

# MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

29. Jahrgang · 2024 · Heft 1

## Aus dem Inhalt

- Domestic Violence as Torture: A Good Idea but a Complex Reality under the UN Torture Convention
- The Dynamic Relationship Between the Global Compact for Migration and Human Rights Law
- Menschenrechtsverletzungen durch Ökozide – Kann ein internationales Verbrechen Schutzlücken schließen?



**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

**Universitätsverlag Potsdam 2024**

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

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam  
Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: 2292  
E-Mail: [verlag@uni-potsdam.de](mailto:verlag@uni-potsdam.de)

**Herausgeber:**

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

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

Begründet von Prof. Dr. iur. Eckart Klein

**Redaktion:**

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

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

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

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

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

Satz: le-tex publishing services GmbH, xerif

Online veröffentlicht unter

<https://doi.org/10.60935/mrm2024.29.1>

## Inhaltsverzeichnis

Norman Weiß, Theresa Lanzl Editorial .....	4
Aufsätze:	
Victoria Priori Domestic Violence Plus State Acquiescence Equals Torture .....	5
Beiträge:	
Jürgen Bast, Janna Wessels, Anuscheh Farahat The Dynamic Relationship Between the Global Compact for Migration and Human Rights Law .....	23
Lina Ebbecke Menschenrechtsverletzungen durch Ökozide .....	44
Entscheidungsbesprechung:	
Theodor Schilling Tierwohl schlägt Religionsfreiheit .....	61
Buchbesprechungen:	
Eckart Klein Manfred Kittel, Die Zwei Gesichter der Zerstörung. Raphael Lemkins UN-Genozidkonvention und die Vertreibung der Deutschen. ....	73

## Editorial

Norman Weiß<sup>1</sup> • Theresa Lanzl<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Menschenrechtszentrum, Universität Potsdam.

Beginnend mit dieser Ausgabe erscheint das *MenschenRechtsMagazin* als Open-Journal, mit eigener Webadresse und den Maßstäben unserer heutigen Zeit entsprechend. Nach insgesamt 65 gedruckten Heften und einem Jahr Übergangszeit auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam wird diese Zeitschrift nun auf der Seite [www.menschenrechtsmagazin.de](http://www.menschenrechtsmagazin.de) zu finden sein. Einreichungen können über diese Webseite erfolgen. Aufsätze in der Rubrik „Abhandlung“ durchlaufen ein „double-blind“ Peer-Review-Verfahren. In der Rubrik „Beiträge“ bietet das MRM weiterhin die Möglichkeit, Kommentare, Kontroversen, Kurzbeiträge oder anlassbezogene Erörterungen zu veröffentlichen. Auch ist es uns ein besonderes Anliegen in dieser Rubrik, Studierenden die Möglichkeit zu geben, herausragende Seminararbeiten im Bereich der Menschenrechte (an die Form eines Aufsatzes angepasst) zu veröffentlichen. Einreichungen in der Rubrik „Beiträge“ sowie Entscheidungs- und Buchbesprechungen durchlaufen ein Redigat durch die Redaktion des MenschenRechtsMagazins. Auch hier sind maßgebliche Kriterien für die Entscheidung die inhaltliche Qualität, die Aktualität und der innovative Charakter des Beitrags.

*Jürgen Bast*, *Janna Wessels* und *Anuscheh Farahat* widmen sich in ihrem Beitrag dem dynamischen Verhältnis des Globalen Pakts für eine sichere, geordnete und regulierte Migration zum völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz. Dabei gehen die Autor:innen auf die Ziele des Pakts ein

und untersuchen seine Auswirkungen auf den Menschenrechtsschutz.

In ihrem Beitrag geht *Victoria Priori* der Frage nach, inwieweit die staatliche Duldung häuslicher Gewalt gegenüber Frauen als Folter bewertet und entsprechend gehandelt werden kann.

Neben diesen beiden englischsprachigen Artikeln wendet sich *Lina Ebbecke* dem Thema Ökozid zu und fragt, ob ein internationaler Verbrechenstatbestand Schutzlücken schließen könnte.

*Theodor Schilling* thematisiert in seiner Besprechung eines EGMR-Urteils zum Schächten das Verhältnis von Tierschutz und Religionsfreiheit.

Eine Buchbesprechung beschließt das Heft: *Eckart Klein* bespricht das im Jahr 2023 erschienene Buch „Die Zwei Gesichter der Zerstörung. Raphael Lemkins UN-Genozidkonvention und die Vertreibung der Deutschen“ von Manfred Kittel.

Die Vorbereitung dieses Hefts wurde durch Kollegen des Universitätsverlags Potsdam begleitet und unterstützt; hierfür sagen wir Dank. Zum Schluss wünschen wir unseren Leser:innen wie stets eine anregende Lektüre.

*Norman Weiß* *Theresa Lanzl*

# Domestic Violence Plus State Acquiescence Equals Torture – A Good Idea but a Complex Reality

Victoria Priori<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Switzerland.

## Contents

- I. Introduction
- II. Domestic Violence and Torture—Are the Two Even Similar?
- III. UNCAT: A Sui Generis Human Rights Treaty and the Discrete Crime of Torture
- IV. Acquiescing Torture: Finding a Suitable Definition
- V. Domestic Violence as Torture—Some Unaccounted yet Important Implications
- VI. Conclusions

## Abstract

Domestic violence against women is a far-reaching and widespread phenomenon. The main idea underlying this work is that domestic violence (in its extreme forms) should be considered within the international criminal framework for torture. In particular, the work explores how through the notion of acquiescence provided for in Art. 1 of the UN Convention against Torture, the state and its agents can be held responsible in cases of domestic violence. While acquiescence represents a powerful notion to allow for the application of the torture criminal definition to domestic violence, the practicalities of such an approach are complex, with many questions left unanswered. Ultimately, the root obstacle to a smooth application of Art. 1 to instances of domestic violence is not the state requirement provided for in the definition, but rather the sui generis nature of the UN Torture Convention.

## Keywords

torture, domestic violence, acquiescence, due diligence, state responsibility, individual criminal responsibility

### Citation:

Victoria Priori, Domestic Violence Plus State Acquiescence Equals Torture, in: MRM 29 (2024) 1, pp. 5-22.  
<https://doi.org/10.60935/mrm2024.29.1.1>.

Received: 2023-11-16

Accepted: 2024-01-24

Published: 2024-06-12

### Copyright:

Unless otherwise indicated, this work is licensed under a Creative Commons License Attribution 4.0 International. This does not apply to quoted content and works based on other permissions.

To view a copy of this license visit:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

## I. Introduction

In March 2021, the World Health Organisation (WHO) published estimates according to which “worldwide, almost one third of women aged 15–49 years who have been in a relationship report that they have been subjected to some form of physical and/or sexual violence by their intimate partner”.<sup>1</sup> The phenomenon is widespread across continents with estimates slightly changing from one region to another, but overall depicting a similar pattern whereby the subjugation of women to different types of domestic violence is nothing but a common practice.<sup>2</sup> It is crucial to acknowledge that physical or sexual offences are simply two of the many facets of domestic violence. For the purpose of this work, the notion of domestic violence mirrors that given by the United Nations (UN) and goes beyond sexual and physical violence, taking into consideration psychological, emotional and economic violence.<sup>3</sup> Moreover, from a

methodological point of view, it is worth stressing—as shown by the aforementioned statistics—that the present work adopts a narrower focus, assessing the specific case of domestic violence against women.<sup>4</sup> Nevertheless, the considerations and arguments put forward throughout the work could arguably apply by analogy to domestic violence against members of the LGBTQIA+ community, men as well as children.<sup>5</sup>

The objective of the present work is to discuss some of the implications, issues and consequences arising from the conceptualisation of domestic violence against women through the prism of torture. Analysing domestic violence through the lens of torture allows for an accurate depiction of the seriousness of such violence, that many times escapes public scrutiny. Aside from this, the work highlights the possible implications for both state and individual criminal responsibility emerging from understanding domestic violence within the legal framework of torture. In doing so, the analysis clearly differentiates between the separate offence of torture also known as the discrete crime of torture as defined in Art. 1 of the UN Convention against Torture of 1984 (UNCAT) and the prohibition

<sup>1</sup> Violence against Women (World Health Organization), available at: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> (last visited 16 November 2023). The estimates range from 22% in high-income countries and Europe to 25% in the Americas and 33% in the WHO African countries. See also Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (2019), UN Doc. A/74/148 (1). As Nils Melzer mentions victims are usually exposed to domestic violence for a protracted period of time, or even a lifetime.

<sup>2</sup> *Celina Romany*, State Responsibility Goes Private: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law, in: Rebecca J. Cook (ed.), *Human Rights of Women National and International Perspectives*, 1994, pp. 85–115 (100). See also *Charlotte Bunch*, Women’s Rights as Human Rights: Towards a Re-Vision of Human Rights, in: *Human Rights Quarterly* 12 (1990), pp. 486–498 (486).

<sup>3</sup> What is domestic abuse? (United Nations), available at: <https://www.un.org/en/coronavirus/>

what-is-domestic-abuse (last visited 16 November 2023). See also *Lesley Cooper/ Julia Anaf /Margaret Bowden*, Contested Concepts in Violence Against Women: ‘Intimate’, ‘Domestic’ or ‘Torture’?, in: *Australian Social Work* 59 (2006), pp. 314–327 (317).

<sup>4</sup> For the purpose of the analysis, women include everyone who identifies as a woman. Therefore, the pronouns she/her are used throughout the work.

<sup>5</sup> See Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (2016), UN Doc. A/HRC/31/57 (11). See also Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (fn 1), p. 10.

of torture as imposed on states under other international human rights law treaties.<sup>6</sup> When considering the discrete crime of torture emphasis is put on acquiescence as it could represent a powerful avenue to expand the application of the torture criminal framework to cover domestic violence against women.

To achieve its aim, the analysis proceeds as follows. Section 2 builds the case for why domestic violence can be considered qualitatively similar to acts of torture. Section 3 introduces the peculiar nature of UN-CAT and makes the distinction between the violation of the prohibition of torture as an obligation imposed on states and the discrete crime of torture. Section 4 focuses only on the discrete crime of torture and discusses the notion of acquiescence as a possible path to attribute private instances of torture (such as domestic violence) to the state. Section 5 examines some possible implications originating from the assimilation of domestic violence with the crime of torture in relation to state and individual criminal responsibility. Section 6 concludes.

## II. Domestic Violence and Torture—Are the Two Even Similar?

As a first step, it is necessary to outline that compared to other private violations, domestic violence has been often equated to torture and proposals to include it within the torture protective framework have

been frequently advanced.<sup>7</sup> It is also important to mention that all of these proposals have been looking at domestic violence as torture from a human rights point of view, hardly considering the criminal implications of considering domestic violence as torture. For instance, in 1996 the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences claimed that “the argument that domestic violence should be understood and treated as a form of torture [...] is one that deserves consideration”.<sup>8</sup> Moreover, General Recommendation No. 35 by the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) has been crucial, explicitly providing that violence against women can and should be understood—in certain cases—as amounting to torture or cruel, inhuman or degrading treatment.<sup>9</sup> In addition, Special Rapporteurs on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment have paid attention to the issue of domestic violence for

<sup>6</sup> See *Paola Gaeta*, When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?, in: *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), pp. 183-193 (192).

<sup>7</sup> *Rhonda Copelon*, Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture, in: *Columbia Human Rights Law Review* 25 (1994), pp. 291-368 (296); *Shazia Qureshi*, Reconceptualising Domestic Violence as ‘Domestic Torture’, in: *Journal of Political Studies* 20 (2013), pp. 35-49 (36); *Tania Tetlow*, Criminalizing Private Torture, in: *William & Mary Law Review* 58 (2016), pp. 183-250 (189); *Katherine M. Culliton*, Finding a Mechanism to Enforce Women’s Right to State Protection from Domestic Violence in the Americas, in: *Harvard International Law Journal* 34 (1993), pp. 507-562 (549).

<sup>8</sup> Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85 (1996), UN Doc. E/CN.4/1996/53 (14).

<sup>9</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 35 on Gender Based Violence against Women, Updating General Recommendation No. 19 (2017), UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (6). See CEDAW, General Recommendation No. 19: Violence against Women (1992).

more than a decade now.<sup>10</sup> In 2008, Special Rapporteur *Nowak* already considered domestic violence among the phenomena in need of the torture protective framework.<sup>11</sup> Unfortunately, as of now, only the very specific offence of rape has been labelled as torture by the Committee against Torture (CAT) in General Comment No. 2.<sup>12</sup> Despite this being a major advancement, more shall be done, as rape represents only one of the many offences that women may experience along the spectrum of domestic violence. Other treaty bodies such as the Human Rights Committee (HRC) also argued that domestic violence can amount to torture—in this specific case contradicting Art. 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).<sup>13</sup>

Whilst most of the human rights treaties provide for a prohibition of torture without necessarily defining what is meant by it, Art. 1 of UNCAT represents the most

detailed and complete definition of torture at the international level. Thus, it is worth assessing whether domestic violence could meet the required elements of torture under the UNCAT. First and foremost, both domestic violence and torture include some form of physical and/or psychological suffering which usually persists over time.<sup>14</sup> Secondly, in both cases the behaviour is committed with intent. Thirdly, as with torture, domestic violence is committed with some motive in mind, being this the intimidation or the punishment of women.<sup>15</sup> Art. 1 of UNCAT provides that a certain conduct would amount to torture when it is committed “for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind”.<sup>16</sup> However, by introducing the words ‘such’ and ‘as’ it is clear that the listed objectives were not meant to be exhaustive. Moreover, the discriminatory element typical of torture can always be considered fulfilled when the offence is committed “on the basis of their sex, gender identity, real or perceived sexual orientation or non-adherence to social norms around gender and sexuality”.<sup>17</sup> Importantly, Special Rapporteur *Nowak* highlighted a fourth common feature between torture and domestic violence—powerlessness, whereby victims are in a state of

<sup>10</sup> Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (fn. 1). See Committee against Torture (CAT), Report of the Committee (2001), UN Doc. A/56/44 and also CAT, Report of the Committee (2002), UN Doc. A/57/44 specifically the Considerations on the report submitted by Zambia. Many other concluding observations refer to domestic violence. See CAT, Consideration and Recommendations of the Committee against Torture on the Russian Federation (2007), UN Doc. CAT/C/RUS/CO/4; CAT, Concluding Observations on the Initial Report of Qatar (2022), UN Doc. CAT/C/QAT/CO/1; CAT, Considerations and Recommendations of the Committee against Torture on Greece (2004), UN Doc. CAT/C/CR/33/2.

<sup>11</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak (2008), UN Doc. A/HRC/7/3 (13).

<sup>12</sup> CAT, General Comment No. 2 (2008), UN Doc. CAT/C/GC/2.

<sup>13</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak (fn. 11), p. 13.

<sup>14</sup> Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy (fn. 8), p. 12.

<sup>15</sup> *Copelon* (fn. 7), p. 329.

<sup>16</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984, UNGA Res 39/46.

<sup>17</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (fn. 5), p. 4.



constant fear which eventually allows the perpetrator to establish complete control over them.<sup>18</sup>

Setting aside the commonalities between domestic violence and torture and focusing more on consequences, for similar conducts victims have been displaying the same complex posttraumatic stress disorder, irrespective of whether they have been subjected to these practices by a state official or non-state actor.<sup>19</sup> Going one step further, violence by an intimate partner may have worse and more long-lasting psychological effects on the victim when compared to violence inflicted by a distant and unknown state oppressor.<sup>20</sup> Thus, if the acts committed by private individuals in the context of domestic violence against women are similar to the ones deployed by state agents when committing torture, and the effects on victims are the same, why should the two phenomena be treated differently?<sup>21</sup>

At this point, it may be interesting to explore other implications that arise from considering domestic violence within the criminal framework for torture. Other than allowing victims to bring cases against the state for reparations, by considering domestic violence as torture women may

have stronger claims when filing a complaint or a case before courts.<sup>22</sup> Interestingly on this matter, the states of Michigan and California introduced a torture statute and have applied this framework to domestic violence.<sup>23</sup> Notably, under the umbrella of torture, the cumulative pattern typical of domestic violence is grasped. Contrarily, “current domestic violence statutes fail to capture its cumulative horror, instead fracturing the patterns of domestic violence into constituent, *de minimis* parts”.<sup>24</sup> This is of great relevance, as many of the offences typical of domestic violence—if taken separately—may remain legal or be classified as simple misdemeanours, thus influencing sentencing, rules of evidence<sup>25</sup> and bail considerations.<sup>26</sup> Moreover, labelling domestic violence as torture would permit to move beyond the infliction of physical suffering, encompassing the psychological pain and emotional violence to which victims of these horrendous practices are exposed and that oftentimes elude scrutiny.

Aside from these considerations, labelling domestic violence as torture has also other important implications for the victims. Applying the protective framework of torture

<sup>18</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Manfred Nowak* (fn. 11), p. 7. The element of powerlessness was reiterated by the Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (fn. 1), p. 5.

<sup>19</sup> OMCT, Thematic Briefing: Protecting Women from Violence through the UN Convention against Torture (2018) (11).

<sup>20</sup> *Qureshi* (fn. 7), p. 39.

<sup>21</sup> One of the possible limits of this approach would be the procedural burden for the CAT and the possible overload of individual complaints, among others.

<sup>22</sup> This is especially true for societies where female members are considered in charge of the family’s honour. See Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Manfred Nowak* (fn. 11), p. 23. Nowak reports that victims of sexual violence in Guatemala felt more protected when violence against them was treated and labelled as torture.

<sup>23</sup> *Tetlow* (fn. 7), p. 232.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 187. Moreover, a torture statute would make the perpetrator’s purpose of controlling the victim relevant.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 205. This is what happened with stalking statutes—they allowed to grasp the pattern dimension.

allows to bring domestic violence under public scrutiny.<sup>27</sup> This is of utmost importance, as for many years, the dichotomy public/private sphere has been casting a shadow on these episodes of private violence.<sup>28</sup> Historically, human rights treaties and bodies have addressed only issues taking place in the public space meaning that the world of women, mostly perceived as related to domestic and private family life, has not been considered within the human rights discourse.<sup>29</sup> Nowadays, this division between public and private is no longer acceptable<sup>30</sup> and in fact, many UN Special Procedures and Committees, among which the CAT started addressing domestic violence in their reports and recommendations.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Dorothy Q. Thomas/Michele E. Beasley, *Domestic Violence as a Human Rights Issue*, in: *Human Rights Quarterly* 15 (1993), pp. 36-62 (61).

<sup>28</sup> Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, Rashida Manjoo (2014), UN Doc. A/HRC/26/38. See OMCT, *Thematic Briefing* (fn. 19) and *Lee Haselbacher*, *State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, and International Legal Minimums of Protection*, in: *Northwestern University Journal of International Human Rights* 8 (2009), pp. 190-251 (192).

<sup>29</sup> *Felice Gaer*, *Violence against Women by Private Actors: Is There State Responsibility under the Convention against Torture?* (OMCT SOS-Torture Network), available at: <https://www.omct.org/en/resources/blog/violence-women-private-actors-state-responsibility-convention-torture> (last visited 16 November 2023). See *Hilary Charlesworth*, *What are “women’s international human rights”?*, in: Rebecca J. Cook (ed.), *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, 1994, pp. 58–84 (60). *Romany* (fn. 2), p. 90.

<sup>30</sup> *Andrew Clapham*, *International Human Rights and Private Bodies: Two Approaches*, in: *Human Rights in the Private Sphere*, 1993, pp. 89-133 (93).

<sup>31</sup> *Gaer* (fn. 29).

Furthermore, by labelling domestic violence against women as torture, the gravity and seriousness of the offences is emphasised.<sup>32</sup> The label ‘torture’ carries a specific stigma and “helps undoing the discriminatory victim-blaming narrative”.<sup>33</sup> By labelling domestic violence as torture, victims would no longer be blamed nor depicted as “weak and pathetic or masochistic and fickle because the public recognises that techniques of torture can control the mind and warp the will of even the most stoic soldiers”.<sup>34</sup> Moreover, labelling domestic violence as torture would allow to avoid using words and expressions as domestic or intimate violence that are highly problematic. Indeed, the domestic and the intimate are usually safe spaces, representing “a benign realm or a haven from stress and danger”.<sup>35</sup> Hence, terms such as intimate partner violence underline inherent contradictions where in a space that should protect and be the symbol of love, violence against women is perpetrated. These expressions “put up a barrier to recognising that, in certain contexts, violence perpetrated in the private arena is, in reality, familial or relational torture on a par with state actor torture”.<sup>36</sup>

Importantly, it should be noted that not all the cases of domestic violence may be assimilated to torture. Drawing a line between those instances where such violence can amount to torture and those where this parallel is not suitable, is un-

<sup>32</sup> OMCT, *Thematic Briefing* (fn. 19), p. 6.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 6. See Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Manfred Nowak* (fn. 11), p. 6.

<sup>34</sup> *Tetlow* (fn. 7), p. 188.

<sup>35</sup> *Cooper/Anaf/Bowden* (fn. 3), p. 316.

<sup>36</sup> *Ibid.*

clear. Possible ways of distinguishing may be the degree of seriousness of the violence or even the persistence over time. These two requirements together with gender, age and the state of health of the victim among others have been used by the European Court of Human Rights (ECtHR) to argue that domestic violence amounted to ill-treatment under Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR).<sup>37</sup> Now, in the case of domestic violence as torture, the criteria could suitably be the same (seriousness, persistence over time, gender, age, state of health, etc.) but the threshold would arguably be higher. However, whilst this work acknowledges that not every single case of domestic violence can nor should be understood within the torture legal framework, developing precise criteria or thresholds to understand how to differentiate between cases of domestic violence is beyond the scope of the analysis.

### III. UNCAT: A *Sui Generis* Human Rights Treaty and the Discrete Crime of Torture

Having briefly sketched out some similarities between domestic violence against women and torture, the analysis now looks at highlighting the specific nature of UNCAT as a human rights treaty, differentiating between the discrete crime and the

prohibition of torture imposed on states. It is worth stressing the importance of keeping the discrete crime and the prohibition of torture separate since the obligations arising for states are entirely different. Under most human rights treaties, the prohibition of torture is phrased in absolute terms, simply requiring that no one shall be subjected to torture. Examples are Art. 7 of the ICCPR, Art. 3 of the ECHR, Art. 5 in the African Charter on Human and Peoples Rights and Art. 7 of the Universal Islamic Declaration of Human Rights.<sup>38</sup> Additionally various treaty bodies such as the HRC have been explicit in recognising the application of the prohibition of torture to acts committed in the private sphere.<sup>39</sup>

Directly related to this horizontal application of human rights is the state's duty to protect, meaning that the state needs to act with due diligence to prevent and put an end to private violence in as much as respecting human rights in itself. However, when looking at the duty to protect in relation to private violations of the absolute prohibition of torture, courts and tribunals have assessed a whole set of positive obligations that states need to undertake such

<sup>37</sup> For instance, the European Court of Human Rights (ECtHR) to determine whether cases of domestic violence could amount to ill-treatment under Art. 3 of the ECHR looked at similar requirements. See ECtHR, *Case of Rumor v Italy* (72964/10), Judgment of 27 August 2014, para. 57 and ECtHR, *Case of Valiulienė v Lithuania* (33234/07), Judgment of 26 March 2013 at para. 65.

