Ziel, das Bewusstsein für Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität bei den Lehrkräften, Schülern, Studenten und Eltern zu erhöhen.

Die Unterrichtsmethoden, Lehrpläne und Lehrmaterialien sollten u.a. das Verständnis und den Respekt für unterschiedliche Menschen, ungeachtet ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität stärken, einschließlich für die besonderen Bedürfnisse der Schüler, Studenten, ihrer Eltern und Angehörigen. So sollten die Staaten z. B. Maßnahmen ergreifen, die in angemessener Weise die besonderen Bedürfnisse von transgender Schülern in ihren Schulen erfüllen (z. B. die Änderung des Vornamens oder des Geschlechts in Schulkunden).

Alle Maßnahmen sollten die Rechte der Eltern im Hinblick auf die Bildung ihrer Kinder berücksichtigen, wie z. B. das Recht, die Bildung und den Unterricht in Übereinstimmung mit ihren religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen zu gewährleisten, wie dies in Artikel 2 von Protokoll 1 zur Europäischen Menschenrechtskonvention festgelegt ist.

⁸⁴ Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeiner Kommentar Nr. 4 (2003): „Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child“, 1. Juli 2003.

⁸⁵ Siehe: *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Kroatien* - Europäische Sozialcharta Beschwerde Nr. 45/2007, Entscheidung vom 30. März 2009, Abs. 60-61.

VII. Gesundheit

33. Das internationale Menschenrecht besagt, dass jeder Mensch das Recht auf einen Lebensstandard hat, der seine und seiner Familie Gesundheit und Wohl gewährleistet, einschließlich ärztlicher Versorgung und notwendiger sozialer Leistungen, und dass die Staaten das Recht jedes Menschen anerkennen, den bestmöglichen Standard an körperlicher und psychischer Gesundheit zu erhalten.⁸⁶ Die Empfehlung Rec(2006)18 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über Gesundheitsdienste in einer multikulturellen Gesellschaft, angenommen am 8. November 2006, empfiehlt den Staaten, ihre Gesundheitsdienste an die Anforderungen multikultureller Gesellschaften anzupassen, u.a. durch Entwickeln einer „kulturellen Kompetenz“ für Mitarbeiter im Gesundheitswesen, die man als Fähigkeit definieren kann, wirksame Gesundheitsdienste anzubieten, u.a. bei gleichzeitiger gebührender Berücksichtigung der sexuellen Orientierung des Patienten.

Der Bericht der Europäischen Grundrechteagentur zeigt, dass viele lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender unter Diskriminierung im Bereich Gesundheitsdienste leiden: so wird ihnen z. B. empfohlen, sich einer psychiatrischen Behandlung zu unterziehen, und schwule Männer werden immer noch mit HIV und sogar mit Pädophilie assoziiert.⁸⁷ Aus diesem Grund verschweigen viele lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender ihrem Hausarzt ihre sexuelle Orientierung und verzichten aus Angst vor Diskriminierung oder intoleranten Reaktionen auf eine Behandlung, was nicht nur zu körperlichen, sondern auch psychischen Problemen führen kann,⁸⁸ u.a. Ernährungsprobleme, Alkohol- oder Drogenmissbrauch, Depression, Suizid und Suizidversuche.⁸⁹

Die Staaten sollten daher angemessene Maßnahmen ergreifen, um zu gewährleisten, dass jeder Zugang zu Gesundheitseinrichtungen, medizinischen Leistungen und Diensten erhält und dass jeder Zugriff auf seine Krankenakte hat, ohne Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität.

Die Staaten sollten geeignete Bildungs- und Ausbildungsansätze und -programme anbieten, damit Menschen, die im Gesundheitsbereich arbeiten, allen Menschen den höchstmöglichen Gesundheitsstandard anbieten können, unter Achtung der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität eines jeden Menschen. Dies schließt u.a. ein:

- die Forderung nach Studien und Forschung über die Gesundheit von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern, um deren konkrete Bedürfnisse zu ermitteln;
- die Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse lesbischer, schwuler, bisexueller Menschen und Transgender beim Entwerfen nationaler Gesundheitspläne, Gesundheitserhebungen, medizinischen Ausbildungsprogrammen und Trainingskursen und -unterlagen und bei der Überwachung und der Qualitätssicherung von Gesundheitsdiensten;
- die Gewährleistung, dass Bildungs-, Präventions-, Versorgungs- und Behandlungsprogramme sowie Sozialdienste im Bereich sexuelle und reproduktive Gesundheit die Vielfalt der sexuellen Orientierungen und Geschlechtsidentität berücksichtigen, und allen zur Verfügung stehen;
- die Aufforderung an die Gesundheitsexperten und Sozialarbeiter, ein Umfeld zu schaffen, das für junge lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender stärkt und diesen offen steht, z. B. durch Durchführung von Aufklärungskampagnen.

Bei der Frage, wer Zugang zu einer hospitalisierten Person und zu Informationen über ihren Gesundheitszustand erhält sowie wer im Notfall Entscheidungen trifft, sollten die Staaten als „nächsten Angehörigen“ eine Person anerkennen, die vom Patienten selbst genannt wird. Auf jeden Fall sollten die nationalen Vorschriften bei Fragen im Hinblick auf die „nächsten Angehörigen“ ohne Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität erfolgen.

34. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat klar formuliert, dass Homosexualität keine Krankheit ist, indem sie diese Vorstellung 1990 aus ihrer Internationalen statistischen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme entfernt und sie bei ihrem Kongress 1992 von der Liste gestrichen hat, mit Folgen für alle Staaten, die die WHO-Charta unterzeichnet haben. Dementsprechend sollten Staaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, damit die Homosexualität ausdrücklich aus ihren nationalen Klassifikationen der Krankheiten gestrichen wird. Sie sollten des Weiteren sicherstellen, dass niemand aufgrund seiner sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität gezwungen wird, sich einer

⁸⁶ Artikel 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und Artikel 12 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.

⁸⁷ FRA-Bericht, Teil II, S. 78.

⁸⁸ Im Zusammenhang mit der Weigerung, ihre sexuelle Orientierung aus Angst vor Diskriminierung dem Hausarzt zu offenbaren, kann man eine ausgeprägte Tendenz für psychische Probleme, Suizid und Suizidversuche bei lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern ausmachen, und besonders bei lesbischen, schwulen, bisexuellen und transgender Jugendlichen.

⁸⁹ Siehe auch die Entschließung 1608(2008) der Parlamentarischen Versammlung über Suizide von Kindern und Jugendlichen in Europa: ein schwerwiegendes Gesundheitsproblem, insbesondere Abs. 9 und 10.

Behandlung, einem Protokoll oder einem medizinischen oder psychologischen Test zu unterziehen, oder in eine medizinische Einrichtung eingewiesen wird.

35-36. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs betrachtet das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als einen Aspekt des Rechts auf Achtung des Privatlebens, das durch Artikel 8 der Konvention garantiert wird, und fordert von den Vertragsstaaten, die Möglichkeit einzuräumen, sich einem chirurgischen Eingriff zu unterziehen, der zu einer vollständigen Geschlechtsumwandlung führt, aber auch, dass Krankenversicherungen generell „medizinisch erforderliche“ Behandlungen übernehmen, zu denen auch die Geschlechtsumwandlung zählen kann.⁹⁰ Wenn die Gesetzgebung eine Übernahme der erforderlichen medizinischen Kosten durch gesetzliche oder private Sozialversicherungssysteme vorsieht, sollte diese Übernahme in angemessener, nicht-willkürlicher und nicht-diskriminierender Weise sichergestellt werden⁹¹ und auch die Verfügbarkeit von Ressourcen berücksichtigen.