<sup>38</sup> See International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966, UNTS vol. 999 p. 171; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, ETS No. 5; African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter") of 27 June 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982); Universal Islamic Declaration of Human Rights of 19 September 1981 (2008), *Refugee Survey Quarterly*, 27 (2008), pp. 70–80.

<sup>39</sup> Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 31 [80] *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant* (2004), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. See HRC, CCPR General Comment No. 20: *Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)* (1992) at para 2. This position was shared firstly in 1982 with General Comment No. 7.

as the duty to implement legislative measures, the duty to investigate and many others.<sup>40</sup> Importantly, when a breach of these positive obligations is found, the state is not responsible for the violation of the substantive limb of the right. Moreover, when dealing with the state's duty to protect in relation to violations of the prohibition on torture, courts and tribunals have not drawn a clear line between conducts that amount to torture and those that instead qualify as cruel, inhuman or degrading treatment. The main underlying reason to avoid exploring this distinction is that there is no difference concerning the obligations for states under the duty to protect such right. Once a violation of the right is found, the state has the same positive obligations irrespective of the qualification of the acts as torture or cruel, inhuman or degrading treatment. Needless to say, that when there are violations of the positive obligations to protect the right, the state will have to provide reparations, just as when there is a substantial

violation of the right. The only difference may be in terms of the amount of reparations to be provided.

Therefore, if under most human rights treaties the prohibition of torture is unconditional, absolute and applicable also in the private sphere, the situation is different under the only treaty at the international level specifically designed to tackle torture, the UNCAT of 1984. First and foremost, UNCAT shall be considered as a human rights treaty *sui generis* as it contains the definition of the discrete crime of torture and provides for many intrusive obligations in relation to the criminalisation of torture both at the international and domestic level.<sup>41</sup> For instance, the obligation for state parties to criminalise domestically all acts of torture as enshrined in Art. 4 or Art. 8 dealing with extradition clearly demonstrate the criminal aspects of the Convention.<sup>42</sup>

Moreover, if it was not relevant under other human rights treaties, when it comes to the UNCAT, it is fundamental to distinguish conducts that amount to torture from those that qualify as inhuman, cruel or degrading treatment. This is an important point to keep in mind if the ultimate objective is to achieve the most comprehensive protection for victims. Starting from Art. 2 requiring states to adopt legislative, administrative, and judicial measures domestically, most of the obligations only apply in relation to torture. Similarly, Art. 4 only requires states to domestically criminalise torture, while the provision is silent concerning cruel, inhuman or degrading treatment. Consequently, it is

---

<sup>40</sup> See for example *Alastair Mowbray*, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, 2004. Specifically look at the chapters on Art. 2 and 3 dealing respectively with the right to life and the prohibition of torture. *Laurens Lavrysen*, Human Rights in a Positive State, 2017. See also *Jean-François Akandji-Kombe*, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, in: Human Rights Handbooks No. 7 (2007) and *Monika Florczak-Wator*, The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State, in: *International and Comparative Law Review* 17 (2017), pp. 39–53. Specific to the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) see *Laurens Lavrysen*, Positive Obligations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in: *Inter-American and European Human Rights Journal* 7 (2014), pp. 94–115. On gender-based violence specifically see *Jill Marshall*, Positive Obligations and Gender-based Violence: Judicial Developments, in: *International Community Law Review* 10 (2008), pp. 143–169.

---

<sup>41</sup> *Paola Gaeta*, 'Another Step in What It Means to Be Human'—Prohibition v. Criminalization of Torture as a Private Act, in: *Journal of International Criminal Justice* 19 (2021), pp. 425–438 (428).

<sup>42</sup> Convention against Torture (fn. 16).

clear that if under human rights treaties the classification between torture and inhuman, cruel and degrading treatment does not alter states' obligations, this distinction has broad and important ramifications under UNCAT.<sup>43</sup> Keeping this in mind, the analysis now turns on torture as a discrete crime and the related obligations for states under UNCAT, excluding the criminalisation of torture as an underlying act for war crimes or crimes against humanity from the discussion.

Considering the discrete crime of torture, as already mentioned, the definition under Art. 1 of UNCAT is unsurprisingly more detailed compared to any other provision in human rights treaties. Importantly, other than the elements analysed above, a conduct qualifies as torture, if the "pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity".<sup>44</sup> Therefore, if the state is found to commit, consent, instigate or acquiesce certain acts through its agents, these could be classified as torture. The role reserved to the state in committing, consenting and instigating torture through its agents is quite clear and characterised by an active involvement in the conducts. This active involvement of state officials reflected in Art. 1 represents the preference of certain delegations to limit UNCAT to situations that could be easily labelled as official or state-sponsored torture.<sup>45</sup> However, considering the discrete crime of torture as only applying to state-

sponsored torture would be reductive. In fact, when one considers UNCAT, the matter "is not IF the violence by non-state actors is torture or ill-treatment but rather WHEN".<sup>46</sup> Indeed, despite mentioning consent and instigation, Art. 1 of UNCAT also refers to acquiescence. Grasping the exact meaning of acquiescence for the purpose of Art. 1 is fundamental as it permits for an expansive application of the Convention to cases where there is a less direct involvement of the state machinery.<sup>47</sup> In this case, the notion of acquiescence represents a possible path for victims of domestic violence to benefit from protection afforded to victims in relation to the discrete crime of torture.

## IV. Acquiescing Torture: Finding a Suitable Definition

### 1. Acquiescence under the UN Convention against Torture

Acquiescence was inserted in Art. 1 of UNCAT as a compromise notion to bridge the positions of those states and delegations wanting a complete and absolute prohibition of torture as contained in other human rights treaties and those that aimed at regulating and prohibiting only official or state-sponsored torture.<sup>48</sup> This concept

---

nal machinery would be presumed to normally function.

<sup>43</sup> Copelon (fn. 7), p. 359.

<sup>44</sup> Convention against Torture (fn. 16).

<sup>45</sup> *Herman Burgers/Hans Danelius*, The United Nations Convention against Torture—A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1988, pp. 114-172 (120). In cases where there was no state involvement, the national pe-

<sup>46</sup> OMCT, Thematic Briefing (fn. 19), p. 7.

<sup>47</sup> See *Barbara Alexander Cochrane*, Convention Against Torture: A Viable Alternative Legal Remedy for Domestic Violence Victims in: *American University International Law Review* 15 (2000), pp. 895-939 (919). *Gaeta* (fn. 41), p. 434.

<sup>48</sup> Acquiescence was not mentioned in the Draft Convention proposed by Sweden. See Question

was introduced under the guidance of the United States during the preparatory works to stress the duty of public officials to prevent acts of torture.<sup>49</sup> What is clear is that the notion of acquiescence made its appearance in the torture protective framework as a synonym for failure to prevent.<sup>50</sup> Despite being introduced in the torture definition in the 1980s, nowadays the meaning of acquiescence is still not entirely clear.<sup>51</sup>

---

of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment and in Particular the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (1978), UN Doc. E/CN.4/1285 (2). See *Alice Edwards*, The 'Feminizing' of Torture under International Human Rights Law, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), pp. 349–391 (371). Despite the inclusion of the term acquiescence, the scenario for which this passive involvement of the state was envisioned was that of a male political dissenter or criminal being tortured with involvement (direct or indirect) of the male member of state authorities, being him a police officer or a military. For its gendered nature, the definition contained in Art. 1 is very much criticised by feminist scholars.

<sup>49</sup> Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment, in Particular: Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1978), UN Doc. E/CN.4/1314 (6).

<sup>50</sup> *Gaeta* (fn. 41), p. 434. *Gerrit Zach*, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Part I Substantive Articles, Art.1 Definition of Torture, in: *Manned Nowak/Moritz Birk/Giuliana Monina* (ed.). *The United Nations Convention Against Torture and Its Optional Protocol: A Commentary*, 2019, pp. 23–71 (32). *Nina H. B. Jørgensen*, Complicity in Torture in a Time of Terror: Interpreting the European Court of Human Rights Extraordinary Rendition Cases, in: *Chinese Journal of International Law* 16 (2017), pp. 11–40 (22).

<sup>51</sup> For a brief introduction to the concept of acquiescence in general international law see *Marques Antunes*, Acquiescence, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), available at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1373> (last visited 16 November 2023). It provides

In order to understand what is meant by acquiescence in the context of the discrete crime of torture, the interpretation given by the CAT shall be the starting point. According to the Committee, in order to qualify as acquiescence there must be actual or constructive knowledge of the torturous behaviour on the side of state authorities.<sup>52</sup> Moreover, in its General Comment No. 2, the Committee attached the notion of acquiescence to that of due diligence claiming that when state authorities know or have reasonable grounds to believe that torture is being committed and fail to exercise due diligence by not preventing, punishing and prosecuting private behaviours, the state would be consenting or acquiescing to these acts of torture or ill treatment.<sup>53</sup> Consequently, for the Committee, the notion of due diligence and acquiescence are closely linked and once the knowledge of torturous acts is estab-

---

a detailed account of the jurisprudence on acquiescence. For example, see Permanent Court of International Justice (PCIJ), Case of the SS 'Lotus' (France v Turkey) (Series A No 10) of 7 September 1927 at 18–31 and PCIJ, *Palmas Island Arbitration* (United States of America v Netherlands) (1928) 2 Report of International Arbitral Awards at 866–869. See also more recent the International Court of Justice (ICJ), *Fisheries Case* (United Kingdom v Norway) of 18 December 1951, ICJ Report 1951 at 134–39 and ICJ, *Right of Passage over Indian Territory Case* (Portugal v India) of 12 April 1960, ICJ Report 1960 at 39–44.

<sup>52</sup> On constructive knowledge see UK Government, *Allegations of UK Complicity in Torture* (2009), available at: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a758896e5274a545822c40e/7714.pdf> (last visited 12 November 2023). For the UK when defining acquiescence constructive knowledge is sufficient. However, not everyone agrees. *Jørgensen* (fn. 50), p. 30. Whether constructive knowledge is enough to establish acquiescence is not a settled matter. The author raises this point in relation to the ECtHR jurisprudence. See *Edwards* (fn. 48), p. 387. *Edwards* also claims that it is unclear whether constructive knowledge is sufficient.

<sup>53</sup> CAT, General Comment No. 2 (fn. 12).

lished and the state failed to act according to due diligence, acquiescence flows as a logical consequence.

This link between due diligence and acquiescence can also be retrieved from the case of *Hajrizi Dzemajl* before the CAT. In this precise instance, the Committee found that the Yugoslav police acquiesced private acts of torture and ill-treatment because knowing the risk that these individuals were facing, police officers did not take any preventive or protective measures and additionally failed to properly investigate the acts. This case stands out compared to many other decisions by the Committee where either the notion of acquiescence was not analysed, or it was simply mentioned how it differs from mere inaction given that it requires a purposeful refusal to act.<sup>54</sup> Importantly, concerning the link between acquiescence under UNCAT and the due diligence framework typical of other human rights' treaties, the Committee was not exhaustive in detailing the relationship between these two concepts, and so it remains to be seen whether there is a substantive difference among the two notions.<sup>55</sup> Moreover, the relationship between failure to prevent and acquiescence remains quite blurred. Indeed, despite being considered as synonyms, it appears that preventive measures taken prior to the violations are not considered by the Committee within the notion of acquiescence as provided for in Art. 1 of UNCAT, only adding to the confusion.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Cases where the notion of acquiescence could have better addressed are for instance CAT, *G.R.B v Sweden* (1998), UN Doc. CAT/C/20/D/083/1997; CAT, *S.V et al v Canada* (2001), UN Doc. CAT/C/26/D49/1996 and CAT, *H.M.H.I v Australia* (2002), UN Doc. CAT/C/28/D/177/2001.

<sup>55</sup> CAT, General Comment No. 2 (fn. 12).

<sup>56</sup> *Edwards* (fn. 48), p. 374. Pre-abuse preventive measures such as enacting domestic legislations

Furthermore, reports by UN Special Rapporteurs on torture *Nowak*, *Méndez* and more recently *Melzer* resorted to the notion of due diligence to assess the manners in which states might acquiesce private acts against both women and the LGBTQIA+ community, failing to live up to their international obligations.<sup>57</sup> In order to attribute torture to the state through the notion of acquiescence, for the Committee the risk and knowledge must be specific to the individual(s) in question, meaning that a general context of state tolerance or passivity would not be enough.<sup>58</sup> Therefore, mere inability to act or a general pattern of violence would not qualify as acquiescence under UNCAT according to the Committee. Similarly, the absence of a general pattern of human rights violations would not automatically entail that there is no specific and personal risk for one individual.<sup>59</sup>

or training are hardly discussed by the CAT under Art. 1 but could still amount to violations of other provisions of the Convention.

<sup>57</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak (fn. 11), p. 15. Nowak mentions due diligence in relation to failure to investigate, prosecute or pass laws that protect women as well as discriminatory laws that may all be conducive of an environment in which domestic violence is perpetrated. When looking at female genital mutilation, Special Rapporteur *Nowak* claims that if the laws authorise such practice in the country, any mutilation would then be carried out with the acquiescence of the state. For this, see para 53. Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (fn. 1), p. 9. Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (fn. 5), p. 15.

<sup>58</sup> In CAT, *H.M.H.I. v. Australia* (fn. 54) the Committee claimed that it looked at the existence of a general pattern of human rights violations in Somalia, but this was insufficient to establish a personal risk of the complainant.

<sup>59</sup> This was mentioned in CAT, *S.V. et al v Canada* (fn. 54).

## 2. Acquiescence and Due Diligence under Human Rights Law

Given the proximity put forward by the Committee between due diligence obligations and acquiescence, it is worth discussing how courts, tribunals and UN Special Procedures have interpreted this concept when dealing with human rights violations. Human rights courts and tribunals have upheld a similar approach to that of the Committee. The Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) for instance in the case *Lopez Soto v Venezuela* claimed that a general context of state inaction is not enough for the Court to establish state responsibility through acquiescence; what is needed instead is awareness and knowledge linked to the particular case to examine.<sup>60</sup> In this case, the failure to react to the specific complaint made to the police was a determinant factor to establish the acquiescence of the Venezuelan government. However, in a few instances, the Inter-American Court looked into the general context and the specific vulnerability of certain individuals or social groups to determine acquiescence by the state.<sup>61</sup> An important example is the *Pueblo Bello* case. In this judgement, the Court claimed that the specific knowledge of the attack was not necessary and the general knowledge

of the danger for the inhabitants of the region was sufficient to trigger state's positive obligations to prevent.<sup>62</sup>

Moving to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the 'Osman test' has become the benchmark to assess state responsibility for failure to prevent private violations, particularly in relation to the right to life.<sup>63</sup> Despite being framed mostly in connection to the right to life, the European jurisprudence was similarly applied also concerning the prohibition of torture. Overall, the Osman test requires that the state is aware or has knowledge of a real and immediate risk for the individual or victims in question and fails to take appropriate preventive measures. Some criticism in relation to this test arises in situations of structural risk, as according to the Osman test, the general context is not a factor to consider when establishing state responsibility.<sup>64</sup> This inadequacy to situations where there is some form of structural risk proves to be extremely detrimental for cases of domestic violence against women, as oftentimes such violence occurs in a climate of widespread

<sup>60</sup> IACtHR, *Case of López Soto y Otros vs Venezuela* Merits (Series C No. 362) of 26 September 2018. Very relevant are paras 119, 125, 130, 141, 170, 197. See IACtHR, *Case of the Mapiripán Massacre v. Colombia* (Series C No. 134) of 15 September 2005. IACtHR, *Case of González et al. ("Cotton Field") v. Mexico* (Series C No. 205) of 16 November 2009. IACtHR, *Case of Gutiérrez Hernández and Others v Guatemala* (Series C No. 339) of 24 August 2017.

<sup>61</sup> Franz Christian Ebert/Romina I. Sijniensky, Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?, in: *Human Rights Law Review* 15 (2015), pp. 343-368 (360).

<sup>62</sup> IACtHR, *Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia* Merits (Series C No. 140) of 31 January 2006. See Ebert/ Sijniensky (fn. 61), p. 360. Another case in which the importance of the structural risk was highlighted is IACtHR, *Case of Castillo Gonzalez et al. v. Venezuela* Merits (Series C No. 256) of 27 November 2012. For the importance of the general context instead see IACtHR, *Concurring Opinion of Judge Cecilia Medina Quiroga in relation to the Judgement of the Inter-American Court of Human Rights in the Case of González et al. ("Cotton Case") v. Mexico* (Series C No. 205) of 16 November 2009.

<sup>63</sup> For example, see ECtHR, *Case of Osman v The United Kingdom* (87/1997/871/1083), Judgement of 28 October 1998. See ECtHR, *Case of Rantsev v Cyprus and Russia* (25965/04), Judgment of 7 January 2010.

<sup>64</sup> Ebert/Sijniensky (fn. 61), p. 363.



tolerance or inaction by the authorities.<sup>65</sup> Even in *Opuz v Turkey*, the leading case concerning domestic violence, when looking at Art. 3 and the prohibition of torture, a general context was not sufficient for the Court to find that Turkey failed in its protection of the Turkish woman and her mother from domestic violence by her partner.<sup>66</sup> Cases following *Opuz* have been recognising more and more the peculiar features of domestic violence, yet the risk must still be real, imminent and specific to the victim.<sup>67</sup> In a nutshell, for the European and Inter-American human rights courts the mainstream approach has been to require a specific prior knowledge of domestic violence on the side of state authorities and a failure to prevent this violence. Only by satisfying these two elements can acquiescence be established.

Aside from a more expansive approach exceptionally put forward by the IACtHR in the *Pueblo Bello* case, a general context of tolerance or inaction by state authori-

ties instead appears sufficient to establish acquiescence according to some UN Special Procedures. In this case, acquiescence could be proved if the state is aware of a general climate of violations and fails to respond, depending on the prolongation and seriousness of this general context.<sup>68</sup> Some criteria that have been put forward as delineating situations where acquiescence by state authorities could be easily established are laws exempting marital rape, defence of honour, sexual mutilations and other tribal traditional practices or a pattern or non-prosecution of domestic violence.<sup>69</sup> These abovementioned scenarios all point to the relevance of the general context for the establishment of state acquiescence, and could allow women that have not reported their incidents to the police, making state authorities aware of the specific risk they are facing, to still have a case against the state, enormously opening their possibilities to

<sup>65</sup> This inadequacy in the case of domestic violence was also highlighted by Judge Pinto de Albuquerque in the concurring opinion to ECtHR, Case of Valiulienė v Lithuania (fn. 37). By questioning the need of providing the imminency of the risk the judge aligns more towards the idea that a general context and real risk for a segment of the population is sufficient.

<sup>66</sup> ECtHR, Case of *Opuz v Turkey* (33401/02), Judgment of 9 June 2009. The general context was analysed by the Court to establish a violation of Art. 14 dealing with discrimination. However, beyond discrimination, the Court still argued that it was necessary to demonstrate the existence of a real and immediate risk for the individual in question, thus aligning with the rest of the jurisprudence by the ECtHR according to which a general context is not sufficient.

<sup>67</sup> This reasoning was also upheld in ECtHR, Case of *Talpis v Italy* (41237/14), Judgment of 18 September 2017 at paras. 101 and 122. The Court speaks about considering the recurrence of episodes in the case of domestic violence but there must be a real and immediate risk for the victim. A general context is only enough for violations of Art. 14.

<sup>68</sup> Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances on enforced disappearances in the Context of Migration (2017), UN Doc. A/HRC/36/39Add.2, at para. 42. It speaks about systematic impunity and generalised inaction for private violations by the state and how this creates a general context of acquiescence for what regards enforced disappearance. See IACHR, Business and Human Rights: Inter-American Standards—Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights REDESCA (2019), CIDH/REDESCA/INF.1/19. See Committee on Enforced Disappearance (CED), Statement on “non-State actors in the context of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances” (2023), UN Doc. CED/C/10.

<sup>69</sup> Report by the Special Rapporteur, Mr. P. Kooijmans, Appointed Pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1985/33 (1986), UN Doc. E/CN.4/1986/15 (13). *Robert McCorquodale/Rebecca La Forgia*, Taking Off the Blindfolds: Torture by Non-State Actors, in: Human Rights Law Review 1 (2001), pp. 189–218 (209). *Copelon* (fn. 7), p. 355. These criteria have also been upheld by UN Special Rapporteurs on torture, starting with *Manfred Nowak* in 2008 (fn. 11), p. 15.

get justice and redress.<sup>70</sup> Moreover, when regular practices of female mutilation or honour killings are still in place, the lack of state interference could be interpreted as passive acceptance of these behaviours, ultimately proving acquiescence.

Overall, it appears that also when it comes to human rights, acquiescence has been interpreted as a failure to act in relation to due diligence. Interpretations of acquiescence have been varying concerning the roles of the general context and the specific and personalised risk for the victim. A few Special Procedures have up until now provided a more expansive interpretation of acquiescence, looking into whether state authorities were aware of a general context of abuses and risk, without putting the burden of demonstrating an immediate and personalised risk on the victim. On a different note, regional human rights courts have generally interpreted the notion of acquiescence in a stricter manner where the general context matters less and what has to be demonstrated is the actual or constructive knowledge of state authorities *vis-à-vis* a personal and individual risk for the victim in question. Acquiescence was established in most cases involving some exchange or complaint with the police or other state authorities.<sup>71</sup> Importantly, the Committee has been interpreting acquiescence in line

with the overall approach of human rights courts and tribunals—requiring a personalised and specific risk for the victim and a failure of due diligence by the state organs and/or officials. Moreover, all the positive obligations inserted in the UNCAT's Articles for states to prevent, punish, investigate and remedy acts of torture perfectly align with the due diligence framework as it is the case also with the Preamble of the Convention.<sup>72</sup> Ultimately, while due diligence seems a good framework to interpret acquiescence, the exact boundaries of the concept in relation to due diligence, a general context or failure to prevent are still unclear, turning acquiescence into a powerful yet mysterious notion with unexploited potential.

All in all, a glimpse of hope remains that the Committee will start considering the relevance of the general context as some UN Special Procedures are already doing, so to enhance even further the protective framework for women victims of domestic abuses. In doing so, a dangerous environment conducive to these violations would be sufficient, without victims having to prove a personalised and specific risk. Whether this combined approach to acquiescence between the Committee and UN Special Procedures will become the mainstream understanding of acquiescence when looking at the discrete crime of torture and possibly even beyond is still to be seen.

---

<sup>70</sup> Other than UN Special Procedures see HRC, Views Adopted by the Committee at Its 114th Session (29 June 24 July 2015), UN Doc. CCPR/C/114/D/2134/2012. The Committee pointed to the relevance of the general context to establish acquiescence and stated that a greater probative value should be attached to the general context.

<sup>71</sup> ECtHR, *Case of Kontrová v. Slovakia* (7510/04), Judgment of 31 May 2007; ECtHR, *Case of Branko Tomašić and Others v. Croatia* (46598/06), Judgment of 15 January 2009; ECtHR, *Case of Avsar v Turkey* (25657/94), Judgment of 10 July 2001. Culliton (fn. 7), p. 522.

---

<sup>72</sup> Jon Bauer, Obscured by 'Willful Blindness': States' Preventive Obligations and the Meaning of Acquiescence under the Convention against Torture, in: Columbia Human Rights Law Review 52 (2021), pp. 738–825 (790). See Immigration and Refugee Board Canada, Consolidated Groups in the Immigration and Refugee Protection Act (2002), available at: [https://irb-cisr.gc.ca/en/legal-policy/legal-concepts/Documents/ProtectLifVie\\_e.pdf](https://irb-cisr.gc.ca/en/legal-policy/legal-concepts/Documents/ProtectLifVie_e.pdf) (last visited 10 November 2023).

## V. Domestic Violence as Torture—Some Unaccounted yet Important Implications

At this point of the analysis, having highlighted how acquiescence could represent a powerful avenue to bring private violations into the definition of the discrete crime of torture, it is time to discuss some of the implications arising for victims both in relation to state and individual criminal responsibility. Regarding state responsibility, the implications of considering domestic violence within the criminal framework for torture are straightforward. Acquiescence in the case of Art. 1 of UNCAT represents a definitional element of the primary rule rather than a specific rule of attribution for state responsibility.<sup>73</sup> Thus, the conduct of private individuals committing domestic violence—if acquiescence can be established—becomes the act of the state *per se*, meaning that stakes are higher compared to when the state failed in its positive obligations to prevent private violations. For instance, torture as a crime carries a specific stigma and courts and tribunals may be more cautious in attributing the conduct to the state. However, despite this possible reputational issue and the greater perceived seriousness attached to the crime of torture,<sup>74</sup> the consequences of finding state responsibility

through the notion of acquiescence would be exactly the same as for other human rights treaties, *i.e.* reparations. Therefore, whether state responsibility is triggered by the conduct being the action of the state *per se*, or whether the state violated its positive obligations to prevent private violations makes no difference concerning the consequences. This equality of consequences could indicate the inadequacy of the regime for state responsibility in differentiating among situations.<sup>75</sup> State responsibility is a unified system whereby whether the state failed in its positive obligations or instead the state itself committed the wrongful act does not affect the consequences. At this point, one could question whether the proposal of Roberto Ago to draw a distinction between wrongful acts and crimes when it comes to state responsibility should have been retained in order to make more accurate assessments of different situations.<sup>76</sup>

Moving now to individual criminal responsibility, some questions arise in relation to the responsibility of the state officials acquiescing instances of domestic violence.

<sup>73</sup> Marko Milanovic, State Acquiescence or Connivance in the Wrongful Conduct of Third Parties in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: Gábor Kajtár/Basak Çali/Marko Milanovic (ed.), *Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals*, 2022, pp. 221-241 (236).

<sup>74</sup> Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak (fn. 11), p. 6.

<sup>75</sup> Some scholars approve of this unified system—entailing that violations of positive and negative obligations should be considered the same. See *Stephanie Palmer*, A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality, in: *The Cambridge Law Journal* 65 (2006), pp. 438-451 (446).

<sup>76</sup> Second report on State responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur—the origin international responsibility (1970), *Yearbook of the International Law Commission* vol. II at paras. 12-30. Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (1971), *Yearbook of the International Law Commission* vol. II at para. 41. See *George Abi-Saab*, The Uses of Article 19, in: *European Journal of International Law* 10 (1999), pp. 339-351 (347). See *Joseph H. Weiler, Antonio Cassese and Marina Spinedi*, *International Crimes of States: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, 1989.

The state agent's criminal responsibility would inevitably arise if one considers the domestic criminalisation for acts of torture through various modes of liability required under Art. 4 of UNCAT. Therefore, if the domestic court decides to interpret a specific case of domestic violence within the criminal framework for torture, the official acquiescing this conduct would be criminally responsible for torture. If one considers that the involvement of the state agents corresponds to acquiescence, in accordance with the mainstream approach of the Committee and other human rights courts and tribunals, when state officials are informed of the possible risk and do not act, the implications are enormous. For instance, if a woman complains of the abuses suffered to state agents and they do not intervene, could the agents be found responsible for acquiescing torture before a domestic court? As a result, could a state officer considered to acquiesce torture in a case of domestic violence be arrested in every UNCAT state party? Could the agent be extradited? In extreme cases of domestic violence, these possible criminal implications may work as an incentive for state agents not to dismiss the victim's claims and actually better address the possible risks for the woman in question.

Even if such an interpretation could provide incentives to better look and assess cases of domestic violence, some questions at the domestic level remain unanswered. For instance, under what modes of criminal responsibility could the state agent be found responsible for torture? Further, what would be the corresponding *mens rea* required? These questions get even more complicated when considering the ascription of criminal responsibility for state agents in the context of general context and structural risk. Notably, while in the previous section it has been mentioned that hopefully the Committee

would start considering acquiescence in situations where there is a general context or pattern of violence, could it be that simply because the authorities are aware of the structural risk faced by women, every serious case of domestic violence would entail their criminal responsibility for torture? This would unrealistically put a burden on state agents to know what happens within households, with strong implications for other rights such as the right to privacy. Moreover, assuming that a state agent could be criminally responsible in situations of structural risk without any closer link to the crime would be in violation of many, if not every, domestic criminal principles.

A similar set of questions originates *vis-à-vis* the private individual directly committing domestic violence, if considered as torture. Could the individual carrying out violence against women be charged with torture in the first place? Theoretically, the answer should be yes. However, compared to the criminal responsibility of the state agents acquiescing the conducts, establishing criminal responsibility for private individual is surprisingly more complex. In fact, the individual committing this violence would not know whether the requirement of the state's acquiescence for the crime of torture will be satisfied or not. Moreover, if one considers the situation of a woman complaining of the continuous abuses suffered to state agents and these do not intervene, could the violence committed before the complaint be categorised as torture since the element of acquiescence is now satisfied? How to reconcile the criminal responsibility of the private perpetrator with the *ex-post facto* state acquiescence? Can the responsibility of the direct perpetrator be conditioned on something that happens after the commission of the crime and upon which the individual has no control? Does the indi-

vidual's knowledge of this *ex-post* state acquiescence matter at all or is it sufficient that the acts are committed with the required mental element? Would it be more appropriate to only qualify the acts after the complaint as torture? Moreover, as for the state agent, would considering domestic violence as torture mean that a violent husband could be arrested when travelling to a UNCAT state party? What would the implications for a regarding extradition under UNCAT?

Just to complicate the matter even further, in the case of the private perpetrator, the general context could in no way be enough to find the responsibility of the individual committing these abuses. Assuming that if there is a general context or pattern of violence against women and that state authorities are aware of it, every instance of private domestic violence could amount to torture and the perpetrator should know this is simply unworkable from a criminal point of view. Importantly, both concerning the criminal responsibility for the state agent acquiescing these practices and the direct perpetrator, it should be noted that not every case of domestic violence may be considered as torture. As previously mentioned, classifying what cases might amount to torture and which ones do not is a very complex issue, beyond this analysis. However, understanding this distinction is fundamental or the possible ramifications of these implications for criminal responsibility would be unrealistic, absurd and completely impractical.

## VI. Conclusions

The present work analysed and put forward some of the major questions and issues that emerge when applying the

torture criminal framework contained in UNCAT to certain instances of domestic violence, being these characterised by physical or psychological violence. Notwithstanding the similarities between the two phenomena, the level of seriousness or consistency over time required to allow for the consideration of domestic violence as torture is not clear. Moreover, whether other types of private violence could be envisioned within the torture criminal framework remains in need of assessment. In fact, as shown in the present work, there are commonalities between domestic violence and torture as well as public statements that justify such an interpretation. However, nothing excludes that a similar reasoning could apply to other instances of private violence.

Initially, the analysis clearly differentiates the framework for the prohibition of torture under human rights law from the discrete crime, discussing the peculiar nature of UNCAT as a *sui generis* human rights treaty. Then, as a first step, the work considers how state responsibility can be considered both for the prohibition of torture as a state obligation and the discrete crime. In doing so, the main difference is that when domestic violence is understood as a violation of the prohibition of torture, the state would be responsible for the duty to protect this right also in relation to the acts of private parties. In this case, however the substantive violation of the prohibition of torture would not be attributed to the state. Contrarily, when looking at domestic violence through the lens of the discrete crime of torture under UNCAT, thanks to the notion of acquiescence, the conduct amounting to torture would become the conduct of the state. Crucially, irrespective of whether state responsibility is triggered by a failure in positive obligations or the conduct *per se*, under the international regime

of state responsibility the consequences are the same. Questions on whether this is a gap in the system and a better way forward concerning state responsibility would have been to keep different layers of consequences instead of a unified system remain open. Ultimately, for what regards the regime of state responsibility there is no additional consequence for victims arising from considering domestic violence as included in the definition of the discrete crime of torture. To reach this conclusion, the work elaborated upon the notion of acquiescence contained in UNCAT as it is precisely thanks to this concept that the state and its agents could come into the picture for cases of domestic violence. When looking at acquiescence, the approach taken so far by most human rights courts and tribunals and shared by the CAT requires that authorities are aware of a real, specific and personalised risk for the victim and fail to act.

Second, aside from attributing the conduct to the state, the notion of acquiescence has serious and important implications for the individual criminal responsibility of state authorities involved and for the private perpetrator of domestic violence. If on the one hand, thanks to the notion of acquiescence, these instances of private violence enter the torture criminal framework; on the other hand, the practicalities of such an approach are complex and full of obstacles. The main issues arise concerning the temporal dimension of the crime and the mental element required on the side of both the state agent and the individual in order to charge them directly or through other modes of criminal liability for torture at the domestic level. Questions also originate in relation to other obligations under UNCAT such as the possible arrest or extradition of individuals convicted for torture. Notwithstanding these practical concerns in the application of the

definition of the discrete crime of torture to domestic violence, the root cause of this complex implementation resides in the *sui generis* nature of UNCAT. Albeit Special Rapporteurs rightly mention domestic violence as torture in their statements, a word of caution is needed when dealing with the discrete crime of torture. All of the doubts and issues discussed throughout the work point to the fact that while UNCAT was drafted with serious criminal obligations having repercussions at the domestic level for individuals, the practical effects of such an implementation were hardly taken into account.

To conclude, underlying the whole analysis is the idea that for too long it has been the case that “when a woman is tortured by her husband in her home, humanity [was] not violated”.<sup>77</sup> It is time to challenge this understanding and the torture criminal framework and specifically acquiescence represent a powerful tool to conceptualise domestic violence as torture and finally provide the adequate and much-needed redress to victims. Through acquiescence both the individual and state responsibility regimes are brought into the picture, granting victims important avenues to seek redress and justice compared to other human rights treaties. Yet, if UNCAT has the potential to become a powerful tool for victims of domestic violence, up to this very moment the *sui generis* nature of the treaty poses the major impediment to implementation.

---

<sup>77</sup> Catharine A. Mackinnon, Rape, Genocide and Women’s Human Rights, in: Harvard Women’s Law Journal 17 (1994), pp. 5-16 (6).

# The Dynamic Relationship Between the Global Compact for Migration and Human Rights Law

Jürgen Bast<sup>1</sup> • Janna Wessels<sup>2</sup>  • Anuscheh Farahat<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Professor of Public Law and European Law at Justus Liebig University Giessen (JLU).

<sup>2</sup>Associate Professor at Vrije Universiteit Amsterdam (VU).

<sup>3</sup>Professor of Public Law in European Context at University of Vienna.

## Contents

- I. Substantive significance of the GCM: its consonance with human rights law
- II. Procedural and institutional significance of the GCM: institutionalizing soft law as a benchmark with potentially hard impact
- III. Conclusions  
Funding information and acknowledgements

## Abstract

Is the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM or “the Compact”) essentially a human rights instrument that complements and strengthens existing obligations under international law, as some people argue? Or does it entail the risk that States use it as an excuse to bypass obligations following from human rights treaties, and to introduce further requirements for regular migration, in fact bringing more migrants in a situation of irregularity? Contributing to the ongoing debate, this paper explores the dynamic relationship between the GCM and human rights treaties in order to understand the extent to which the GCM has the potential to reinforce and/or to undermine the human rights protection of migrants. The examination adopts two angles: it first assesses the substance of the Compact, i.e., its Objectives, in relation to human rights law, and then examines the GCM as a process, i.e., its institutional and procedural dimension in light of its review mechanisms.

## Citation:

Jürgen Bast/Janna Wessels/Anuscheh Farahat, The Dynamic Relationship Between the Global Compact for Migration and Human Rights Law, in: MRM 29 (2024) 1, pp. 23–43. <https://doi.org/10.60935/mrm2024.29.1.2>.

Received: 2023-12-15

Accepted: 2024-01-17

Published: 2024-06-12

## Keywords

Global Compact for Migration, human rights law, human rights treaties, migration, international migration law, United Nations, international soft law, International Migration Review Forum

## Copyright:

Unless otherwise indicated, this work is licensed under a Creative Commons License Attribution 4.0 International. This does not apply to quoted content and works based on other permissions.

To view a copy of this license visit:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

Is the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM or “the Compact”) essentially a human rights instrument that complements and strengthens existing obligations under international law, as some people argue?<sup>1</sup> Or does it entail the risk that States use it as an excuse to bypass obligations following from human rights treaties, and to introduce further requirements for regular migration, in fact bringing more migrants in a situation of irregularity?<sup>2</sup> Contributing to the ongoing debate, this paper explores the dynamic relationship between the GCM and human rights treaties in order to understand the extent to which the GCM has the potential to reinforce and/or to

undermine the human rights protection of migrants. The examination adopts two angles: it first assesses the substance of the Compact, i.e., its Objectives, in relation to human rights law (I.), and then examines the GCM as a process, i.e., its institutional and procedural dimension in light of its review mechanisms (II.).

## I. Substantive significance of the GCM: its consonance with human rights law

The GCM’s non-binding nature is a typical feature of the regimes of global governance that have emerged in various branches of international law since the 1990s.<sup>3</sup> In this regard, migration is a late-comer but not an outlier. Legally speaking, the soft-law nature of a legal document means that a breach of obligations (or rather, commitments) laid down in its provisions does not trigger the State’s responsibility according to the rules of international law, and that these provisions are not justiciable in domestic, regional, or international courts. Nevertheless, soft law may inform the construction of binding rules of international law on which they are based, and they provide an independent yardstick for reviewing compliance with the specific commitments voluntarily assumed.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> This narrative has been repeated in a number of academic reflections on the GCM, see, e.g., *Michele K. Solomon/Suzanne Sheldon*, The Global Compact for Migration. From the Sustainable Development Goals to a Comprehensive Agreement on Safe, Orderly, and Regular Migration, in: *International Journal of Refugee Law (IJRL)* 30 (2018), pp. 584–590; *Madeline Garlick/Claire Inder*, Protection of Refugees and Migrants in the Era of the Global Compacts, in: *International Journal of Postcolonial Studies* 23 (2021), pp. 207–226.

<sup>2</sup> This critique has been raised with regard to the interplay between the GCM and the Global Compact on Refugees by *Cathryn Costello*, Refugees and (Other) Migrants. Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?, in: *IJRL* 30 (2018), pp. 647–649. With a view to the UN Migrant Worker Convention, see, e.g., *Alan Desmond*, A New Dawn for the Human Rights of International Migrants? Protection of Migrants’ Rights in Light of the UN’s SDGs and Global Compact for Migration, in: *International Journal of Law in Context* 16 (2020), pp. 222–238; and *Mariette Grange/Izabella Majcher*, Using Detention to Talk About the Elephant in the Room. The Global Compact for Migration and the Significance of its Neglect of the UN Migrant Worker Convention, in: *International Journal of Law in Context* 16 (2020), pp. 287–303. For a nuanced critique from a human rights perspective, see *Ryszard Cholewinski*, The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. What Now with Standards?, in: Paul Minderhoud et al. (ed.), *Caught In Between Borders. Citizens, Migrants and Humans*, 2019, pp. 315–325.

<sup>3</sup> See *Nico Krisch/Benedict Kingsbury*, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, in: *EJIL* 17 (2006), pp. 1–13; *Matthias Goldmann*, Internationale öffentliche Gewalt. Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung, 2015; for further references, see below, section II.1.

<sup>4</sup> For example, *Guild et al.* have noted that “the expression of political commitment by States



In the context of the present paper, we prefer not to engage with the first aspect, i.e., the GCM's potential of providing a repository of legal arguments favouring a particular interpretation of human rights treaties. We rather invite the readers to recognise the GCM for what it is: a document expressing the will of States to undertake certain substantive commitments and to take part in a process of reviewing compliance with them. How do these commitments relate to previous consent to be bound by human rights obligations in terms of substance?

### **1. The substantive provisions of the GCM: reading the GCM as a human rights document**

The text of the Compact is characterised by three dimensions, or “axes”: human rights, management and development.<sup>5</sup> While the GCM frequently mentions respect for, and the relevance of, migrants'

---

can have legal consequences”, pointing to the Compact's potential role in the interpretation of binding treaties, see *Elspeth Guild/Tugba Basaran/Kathryn Allinson*, *From Zero to Hero? An Analysis of the Human Rights Protections within the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM)*, in: *International Migration* 57 (2019), pp. 43–59 (47). With regard to the Global Compact on Refugees (GCR), *Gammeltoft-Hansen* argues that the Compact may serve to interpret existing treaties, while also helping to establish the Compact's norms with States who are non-signatories to the 1951 Refugee Convention, as well as the private sector, international organisations and non-governmental organisations, see *Thomas Gammeltoft-Hansen*, *The Normative Impact of the Global Compact on Refugees*, in: *IJRL* 30 (2018), pp. 605–610 (607–608).

<sup>5</sup> *Mustafa Aksakal/María Gabriela Trompetero*, *¿De lo global a lo local? El rol del Pacto Mundial en las políticas colombianas hacia la migración venezolana*, in: *Lucila Nejamkis et al. (ed.), (Re)pensando el vínculo entre migración y crisis Perspectivas desde América Latina y Europa*, 2022, pp. 83–111 (89).

human rights,<sup>6</sup> it also repeatedly reaffirms respect for “the sovereign right of states to determine their national migration policy”,<sup>7</sup> and the aim of contributing to sustainable development.<sup>8</sup> A number of Objectives focus on effective migration management, the design of “demand driven [and] tailor-made [...] solutions”<sup>9</sup> as well as data collection.<sup>10</sup> Other elements of the Compact, in turn, are primarily concerned with the causes and consequences of migration both at the individual level<sup>11</sup> and at societal or national level.<sup>12</sup> As *Chetail* has astutely noted, “the Compact looks like a kaleidoscope” due to the “complex mix of multi-faceted elements that are constantly changing and create different patterns depending on the angle of the relevant issue and related objective.”<sup>13</sup> In other words, while the three axes interlink and overlap, it is possible to make sense of the GCM through the lens of each of these dimensions. The following turns the “kaleidoscope” of the GCM to the human rights axis in order to see the image that emerges.

The first thing to note is that the references to human rights in the text of GCM

---

<sup>6</sup> Most prominently: GCM, para. 11, 12, 15 and 17.

<sup>7</sup> GCM, para. 7, 15 and 27.

<sup>8</sup> The 2030 Agenda for Sustainable Development is explicitly mentioned as a pillar of the GCM in para. 2 of the Preamble. References to “sustainable development” appear in total 35 times throughout the text of the Compact. For a discussion, see *Desmond* (fn. 2).

<sup>9</sup> GCM, para. 43.

<sup>10</sup> GCM, Objectives 1–4, 9–12, 18 and 21.

<sup>11</sup> GCM, Objective 19.

<sup>12</sup> GCM, Objectives 2 and 20.

<sup>13</sup> *Vincent Chetail*, *The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration – a Kaleidoscope of International Law*, in: *International Journal of Law in Context* 16 (2020), pp. 253–268 (254).

take many different shapes:<sup>14</sup> There is a multitude of generic references, either to the notion of human rights in general (subsection a) or to certain human rights instruments (b). In addition, a limited number of specific rights are explicitly mentioned (c), and others—though not explicitly named—are described in substance (d). Moreover, there are a number of references to human rights institutions or infrastructure in a broader sense (e). The following will briefly discuss each of these clusters in turn, to draw some general conclusions on the substance of the document.

#### a. Generic references to the notion of human rights

There are at least 29 references to “human rights” that could be qualified as generic. These include variants of the terms “to respect, protect and fulfil the human rights of all migrants”,<sup>15</sup> entitlement to,<sup>16</sup> respect for,<sup>17</sup> or protection of human rights,<sup>18</sup> as well as the insurance that migrants should not be denied their human rights.<sup>19</sup> Moreover, the GCM contains several generic references to migrants exercising their human rights.<sup>20</sup> Yet another set of references calls for a human rights-based approach,<sup>21</sup>

<sup>14</sup> Several authors have given various numbers. This is due to differences in assessments of what constitutes a reference to human rights.

<sup>15</sup> GCM, Preamble 11; Preamble 12; Preamble 15, Guiding Principle (f); Objective 2, para. 18(h).

<sup>16</sup> GCM, Preamble 4.

<sup>17</sup> GCM, Preamble 15, Guiding principle (g); Objective 9, para. 25(c); Objective 11, para. 27.

<sup>18</sup> GCM, Objective 2 para. 18(b); Objective 7, para. 23(b).

<sup>19</sup> GCM, Objective 4, para. 20(f).

<sup>20</sup> GCM, Objective 4, para. 20; Objective 6, para. 22(h); Objective 15, para. 31.

<sup>21</sup> GCM, Objective 7, para. 23(a).

-informed training<sup>22</sup> and -based actions.<sup>23</sup> And finally, in some instances the GCM mentions variants of the terms “international human rights law”.<sup>24</sup>

These generic references are mostly named in the context of a specific Objective or policy area, such as for example in Objective 9, which requires States to “ensur[e] that counter-smuggling measures are in full respect for human rights”.<sup>25</sup> While such constructions may appear somewhat weak in their lack of specificity, they do indicate the relevant provisions of human rights law that may be applicable in the instant case. The generic reference remains open to both the specifics of a given situation, which may call on different kinds of rights as the case may be, and to further developments in human rights law. While it may not always be clear what human rights law requires, and the scope of human rights protection is in flux, the repeated generic commitment to carry out the respective elements of migration policies in line with human rights obligations strongly speaks for an overall interpretation of the GCM in the light of and in accordance with applicable human rights law, as it applies to the given case or context.

#### b. Generic references to human rights treaties and soft-law instruments

A separate set of generic references to human rights comprises human rights treaties and other relevant instruments, including soft law. The GCM states in para-

<sup>22</sup> GCM, Objective 12, para. 28(b)

<sup>23</sup> GCM, Objective 14, para. 30(d).

<sup>24</sup> GCM, Preamble 15, Guiding Principle (f); Objective 5, para. 21(a); Objective 6, para. 22(f); Objective 6, para. 22(g); Objective 7, para. 23; Objective 9, para. 25; Objective 11, para. 27(a); Objective 15, para. 31; Objective 17, para. 33; Objective 21, para. 37.

<sup>25</sup> See GCM, Objective 9, para. 25(c).

graph 2 of the Preamble that it rests on the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and “the other core international human rights treaties”.<sup>26</sup> In the same paragraph, the Compact further lists the Slavery Convention of 1926 and the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, as well as the International Labour Organization (ILO) conventions on promoting decent work and labour migration.<sup>27</sup> A noteworthy omission in this list of relevant treaties is the International Convention on the Rights of All Migrant Workers and their Families (ICRMW). It can arguably be subsumed under the general reference to “other core international human rights treaties”. Despite its relatively low ratification rates—the Convention has mostly been ratified by countries from the Global South<sup>28</sup>—it has gained in importance over the last years. The reason for its increasing significance is that south-south migration itself has gained more relevance over the last decades, and is continuing to do so.<sup>29</sup> Under these conditions, the ICRMW and its interpretation by the Committee on the Rights of Migrant Workers (CMW) may gain in significance for the interpretation of migrants’ human rights more generally, and could thus also be of relevance to the GCM.