Im Hinblick auf die Bedingungen, welche die Verfahren zur Geschlechtsumwandlung regeln, sehen die internationalen Menschenrechtsnormen vor, dass keiner ohne sein/ihr Einverständnis einer Behandlung oder einem medizinischen Experiment unterzogen werden darf.⁹² Hormonelle oder chirurgische Behandlungen als Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung eines Geschlechterwechsels (siehe Punkt 19 oben) sollten daher auf jene beschränkt werden, bei denen dies absolut notwendig ist und mit dem Einverständnis der betroffenen Person. Auch die Therapie, die Transgender zwingen soll, das Geschlecht bei ihrer Geburt anzuerkennen, sollte abgeschafft werden, und die Staaten sollten mit angemessenen Maßnahmen sicherstellen, dass bei keinem Kind sein Körper irreversibel durch medizinische Eingriffe verändert wird, um seine Geschlechtsidentität ohne dessen vollständige, freiwillige und informierte Einwilligung, entsprechend seines Alters und seines Reifegrades, festzulegen, außer wenn diese medizinischen Eingriffe aus gesundheitlichen Gründen erforderlich sind.

VIII. Wohnen

37. Die Staaten sollten angemessene Maßnahmen ergreifen, um eine nicht-diskriminierende Sicherung von Besitz und den Zugang von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern zu bezahlbaren, bewohnbaren, zugänglichen, kulturell angemessenen und sicheren Unterkünften sicherzustellen, u.a. Obdachlosenheime und andere Notunterkünfte.⁹³

Laut diesem Grundsatz sollten Maßnahmen ergriffen werden, die z. B. die verhindern sollen, dass aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität einer Person verweigert wird, ein Haus an eine Person zu verkaufen oder zu vermieten oder eine Person finanziell im Hinblick auf den Kauf von Wohnraum zu unterstützen oder die Rechte des Partners eines Mieters anzuerkennen. Im Fall *Karner v. Österreich*⁹⁴ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in diesem Zusammenhang erklärt, dass die Weigerung, einem überlebenden, unverheirateten gleichgeschlechtlichen Partner die Übernahme des Mietvertrags zu gestatten, was für unverheiratete heterosexuelle Partner möglich war, eine diskriminierende Behandlung aufgrund der sexuellen Orientierung im Hinblick auf die Ausübung des Rechts auf Achtung des Familienlebens und eine Verletzung von Artikel 8 und 14 der Konvention darstellte. Man könnte z. B. den Vermietern und Mietern zu diesem Zweck Informationsmaterial aushändigen, um Zwischenfälle von Diskriminierung im Bereich Wohnen zu identifizieren und zu verhüten.

Den Menschen, die behaupten, im Hinblick auf Ihr Recht auf Wohnraum Opfer einer Diskriminierung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität geworden zu sein, sollten angemessene und wirksame Rechtsmittel oder anderweitige Abhilfen zur Verfügung gestellt werden.

38. Viele lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender, insbesondere junge Menschen, werden von ihren Familien verstoßen und können obdachlos werden. Die Staaten sollten daher Sozialprogramme einrichten, einschließlich Unterstützungsprogramme, die sich mit den Faktoren in Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität zu befassen, die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, obdachlos zu werden, insbesondere bei Kindern und Jugendlichen,⁹⁵ und Programme für Nachbarschaftshilfen und -schutz fördern. Die Staaten sollten des Weiteren Trainings- und Aufklärungsprogramme anbieten, um sicherzustellen, dass die zuständigen Stellen die Bedürfnisse jener

⁹⁰ *Van Kück v. Deutschland*, Nr. 35968/07, Urteil vom 12. Juni 2003, Abs. 73 bis 86.

⁹¹ Siehe *L v. Lettland*, Urteil vom 11. September 2007, §59, in *Schlumpf v. Schweiz*, Nr. 29002/06, Urteil vom 8. Januar 2009, §115.

⁹² Siehe in diesem Zusammenhang den Allgemeinen Kommentar Nr. 14 des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, §8, und die Bioethik-Konvention vom 4. April 1997, CETS Nr. 164, Kapitel II.