<sup>26</sup> GCM, Preamble 2.

<sup>27</sup> GCM, Preamble 2.

<sup>28</sup> See <https://indicators.ohchr.org> (last visited 21 December 2023). At the time of writing, 58 countries have ratified the ICRMW.

<sup>29</sup> See also *Alan Desmond*, *From Complementarity to Convergence. The UN Global Compact for Migration and the UN Migrant Workers Convention*, in: *WCL/VRÜ* 55 (2022), pp. 83-104 (91-92).

In the body of the Compact there are no further explicit references to human rights treaties, but a number of other soft-law instruments are referenced, among them the “ILO General Principles and Operational Guidelines for Fair Recruitment”, the “United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights”, the “IOM International Recruitment Integrity System (IRIS)”,<sup>30</sup> the “Global Migration Group Principles and Guidelines, Supported by Practical Guidance, on the Human Rights Protection of Migrants in Vulnerable Situations”,<sup>31</sup> and the “OHCHR Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders”.<sup>32</sup> Whereas it might be criticised that this is only a fraction of the relevant soft-law instruments, they are again mentioned in relation to specific Objectives in order to guide implementation on these particular issues.

### c. Explicit references to specific human rights provisions

In addition to a generic commitment to act in line with human rights law, the GCM contains a series of explicit references to specific human rights provisions. At least 18 human rights are explicitly named in the Compact, some of them several times. These include civil and political rights, such as the right to life,<sup>33</sup> the right to liberty and security of person,<sup>34</sup> the right to a nationality,<sup>35</sup> the right to a legal identity,<sup>36</sup>

<sup>30</sup> All in GCM, Objective 6, para. 22(l).

<sup>31</sup> GCM, Objective 7, para. 23(l).

<sup>32</sup> GCM, Objective 11, para. 27(g).

<sup>33</sup> GCM, Objective 8, para. 24(a).

<sup>34</sup> GCM, Objective 15, para. 31(b).

<sup>35</sup> GCM, Objective 4, para. 20(e).

<sup>36</sup> GCM, Objective 4, para. 20.

the right to family life,<sup>37</sup> the freedom of peaceful assembly and association,<sup>38</sup> the freedom of expression,<sup>39</sup> the freedom of the media,<sup>40</sup> the right to privacy,<sup>41</sup> the procedural rights of legal assistance and the right to be heard<sup>42</sup> and due process guarantees,<sup>43</sup> as well as the migration-specific prohibition of collective expulsion<sup>44</sup> and the right to return to one's own country.<sup>45</sup> Some economic and social rights are also mentioned, such as the right to just and favourable conditions of work,<sup>46</sup> the right to equal pay for work of equal value,<sup>47</sup> the right to safe access to basic services,<sup>48</sup> and the right to the highest attainable standard of physical and mental health.<sup>49</sup> As cross-cutting issue, the rights of the child also feature in the Compact.<sup>50</sup> Of all the rights that the Compact refers to, somewhat strikingly, the right to privacy is the one that is by far referenced the most,<sup>51</sup>

followed by, on par, the right to family life<sup>52</sup> and due process guarantees.<sup>53</sup>

While the list of explicitly mentioned rights and guarantees is clearly incomplete, and may seem somewhat haphazard,<sup>54</sup> several factors might help explain why the Compact appears to underline certain rights more than others. First, most of the explicit references occur in the context of Objectives that bear specific risks for the interests protected by the relevant rights. For example, Objective 1 addresses data collection on migratory movements, and in that context reminds States of migrants' right to privacy. Note that this is also where the "axes" of the GCM intersect and overlap—whereas several Objectives that are concerned with migration management relate to the collection of data, this is balanced by the protection of migrants' privacy as a central concern within the Compact. Second, other Objectives might touch upon such a wide range of different human rights provisions that the drafters of the Compact opted for a generic reference to human rights law rather than listing all potentially affected rights and guarantees. And finally, the rights that are specifically mentioned appear to be the ones that seemed the least controversial in context—one blatant omission, as others have noted,<sup>55</sup> is the non-refoulement

<sup>37</sup> GCM, Objective 5, para. 21 and 21(e); Objective 13, para. 29(h); Objective 21, para. 37(g).

<sup>38</sup> GCM, Objective 6, para. 22(i); Objective 16, para. 32(e).

<sup>39</sup> GCM, Objective 17, para. 33.

<sup>40</sup> GCM, Objective 17, para. 33(c).

<sup>41</sup> GCM, Objective 1, para. 17 and 17(i); Objective 3, para. 19(b); Objective 4, para. 20(a) and 20(b); Objective 8 para. 24(d); Objective 11, para. 27(b); Objective 14, para. 30(e); Objective 15, para. 31(b); and Objective 21, para. 37(c).

<sup>42</sup> GCM, Objective 7, para. 23(f).

<sup>43</sup> GCM, Objective 8, para. 24(a); Objective 11, para. 27(c); Objective 21, para. 37(e).

<sup>44</sup> GCM, Objective 8, para. 24(a).

<sup>45</sup> GCM, Objective 21, para. 37.

<sup>46</sup> GCM, Objective 6, para. 22(i).

<sup>47</sup> GCM, Objective 6, para. 22(i).

<sup>48</sup> GCM, Objective 15, para. 31(b).

<sup>49</sup> GCM, Objective 6, para. 22(i).

<sup>50</sup> GCM, Objective 7, para. 23; Objective 21, para. 37(a).

<sup>51</sup> GCM, Objective 1, para. 17 and 17(i); Objective 3, para. 19(b); Objective 4, para. 20(a) and 20(b); Ob-

jective 8 para. 24(d); Objective 11, para. 27(b); Objective 14, para. 30(e); Objective 15, para. 31(b); and Objective 21, para. 37(c).

<sup>52</sup> GCM, Objective 5, para. 21 and 21(e); Objective 13, para. 29(h); Objective 21, para. 37(g).

<sup>53</sup> GCM, Objective 8, para. 24(a); Objective 11, para. 27(c); Objective 21, para. 37(e).

<sup>54</sup> Notable omissions of relevant rights are for example the right to leave, and freedom of religion, see *Chetail* (fn. 13), pp. 255–256.

<sup>55</sup> See *Chetail*, *ibid.*, pp. 262–263, who criticises that this principle is acknowledged merely as an obstacle to removal and not as a ground of international protection on its own, and that the princi-

principle, which is not explicitly named, although it is captured in substance (see next section).

#### d. Implicit references to specific human rights provisions

In addition to explicit generic and specific references to human rights, there are also implicit references to specific human rights in the GCM, that is, the rights are not explicitly labelled but the text of the Objectives reads as a description of the substance of a particular right. Two Objectives stand out in that regard: Objective 13 on immigration detention and Objective 21 on return and readmission. While Objective 13 does not explicitly mention the right to liberty,<sup>56</sup> the commitment that is formulated under that Objective is a description of what the right to liberty requires with a view to migrants:

[States] commit to ensure that any detention in the context of international migration follows due process, is non-arbitrary, is based on law, necessity, proportionality and individual assessments, is carried out by authorized officials and is for the shortest possible period of time, irrespective of whether detention occurs at the moment of entry, in transit or in proceedings of return, and regardless of the type of place where the detention occurs. We further commit to prioritize non-custodial alternatives to detention that are in line with international law, and to take a human rights-based approach to any detention of migrants, using detention as a measure of last resort only.<sup>57</sup>

ple of non-refoulement is only mentioned in the Objective of the Compact that is dedicated to return, but not in the other relevant Objectives related to pathways for regular migration, the vulnerability of migrants, and border management.

<sup>56</sup> The only explicit reference to this right occurs in a somewhat unexpected manner in the context of the places of basic service delivery in Objective 15.

<sup>57</sup> GCM, Objective 13, para. 29.

This description is very much in line with the obligations on States that arise from human rights law with a view to the detention of migrants.<sup>58</sup> Similarly, with a view to return, although Objective 21 does not mention the prohibition of refoulement by virtue of human rights law, the text states that States

... commit to facilitate and cooperate for safe and dignified return and to guarantee due process, individual assessment and effective remedy, by upholding the prohibition of collective expulsion and of returning migrants when there is a real and foreseeable risk of death, torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment, or other irreparable harm, in accordance with our obligations under international human rights law.<sup>59</sup>

Notably, although it is preceded by the soft-law term “commitment”, the elements that are listed for both detention and return are in fact binding upon States as per human rights law.<sup>60</sup> The fact that the binding nature of these “commitments” appears to be downplayed in both these cases might have enabled the detailed list of requirements, clarifying the scope of obligations developed in international jurisprudence over time. Having this spelled out in an international soft-law instrument might in turn inform the interpretation and application of the relevant human rights norms under international human rights treaties.

<sup>58</sup> See Jürgen Bast/Frederik von Harbou/Janna Wesels, *Human Rights Challenges to European Migration Policy*. The REMAP Study, 2022, pp. 75-89.

<sup>59</sup> GCM, Objective 21, para. 37.

<sup>60</sup> On the human rights standard in respect of forced returns, including the principle of non-refoulement, see Bast et al. (fn. 58), in particular pp. 42-43, 124-128 and 185-190.

### e. References to human rights infrastructure

Finally, a notable set of references to human rights in the GCM involves the human rights infrastructure—that is, the range of supervisory bodies, judicial institutions and civil society actors, contributing by different means to the effective protection of migrants’ individual rights.<sup>61</sup> National human rights institutions are not only mentioned among the relevant stakeholders of the whole-of-society approach,<sup>62</sup> but also specifically mentioned for the implementation of various Objectives<sup>63</sup> and the overall implementation of the GCM.<sup>64</sup> Moreover, the Compact makes reference to national policies and programmes to address the needs of migrants in situations of vulnerability<sup>65</sup> as well as national monitoring mechanisms on return.<sup>66</sup> The drafters of the Compact appear to have recognised human rights infrastructure as vital prerequisites for the protection of migrant rights to be effective.

## 2. Conclusions: practice-dependent complementarity

Although human rights law and migration law have long been thought of as separate legal fields in the past, the foundational nature of human rights for the emerging international migration law is now well established.<sup>67</sup> This state of legal development, i.e., the advance of human rights in

migration discourse, is clearly reflected in the Global Compact for Migration. The Compact is certainly not *only*, but, as the above analysis shows, clearly *also*, a human rights document. At the same time, much like human rights treaties, the GCM does not close its eyes to State interests but explicitly recognises these as legitimate concerns. In human rights law, many provisions explicitly recognise certain public interests, and the related regulatory powers of States, as permissible limitations on the scope of the relevant right. For example, Article 8 of the European Convention on Human Rights, which protects family and private life, foresees in paragraph 2 that public authorities can interfere with the exercise of this right for “the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals”. Similarly, the recognition of the State’s interests in controlling the entry and stay of migrants features prominently in the majority of the migration-related judgments of the European Court of Human Rights.<sup>68</sup>

However, unlike human rights treaties, the GCM not only recognises the existence of legitimate public interests but goes a step further in adopting a cooperative approach to the exercise of States’ powers and, thereby, also to some degree subjecting these interests to international regulation. For example, Objective 1 of the GCM, which commits States to “[c]ollect and utilize accurate and disaggregated data as a basis for evidence-based poli-

<sup>61</sup> On the concept, see *ibid.*, p. 243.

<sup>62</sup> See GCM, Preamble 15, Guiding principle (j).

<sup>63</sup> GCM, Objective 2, para. 18(c); Objective 12, para. 28(c); Objective 15, para. 31(d); Objective 17, para. 33(d).

<sup>64</sup> GCM, para. 44.

<sup>65</sup> GCM, Objective 7, para. 23(l).

<sup>66</sup> GCM, Objective 21, para. 37(f).

<sup>67</sup> See, e.g., *Elspeth Guild et al.* (ed.), *Human Rights of Migrants in the 21st Century*, London 2017.

<sup>68</sup> See *Marie-Bénédicte Dembour*, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, 2015, pp. 1–6; and *Cathryn Costello*, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, 2015, pp. 10–11.

cies”<sup>69</sup>, then further specifies not only the types of necessary data (“disaggregated by sex, age, migration status and other characteristics relevant in national contexts”) but also the purposes for which it shall be used (namely, to foster “research, [guide] coherent and evidence-based policymaking and well-informed public discourse, and [allow] for effective monitoring and evaluation of the implementation of commitments over time”).

The mixed character of the GCM, with its core axes of management, development and rights, helps explain that the instrument may appear incomplete through the lens of any of these axes alone—an argument that can certainly be made from the perspective of human rights law with regard to specific rights. However, this does not mean that the Compact weakens other human rights guarantees as laid down elsewhere in international law. Quite the contrary: From a legal-doctrinal perspective, the analysis above clearly supports the view of a *complementary* function of the GCM in relation to human rights law. A *contrario* arguments, stating that because the Compact’s references to human rights law do not exhaustively cover existing human rights protection for migrants, or concerns about the lowering of standards by means of the GCM, do not appear to be justified. The strongest legal argument in that respect is the generic reference to the entirety of the treaties that form the “core” of international human rights law (see above, subsection b).

However, the significance of a legal document cannot be judged merely on the basis of the text of the document. The way in which the kaleidoscope turns, the question of which axis becomes dominant, is not determined at the level of the text it-

self but in its implementation. Much, therefore, depends on the design of the follow-up mechanisms in the GCM, and whether they are designed to be capable of facilitating a human rights-based reading of the Compact in practice.

## II. Procedural and institutional significance of the GCM: institutionalizing soft law as a benchmark with potentially hard impact

The main element of the review mechanism foreseen in the GCM is an International Migration Review Forum (IMRF) taking place every four years, which “shall serve as the primary intergovernmental global platform for Member States to discuss and share progress on the implementation of all aspects of the Global Compact”.<sup>70</sup> In addition, biennial reports by the UN Secretary General (UNSG),<sup>71</sup> and regional reviews are foreseen.<sup>72</sup> The first IMRF was conducted in April 2022, with the projected “Progress Declaration” indeed being adopted, despite the breakdown of other fora of international cooperation in the wake of Russia’s aggression against Ukraine. With the first round of reviews now complete, we shall discuss the review mechanism’s effectiveness in achieving progress with regard to the implementation of the GCM’s standards and goals.

<sup>70</sup> GCM, para. 49.

<sup>71</sup> GCM, para. 46.

<sup>72</sup> GCM, para. 50.

<sup>69</sup> GCM, para. 17.

In a first step, we will draw from insights about the conditions of effectiveness of soft-law instruments in public international law more generally (section 1). We will then compare these conditions with the follow-up mechanisms provided for in the GCM and offer a preliminary assessment of its potential impact (2). Finally, we will make some suggestions on how to improve the GCM process moving forward, focusing in particular on the role of civil society actors and the cross-fertilization with the practice of human rights supervision (3).

### **1. Institutional conditions for making soft law effective**

Pioneering research on the impact of soft law indicates the importance of proper institutionalization.<sup>73</sup> The gist of this line of research on the use of alternative instruments in international law<sup>74</sup> is that they can turn out to be powerful tools of governance if the context in which it is embedded allows it to produce communicative power.<sup>75</sup> More specifically, soft law may

be used as means to internationalise a policy issue in the first place by creating an international communicative structure on the issue, even if (and particularly when) States are reluctant to cease relevant decision-making powers to international institutions, or formally bind their hands by entering into treaty obligations.<sup>76</sup> Communicative power rests on the assumption that soft-law instruments create an ongoing discourse of justification around consented governance goals established by the respective instruments. Such discourse makes non-compliance politically or economically costly even in the absence of hard sanctions—which are sparse and often ineffective in public international law anyway. When identifying the conditions for justificatory constraints, we rely on research conducted on the exercise of International Public Authority (IPA). This research has identified criteria for assessing both the effectiveness and, hence, the need for legitimation, of the use of alternative instruments in global governance.<sup>77</sup> According to this approach, communicative power through soft law presupposes regularity, institutionalization, independence and legitimacy of the relevant follow-up mechanisms.

A first prerequisite for soft-law instruments to create communicative power is that there are regular follow-up mechanisms put in place to assess the degree of compliance with the expectations or commitments laid down in the relevant document.<sup>78</sup> Through regular loops of reporting on the current state of implementation and identifying potential shortcomings, a continuous dialogue can emerge. Once such dialogue is established, the re-

<sup>73</sup> *Matthias Goldmann*, We Need to Cut Off the Head of the King. Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law, in: *Leiden Journal of International Law (LJIL)* 25 (2012), pp. 335–368. In the context of migration law, see *Vincent Chetail*, *International Migration Law*, 2019, pp. 293–339.

<sup>74</sup> *Armin von Bogdandy/Philipp Dann/Matthias Goldmann*, Developing the Publicness of Public International Law. Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, in: *Id.* (ed.), *The Exercise of International Public Authority by International Institutions*, 2010, pp. 3–32; *Ingo Venzke*, *How Interpretation Makes International Law*, 2012.

<sup>75</sup> *Armin von Bogdandy/Matthias Goldmann*, Die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt durch Politikbewertung, in: *ZaöRV* 60 (2009), pp. 70–102; engl. version: *Id.*, The OECD's PISA Policy, in: *International Organizations Law Review* 5 (2009), pp. 241–298.

<sup>76</sup> Cf. *Chetail* (fn. 73), pp. 300 et seq.

<sup>77</sup> *von Bogdandy et al.* (fn. 74).

<sup>78</sup> *Ibid.*



spective soft-law standards provide the benchmark for reviewing and assessing policies in a given thematic field, irrespective of their legally non-binding nature. The repeated reference to the soft-law instrument reinforces its relevance as a legal framework that complements the sources of hard law, if any. It creates normative expectations (sometimes misleadingly referred to a “moral” in nature), the frustration of which requires justification, despite the absence of hard sanctions for non-compliance.

Mere reporting at the will of States, however, may not suffice to actually create such justificatory constraints. Mechanisms in which reporting takes place require a certain degree of institutionalization at the international level, i.e., an international institution or body that coordinates the process and also evaluates the reports. Soft-law instruments may only gain leverage as a benchmark for adapting public policies if the performance of States is “judged” by an external public authority that successfully claims to be independent in its assessment. The concrete modes of assessment may, however, vary depending on the specific context. While in policy areas where States have an intrinsic interest to become best performers, such as education, alternative instruments using outcome indicators and rankings based on scientific data have proven highly successful,<sup>79</sup> this may look different in other policy areas. Where a policy field is marked by significant power imbalances and intense contestation—as in respect of migrants’ rights—it is less evident what a “best practice” is and whether it is bene-

ficial to become a “best performer”.<sup>80</sup> In these contexts, identifying and naming concrete shortcomings in meeting agreed standards seem more important, as well as issuing specific recommendations as to how shortcomings might be remedied. Hence, an independent and objective review in order to ensure the legitimacy of the review process is all the more important.

Finally, legitimacy of institutionalised review processes also hinges upon participation of relevant stakeholders. The acceptance of the soft-law mechanisms by States can be increased through ownership, i.e., a strong role of States in self-reporting as well as selection of implementation measures.<sup>81</sup> However, an exclusively State-driven review process has significant shortcomings. States may paint an all too rosy picture of their compliance with the commitments made, or cherry-pick areas where they perform particularly well while ignoring more critical policy tools. Therefore, soft law’s effectiveness can be achieved best if civil society actors are also involved either directly in the review process or by accompanying the review process with shadow reports and campaigning. Communicative power is ultimately based on a communicative environment in which a multitude of actors raise their voices and appropriate, interpret and specify a soft-law instrument.

These general insights on the conditions under which soft-law instruments may become powerful and effectively impact

<sup>79</sup> Cf. *Michael Riegner*, *Towards an International Institutional Law of Information*, in: *International Organizations Law Review* 12 (2015), pp. 50-80.

<sup>80</sup> See *Scott D. Watson/Corey Robinson*, *Knowledge Controversies of Global Migration Governance. Understanding the Controversy Surrounding the Global Compact*, in: *Catherine Dauvergne* (ed.), *Research Handbook on the Law and Politics of Migration*, 2021, pp. 323-339.

<sup>81</sup> *von Bogdandy et al.* (fn. 74), pp. 93-94.

domestic policies, provide a helpful matrix to assess the follow-up mechanism put in place by the GCM in the next section.

## **2. Institutionalization and follow-up mechanisms in the GCM: a complex process with uncertain impact**

At first glance, the institutional follow-up mechanism envisaged in the GCM promises to provide favourable conditions for the Compact to effectively impact domestic migration policies (subsection a). However, two critical features become apparent upon closer inspection of the early practice (b). The GCM's follow-up mechanism is almost exclusively State-led and bears a significant risk of cherry-picking from the various Objectives of the Compact. This and the institutionalization at UN level under the auspices of the International Organization for Migration (IOM) beg the question of how prominent the role of human rights will actually be in specifying the standards of assessment during the ongoing follow-up and review of the Compact.

### **a. Some favourable conditions for the GCM's impact on immigration policies**

The GCM dedicates 15 out of its 54 paragraphs to issues of implementation, follow-up and review. This suggests that the drafters were well aware of the necessity of institutionalised mechanisms to ensure effective impact of the GCM on migration policies. The Compact emphasises that “we require concerted efforts at global, regional, national and local levels, including a coherent United Nations system” to effectively implement the GCM.<sup>82</sup>

More specifically, States commit themselves to “review the progress made at lo-

cal, national, regional and global levels in implementing the Global Compact in the framework of the United Nations through a state-led approach and with the participation of all relevant stakeholders.”<sup>83</sup> At the global level, the review process is coordinated by the IOM, which in the course of the process of adopting the GCM has officially become part of the UN system. The States welcome the decision of the Secretary-General “to establish a United Nations network on migration to ensure effective and coherent system-wide support to implementation, including the capacity-building mechanism, as well as follow-up and review of the Global Compact, in response to the needs of Member States.”<sup>84</sup> The Compact further notes that IOM will serve as a coordinator and secretariat of the Network and that the Network will draw on the expertise and experience of other relevant entities in the UN system.<sup>85</sup>

To effectively realise a regular review process, an IMRF has been installed at the level of UN General Assembly, based on the former High-Level Dialogue on International Migration and Development.<sup>86</sup> The IMRF “shall serve as the primary inter-governmental global platform for Member States to discuss and share progress on the implementation of all aspects of the Global Compact, including as it relates to the 2030 Agenda for Sustainable Development, and with the participation of all relevant stakeholders.”<sup>87</sup> The IMRF shall not only discuss the implementation of the GCM's Objectives in the respective UN Member States, but also “allow for interaction with other relevant stakeholders

<sup>82</sup> GCM, para. 40.

<sup>83</sup> GCM, para. 40.

<sup>84</sup> GCM, para. 45.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> GCM, para. 49(a).

<sup>87</sup> GCM, para. 49(b).

with a view to building upon accomplishments and identifying opportunities for further cooperation.”<sup>88</sup> The review process takes place every four years, starting in 2022, and will “result in an inter-governmentally agreed Progress Declaration, which may be taken into consideration by the High Level Political Forum on Sustainable Development.”<sup>89</sup> While concrete recommendations to UN Member States are not envisaged, the Secretary-General is at least requested “to report to the General Assembly on a biennial basis on the implementation of the Global Compact”.<sup>90</sup>

The meticulous description of the review process in the GCM and its anchoring in an established international organization seems to fulfil the basic conditions of institutionalization as well as of a regular review procedure. At first glance, this suggests rather favourable conditions for a noticeable impact of the GCM on future migration policies in light of the criteria developed above.

This preliminary finding is further supported by the fact that the GCM seems to envisage indeed a continuous dialogue on all governance levels. To effectively inform the IMRF, the GCM invites “relevant subregional, regional and cross-regional processes, platforms and organizations” to review the implementation of the GCM in the respective region every four years alternating with the review on the global level.<sup>91</sup> Furthermore, other actors or fora, such as the Global Forum for Migration and Development and the IOM International Dialogue on Migration are invited to contribute to the IMRF by providing

data, evidence, best practices, innovative approaches and recommendations.<sup>92</sup> On the national level, governments are encouraged to develop “practicable, ambitious national responses for the implementation of the Global Compact, and to conduct regular and inclusive reviews of progress at the national level.”<sup>93</sup> The development of a national implementation plan is suggested, even if in a less compelling language. Notably, the national reviews “should draw on contributions from all relevant stakeholders, as well as parliaments and local authorities.”<sup>94</sup> Moreover, the Member States also commit themselves to “implement the Global Compact in cooperation and partnership with migrants, civil society, migrant and diaspora organizations, faith-based organizations, local authorities and communities, the private sector, trade unions, parliamentarians, National Human Rights Institutions [...] and other relevant stakeholders.”<sup>95</sup> This inclusive approach signals that the drafters of the GCM reflected upon the relevance of a broad public discourse about the implementation of the Objectives on the ground, in order to establish a justificatory community surrounding the Compact. In line with this assessment, earlier research on the GCMs impact suggests that it has a considerable potential to effectively constrain State action in the future.<sup>96</sup>

<sup>88</sup> GCM, para. 49(d).

<sup>89</sup> GCM, para. 49(e).

<sup>90</sup> GCM, para. 46.

<sup>91</sup> GCM, para. 50.

<sup>92</sup> GCM, para. 51 and 52.

<sup>93</sup> GCM, para. 53.

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> GCM, para. 44.

<sup>96</sup> *Peter Hilpold*, Opening Up a New Chapter of Law-Making in International Law. The Global Compacts on Migration and for Refugees of 2018, in: *European Law Journal (ELJ)* 26 (2020), pp. 226-244 (231-232 and 237-238).

## b. State-led review and the potential dominance of migration control over migrants' rights

Nevertheless, there remain a number of open questions and considerable doubts as to the real “bite” that this process may have in practice. The impact of the GCM in particular on the rights of migrants is likely to be limited by the fact that the review process so far is almost exclusively dominated by States. While a large number of non-governmental organisations has been included in the process leading-up to the GCM,<sup>97</sup> the text of the Compact emphasises “the important role of State-led processes and platforms at global and regional levels in advancing the international dialogue on migration.”<sup>98</sup> The Compact also mentions the inclusion of civil society actors and other stakeholders and the need to “foster multi-stakeholder partnerships around specific policy issues”.<sup>99</sup> However, it does not define concrete modes of participation or consultation. Whether States base their reports also on the findings of civil society actors, as envisaged by the GCM, is within their own discretion. Evidence from the review processes leading up to the 2022 IMRF demonstrates that States have only rarely done so,<sup>100</sup> despite existing civil society initiatives in some countries.<sup>101</sup> Likewise, the perspective of

subnational levels of governance, in particular of cities and local communities, has so far not been systematically integrated in the review process despite relevant initiatives from local actors, for instance through the newly established Mayors Migration Council.<sup>102</sup>

States have not only dominated the review process so far, but also cherry-picked those Objectives for reporting where they performed particularly well while ignoring other, more critical issues.<sup>103</sup> Cherry-picking was facilitated by the fact that, up until shortly before the event, the review process was not guided by any template to be followed. It was only in October 2021 that the UN Network on Migration provided a roadmap for the 2022 IMRF, including a template how to structure the national reports.<sup>104</sup> While this was a first

---

tion Centre, *ibid*, 26. Demonstrating a lack of systematic involvement of civil society actors in the implementation process with a view to Morocco, and Ecuador, Peru and Colombia, respectively, see *Younous Arbaoui*, *The Impact of the Marrakech Compact for Migration in Morocco. The Role of the Government and of Civil Society*, in: *WCL/VRÜ 55 (2022)*, pp. 19–43, and *María D. Collazos* *The Global Compact for Migration and the Venezuelan Migration Crisis in Colombia, Ecuador, and Peru. A Comparative Approach*, in: *WCL/VRÜ 55 (2022)*, pp. 44–63.

---

<sup>97</sup> *Evalyn Tennant/Christian Wolff*, *Civil Society and the Struggle for a Rights-Based Global Compact*, in: *Global Social Policy 18 (2018)*, pp. 343–348 (345).

<sup>98</sup> GCM, para. 47.

<sup>99</sup> GCM, para. 47.

<sup>100</sup> See *Mixed Migration Centre*, *Wheels in Motion. Who's Done What Since the Global Compact for Migration Was Adopted (and What Should Happen Next) (2019)*, p. 25, available at: [www.mixedmigration.org](http://www.mixedmigration.org) (last visited 21 December 2023).

<sup>101</sup> On examples of civil society action and practices of consultative processes, see *Mixed Migra-*

<sup>102</sup> On the Mayors Migration Council, see <https://www.mayorsmigrationcouncil.org> (last visited 21 December 2023); for an analysis, see *Adriana Sletza Ortega Ramírez/Luis Alonso De Ita García*, *The Role of Cities in International Migration Governance. Migratory Paradiplomacy in the Global Compacts for Migration and Refugees*, in: *WCL/VRÜ 55 (2022)*, pp. 64–82.

<sup>103</sup> See *Arbaoui* (fn. 101), neatly illustrating this selective reporting strategy by the Moroccan government, and *Collazos* (fn. 101), on how the Peruvian and the Ecuadorian governments have tightened their migration policies in many areas, despite initial support for the GCM.

<sup>104</sup> UN Network on Migration, *Note on the implementation, follow-up and review of the Global Compact for Safe, Orderly and Regu-*

step to systematise the implementation process and give it more coherence, the concrete instructions given in the template remained rather superficial and did not provide any specific guidance on how to assess the progress regarding the various Objectives. Likewise, the template did not give any information on the relation between the 23 Objectives or on how to integrate the GCM's ten guiding principles, including human rights protection. Regarding the latter, the template only vaguely "encourage[d the States] to discuss how the 10 guiding principles [...] are reflected in their policies and practices."<sup>105</sup>

To further improve implementation in a cooperative mode, the UN Network on migration invited 27 countries to serve as so called "champion countries" for the implementation of the GCM.<sup>106</sup> The idea of this initiative is that these countries should provide best practices and share their experiences with other countries. The initiative can be interpreted as a tool to implement the cooperative implementation mode envisaged by the GCM. However, the concrete selection criteria for "champion countries" largely remain in the dark. As the GCM is lacking any priority between the diverse Objectives,<sup>107</sup> apparently it does not really make a difference for the qualification as a "champion" whether a country scores highly in best practices regarding migration control and data collection or regarding the treatment of mi-

grants in line with human rights.<sup>108</sup> This practice runs indeed counter the idea that "[a]ll the commitments must be taken into account and implemented as a whole".<sup>109</sup> Rather, it illustrates how the effective review of the GCM risks to be impaired by the broad range and variety of Objectives covered by the Compact, despite the fact that the above-mentioned template "invites" Member States to provide information on all 23 Objectives.<sup>110</sup> If the States in general and "champion countries" in particular focus predominantly on Objectives dealing with effective migration management, migrant's human rights risk to be side-lined in the implementation process.

The risk of selective implementation practice is particularly acute since the GCM's follow-up mechanism lacks any independent assessment procedure undertaken by an international institution or body. According to the GCM, it is the UN Member States that agree upon a Progress Declaration at the end of each IMRF. An individual assessment of States' reports is not foreseen in the review process. Likewise, neither the UN Network on Migration nor the UN Secretary General are supposed to issue specific recommendations to the States on how to best achieve the Objectives of the GCM. The latest report by the Secretary-General on the implementation of the GCM in the run-up to the 2022 IMRF displayed the same deficiencies. Rather than identifying concrete shortcomings in state practice, the report almost exclusively focused on best-practices and progress, while remaining largely superficial in its assessment. Unlike the Secretary-

---

lar Migration (GCM), 4 et seq., available at: <https://migrationnetwork.un.org/resources/imrf-roadmap-annexes-english> (last visited 21 December 2023).

<sup>105</sup>UN Network on Migration, *ibid.*, 4.

<sup>106</sup>See <https://migrationnetwork.un.org/champion-countries> (last visited 21 December 2023).

<sup>107</sup>*Chetail* (fn. 73), p. 331.

---

<sup>108</sup>On the case of Morocco, see *Arbaoui* (fn. 101).

<sup>109</sup>*Chetail* (fn. 73), p. 331.

<sup>110</sup>UN Network on Migration (fn. 104), p. 4.

General's first report,<sup>111</sup> the second report indeed barely mentioned the concrete Objectives of the GCM nor did it recommend any specific steps to improve implementation in the future.<sup>112</sup> It merely encouraged States “to consider how to develop benchmarks and mechanisms to measure progress on, and monitor the implementation of the commitments in the Compact.”<sup>113</sup>

Moreover, the fact that the IOM plays a crucial role as the institutional hub of the GCM—its personnel actually sits at the centre of the UN Migration Network's secretariat—has raised concerns as to the prominence of human rights in the GCM process.<sup>114</sup> The IOM has long been perceived as a “service-oriented” international organization helping States in effectuating migration policies of their own choice and organizing the relocation of migrants.<sup>115</sup> It became a member of the UN family as an “UN related organization”

only in 2016.<sup>116</sup> Given its trajectory as a donor-driven organization and its focus on migration management, including its most repressive elements such as detention, the IOM has long been criticised for not being committed to the protection of migrants' human rights.<sup>117</sup> Much of this critique is outdated by now, given that the IOM has shifted alliances at some point in the last decade and adopted a more liberal approach in its language and projects, including the ample use of human-rights talk.<sup>118</sup> However, the IOM still has not developed any practice of criticizing its Members for their poor human rights performance.<sup>119</sup> The incorporation in the UN family potentially is a crucial step to close this long-standing gap. According to Art. 2.5. of the UN-IOM Agreement, the IOM is now explicitly obliged to respect migrants' human rights and all relevant international law for that matter. This treaty-based obligation makes up for the lack of such reference in IOM Constitution. Legally, the IOM can now not only be held accountable by international human rights law itself regarding its operative work<sup>120</sup> but may also start using these standards vis-à-vis its own Members. There remain, however, doubts whether the new institutional and normative context will smoothly translate into

<sup>111</sup>General Assembly, Report of the Secretary General, UN Doc. A/75/542 of 26 October 2020.

<sup>112</sup>For a critique, see *Elsbeth Guild/Maja Grundler*, Implementing Migrant Protection? The UN's second report on the implementation of the Global Compact for safe, orderly and regular migration (2022), available at: <https://protectproject.w.uib.no/implementing-migrant-protection-the-uns-second-report-on-the-implementation-of-the-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration> (last visited 21 December 2023).

<sup>113</sup>General Assembly, Report of the Secretary General, UN Doc. A/76/642 of 27 December 2021, para. 110.

<sup>114</sup>E.g., by *Desmond* (fn. 29), p. 89.

<sup>115</sup>On the history of the IOM, see *Jürgen Bast*, International Organization for Migration, in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (last updated March 2012). On the IOM's role in the global architecture of global migration governance, see *Chetail* (fn. 73), pp. 340–397. For a comprehensive analysis, see *Megan Bradley*, *The International Organization for Migration. Challenges, Commitments, Complexities*, 2020.

<sup>116</sup>Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration, ratified 19 Sept 2016, UN Doc. A/Res/70/296 (Annex I) and A/70/976.

<sup>117</sup>*Fabian Georgi*, *Managing Migration? Eine kritische Geschichte der Internationalen Organisation für Migration (IOM)*, 2019; *Martin Geiger/Antoine Pécoud*, *The International Organization for Migration. The New “UN Migration Agency” in Critical Perspective*, 2020.

<sup>118</sup>Cf. *Georgi*, *ibid.*, pp. 325 et seq.

<sup>119</sup>*Chetail* (fn. 73), p. 396.

<sup>120</sup>*Jürgen Bast*, *Der Global Compact for Migration und das internationale Migrationsregime*, in: ZAR 2019, pp. 96–99 (98).

the practice of the organization as the UN's migration agency. This is a concern also in the context of the GCM, which itself offers ample opportunities to concentrate on technical issues of migration management rather than on migrants' human rights.<sup>121</sup> Moreover, some fear that reporting to the IOM may further reduce incentives to provide to UN human rights treaty-bodies.<sup>122</sup> The lingering distrust by civil society actors and academics vis-à-vis the IOM, as reflected in such statements, may in itself pose an obstacle to its productive role in the GCM process. The degree to which the incorporation into the UN family will change the organizational culture of the IOM, therefore, remains crucial for the impact of the GCM in terms of migrants' human rights.

Finally, the dominant role of States in reviewing the implementation of the GCM Objectives is further exacerbated by the fact that civil society actors do not fully "own" this process. The drafting of the GCM was marked by a high degree of involvement of NGOs and other non-state actors at the global level, a fact that has left its traces in the final text.<sup>123</sup> This is less evident in the context of the IMRF, which operated under the more restrictive rules of the UN General Assembly. The "shrinking space for civil society" was explicitly criticised by the Civil Society Action Committee, a self-organised, joint civil society advocacy mechanism on migration policy and governance, in an open letter to the President of the Gen-

eral Assembly, calling for "meaningful participation of all relevant stakeholders in the entire IMRF" a few weeks before the IMRF took place.<sup>124</sup> What is even more important is a considerable gap between the global and the domestic level in respect of civil society participation in the GCM process. The reception of the GCM by national NGOs is rather mixed. Only in some places have civil society actors already taken up the GCM in their daily work and try to push States in implementing it more diligently and in conformity with human rights standards.<sup>125</sup> In other countries NGOs have taken a rather sceptical stance on the GCM,<sup>126</sup> and have therefore not engaged substantially with the GCM and its implementation. Non-state actors in many countries may also simply lack the knowledge and/or capacity to involve themselves with distant affairs like the GCM. The hesitant reception by civil society actors on the ground, at least in some countries, further reduces the likelihood that the GCM will become a core standard for practices of "naming and shaming" in the international realm.

<sup>121</sup>Desmond (fn. 2), pp. 234-235.

<sup>122</sup>Desmond (fn. 29), p. 89.

<sup>123</sup>Cf. Jenna Henneby/Nicola Piper, Global Migration Governance and Migrant Rights Advocacy. The Flexibilization of Multi-stakeholder Negotiations, in: Catherine Dauvergne (ed.), *Research Handbook on the Law and Politics of Migration*, 2021, pp. 369-383.

<sup>124</sup>Civil Society Action Committee, *Endorse the Open Letter on Shrinking Space for Civil Society!* (2022), available at: <https://csactioncommittee.org/endorse-the-open-letter-on-shrinking-space-for-civil-society> (last visited 21 December 2023); and see Stefan Rother, *Global Migration Governance from Below. Actors, Spaces, Discourses*, 2022, pp. 119-120.

<sup>125</sup>Civil Society Action Committee, *Civil Society Engagement in Global Compact for Migration* (2020), available at: <https://csactioncommittee.org/wp-content/uploads/2020/07/Mapping-report-FINAL.pdf> (last visited 21 December 2023).

<sup>126</sup>For a paradigmatic example, see Arbaoui (fn. 101), pp. 27-33.

### **3. How to improve the GCM's follow-up mechanism to facilitate human rights-based implementation**

In the light of the risks and shortcomings identified above, the next section will offer a few suggestions to improve the follow-up so as to enhance its ability to further a human rights-based implementation of the GCM. They may help to ensure a broader public discourse about migrants' human rights in the future implementation process.

#### **a. Making the GCM review process more effective**

First, the UN Network on Migration should make sure that during the second review cycle the UN Member States indeed consult “all relevant stakeholders”. This would require regular consultations with civil society actors as well as with local authorities, rather than being limited to a “multi-stakeholder hearing one day prior to the IMRF” as in the roadmap of the UN Network on Migration prior to the 2022 IMRF.<sup>127</sup> While the UN Migration Network did respond to some of the demands from the open letter claiming civil society involvement, among others enabling civil society actors to provide comprehensive input and feedback on the various drafts of the Progress Declaration in 2022,<sup>128</sup> such consultations should become mandatory throughout the review cycle. Considering the views of civil society actors will allow highlighting existing deficits regarding migrants' rights and force governments to provide justification or remedies. Structurally including the perspective of local actors in the review process may help to ensure that the Objectives of the GCM can

actually be realised at all levels of governance. It may allow to better identify unused capacities as well as unknown obstacles for the implementation of the GCM's Objectives and acknowledge the increasing role of cities and local governments as agents of migration governance. Overall, ensuring broader stakeholder participation in the preparation of the national reports would emphasise the relevance of migrants' human rights in the GCM's implementation process, i.e., strengthen that “axis” of the GCM.

A second suggestion for improving the review process would be to further develop the existing follow-up template. Ideally, such a template would be developed with the participation not only of States but also of non-governmental actors. A revised template should go beyond the current template in at least two ways. First, it should include a procedural element indicating the type of actors that have to be consulted at the national level and give some guidance regarding the mode of their participation. Second, a revised template should also include indicators allowing to better assess Member States' performance on the respective Objectives. An improvement of the template according to these requirements would foster a more uniform reporting practice, could prevent cherry-picking, and allow for a better comparative assessment of implementation measures and remaining deficits. A similar path is already followed by the Observatory on the Global Compact in Chile, which seeks to provide an indicator-based assessment of state practice regarding the GCM's Objectives.<sup>129</sup>

<sup>127</sup>UN Network on Migration (fn. 104), p. 2.

<sup>128</sup>Rother (fn. 124), p. 120.

<sup>129</sup>Mixed Migration Centre (fn. 100), p. 26; Observatorio Pactos de Migración en América Latina, available at: [https://espaciopublico.cl/nuestro\\_trabajo/observatorio-pactos-de-migracion-en-america-latina](https://espaciopublico.cl/nuestro_trabajo/observatorio-pactos-de-migracion-en-america-latina) (last visited 21 December 2023).



In the medium term, the UN Network on Migration itself should consider issuing recommendations based on the objective assessment of the national reports. While this could significantly increase the chances for an effective impact of the GCM, it would be a rather bold step given the lack of a clear mandate in this respect. However, the GA's Resolution on format and organizational aspects of the first International Migration Review Forums already indicated that the Progress Declaration could have contained "recommendations on the implementation of the Global Compact, if appropriate".<sup>130</sup> While the Progress Declaration adopted in 2022 falls short of exploring the path towards country-specific recommendations, arguably it provides a sufficient legal basis for expanding the review activities of the UN Network on Migration to lay the groundwork for embracing such recommendations in the next inter-governmentally agreed document.

#### b. Aligning the GCM review process with treaty-based review mechanisms

Even in the absence of the measures mentioned so far, the review process of the GCM would benefit significantly from an alignment with the reporting procedures established under the various human rights treaties, and with the migration-related jurisprudence of the human rights treaty-bodies. For example, the CMW has established a working group on the Convention and the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, and is working towards a General Comment No. 6 on the convergence of the two instru-

ments.<sup>131</sup> The CMW's General Comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention is explicitly meant "to provide guidance to States on implementing the Global Compact for Migration",<sup>132</sup> thereby also addressing scholarly concerns that the GCM lags behind the relevant guarantees when it comes to regularization, firewalls, criminalization and protection against detention.<sup>133</sup> At the same time, in strategically aligning with the GCM process, the CMW seems to benefit from the GCM's broader support among UN Member States.

Such cross-fertilization between human rights treaty-bodies and the GCM's review mechanism should be fostered on a systematic basis. In our view, the alignment should also pertain to country-specific evaluations. Given that our call on the UN Network on Migration to issue recommendations directed towards UN Member States is unlikely to be heard for the time being, the UNNM nonetheless could play a useful role in collecting the relevant reports and communications as they result from complaint procedures and state reporting procedures. These findings and recommendations of the treaty bodies could be organised according to the GCM's Objectives and form an integral part of a more comprehensive practice of state reporting in respect of the GCM.

<sup>130</sup>General Assembly, Resolution on the format and organizational aspects of the international migration review forums, UN Doc. A/RES/73/326 of 29 July 2019.

<sup>131</sup>Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Call for submissions on concept paper and draft outline for its draft General Comment No. 6 on the Convergence of the Convention and the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, available at: <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2022/call-submissions-concept-paper-and-draft-outline-its-draft-general-comment-no> (last visited 21 December 2023).

<sup>132</sup>CMW/C/GC/5, para. 8.

<sup>133</sup>*Desmond* (fn. 29), pp. 92-101.

Finally, the GCM review process would hugely benefit from another lesson learned in the realm of human rights: the consistent practice of non-governmental organizations to issue shadow reports on domestic implementation and to demand from their governments to have them discussed before filing the state report. Civil society organisations in some countries have already issued such reports in the context of the 2022 IMRF,<sup>134</sup> and the Global Coalition for Migration, with support of the Friedrich Ebert Foundation, published a “Spotlight Report on Global Migration” ahead of the IMRF, on a website with further material, aiming to “generate momentum for a rights-based, migrant-centred, and gender-responsive implementation of the Global Compact for Migration”.<sup>135</sup> Research on the implementation and review of human rights treaties has shown that shadow reports are not only an effective tool to raise awareness for critical issues that state reports tend to ignore but may also help to provide guidance for future reporting and assessment.<sup>136</sup> They may serve as a crucial tool to intensify public discourse surrounding the GCM and holding States publicly accountable for deficits and shortcomings. Non-gov-

ernmental organizations are particularly well positioned “to take the Compact back home”<sup>137</sup> and to ensure that the GCM’s Objectives are interpreted in line with existing human rights obligations. Shadow reports may help to make this link visible and promote a human rights-based interpretation of the GCM’s Objectives in public discourse. First initiatives in this direction already exist, including a handbook for legal practitioners to use the GCM as an interpretative tool.<sup>138</sup>

While these suggestions certainly do not guarantee a significant impact of the GCM in the future, they may nonetheless serve as important steps to align it with the general conditions allowing for an effective impact of soft-law instruments, and thus to strengthen its human rights dimension.

### III. Conclusions

The relationship between the GCM and migration-related human rights treaties is dynamic and open-ended. The Compact has the potential both to strengthen and to circumvent human rights law, at the level of its substantive provisions as well as at the institutional level.

At the substantive level, the abundance of both general and specific references to human rights law makes it easy to read the

<sup>134</sup>On Germany, see *Marina Liebsch/Jonas Wipfler*, Das globale Überprüfungsforum für die Umsetzung des globalen Migrationspaktes. Forderungen der Zivilgesellschaft, in: ZAR 2022, pp. 360–364.

<sup>135</sup>Global Coalition on Migration and Friedrich Ebert Stiftung, Spotlight Report on Global Migration (2022), available at: <https://spotlightreportmigration.org> (last visited 21 December 2023); and see *Rother* (fn. 124), p. 119.