⁹³ Allgemeiner Kommentar Nr. 4 des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zum Artikel 11 der ICESCR, Dokument E/1992/23. Siehe auch *Karner v. Österreich*, op.cit., zum Artikel 8 der Europäischen Konvention. Der Vorschlag für eine europäische Richtlinie zur Umsetzung der Gleichbehandlung von Personen ungeachtet von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Orientierung sieht ausdrücklich den Schutz vor Diskriminierung beim Zugang zu Waren und Dienstleistungen, einschließlich Wohnraum, vor.

⁹⁴ *Karner v. Österreich*, op.cit., Abs. 37-42.

⁹⁵ Zum Beispiel soziale Ausgrenzung, häusliche und andere Formen von Gewalt, Diskriminierung, mangelnde finanzielle Unabhängigkeit und Ablehnung durch die Familie und kulturellen Gemeinschaften.

Menschen kennen und sensibel mit diesen umgehen, die von Obdachlosigkeit oder sozialer Benachteiligung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität bedroht sind, insbesondere lesbische, schwule, bisexuelle und transgener Jugendliche.

IX. Sport

39-41. Sport kann eine wichtige Rolle bei der sozialen Integration und bei der Förderung von Toleranz und Respekt für Vielfalt in der Gesellschaft spielen. Lesbische, schwule, bisexuelle und transgener Menschen sind häufig benachteiligt, wenn es um die Teilnahme an Sportaktivitäten geht, sowohl in Sportvereinen als auch in der Schule. Homophobie, Transphobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität im Sport sind, sowohl unter den Aktiven als auch in ihrer Beziehung zu den Zuschauern, wie Rassismus und andere Formen der Diskriminierung, inakzeptabel und sollten bekämpft werden.

Die Mitgliedstaaten sollten daher angemessene Maßnahmen ergreifen, um auf den Sport bezogene Empfehlungen, die von den Gremien des Europarats im Hinblick auf die sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität verabschiedet werden, umzusetzen, ungeachtet der Frage, ob diese diesbezüglich konkrete Bezüge aufweisen. Die Staaten sollten die PACE-Empfehlung 1635 (2003) vom 25. November 2003 über Lesben und Schwule im Sport berücksichtigen, die die Staaten auffordert, „Homophobie und Beleidigungen gegen Lesben und Schwule als Gründe für Beschuldigungen der Diskriminierung und Belästigung aufgrund der sexuellen Orientierung aufzunehmen; homophobe Sprechchöre bei oder in Zusammenhang mit Sportveranstaltungen zu Straftaten zu erklären, wie dies bereits in vielen Mitgliedstaaten bei rassistischen Sprechchören der Fall ist; NRO der lesbischen und schwulen Gemeinschaft in ihre Sportkampagnen und in alle weiteren erforderlichen vertrauensbildenden Maßnahmen einzubeziehen“. Desgleichen sollten sie die relevanten Bestimmungen des Europäischen Übereinkommens über Gewalttätigkeit und Fehlverhalten von Zuschauern bei Sportveranstaltungen und insbesondere bei Fußballspielen, die Europäische Sportcharta und die allgemeine politische Empfehlung Nr. 12 von ECRI umsetzen⁹⁶ und diese anpassen, damit sie die Diskriminierung von Sportlern oder Zuschauern aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität einschließen.

Sportaktivitäten und -einrichtungen sollten allen offenstehen, ohne Diskriminierung, aus welchen Gründen auch immer, einschließlich der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität. In diesem Zusammenhang sollten die Staaten aufgefordert werden, Verhaltenskodizes über Sport und sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität zu verfassen und an die Sportorganisationen und -verbände zu verteilen. Außerdem sollten sie Partnerschaften zwischen Vereinigungen, die lesbische, schwule, bisexuelle Menschen und Transgender vertreten, und Sportvereinen im Hinblick auf Antidiskriminierungskampagnen im Sport fördern und Sportvereine unterstützen, die von lesbischen, schwulen, bisexuellen Menschen und Transgendern gegründet werden. Insbesondere im Hinblick auf Transgender sollten die Staaten im Interesse eines fairen Wettkampfs angemessene Maßnahmen ergreifen, um deren Ausgrenzung im Sport oder bei Wettkämpfen zu beenden,⁹⁷ die Hürden beseitigen, mit denen sich Transgender bei der Teilnahme im Sport konfrontiert sehen, und ihr bevorzugtes Geschlecht anerkennen, insbesondere in Zusammenhang mit dem Zugang zu Umkleieräumen.

X. Recht auf Asyl

42. In ihrer Empfehlung 1470 (2000)⁹⁸ hat die Parlamentarische Versammlung die Tatsache kritisiert, dass die Mehrzahl der Mitgliedstaaten des Europarats die Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung nicht als Rechtfertigung für die Gewährung von Asyl anerkennt. Es wurde auch festgestellt, dass Homosexuelle, die eine wohlbegründete Angst vor Verfolgung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung haben, laut Artikel 1.A.2. der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 als Angehörige einer „besonderen gesellschaftlichen Gruppe“ Flüchtlinge sind und ihnen dementsprechend ein Flüchtlingsstatus zuerkannt werden sollte. Empfehlung Rec(2004)9 des Ministerkomitees vom 30. Juni 2004 bietet eine Definition für „eine besondere gesellschaftliche Gruppe“ und legt Grundsätze fest, mittels derer bestimmt werden kann, ob eine Person aufgrund der Zugehörigkeit zu einer besonderen gesellschaftlichen Gruppe verfolgt wird.⁹⁹ In

⁹⁶ Europäisches Übereinkommen über Gewalttätigkeit und Fehlverhalten von Zuschauern bei Sportveranstaltungen und insbesondere bei Fußballspielen, CETS Nr. 120, vom 19. August 1985. Europäische Sport-Charta, Empfehlung Nr. R(92)13 (revidiert) des Ministerkomitees, angenommen am 24. September 1992. Allgemeine politische Empfehlung Nr. 12 der ECRI über die Bekämpfung von Rassismus und rassistischer Diskriminierung im Sport (von der ECRI am 19. Dezember 2008 angenommen).

⁹⁷ Im Sinne der Stockholm-Erklärung, die vom Internationalen Olympischen Komitee im Mai 2004 verabschiedet wurde, und die die Bedingungen nennt, unter denen eine Person mit einem anderen Geschlecht als das bei ihrer Geburt an Sportveranstaltungen teilnehmen kann.

⁹⁸ Empfehlung 1470 (2000), angenommen am 30. Juni 2000, über die Situation von Schwulen und Lesben und ihrer Partner im Hinblick auf Asyl und Immigration in den Mitgliedstaaten des Europarats.

⁹⁹ Empfehlung Rec(2004)9, angenommen am 30. Juni 2004, über die „Zugehörigkeit zu einer besonderen gesellschaftlichen Gruppe“ (MPSG) im Kontext der Genfer Flüchtlingskonvention aus dem Jahr 1951. Sie erklärt, „eine besondere gesellschaftliche Gruppe“ sei eine Gruppe von Personen, die, außer das Risiko der Verfolgung, ein gemeinsames Merkmal aufweisen oder denen ein gemeinsames Merkmal zugeschrieben wird und die von der Gesellschaft als Gruppe betrachtet werden oder als solche vom Staat oder den Verfolgern

Fällen, in denen die Mitgliedstaaten diesbezüglich internationale Verpflichtungen haben, sollten sie anerkennen, dass eine wohlbegründete Angst vor Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität ein gültiger Grund für die Gewährung eines Flüchtlingsstatus oder von Asyl laut nationalem Recht sein kann. Die Auslegung des in der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 enthaltenen Konzepts der Zugehörigkeit zu einer besonderen gesellschaftlichen Gruppe sollte jedoch den Staaten keine Verpflichtungen auferlegen, denen sie nicht zugestimmt haben.

Im Hinblick auf das Verfahren zur Prüfung eines Asylantrags sollten die Mitarbeiter, die für die Bearbeitung der Anträge zuständig sind, eine Schulung für die spezifischen Probleme von lesbischen, schwulen, bisexuellen und transgener Flüchtlingen oder Asylsuchenden erhalten. Ein Asylantrag sollte nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der Antragsteller könne der Verfolgung im Herkunftsland entgehen, indem er seine/ihre sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität geheim halte.