<sup>136</sup>See, e.g., the practice of civil society involvement in the implementation of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination (CEDAW): *Mary S. Dairiam*, CEDAW, Gender and Culture, in: Rawwinda Baksh/Wendy Harcourt (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Feminist Movements*, 2015, pp. 367–393 (386).

<sup>137</sup>*Tennant/Wolff* (fn. 97), p. 347.

<sup>138</sup>Immigration Law Practitioner’s Association, Handbook for Legal Practitioners. Using the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration as an Interpretative Tool, available at: <https://ilpa.org.uk/handbook-for-legal-practitioners-using-the-un-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration-as-an-interpretative-tool> (last visited 21 December 2023).

Compact as a human rights instrument. Legally speaking, there is nothing in the text of the GCM that may legitimise a derogation from obligations assumed under existing human rights treaties. However, it is clear that the picture remains a somewhat fragmented image of the human rights of migrants. Moreover, the fact that the GCM *can* be seen as a human rights document does not preclude viewing it through its other axes, as an instrument either geared towards management or development, or any combination of the axes. Much therefore depends on how the instrument will be implemented in practice, which particular image will dominate the use of the Compact on the ground. Implementation, in turn, is determined by the institutional and procedural dimension of the instrument.

The review mechanism foreseen by the Global Compact displays some promising elements with a view to facilitating a human rights-based implementation, but also some factors indicating the potential dominance of migration control over migrants' rights. While the review mechanism is well institutionalised within the framework of the UN, it is so far predominantly State-led. Civil society has not yet systematically been included in the review process, although various actors have consistently and partly successfully fought for inclusion. To support a rights-based implementation of the Compact, the GCM review process could be made more effective by improving the template for State reports and foreseeing shadow reporting by NGOs. It would also benefit from an alignment and cross-fertilisation with the human rights treaty-based supervisory mechanisms.

While both the reinforcing and the bypassing dynamics can be at play at the same time, steps can be taken with a view to

turning the kaleidoscope to the human rights image: ultimately, dynamism is a matter of practice.

## Funding information and acknowledgements

This paper emerged from the research project "PROTECT – The Right to International Protection" as Deliverable No. D2.6 and was posted as "Research paper on the Compacts' references to human rights" on the project website in 2022. PROTECT has received funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation program under grant agreement No. 870761. Section II. builds on, and further develops, collaborative work published as *Anuscheh Farahat/Jürgen Bast, A Global View on the Global Compact for Migration – Introduction*, in: *World Comparative Law (WCL/VRÜ)* 55 (2022), pp. 3-18. The paper benefits from research collaboratively conducted with *Pauline Endres de Oliveira*, Professor of Law and Migration at Humboldt University of Berlin.

# Menschenrechtsverletzungen durch Ökozide – Kann ein internationales Verbrechen Schutzlücken schließen?

Lina Ebbecke<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Justus-Liebig-Universität, Gießen.

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ökozid als Tatbestand
- III. Menschenrechtsschutz als Argument für den Ökozidtatbestand
- IV. Lückenschließung durch Ökozidtatbestand
- V. Fazit

## Abstract

Die Weltgesundheitsorganisation schätzt, dass von 2030 bis 2050 jedes Jahr mindestens 250.000 Menschen an den Folgen des Klimawandels sterben könnten. Dazu kommen Extremwetterlagen wie Hochwasser, Stürme und Erdbeben, die schon jetzt die Existenzen von Millionen Menschen bedrohen. Auf die weiteren bevorstehenden Veränderungen ist die Welt laut Expert\*innen des *International Panel on Climate Change* nicht vorbereitet. Dabei ist spätestens seit den frühen 1990er Jahren international anerkannt, dass ein Zusammenhang zwischen Umweltschutz und der Ausübung von grundlegenden Menschenrechten besteht. In diesem Beitrag soll gezeigt werden, inwiefern die Anerkennung von Ökozid als völkerrechtliches Verbrechen zu einem verbesserten Menschenrechtsschutz führen kann. Zunächst wird der Frage nachgegangen, wie ein entsprechender Tatbestand formuliert werden könnte und welche Herausforderungen sich hierbei stellen. Weiterhin werden die Schutzlücken im System der Menschenrechte in Bezug auf Beeinträchtigungen der Umwelt identifiziert und die Erhöhung des Schutzniveaus durch einen Ökozidtatbestand dargelegt. Dabei wird insbesondere herausgestellt, inwieweit das internationale Strafrecht auf dem Anspruch an die Staatengemeinschaft fußt, vor gravierenden Menschenrechtsverletzungen zu schützen und diese nicht ungeahndet zu lassen. Im Ergebnis wird hier in Anbetracht der Entwicklung von Klima und Umwelt ein blinder Fleck aufgezeigt, welcher letztendlich Menschen und ihre Rechte gefährdet. Ein Straftatbestand des Ökozids kann hier Abhilfe schaffen.

### Zitation:

Lina Ebbecke, Menschenrechtsverletzungen durch Ökozide, in: MRM 29 (2024) 1, S. 44–60. <https://doi.org/10.60935/mrm2024.29.1.3>.

Eingereicht: 15.12.2023

Akzeptiert: 11.03.2024

Publiziert: 12.06.2024

### Urheberrecht:

Soweit nicht anders gekennzeichnet, ist dieses Werk unter einem Creative-Commons-Lizenzvertrag Namensnennung 4.0 lizenziert. Dies gilt nicht für Zitate und Werke, die aufgrund einer anderen Erlaubnis genutzt werden. Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem Hyperlink: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

## Keywords

Ökozid, Internationales Strafrecht, Menschenrechte

## I. Einleitung

Umweltzerstörung und menschengemachter Klimawandel<sup>1</sup> sind omnipräsent und gefährden neben Tier- und Umwelt auch die Lebensgrundlagen von Menschen.<sup>2</sup> Dennoch bleiben getroffene Maßnahmen hinter den zu erreichenden Zielen zurück.<sup>3</sup> Das Recht kann hier eine entscheidende Rolle spielen,<sup>4</sup> scheint doch der gute Wille von Staaten und Unternehmen bisher nicht auszureichen.<sup>5</sup> Da es sich zudem um ein globales Problem handelt,<sup>6</sup> werden Forderungen nach einer internationalen Strafbarkeit für Verbrechen an der Umwelt als Ökozid laut.<sup>7</sup> Im Folgenden sollen die Herausforderungen bzgl. eines entspre-

chenden Ökozid Tatbestandes dargestellt sowie die Beeinträchtigung der Menschenrechte als Argument für eine internationale Kriminalisierung von Verbrechen gegen die Umwelt als sog. Ökozid untersucht werden.

## II. Ökozid als Tatbestand

### 1. Begriffsgeschichte

Der Begriff „Ökozid“ setzt sich aus dem griechischen Wort *oikos* (dt.: Heim, Umgebung) und dem lateinischen Wort *caedere* (dt.: töten) zusammen. Erstmals verwendete der Biologe *Galtson* den Begriff 1970, um die Verwendung des giftigen Herbizides *Agent Orange* durch die US-amerikanischen Streitkräfte im Vietnamkrieg zu verurteilen.<sup>8</sup> *Galtson* betont den „genoziden“ Einfluss von Umweltzerstörungen<sup>9</sup> und entspricht damit der Sichtweise des Juristen *Lemkin*, welcher die Definition von Genozid maßgeblich prägte.<sup>10</sup> *Lemkin* sah das biologische Leben als Teil der Kultur einer Personengruppe an und verstand einen Angriff auf die kulturelle Existenz gleich einem Angriff auf die physische Existenz und *vice versa*.<sup>11</sup> Der Begriff wurde 1972 von Schwedens Premierminister *Palme* in seiner Rede bei der Weltumweltkonferenz in Stockholm<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Im Folgenden ist mit Klimawandel stets der anthropogene Klimawandel, also die menschengemachte Veränderung unseres Klimasystems – zum Großteil bedingt durch den Ausstoß an Treibhausgasen (z. B. CO<sub>2</sub>), gemeint.

<sup>2</sup> IPCC, *Climate Change 2023: Synthesis Report*, S. 12.

<sup>3</sup> *Ibid.*, S. 27.

<sup>4</sup> *Dana Schirwon/Kira Vinke*, Gesetze für den globalen Klimaschutz. Warum eine wirksame Klimaaußenpolitik das Recht braucht, in: Deutsche Gesellschaft für Auswärtige Politik e.V., *Policy Brief Nr. 11*, 2022, abrufbar unter: [https://dgap.org/sites/default/files/article\\_pdfs/dgap\\_policy\\_brief\\_nr.11\\_april\\_2022\\_8\\_s.pdf](https://dgap.org/sites/default/files/article_pdfs/dgap_policy_brief_nr.11_april_2022_8_s.pdf) (zuletzt besucht am 7. Februar 2024), S. 3.

<sup>5</sup> *Martyna Łaszewska-Hellriegel*, *Environmental Personhood as a Tool to Protect the Nature*, in: *Philosophia* 51 (2023), S. 1369–1384 (1370).

<sup>6</sup> *Markus Wagner*, *Ökozid vor dem Internationalen Strafgerichtshof? Eine kritische Würdigung des Vorschlags der „Stop Ecocide“-Initiative zur Ergänzung des Römischen Statuts*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft* 1 (2022), S. 477–488 (477).

<sup>7</sup> *Giovanni Chiarini*, *Ecocide: From the Vietnam War to International Criminal Jurisdiction? Procedural Issues In-Between Environmental Science, Climate Change and Law*, in: *Cork Online Law Review* 21 (2022), abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4072727> (zuletzt besucht am 7. Februar 2024), S. 1.

<sup>8</sup> *Ricardo Pereira*, *After the ICC Office of the Prosecutor's 2016 Policy Paper on Case Selection and Prioritisation: Towards an International Crime of Ecocide?*, in: *Criminal Law Forum* 31 (2020), S. 179–224 (184).

<sup>9</sup> *Damien Short*, *Redefining Genocide. Settler Colonialism, Social Death and Ecocide*, 2016, S. 28.

<sup>10</sup> *Raphael Lemkin*, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation a – Analysis of Government – Proposals for Redress*, 1944, S. 79 ff.

<sup>11</sup> *Short* (Fn. 9), S. 28.

<sup>12</sup> Die Konferenz der UN über die Umwelt des Menschen oder auch Weltumweltkonferenz fand vom

wieder aufgegriffen.<sup>13</sup> Im Jahr 1978 veröffentlichte der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen (*United Nations*, UN) für Verhütung und Bestrafung von Genozid eine entsprechende Studie, in welcher er Ökozid als „internationales Verbrechen mit Ähnlichkeit zu Genozid“ diskutierte.<sup>14</sup> Doch seine und auch die Bemühungen seines Nachfolgers blieben ohne Erfolg.<sup>15</sup> Ab 1984 initiierte die Völkerrechtskommission (*International Law Commission*, ILC) Diskussionen zur Kriminalisierung von Ökozid,<sup>16</sup> wonach Umweltverbrechen im Rahmen von Kriegsverbrechen anerkannt wurden.<sup>17</sup> Ein ähnliches „ökozentrisches“ Verbrechen normiert Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. 4 Römisches Statut (RS)<sup>18</sup>. Es folgten weitere Initiativen bzgl. der internationalen Kriminalisierung von Ökozid, allen voran der Anwältin *Higgins*, die ihren Vorschlag 2010 bei der ILC einreichte.<sup>19</sup> Im Jahr 2017 gründeten sie und die jetzige Geschäftsführerin, *Mehta* die Initiative *Stop-Ecocide*,<sup>20</sup> die 2021 einen Tatbestandsentwurf

für das RS veröffentlichte.<sup>21</sup> Dieser stellt den wohl aktuellsten und prominentesten Vorschlag dar und wird auf politischer Ebene vielfach beobachtet und begrüßt.<sup>22</sup>

## 2. Herausforderungen an die Formulierung eines Tatbestandes

### a. Objektiver Tatbestand

Die Umwelt und ihr Schutz stellen das internationale Strafrecht vor besondere Herausforderungen. Zum einen kreieren Umweltbeeinträchtigungen zumeist Probleme bezüglich der Jurisdiktion, wenn angesichts der Extraterritorialität von globalen Schäden unklar ist, wer für die Strafverfolgung verantwortlich sein sollte.<sup>23</sup> Erschwerend hinzu kommt die Vielzahl an Akteur\*innen, Interessenvertreter\*innen und die damit verbundenen Koordinationsprobleme.<sup>24</sup> Insgesamt neigen Staaten möglicherweise eher dazu, private transnationale Straftaten zu kriminalisieren und zu verfolgen als staatliche oder zwischenstaatliche, wobei die Vielzahl der Orte, an denen private transnationale Verbrechen begangen werden, die Jurisdiktionsfrage ebenfalls aufwirft. Bspw. fehlte den Niederlanden im *Trafigura*-Fall<sup>25</sup> eine Gesetzgebung, die es ihnen ermöglicht

5. bis 16. Juni 1972 in Stockholm statt, war die erste Konferenz der Vereinten Nationen zum Thema Umwelt und gilt als Beginn der internationalen Umweltpolitik.

<sup>13</sup> *Chiarini* (Fn. 7), S. 2.

<sup>14</sup> UN Dok. E/CN.4/Sub.2/416, Rn. 462 ff.

<sup>15</sup> *Chiarini* (Fn. 7), S. 8.

<sup>16</sup> UN Dok. A/CN.4/SER.A/1984/Add.II (Part 2), S. 11 Rn. 30; UN Dok. A/CN.4/SER.A/1987 I, S. 56 Rn. 38.

<sup>17</sup> UN Dok. A/CN.4/SER.A/1996/Add.II (Part 2), S. 54, Part 2, Art. 20.

<sup>18</sup> Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998, UNTS Bd. 2187, S. 3; BGBl. 2000 II, S. 1393.

<sup>19</sup> *Polly Higgins*, *Eradicating Ecocide: Laws and governance to prevent the destruction of our planet*, 2010, S. 61 ff.

<sup>20</sup> *Stop Ecocide International*, *Who we are*, abrufbar unter: <https://www.stopecocide.earth/who-we-are/> (zuletzt besucht am 7. Februar 2024).

<sup>21</sup> *Stop Ecocide Foundation*, *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, Commentary and Core Text*, 2021, abrufbar unter: <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf> (zuletzt besucht am 2. Februar 2024), S. 5.

<sup>22</sup> *Wagner* (Fn. 6), S. 478.

<sup>23</sup> *Frédéric Mégret*, *The Problem of an International Criminal Law of the Environment*, in: *Columbia Journal of Environmental Law* 36 (2011), S. 195–258 (213).

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Trafigura Beheer B.V. ./ Niederlande* (13/846003-06), Urteil vom 23. Juli 2010.

hätte, in Côte d'Ivoire (Elfenbeinküste) begangene Taten strafrechtlich zu verfolgen, da weder ihr Hoheitsgebiet noch ihre Staatsangehörigen betroffen waren. Bei der Verfolgung von extraterritorialen Straftaten können Staaten sich außerdem mit dem Verdacht der Einmischung in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten konfrontiert sehen. Darüber hinaus können einige Schäden gar nicht erst lokalisierbar sein, da sie an vielen Orten gleichzeitig auftreten, bspw. die globale Erwärmung. Der transnationale Charakter eines Großteils der Umweltschäden führt auch zu einer permanenten Trennung zwischen Tätern und Opfern und dazu, dass die für den Schaden verantwortlichen privaten Akteur\*innen, welche zudem oftmals im globalen Norden angesiedelt sind, vor den realen, wie auch strafrechtlichen Folgen geschützt sind.<sup>26</sup>

Zum anderen können sich Probleme im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgrundsatz ergeben.<sup>27</sup> In Art. 22 Abs. 2 RS ist der strafrechtliche Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ kodifiziert. Eine Ausprägung dieses Grundsatzes ist der Bestimmtheitsgrundsatz. Hinzu kommen außerdem menschenrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit von Straftatbeständen.<sup>28</sup> Es stellt sich die Frage, wie die

Erscheinungsformen des Ökozids damit zu vereinbaren sind. Für eine strafrechtliche Relevanz auf internationaler Ebene braucht es für die Beeinträchtigungen zudem einen Schwellenwert, der für Ökozid vornehmlich als „widespread“, „long-term“ und „severe“ diskutiert wird.<sup>29</sup> Die Begriffe ähneln den Formulierungen im Zusatzprotokoll I zur Genfer Konvention,<sup>30</sup> das Umweltkriegsübereinkommen (*Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques*, ENMOD-Konvention)<sup>31</sup>, dem ILC *Draft Code of Crimes*<sup>32</sup> sowie Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. 4 RS. Hilfreich könnte hier das Herausstellen besonderer Erscheinungsformen sein, ähnlich dem Vorgehen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der sich nach seiner Rechtsprechung auf Umweltschäden beschränkt, die direkte Auswirkungen auf natürliche Personen haben,<sup>33</sup> oder des Internationalen Seegerichtshofes (ISGH), der ausschließlich schwere Beeinträchtigungen der marinen Ökosysteme

<sup>26</sup> *Mégret* (Fn. 23), S. 213 f.

<sup>27</sup> *Wagner* (Fn. 6), S. 481.

<sup>28</sup> Gem. Art. 15 Abs. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1534 und Art. 17 Abs. 1 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 4. November 1950, UNTS Bd. 213, S. 221, darf nur ein hinreichend klares und bestimmt formuliertes Gesetz einen Straftatbestand bilden; siehe zur Auslegung des Art. 7 Abs. 1 EMRK; EGMR, *Kokkonakis ./. Griechenland* (14307/88), Urteil vom 25. Mai 1993, Rn. 52; EGMR, *S.W. ./. Vereinigtes Königreich* (20166/92), Urteil vom 22. November 1995, Rn. 35; EGMR, *C.R. ./. Vereinigtes Königreich* (20190/92), Urteil vom 22. November 1995, Rn.

33; EGMR, *Streletz u.a. ./. Deutschland* (34044/96; 35532/97; 44801/98), Urteil vom 22. März 2001, Rn. 50.

<sup>29</sup> *Darryl Robinson*, *Ecocide – Puzzles and Possibilities*, in: *Journal of International Criminal Justice* 20 (2022), S. 313–347 (328).

<sup>30</sup> Art. 35 Abs. 3, Art. 55 Abs. 1 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I), 8. Juni 1977, UNTS Bd. 1125, S. 3.

<sup>31</sup> Umweltkriegsübereinkommen, 10. Dezember 1976, UNTS Bd. 1108, S. 151.

<sup>32</sup> *Yearbook of the International Law Commission* 1991, Vol II (Part 2), *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1, S. 94 ff., Art. 21, 26; *Yearbook of the International Law Commission* 1996, Vol II (Part 2), *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1, S. 53 ff., Art. 20.

<sup>33</sup> Art. 34 EMRK.

verfolgt.<sup>34</sup> Dem Ansatz, besondere Erscheinungsformen herauszustellen, folgen auch die Expert\*innen der *University of California* (UCLA) in ihrer Definition, welche Umweltverschmutzung an Land, im Meer und der Luft; Zerstörung von Lebensräumen, Ökosystemen und geschützten Arten; gefährliche Abfälle; ozonabbauende Stoffe; persistente organische Schadstoffe und Treibhausgase umfasst.<sup>35</sup> Der Entwurf enthält außerdem, ähnlich zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit,<sup>36</sup> mit der Formulierung “any other acts of a similar character likely to cause an ecological disaster” einen Auffangtatbestand,<sup>37</sup> der den “*inhumane acts of a similar character*” aus Art. 7 Abs. 1 lit. k RS nachgebildet wurde.<sup>38</sup> Dies erscheint im Hinblick auf den Fortschritt der Technologien und die Entwicklung der Wirtschaft auch richtig, denn “one would never be able to catch up with the imagination of future tortures”<sup>39</sup>.

## b. Subjektiver Tatbestand

Das RS kennt verschiedene Vorsatzformen. Zunächst setzt Art. 30 Abs. 2 RS direkten und indirekten Vorsatz als subjektives Element fest, während Art. 30 Abs. 1 RS Abweichungen hiervon zulässt. Solche fin-

den sich in Art. 6 RS, der einen speziellen Vernichtungsvorsatz voraussetzt, um das Töten von einem Genozid zu differenzieren. Andere Vorsatzformen sind beispielsweise “was aware of” aus Art. 7 Abs. 1 RS und Art. 8 Abs. 2 lit. a Nr. 2 RS sowie “Intentionally [...] in the knowledge” aus Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. 4 RS. Eine Zerstörungsabsicht i. S. d. Art. 6 RS der gesamten oder partiellen Umwelt, wie sie den Kritiker\*innen logisch erscheinen würde,<sup>40</sup> wäre, wenn überhaupt, wohl schwer nachzuweisen.<sup>41</sup> Dies schließt auch den direkten Vorsatz i. S. d. Art. 30 Abs. 2 lit. a RS aus. Ein indirekter Vorsatz i. S. d. Art. 30 Abs. 2 lit. b 2. Alternative RS würde demgegenüber lediglich Wissen darüber voraussetzen, dass die erforderlichen Schäden bei gewöhnlichem Verlauf der Ereignisse eintreten werden. Auch dies erscheint nicht zielführend im Hinblick auf die oft unvorhersehbaren Konsequenzen eines Verhaltens für die Umwelt.<sup>42</sup> Während Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. 4 RS mit der Anforderung des Wissens über die Unverhältnismäßigkeit teilweise als zu eng kritisiert wird,<sup>43</sup> machen niedrigere Anforderungen wie *Dolus eventualis* korrigierenden Einschränkungen erforderlich.<sup>44</sup> Hier könnte das einschränkende Merkmal *wanton*, nämlich “with reckless disregard for damage which would be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated”<sup>45</sup>, die geforderte Einschränkung des Eventual-

<sup>34</sup> Art. 290 Abs. 1 und Annex VI Art. 21 Seerechtsübereinkommen, 10. Dezember 1982, UNTS Bd. 1833, S. 3.

<sup>35</sup> UCLA Group of Experts, Proposed Definition of Ecocide, 9. April 2021, abrufbar unter: <https://ecocidelaw.com/wp-content/uploads/2022/02/Proposed-Definition-of-Ecocide-Promise-Group-April-9-2021-final.pdf> (zuletzt besucht am 23. Januar 2024), S. 2, III. 1.

<sup>36</sup> IStGH (PTC), Situation Kenia, Beschluss vom 23. Januar 2012 – ICC-01/09-02/11-382, Rn. 269.

<sup>37</sup> UCLA Group of Experts (Fn. 35), S. 2, III. 1. h.

<sup>38</sup> *Danuta Palarczyk*, Ecocide before the International Criminal Court: Simplicity is Better Than an Elaborate Embellishment, in: *Criminal Law Forum* 34 (2023), S. 147–207 (162).

<sup>39</sup> IStGHJ (TC), Blaškić, Urteil vom 3. März 2000, Nr. IT-95-14-T, Rn. 237.

<sup>40</sup> Bspw. *Michael Karnavas*, Ecocide: Environmental Crime of Crimes or Ill-Conceived Concept?, *OpinioJuris* vom 29. Juli 2021.

<sup>41</sup> *Robinson* (Fn. 29), S. 331.

<sup>42</sup> *Ibid.*, S. 332.

<sup>43</sup> *Kevin Jon Heller/Jessica C. Lawrence*, The Limits of Article 8 (2) (b) (iv) of the Rome Statute, the First Ecocentric Environmental War Crime, in: *Georgetown International Environmental Law Review* 20 (2007), S. 61–100 (72).