43. Der Schutz des Rechts auf Leben und das Verbot von Folter beinhalten die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, keine Person in einen Staat abzuschicken, in dem er/sie der Wahrscheinlichkeit ausgesetzt wäre, einer Behandlung ausgesetzt zu werden, die den Artikeln 2 und 3 der Konvention zuwiderlaufen.¹⁰⁰ Artikel 33 der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 besagt: „Keiner der vertragschließenden Staaten wird einen Flüchtling auf irgendeine Weise über die Grenzen von Gebieten ausweisen oder zurückweisen, in denen sein Leben oder seine Freiheit [...] wegen seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe bedroht sein würde.“ Wenn die Gefahr besteht, dass auf eine Person aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität in ihrem Herkunftsland die Todesstrafe angewendet wird oder sie mit Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe bedroht ist, sollten die Mitgliedstaaten darauf verzichten, diese Personen abzuschicken und ihnen stattdessen den von ihnen beantragten Schutz gewähren. Wenn gleichgeschlechtliche Beziehungen in einer bestimmten Gesellschaft illegal sind, könnte sich die Auferlegung schwerer Haftstrafen dem Risiko gleichkommen, das oben beschrieben ist, und eine Begründung sein, eine Person nicht in dieses Land abzuschicken.

44. Gemäß ihrer positiven Verpflichtung, alle Menschen zu beschützen, die ihrer Freiheit beraubt sind (siehe Punkt 4 oben), und insbesondere Menschen, die besonders schutzbedürftig sind, sollten die Staaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um lesbische, schwule, bisexuelle und transgener Flüchtlinge oder Asylsuchende vor Misshandlungen, wie z. B. Schikane, Belästigung, sexueller Nötigung, Vergewaltigung und anderen Formen der Belästigung zu schützen, und wirksame Abhilfen anbieten, wenn diese Ereignisse auftreten.

Die Staaten sollten darüber hinaus lesbischen, schwulen, bisexuellen und transgener Asylsuchenden und Flüchtlingen, in einer Sprache, die sie verstehen, geeignete Hilfen und Informationen zu ihren Rechten anbieten, insbesondere im Hinblick auf ihre sexuelle Orientierung oder Geschlechtsidentität. Die Mitarbeiter von Auffanglagern, die Polizeikräfte und die medizinischen Mitarbeiter und Freiwilligenorganisationen mit Zugang zu diesen Einrichtungen sollten ein geeignetes Training und Informationen über sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität erhalten.

XI. Nationale Menschenrechtsinstitutionen

45. Nationale Institutionen zum Schutz der Menschenrechte, die Gleichstellungsgremien und Ombudspersonen einschließen können (jedoch nicht auf diese beschränkt), sollten den größtmöglichen Auftrag für den Umgang mit Problemen der Diskriminierung, u.a. aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität sowie der Mehrfachdiskriminierung, erhalten, der die „Pariser Grundsätze“ über den Status und die Funktionsweise von nationalen Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte berücksichtigt.¹⁰¹

XII. Mehrfachdiskriminierung

als solche identifiziert werden. Verfolgungsmaßnahmen gegen eine Gruppe können jedoch ein relevanter Faktor bei der Bestimmung des Bekanntheitsgrades einer Gruppe in einer bestimmten Gesellschaft sein“. Sie besagt auch, dass „das Konzept einer MPSG weit und integrativ im Sinne des Gegenstands und des Zwecks der Genfer Konvention von 1951 ausgelegt werden sollte. Die Auslegung des Konzepts der MPSG sollte jedoch nicht den Anwendungsbereich der Konvention ausweiten und den Staaten keine Verpflichtungen auferlegen, denen sie nicht zugestimmt haben“ und dass „die bloße Zugehörigkeit zu einer besonderen gesellschaftlichen Gruppe, wie oben beschrieben, normalerweise nicht ausreicht, um die Beantragung eines Flüchtlingsstatus zu untermauern. Jeder Asylantrag muss individuell im Hinblick auf die Verbindung zwischen MPSG und der bestehenden Gefahr der Verfolgung geprüft werden. Darüber hinaus müssen auch tatsächlichen Gegebenheiten im Herkunftsland berücksichtigt werden. Es kann jedoch in Einzelfällen besondere Umstände geben, in denen die bloße Zugehörigkeit ein ausreichender Grund für die Angst vor Verfolgung sein kann.“