<sup>44</sup> *Wagner* (Fn. 6), S. 484.

<sup>45</sup> *Stop Ecocide Foundation* (Fn. 21), S. 10.



vorsatzes bilden. Damit dies jedoch hinter dem als zu eng charakterisierten Wissen nach Art. 8 Abs. 2 lit. b Nr. 4 RS zurückbleibt, wäre eine Modifikation zu “should have known or consciously disregarded information which clearly indicated that the damage would be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated”, angelehnt an die Vorgesetztenverantwortlichkeit aus Art. 28 lit. a Nr. 1 RS und Art 28 lit. b Nr. 1 RS denkbar. Dies entspräche auch dem ursprünglichen Entwurf von *Higgins*, welche die Strafbarkeit ebenfalls auf die Vorgesetztenverantwortlichkeit stützte.<sup>46</sup> So können i. S. d. Art. 28 RS insbesondere Vorgesetzte mit politischer, militärischer, rechtlicher und administrativer Macht belangt werden.<sup>47</sup> Dennoch bedarf es einer Auseinandersetzung, ob darunter auch Spätfolgen einer neuartigen Technik, die gravierender als zunächst erwartet ausfallen, zu verstehen sind.<sup>48</sup> Weiterhin wird bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit zu fragen sein, auf wessen Betrachtungsweise abzustellen ist.<sup>49</sup> In der Konstellation Staat-Unternehmen-Nachbarstaat werden bspw. alle Akteur\*innen unterschiedliche Gewichtungen für den wirtschaftlichen Nutzen wie auch für die Schwere der Umweltschäden geltend machen.

<sup>46</sup> *Polly Higgins/Damien Short/Nigel South*, Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide, in: *Crime, Law and Social Change* 59 (2013), S. 251–266 (257).

<sup>47</sup> *Otto Triffterer*, in: *Otto Triffterer/Kai Ambos* (Hrsg.), *Rome Statute of the International Criminal Court*. A Commentary, 4. Auflage 2022, S. 1076 Rn. 46.

<sup>48</sup> *Wagner* (Fn. 6), S. 484.

<sup>49</sup> *Stefanie Bock*, Ökozid – ein neues völkerstrafrechtliches Kernverbrechen?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 54 (2021), S. 187–188 (188).

### III. Menschenrechtsschutz als Argument für den Ökozidatbestand

Der Zusammenhang zwischen Umwelt und Menschenrechten wird spätestens seit der Stockholm-Konferenz 1972 auf internationaler Ebene diskutiert.<sup>50</sup> Der Bericht der UN-Sonderberichterstatterin für Menschenrechte und Umwelt von 1994 legt die Gefährdung grundlegender Menschenrechte durch Umweltbeeinträchtigungen dar.<sup>51</sup> Der UN-Menschenrechtsrat erkennt den negativen Effekt des Klimawandels für die Menschenrechte an und betont in seiner 2021 verabschiedeten Resolution die Gefahr für die Menschenrechte durch Beeinträchtigungen der Umwelt.<sup>52</sup> Das *International Panel on Climate Change* (IPCC) benennt den Klimawandel wiederholt als eine der größten Herausforderungen für die Menschenrechte.<sup>53</sup> Im Folgenden sollen insbesondere durch Ökozid betroffene Menschenrechte herausgestellt und Schutzlücken im bestehenden Menschenrechtssystem aufgezeigt werden.

#### 1. Betroffene Menschenrechte

##### a. Recht auf Leben und Gesundheit

Das Recht auf Leben ist in Art. 3 AEMR<sup>54</sup>, Art. 2 EMRK und Art. 6 IPbpR verankert.

<sup>50</sup> UN Dok. A/CONF.48/14/Rev.1, S. 4.

<sup>51</sup> UN Dok. E/CN.4/Sub.2/1994/9, Rn. 248.

<sup>52</sup> UN Dok. A/HRC/46/L.6/Rev.1, S. 2.

<sup>53</sup> IPCC, *Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, 2018, S. 9; IPCC, *Summary for Policymakers* 2023, S. 15.

<sup>54</sup> Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, A/810, S. 71.

Der EGMR aktiviert im Umweltkontext zu meist Art. 2 und 8 EMRK gemeinsam, um Schutz gegen Bedrohungen des Lebens oder der Gesundheit abzuleiten, welche von Umweltverschmutzung, umweltgefährdenden Tätigkeiten und Naturkatastrophen ausgehen.<sup>55</sup> Art. 2 EMRK findet Anwendung, sofern Staaten von einem “real and immediate” oder “serious” Risiko für das Leben wussten oder hätten wissen müssen,<sup>56</sup> und entfaltet dann eine Handlungspflicht bzgl. der Vermeidung dieses Risikos.<sup>57</sup> Der UN-Menschenrechtsausschuss (MRA) leitet aus Art. 6 IPbpR eine Schutzpflicht für Staaten ab, welche das Treffen von Schutzmaßnahmen gegen Umweltverschmutzung und Klimawandel beinhaltet.<sup>58</sup> Ähnlich wie der EGMR sieht auch der MRA eine mögliche Bedrohung des Privat- und Familienlebens durch Umweltverschmutzung, was zu einer Verletzung von Art. 17 IPbpR führen könne.<sup>59</sup> Der Klimawandel stellt laut UN-Vertrags-

organen eine Gefährdung für das Recht auf Leben und Gesundheit dar,<sup>60</sup> der UN-Kinderrechtsausschuss sieht ihn als größte Bedrohung für die Gesundheit von Kindern.<sup>61</sup> Die Auswirkungen des Klimawandels führen laut IPCC zu mehr Todesfällen durch Hitzewellen, Überschwemmungen, Dürren und Epidemien.<sup>62</sup> Laut Weltgesundheitsorganisation (*World Health Organisation*, WHO) beeinflusst der Klimawandel die sozialen und ökonomischen Gesundheitsfaktoren, was zwischen 2030 und 2050 zu einem Anstieg der weltweiten Todesfälle um 250.000 pro Jahr führen könnte.<sup>63</sup> Zusätzliche Risikofaktoren für das Recht auf Leben resultieren aus Umweltbeeinträchtigungen wie Luft- und Wasserverschmutzung sowie aus durch Nahrung übertragbare Krankheiten.<sup>64</sup>

#### b. Recht auf menschenwürdige Lebensgrundlagen und Behandlung

Der Sozialausschuss schließt in das Recht auf Gesundheit aus Art. 12 IPwskR<sup>65</sup> die Verfügbarkeit, den Zugang und die Qualität der Gesundheitsversorgung sowie sauberes Trinkwasser, sanitäre Einrichtungen und eine angemessene Versorgung mit Lebensmitteln ein.<sup>66</sup> Das Recht auf Nahrung aus Art. 11 IPwskR verpflichtet den Staat

<sup>55</sup> EGMR, *Cordella u.a. ./.* Italien (54414/13, 54264/1), Urteil vom 24. Januar 2019, Rn. 163, 169, 172; EGMR, *Taşkin u.a. ./.* Türkei (46117/99), Urteil vom 10. November 2004, Rn. 113; EGMR, *Hardy und Maile ./.* Vereinigtes Königreich, (31965/07), Urteil vom 14. Februar 2012, Rn. 189; EGMR, *Tătar ./.* Rumänien (67021/01), Urteil vom 27. Januar 2009, Rn. 93, 107; EGMR, *Jugheli u.a. ./.* Georgien (38342/05), Urteil vom 13. Juli 2007, Rn. 67.

<sup>56</sup> EGMR, *Brincat u.a. ./.* Malta (60908/11), Urteil vom 24. Juli 2014, Rn. 82; EGMR, *Budayeva u.a. ./.* Russland (15339/02), Urteil vom 20. März 2018, Rn. 146.

<sup>57</sup> EGMR, *Osman ./.* Vereinigtes Königreich (87/1997/871/1083), Urteil vom 28. Oktober 1998, Rn. 116; EGMR, *Öneryıldız ./.* Türkei (48939/99), Urteil vom 30. November 2004, Rn. 101; EGMR, *Budayeva u.a. ./.* Russland (15339/02), Urteil vom 20. März 2018, Rn. 140.

<sup>58</sup> MRA, *Teitiota ./.* Neuseeland (2728/2016), Auffassung vom 23. September 2020, UN Dok. CCPR/C/127/D/2728/2016, Rn. 9.4, 9.11.

<sup>59</sup> MRA, *Portillo Cáceres u.a. ./.* Paraguay (2751/2016), Auffassung vom 20. September

2019, UN Dok. CCPR/C/126/D/2751/2016, Rn. 7.8.

<sup>60</sup> UN Dok. HRI/2019/1, Rn. 3.

<sup>61</sup> UN Dok. CRC/C/GC/15, Rn. 50.

<sup>62</sup> IPCC (Fn. 2), S. 16 f.

<sup>63</sup> WHO, *Climate Change – Factsheet*, 12. Oktober 2023, abrufbar unter: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/climate-change-and-health> (zuletzt besucht am 8. Februar 2024).

<sup>64</sup> IPCC (Fn. 2), S. 16 f.

<sup>65</sup> Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 993, S. 3; BGBl. 1973 II, S. 1570.

<sup>66</sup> UN Dok. HRI/GEN/1/Rev.9 I, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Rn. 11 f.

sicherzustellen, dass die Bevölkerung über Nahrung in ausreichender Qualität und Quantität verfügt.<sup>67</sup> Laut IPCC gefährdet der Klimawandel die Sicherheit von Nahrung und Trinkwasser.<sup>68</sup> Das Recht auf menschenwürdige Behandlung aus Art. 3 EMRK schützt vor negativen körperlichen Einwirkungen aus der Umwelt für den Körper, sofern diese eine bestimmte Schwere erreichen.<sup>69</sup> Eine solche Behandlung kann laut MRA auch die Abschiebung in ein vom Klimawandel betroffenes Land darstellen.<sup>70</sup>

### c. Territoriale Rechte und Eigentum

Die Erweiterung von Eigentumsrechten auf die Umwelt hat bereits Einzug in die Rechtsprechung des EGMR<sup>71</sup> und des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR)<sup>72</sup> gehalten. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, CESCR) hat im Dezember 2022 außerdem die Allgemeine Bemerkung Nr. 26 verabschiedet, welche sich mit den staatlichen Pflichten bzgl. Zugang und Kontrolle von Land beschäftigt, die zur Sicherung der Rechte

des IPwskR dienen.<sup>73</sup> Dieser Ansatz des CESCR, Land als eine Ressource einzuordnen und die Beziehung der Menschen dazu als Eigentumsverhältnis, könnte jedoch eine verpasste Chance sein den Menschenrechtsschutz dadurch voranzutreiben, die Rechte der Natur selbst anzuerkennen.<sup>74</sup> Darüber hinaus sichert Abkommen Nr. 169<sup>75</sup> der Internationalen Arbeitsorganisation (*International Labour Organization*, ILO) indigenen Völkern und lokalen Gemeinschaften (*Indigenous Peoples and Local Communities*, IPLC) territoriale Rechte zu und auch die UN stärken diese mit der Deklaration der Rechte indigener Völker (*Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UNDRIP)<sup>76</sup>. Territoriale und auch weitere Menschenrechte insbesondere von IPLC werden durch Umweltbeeinträchtigungen massiv gefährdet, da ihre Identität und Kultur eng mit der Umwelt verbunden sind.<sup>77</sup>

## 2. Schutzlücken

Der Zusammenhang zwischen Ökozid und Menschenrechtsverletzungen ist evident und international bereits seit Jahrzehnten anerkannt. Das bestehende System der Menschenrechte weist jedoch Schutzlücken im Zusammenhang mit Umweltbeeinträchtigungen auf.

Bspw. fehlt ein verbindlich ausgestaltetes Menschenrecht auf eine gesunde Umwelt, das den intrinsischen Wert der Natur für

<sup>67</sup> Eva Seidnitzer, Ökozid – das Gesetz ändern, die Erde schützen?, Nürnberger Menschenrechtszentrum, 18. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.menschenrechte.org/wp-content/uploads/2021/10/Oekoizid.pdf> (zuletzt besucht am 8. Februar 2024), S. 8.

<sup>68</sup> IPCC (Fn. 2), S. 15.

<sup>69</sup> EGMR, *Lopez Ostra* ./ *Spanien* (16798/90), Urteil vom 9. Dezember 1994, Rn. 60.

<sup>70</sup> MRA, *Teitiota* ./ *Neuseeland* (2728/2016), Auffassung vom 23. September 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016, Rn. 9.11.

<sup>71</sup> EGMR, *Öneryildiz* ./ *Türkei* (48939/99), Urteil vom 30. November 2004; EGMR, *Kolyadenko u.a.* ./ *Russland* (17423/05), Urteil vom 28. Februar 2012.

<sup>72</sup> IAGMR, *Saramaka People* ./ *Suriname* (Series C No. 172), Urteil vom 28. November 2007, Rn. 121.

<sup>73</sup> UN Dok. E/C.12/GC/26, Rn. 4, 6 ff.

<sup>74</sup> Gabriele Wadling, Beyond Property Relations, Völkerrechtsblog vom 19. April 2023, S. 3.

<sup>75</sup> Übereinkommen über indigene Völker vom 27. Juni 1989, UNTS Bd. 1650, S. 383, Abschnitt II.

<sup>76</sup> UN Dok. A/Res/61/295, bspw. Art. 8 Abs. 2 lit. b, Art. 10, 26.

<sup>77</sup> IPCC (Fn. 2), S. 17.

den Menschen berücksichtigt und dementsprechend bereits Umweltbeeinträchtigungen als solche als Rechtsverletzung ansieht. Stattdessen wird versucht, den Schutzgehalt bestehender Menschenrechte auf den Schutz der Umwelt auszuweiten. Man spricht auch von einem „greening“<sup>78</sup> der Menschenrechte, konkret der Erweiterung der Menschenrechte um Umweltgarantien, wie oben in Bezug auf das Recht auf Leben und Gesundheit bzw. territoriale Rechte beschrieben. Dem zugrunde liegt der Gedanke, dass der Schutz von Menschenrechten von der Umwelt abhängig ist.

Daraus folgt jedoch gleichzeitig, dass Klagen wegen mangelnden Zusammenhangs von Umweltbeeinträchtigungen und direkten Menschenrechtsverletzungen abgewiesen werden.<sup>79</sup> Dies stellt für ohnehin vulnerable Gruppen, wie bspw. Frauen und Menschen mit Behinderung,<sup>80</sup> eine Schutzlücke dar. Ihre Vulnerabilität<sup>81</sup> wird durch Umweltbeeinträchtigungen verstärkt und so die Gefahr für und die tatsächliche

Verletzung von ihren Menschenrechten gesteigert.<sup>82</sup>

Dennoch wird überwiegend an der anthropozentrischen Ausrichtung der Menschenrechte festgehalten. Hier kann die generelle Kritik an den Menschenrechten bzgl. ihrer Orientierung an westlichen Werten und der damit verbundenen schwachen rechtlichen Stellung der Natur angebracht werden.<sup>83</sup> Insbesondere für IPLC stellt dies eine Schutzlücke dar.<sup>84</sup> Sie sehen sich, ihr Territorium und ihre Ressourcen zumeist von großen Industrien bedroht,<sup>85</sup> die nur mittelbar an die Menschenrechte gebunden sind.<sup>86</sup> Zudem ergibt sich aus der Zerstörung der Umwelt, die für IPLC *per se* einen brutalen Eingriff darstellt,<sup>87</sup> für sich genommen noch keine Menschenrechtsverletzung und mithin keine Aussicht auf Schutz vor den Gerichten. Die von IPLC erlebten sozialen, wirtschaftlichen und umweltbezogenen Ungerechtigkeiten werden in der Rechtswissenschaft und so auch

<sup>78</sup> Nils Wegner, Subjektiv-rechtliche Ansätze im Völkerrecht zum Schutz biologischer Vielfalt, Schriften zum Umweltrecht, 187, 2018, S. 159 f.; siehe hierzu auch: Andreas Buser, Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen und die Klimakrise – Die Entscheidung Billy et al. gegen Australien und ihr Beitrag zur „Begrünung“ des Menschenrechtsschutzes, in: MenschenRechtsMagazin 28 (2023) 1, S. 74–84 (76 ff.).

<sup>79</sup> Peter Gailhofer/Cara-Sophie Scherf, Liability of Private Actors in International Law, in: Peter Gailhofer et al. (Hrsg.), Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm, 2023, S. 85–130 (S. 111 Rn. 58).

<sup>80</sup> Itzá Castañeda Camey et al., Gender-based violence and environment linkages. The violence of inequality, 2020, S. 6 ff., 32, 74 f.; UN Dok. A/HRC/50/57, Rn. 14.

<sup>81</sup> Hierzu auch Catharina Caspari, Situative Vulnerabilität als Ausdruck der Menschenrechtssprache?, in: MenschenRechtsMagazin 28 (2023) 1, S. 5–15 (5 ff.).

<sup>82</sup> UN Dok. A/HRC/50/57, Rn. 4 f.

<sup>83</sup> Irène Bellier/Jennifer Hays, Indigenous peoples' rights. Global circulation, colonial heritage, and resistance, in: Dies. (Hrsg.), Scales of governance and indigenous peoples: new rights or same old wrongs?, 2020, S. 1–21 (7).

<sup>84</sup> Lauren J. Eichler, Ecocide Is Genocide: Decolonizing the Definition of Genocide, in: Genocide Studies and Prevention 14 (2020), S. 104–121 (104).

<sup>85</sup> Hans-Kristian Hernes et al., Indigenous rights and governance theory. An introduction, in: Ders. et al. (Hrsg.), Indigenous peoples, natural resources and governance: Agencies and interactions, S. 1–15 (1).

<sup>86</sup> Gailhofer/Scherf (Fn. 79), S. 124 Rn. 85 f.

<sup>87</sup> Brad Coombes, Personifying Indigenous Rights in Nature? Treaty Settlement and Co-Management in Te Urewera, in: Rani-Henrik Andersson et al. (Hrsg.), Bridging Cultural Concepts of Nature: Indigenous People and Protected Spaces of Nature, S. 29–60 (50).

in den Menschenrechten noch immer zu großen Teilen ignoriert.<sup>88</sup>

Herausforderungen für den Menschenrechtsschutz ergeben sich außerdem aus dem Umstand, dass nicht nur Individuen, sondern ganze Gruppen in gleicher Weise in ihren Menschenrechten betroffen sind.<sup>89</sup> Kollektive Menschenrechte wie das Selbstbestimmungsrecht der Völker finden sich zwar in verschiedenen Menschenrechtsdokumenten,<sup>90</sup> der Schutzbereich sowie die Durchsetzungsmöglichkeiten sind jedoch nicht abschließend geklärt.<sup>91</sup>

Geflüchtete Menschen sind nicht nur besonders vulnerabel gegenüber Ökoziden, bzw. durch Ökozide zur Flucht gezwungen.<sup>92</sup> Ihre Rechte werden dadurch eingeschränkt, dass sie bei einer Flucht aufgrund von Umweltbeeinträchtigungen nicht als Geflüchtete sondern lediglich als Vertriebene anerkannt werden,<sup>93</sup> was die oftmals westlichen Zielländer, die ihrerseits überproportional Ökozide verursachen, aus der Verantwortung zur Aufnah-

me und zum Schutz ihrer Menschenrechte nimmt.<sup>94</sup>

Für Kinder und zukünftige Generationen werden bereits jetzt die Grundsteine für zukünftige Menschenrechtsverletzungen durch Maßnahmen für die Eindämmung der und den Umgang mit den Auswirkungen von Ökoziden gelegt, welche mittelbare Einschränkungen ihrer Freiheitsrechte bedeuten können.<sup>95</sup> Auch für sie besteht bisher kein ausreichender Schutz durch die Menschenrechte, obwohl das Konzept der Generationengerechtigkeit mindestens seit dem Brundtland-Bericht von 1987 international anerkannt ist.<sup>96</sup> Die Existenz einer Gefahr für zukünftige Menschenrechtsverletzungen durch gegenwärtige Ökozide wird zwar teilweise von Gerichten anerkannt, eine Verletzung subjektiver Rechte dadurch wird jedoch entweder nicht gesehen oder den Staaten ein weiter Ermessensspielraum bzgl. der Ausgestaltung etwaiger Schutzpflicht eingeräumt.<sup>97</sup> Für den Schutz von Art. 2 und 8 EMRK muss der Staat bspw. keine Maßnahmen ergreifen, die eine “impossible or disproportionate” Last bedeuten würden.<sup>98</sup> Das bedeutet jedoch, dass andere Interessen ein Gegengewicht zu Umwelt- und Menschenrechtsschutz bilden können. Der EGMR sieht zudem Staaten als die passenden Akteure für das Abwägen von

<sup>88</sup> *Averi R. Fegedal*, Green Victimization of Native Americans: Uranium Mining as a Form of Toxic Colonialism and Genocide, in: *Critical Criminology* 31 (2023), S. 489–505 (489).

<sup>89</sup> *Gailhofer/Scherf* (Fn. 79), S. 109 Rn. 56.

<sup>90</sup> Das Recht findet sich im gemeinsamen Art. 1 des IPbpR und des IPwskR, sowie in der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, UN Conference on International Organization Documents Bd. 15 (1945), S. 335, in der zuletzt geänderten Fassung vom 20. Dezember 1971, UNTS Bd. 557, S. 143; 638, S. 308; 892, S. 119; BGBl. 1973 II, S. 431; 1974 II, S. 770; 1980 II, S. 1252.

<sup>91</sup> *Wolfgang Danspeckgruber*, Self-Determination in Our Time: Reflections on Perception, Globalization and Change, in: Jörg Fisch (Hrsg.), *Die Verteilung der Welt. Selbstbestimmung und das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, 2011, S. 307–331 (308).

<sup>92</sup> IPCC (Fn. 2), S. 16 f.

<sup>93</sup> UN Dok. E/CN.4/1998/53/Add.2, S. 5.

<sup>94</sup> *Nowrin Tabassum*, The Politics of Climate Change Knowledge. Labelling Climate Change-induced Uprooted People. *Transforming Environmental Politics and Policy*, 4, 2022, S. 16.

<sup>95</sup> *Gailhofer/Scherf* (Fn. 79), 121 Rn. 76.

<sup>96</sup> UN Dok. A/42/427, S. 54, Chapter 2, Rn. 1.

<sup>97</sup> EGMR, *Lopez Ostra ./.* Spanien (16798/90), Urteil vom 9. Dezember 1994, Rn. 51; EGMR, *Hatton u.a. ./.* Vereinigtes Königreich (36022/97), Urteil vom 8. Juli 2003, Rn. 97; EGMR, *Cordella u.a. ./.* Italien (54414/13, 54264/15), Urteil vom 24. Januar 2019, Rn. 158.

<sup>98</sup> EGMR, *Stoicesu und Stoicesu ./.* Rumänien (9718/03), Urteil vom 26. Juli 2011, Rn. 51, 59.