¹⁰⁰ *Soering v. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 7. Juni 1989. Der Gerichtshof hat bereits Regel 39 der Gerichtshofordnung im Hinblick auf die Abschiebung von Personen, die aufgrund ihrer sexuellen Orientierung mutmaßlich dem Risiko einer Behandlung in Widerspruch zu Artikel 2 und/oder 3 der Konvention ausgesetzt wären, wenn sie in ihr Herkunftsland zurückkehrten (z. B. im Fall von Abschiebungen nach Afghanistan, Pakistan oder in den Iran). Diese Fälle wurden noch nicht auf ihre Begründetheit geprüft.

¹⁰¹ Grundsätze über den Status und die Funktionsweise von nationalen Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte, auch „Pariser Grundsätze“ genannt, die von der UN-Vollversammlung in ihrer Entschließung 48/134 vom 20. Dezember 1993 (A/RES/48/134) verfasst wurde.

46. Menschen lassen sich nicht durch ein einziges Kriterium, wie z. B. Geschlecht, Hautfarbe, Sprache, nationale, ethnische oder soziale Herkunft, Religion, Alter oder sexuelle Orientierung charakterisieren, da sie vielfältige Identitäten aufweisen, bei denen eine Bandbreite von Kriterien miteinander interagieren. Die Mehrfachdiskriminierung tritt dann auf, wenn eine Person Diskriminierung aufgrund ihrer Verbindung mit mindestens zwei verschiedenen geschützten Diskriminierungsgründen oder aufgrund einer bestimmten Kombination von mindestens zwei dieser Gründe erlebt. Die letztgenannte Situation wird häufig auch als intersektionale Diskriminierung bezeichnet. Ein Beispiel wäre eine lesbische Frau, die stärker benachteiligt wird als eine heterosexuelle Frau, aber auch stärker benachteiligt wird als ein schwuler Mann.¹⁰²

Die sexuelle Orientierung und die Geschlechtsidentität sind Faktoren, die, in Kombination mit einem oder mehreren weiteren Faktoren, wie z. B. Rasse oder Geschlecht, die Verletzlichkeit der betroffenen Personen erhöht. Die Staaten sollten sich aus diesem Grund der Existenz dieses Phänomens der Mehrfachdiskriminierung bewusst sein und aufgefordert werden, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um einen wirksamen Schutz zu bieten.

Sie könnten z. B. statistische Instrumente entwickeln, die Erfahrungen mit Mehrfach- oder intersektionaler Diskriminierung berücksichtigen, gleichzeitig aber die Grundsätze im Hinblick auf das Recht auf Privatleben achten. Darüber hinaus sollten Rechtsvorschriften, die Diskriminierung verbieten, in Fällen von Mehrfach- oder intersektionaler Diskriminierung erwogen werden, und nationale Menschenrechtsstrukturen, einschließlich der Gleichstellungsgremien und Ombudspersonen, sollten ein möglichst breit gefasstes Mandat erhalten, damit sie sich mit den Problemen der mehrfachen Diskriminierung befassen können, einschließlich aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität.

¹⁰² Dänisches Institute for Human Rights: "*Tackling multiple discrimination – Practices, policies and laws*", von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebener Bericht, September 2007. Bei der Weltkonferenz gegen Rassismus, Diskriminierung aufgrund von Rasse, Fremdenfeindlichkeit und damit verbundener Intoleranz, Durban, 2001, hat die UN-Vollversammlung das Phänomen der Mehrfachdiskriminierung anerkannt (Bericht, Erklärung Nr. 2, Dokument A/CONF.189/12, S. 5).