Interessen von Individuen, deren Rechte durch Umweltbeeinträchtigungen eingeschränkt werden, gegen Interessen der Gesellschaft als Ganzes.<sup>99</sup> Dies bedeutet im Ergebnis eine Selbstbeschränkung der Menschenrechtsgerichte und mithin des Menschenrechtsschutzes.<sup>100</sup>

Den Staaten des globalen Nordens kommt zudem eine besondere Machtstellung zu. Sie profitieren von den Ökozide auslösenden Faktoren und Handlungen am meisten und sind gleichzeitig am wenigsten von den Auswirkungen betroffen. Derzeit sind die G20-Staaten für über 75 % der jährlichen Treibhausgasemissionen verantwortlich<sup>101</sup> und auch historisch betrachtet sind die größten Emittenten seit der industriellen Revolution die derzeit reichsten Länder.<sup>102</sup> Auch Art. 3 UNFCCC berücksichtigt die verschieden große Verantwortung der Staaten und die besondere Vulnerabilität der Staaten des globalen Südens. Diesen fehlen zudem ausreichend Ressourcen und Möglichkeiten, um sich angemessen anpassen und die Menschenrechte ihrer Bevölkerung schützen zu können.<sup>103</sup> Mithin wird ein Zusammenhang zwischen kolonialen Strukturen und Umweltbeeinträchtigungen, insbesondere dem Klima-

wandel gesehen.<sup>104</sup> Dieser perpetuiert die Auswirkungen des Kolonialismus und hat Diskriminierungen zur Folge.<sup>105</sup> Im Ergebnis führt dies zu Fluchtbewegungen vom globalen Süden in den globalen Norden, also hin zu den Verursacherstaaten, welche sich aufgrund der Nichtanerkennung von Ökozid als Fluchtgrund jedoch weiter aus der Verantwortung ziehen können.<sup>106</sup>

## IV. Lückenschließung durch Ökozidatbestand

### 1. Strafrecht als richtiges Rechtsgebiet für den Menschenrechtsschutz

Zunächst ist festzuhalten, dass Strafrechtsnormen aufgrund der an sie geknüpften Sanktionen einen starken Eingriff für Betroffene darstellen und dem Strafrecht mithin eine *Ultima ratio*-Funktion zukommt; dies würde auch für eine Strafbarkeit wegen Verbrechen gegen die Umwelt gelten. Die Umwelt hat jedoch einen intrinsischen Wert für das Wohlergehen der Menschheit und mithin die Garantie der Menschenrechte. Dadurch wird die Umwelt zu einem für den Menschen unentbehrlichen Gut, das angesichts der aufgeführten Schutzlücken effektiver und umfangreicher geschützt werden muss.

Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz.<sup>107</sup> Dafür sollen das Vertrauen in die Rechtsordnung gestärkt werden, potentielle Delinquente von der Begehung von Straftaten abgehalten und die Gesellschaft vor

<sup>99</sup> EGMR, *Greenpeace e.V. u.a. ./.* Deutschland (18215/06), Urteil vom 12. Mai 2009.

<sup>100</sup> *Gailhofer/Scherf* (Fn. 79), S. 111 f. Rn. 61.

<sup>101</sup> Ohne die 2023 aufgenommene Afrikanische Union; *Jan Burck et al.*, Climate Change Performance Index 2023, abrufbar unter: <https://ccpi.org/download/climate-change-performance-index-2023/>, S. 6.

<sup>102</sup> Amnesty International, Stop burning our Rights! What Governments and Corporations must do to protect Humanity from the Climate Crisis. Executive Summary, 2021, abrufbar unter: <https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/4110/2021/en/> (zuletzt besucht am 10. Januar 2023), S. 7.

<sup>103</sup> *Seidnitzer* (Fn. 67), S. 9.

<sup>104</sup> *Henrike Narr*, Nothing About Us Without Us. Access for Indigenous Peoples to the United Nations and Perceptions of Legitimacy, 2019, S. 108.

<sup>105</sup> Amnesty International (Fn. 102), S. 5.

<sup>106</sup> *Tabassum* (Fn. 94), S. 16.

<sup>107</sup> *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1997, § 2.

überführten Straftäter\*innen geschützt werden.<sup>108</sup> Das Strafrecht und so auch das Völkerstrafrecht verfolgen mithin unbestritten auch präventive Zwecke.<sup>109</sup> Bisher sind Rechtsordnungen jedoch so konzipiert, dass sie die menschliche Dominanz über die Natur perpetuieren.<sup>110</sup> Eine ökozentrische Straftat, die in ihrer Anwendung keine Abwägungen zulässt und gleichzeitig präventiv wirkt, spiegelt eine gegenseitig vorteilhafte Beziehung zwischen Menschen und Natur eher wider. Nicht nur wird der Natur und ihrer Unversehrtheit als Rechtsgut mangels möglicher Abwägung gegen andere Interessen eine stärkere Stellung eingeräumt. Eine stärkere Prävention von Umweltverbrechen entspricht auch einem der zentralen Prinzipien des Umweltvölkerrecht, welches Prävention ebenfalls als wirksamsten Schutzmechanismus für Natur und Umwelt ansieht.<sup>111</sup>

Aufgrund der Präventivwirkung des Völkerstrafrechts kann schon die Schaffung eines Ökozidatbestands allein unabhängig von der tatsächlichen Verfolgung das Schutzniveau für die Umwelt und mithin die Menschenrechte erhöhen, denn bereits die Strafandrohung kann potenzielle Täter\*innen und Teilnehmer\*innen von der Tat abhalten. Nicht nur bringt das Strafrecht Instrumente wie strafrechtliche Sanktionen, Stigmatisierung, gerichtliche Reichweite und die Verpflichtung zur Verfolgung mit sich. Sogar weitaus größer kann der soziale und kulturelle Wert

der Anerkennung als Verbrechen sein, der zumeist auch gesellschaftliche Aufmerksamkeit einfordert.<sup>112</sup>

Im Vergleich zu dem “naming and shaming“-Mechanismus des Menschenrechtsschutzes oder der Verurteilung von Staaten zu einem Verhalten stellen drohende Individualfreiheitsstrafen einen deutlich größeren Anreiz zur Normbefolgung dar.<sup>113</sup> Ein weiterer Vorteil gegenüber dem System der Menschenrechte besteht darin, dass ein ökozentrisch ausgerichtetes Verbrechen nicht an eine Verletzung von Individualinteressen i. S. d. Menschenrechte gebunden ist. So können die Positionen vulnerabler Gruppen gestärkt werden, da ein Prozess von Amts wegen eingeleitet wird und nicht von der Position bzw. der Existenz eines „Opfers“ abhängig ist.

Zudem könnte eine Strafbarkeit wegen Ökozid auch auf Verantwortungsträger\*innen von Unternehmen ausgeweitet werden. Auch hier besteht eine gegenüber haftungsrechtlichen Regelungen vorteilhaftere Steuerungswirkung. So können Strafzahlungen bei Vertragsbruch wirtschaftlich abgewogen werden, Individualfreiheitsstrafen nicht. Dies entspricht auch dem internationalen Umweltrecht, welches das Präventionsprinzip als wirksamstes Instrument priorisiert<sup>114</sup> und erscheint auch für den Menschenrechtsschutz effektiv, da Menschenrechtsverletzungen nicht umkehrbar sind, sodass Prävention ein höherer Schutzgehalt zukommt.

Zwar ist auch die *Ultima-ratio*-Funktion des Strafrechts nicht außer Acht zu lassen, in Anbetracht der oben dargestellten Beeinträchtigung der Menschenrechte er-

<sup>108</sup> Peer Stolle, Das Strafrecht, seine Zwecke und seine Alternativen, in: Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaften 1 (2006), S. 27, 30.

<sup>109</sup> Wagner (Fn. 6), S. 483.

<sup>110</sup> Higgins/Short/South (Fn. 46), S. 256.

<sup>111</sup> Jutta Brunnée, Harm Prevention, in: Lavanya Rajamani/Jacqueline Peel (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, 2. Aufl. 2021, S. 269–284 (269).

<sup>112</sup> Robinson (Fn. 29), S. 318 f.

<sup>113</sup> Wagner (Fn. 6), S. 487.

<sup>114</sup> Brunnée (Fn. 111), S. 269.

scheint ein Gebrauchtwerden von dieser Funktion aber verhältnismäßig. Es wird kritisiert, dass Strafrecht allein nicht in der Lage sei, eine komplexe gesellschaftliche Reform zu vollziehen, die zur nachhaltigen Bekämpfung von Ökozid nicht nur individuelles Verhalten sondern ganze Wirtschaftssektoren verändern müsste.<sup>115</sup> Es ist hier zu beachten, dass Kriminalisierung, gerade auf internationaler Ebene, auch eine historische Bedeutung entfaltet.<sup>116</sup> Im Fall von Ökozid würde die internationale Strafbarkeit den Zeitpunkt der eindeutigen Abkehr und Verurteilung von Massenvernichtung der Umwelt und daraus resultierende Verletzungen der Menschenrechte markieren.

## 2. Das Römische Statut als passendes Instrument für den Menschenrechtsschutz

Bei der Verfolgung der Verbrechen, die das RS enthält, soll es insbesondere um einen Beitrag zu Frieden und Sicherheit auf der Welt gehen.<sup>117</sup> Dabei soll der ISTGH ein letztes Mittel der Strafgerichtsbarkeit darstellen und Lücken schließen, wo nationale Gerichte nicht willens oder nicht fähig sind eigene Verfahren zu führen, was gleichzeitig ein Druckmittel für eine nationale Strafverfolgung darstellen kann.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> *Robinson* (Fn. 29), S. 323.

<sup>116</sup> *Emanuela Fronza*, Towards a New Crime of Ecocide: The Moving Frontiers of International Criminal Law, in: Florian Jeßberger et al. (Hrsg.), Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, 2022, S. 93–104 (96).

<sup>117</sup> *M. Cherif Bassiouni*, The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History, 1998, S. 21.

<sup>118</sup> *Sarah Babaian*, The International Criminal Court – An International Criminal World Court? Jurisdiction and Cooperation Mechanisms of the Rome Statute and its Practical Implementation, 2018, S. 14.

Eine internationale Strafbarkeit ermöglicht hier zum einen die Loslösung von nationalen Interessen durch eine übergeordnete Gerichtsbarkeit, die den Umwelt- und Menschenrechtsschutz so von der Interessenabwägung des Umweltrechts befreien und mithin effektiver und im Sinne der Staatengemeinschaft durchsetzen kann.<sup>119</sup> Zum anderen beeinflusst eine internationale Strafbarkeit die nationale Rechtssetzung. Insbesondere die Gründungsmitglieder des RS sind angehalten, einen neuen Straftatbestand in die nationalen Völkerstrafgesetzbücher aufzunehmen und sich auch in ihrer Außenpolitik weiter für ein Vorgehen gegen Ökozid einzusetzen.<sup>120</sup> Ein entsprechender Tatbestand im RS würde mithin einen Einsatz gegen Ökozid in nationaler Strafgesetzbarkeit und Außenpolitik mit sich bringen.

Das internationale Völkerstrafrecht soll außerdem bereits dem Menschenrechtsschutz selbst dienen. Primär bildet der Menschenrechtsschutz zwar eine staatliche Aufgabe, diese obliegt subsidiär jedoch auch der internationalen Gemeinschaft als im Grundsatz anerkannte *Responsibility to protect*.<sup>121</sup> Dabei handelt es sich zunächst um eine Schutzverantwortung des Einzelstaates, welche auf die internationale Staatengemeinschaft ausgeweitet werden soll, sofern der betreffende Staat nicht willens oder fähig ist, der Schutzverantwortung gerecht zu werden.<sup>122</sup> Kritiker\*innen sehen darin eine Verletzung des Interventionsverbots sowie eine neokoloniale Gefahr – mangels eines Konsenses über die Bedingungen

<sup>119</sup> *Wagner* (Fn. 6), S. 477.

<sup>120</sup> *Schirwon/Vinke* (Fn. 4), S. 7.

<sup>121</sup> *Gerhard Werle/Florian Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 5. Auflage 2020, S. 74 f. Rn. 160 f.

<sup>122</sup> *John Janzekovic/Daniel Silander*, Responsibility to Protect and Prevent. Principles, Promises and Practicalities, 2013, S. 45 f.



der Geltendmachung des Prinzips könne schon keine Neutralität und mithin keine Legitimität des Prinzips bestehen.<sup>123</sup> Unstrittig ist jedoch eine generelle Pflicht des Staates, seine Bevölkerung zu schützen, die insbesondere aus dem umfassenden System der Menschenrechte abgeleitet werden kann.<sup>124</sup> Insofern legitimiert Menschenrechtsschutz auch Völkerstrafrecht. Dessen *Ultima-ratio*-Funktion bleibt jedoch bestehen, weshalb es ausschließlich zur Anwendung kommt, sofern die übrigen Schutzmechanismen versagen.<sup>125</sup> Dies scheint nach den obigen Ausführungen zum Menschenrechtsschutz, insbesondere der dargestellten Schutzlücken, der Fall zu sein und spricht für die Errichtung eines entsprechenden Tatbestandes.

Weiterhin schützt das Völkerstrafrecht laut Präambel des RS den Frieden, die Sicherheit und das Wohlergehen der Welt als die höchsten Güter der Staatengemeinschaft. Massive Menschenrechtsverletzungen in einem Staat können eine Bedrohung des Friedens darstellen und mithin ein Schutzgut des RS gefährden.<sup>126</sup> Zwar ist eine eigene Bedeutung des Wohls der Welt als Schutzzweck zweifelhaft, denkbar ist jedoch, dass darunter über die engeren Begriffe des Friedens und der Sicherheit hinaus auch die Verteilung von grundle-

genden Ressourcen als Schutzgut der Völkergemeinschaft eingeordnet wird.<sup>127</sup> Die natürlichen Ressourcen und insbesondere ihre Verteilung sind durch Ökozide massiv bedroht, was durch die obigen Ausführungen zu den territorialen Menschenrechten und Eigentumsrechten deutlich wird. Ressourcenknappheit und Klimawandel können zudem Instabilität und Konflikte hervorrufen oder verstärken; dies stellt wiederum eine Bedrohung des Weltfriedens dar.<sup>128</sup> Zudem soll der IStGH seine Jurisdiktion über die schwersten Verbrechen laut Präambel des RS auch “for the sake of present and future generations”<sup>129</sup> innehaben. Wie oben beschrieben steht ein Ökozidatbestand aufgrund der Auswirkungen in der Zukunft insbesondere im Interesse von zukünftigen Generationen und ist von Bedeutung für die zukünftige Ausübung ihrer Menschenrechte. Es besteht mithin eine Gefährdung der durch das RS zu schützenden Gütern durch Ökozid. Auch dies spricht für die Schaffung eines entsprechenden Tatbestandes.

Daneben bestehen pragmatische Gründe für das RS als richtiges Dokument für einen Ökozidatbestand, bietet doch der IStGH einen politisch, wirtschaftlich und prozessrechtlich bereits etablierten Rahmen.<sup>130</sup> Neben der Strafverfolgung können außerdem objektive Tatsachenberichte geschaffen werden, die für die politischen Debatten entscheidend sind sowie den Betroffenen eine aktive Teilhabe am Prozess ermöglichen, um ihnen unabhängig von

<sup>123</sup> Gerrit Kurz, Das Konzept der Schutzverantwortung (Responsibility to Protect), in: UN-Basis-Informationen, 55 (2017), S. 1–8 (2).

<sup>124</sup> Ibid, S. 7.

<sup>125</sup> Werle/Jeßberger (Fn. 121), S. 77 Rn. 164 f.; So auch Richard Dicker, Director of the International Justice Program at Human Rights Watch: „*The International Criminal Court is potentially the most important human rights institution created in 50 years*“, Human Rights Watch, Pressemitteilung vom 11. April 2002, abrufbar unter: <https://www.hrw.org/news/2002/04/11/international-criminal-court-reality> (zuletzt besucht am 14. Januar 2024).

<sup>126</sup> Werle/Jeßberger (Fn. 121), S. 43 f. Rn. 98.

<sup>127</sup> Otto Triffterer/Morton Bergsmo/Kai Ambos, in: Otto Triffterer/Kai Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, 4. Auflage 2022, Präambel Rn. 11.

<sup>128</sup> UN Dok. A/42/427, S. 286, Chapter 11, Rn. 1.

<sup>129</sup> Siehe Absatz 9 der Präambel.

<sup>130</sup> Wagner (Fn. 6), S. 487.

einer Verurteilung zu einem Gefühl von Gerechtigkeit zu verhelfen.<sup>131</sup>

Weiterhin ist die Möglichkeit der universellen Strafverfolgung anzuführen. Als fünftes Verbrechen im RS würde Ökozid zu den völkerrechtlichen Kernverbrechen gehören. Für diese gilt das Weltrechtsprinzip. Das ergibt sich zum einen daraus, dass die Strafbarkeit nicht an das Rückwirkungsverbot gekoppelt ist, was sich mit Art. 7 EMRK und Art. 15 IPbPR belegen lässt; zum anderen aus Art. 25 RS, welcher klarstellt, dass die unmittelbare Verantwortlichkeit für die Kernverbrechen des Statuts bereits im Völkerrecht verankert ist. Diese universelle Strafbarkeit führt dazu, dass nationale Gerichte internationale Jurisdiktion ausüben können und nicht mehr nur tätig werden, um eigene hoheitliche Interessen durchzusetzen.<sup>132</sup> Hier kann angemerkt werden, dass das Weltrechtsprinzip ausschließlich für Völkergewohnheitsrecht gilt und das RS bei seiner Verabschiedung bereits bestehendes Völkergewohnheitsrecht kodifizierte. Mithin würde die Einführung eines Ökozidtatbestandes diesen nicht automatisch zu Völkergewohnheitsrecht erstarken lassen.<sup>133</sup> Die Bestimmung der vom Weltrechtsprinzip erfassten Delikte stellt jedoch ohnehin die Schwierigkeit der Anwendung des Prinzips dar, welche mit weiteren Kriteri-

en überwunden werden soll.<sup>134</sup> Diese sind bspw. Nationalgrenzen überschreitende Auswirkungen, die Gefährdung völkerrechtlicher Schutzgüter durch die Bedrohung des weltweiten Friedens, oder eine Regelung der strafrechtlichen Bekämpfung in zahlreichen internationalen Verträgen, woraus ein Konsens bzgl. einer internationalen Strafverfolgung abgeleitet werden kann.<sup>135</sup> Die dargestellten Folgen von Ökozid wie auch Vorstöße auf EU-Ebene<sup>136</sup> und in nationalen Rechtsordnungen<sup>137</sup> sowie das *Policy Paper* des IStGH<sup>138</sup> lassen auf einen Konsens bzgl. einer internationalen Strafverfolgung schließen. Wie oben bereits dargestellt machen die Auswirkungen von Ökoziden außerdem nicht vor Nationalgrenzen Halt und bedrohen insbesondere die nach der Präambel des RS durch das Völkerstrafrecht zu schützenden Güter der Staatengemeinschaft. Zudem geht es um die strafrechtliche Verteidigung der von der Staatengemeinschaft als gemeinsam anerkannten Werte. Anknüpfungspunkt ist dabei die Achtung der fundamentalen Menschenrechte, wobei das Menschenrecht auf effektiven Zugang zu Justiz ebenfalls eine normative Stütze des Weltrechtsprinzips bildet.<sup>139</sup> Dies spielt auch hier eine entscheidende Rolle, denn durch die strafrechtliche Ver-

<sup>131</sup> Max Adam Wiedermann, Verfolgung und Aburteilung von Kriminalität mit Staatsgrenzen überschreitender Relevanz. Eine Analyse von internationalen und europäischen Instrumenten, mit besonderem Blick auf deren Effizienz, 2020, S. 266.

<sup>132</sup> David Diehl, Zivilrechtliche Haftung für schwere Völkerrechtsverletzungen nach dem Weltrechtsprinzip, 2021S. 141.

<sup>133</sup> So bspw. Wagner (Fn. 6), S. 480; Kai Ambos, Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 6; Fronza (Fn. 117), S. 97.

<sup>134</sup> Kai Ambos, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 9: Völkerstrafrecht, 4. Auflage 2023, § 1 Rn. 9.

<sup>135</sup> Wiedermann (Fn. 131), S. 113.

<sup>136</sup> Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. L 328/28 vom 6. Dezember 2008, S. 91.

<sup>137</sup> Stop Ecocide Foundation, Leading States, Key Dates, abrufbar unter: <https://www.stopecocide.earth/leading-states> (zuletzt besucht am 5. Februar 2024).

<sup>138</sup> IStGH (OTP), Policy paper on case selection and prioritization, 15. September 2016, Rn. 40 f.

<sup>139</sup> Ambos (Fn. 134), § 1 Rn. 5.

folgung von Ökozid kann internationales Recht weiter „dekolonialisiert“ werden.<sup>140</sup> IPLC werden durch Ökozide nicht nur an eine koloniale Vergangenheit erinnert. Ihr Zugang zur Justiz ist bereits aufgrund ihrer marginalisierten Stellung und des Mangels an ökozentrischen Sichtweisen im Recht erschwert. Demnach scheint die Anwendung des Weltrechtsprinzips auch auf einen neu zu fassenden Ökozidtatbestand im RS gerechtfertigt, wodurch eine universelle Strafverfolgung möglich wäre, was wiederum ein zusätzliches Argument für die Schaffung eines entsprechenden Tatbestandes im RS darstellt.

Weiterhin könnte der generellen Kritik gegenüber internationalem Strafrecht, auf Personen aus dem globalen Süden fokussiert zu sein, begegnet werden. Denn Ökozide werden, wie oben ausgeführt, überwiegend von Menschen aus dem globalen Norden begangen, die durch einen entsprechenden Tatbestand stärker in den Fokus der Strafverfolgung gerückt werden könnten.<sup>141</sup>

Schließlich entstünde ohne einen Ökozidtatbestand ein blinder Fleck im internationalen Strafrecht, würde zwar direkter Schaden gegen Menschen und Menschenrechte bestraft, die Zerstörung der Umwelt von der alles Leben abhängt aber ignoriert.<sup>142</sup> Völkerrechtsverbrechen betreffen die internationale Gemeinschaft als Ganzes.<sup>143</sup> Beeinträchtigungen der Umwelt wirken sich immer auf die gesamte Umwelt aus und mithin auf die internationale Gemeinschaft als Ganzes. Men-

schenrechtsschutz ist eine globale Herausforderung. Globale Herausforderungen verlangen nach globalen Lösungen.<sup>144</sup> Das RS kann mithin als richtiges Instrument für den Menschenrechtsschutz vor Ökoziden bewertet werden.

## V. Fazit

Vorliegend konnten sowohl Schutzlücken im System der Menschenrechte aufgezeigt werden, die durch die zunehmenden Beeinträchtigungen der Umwelt das internationale Recht auch zukünftig vor Herausforderungen stellen werden. Die Aufnahme von Ökozid als Tatbestand konnte hier als ein mögliches Mittel zur Schließung dieser Schutzlücken angeführt werden. Herauszustellen sind insbesondere die Präventivwirkung des Strafrechts, da Prävention auch im Umweltrecht als effektivste Variante des Umweltschutzes anerkannt ist sowie die menschenrechtliche Schutzfunktion des Völkerstrafrechts. Identifizierte Lücken des Menschenrechtsschutzes wie die Einschränkung durch den direkten Zusammenhang zwischen Umweltbeeinträchtigungen und Verletzung von Menschenrechten, die überwiegende Viktimisierung und Gefährdung von vulnerablen Gruppen sowie die fehlende Beachtung von indigenen Perspektiven könnten durch ein ökozentrisches Kernverbrechen überwunden werden. Dem Nutzen stehen jedoch die oben genannten Herausforderungen gegenüber. Diese bestehen bereits bzgl. der Definition eines Tatbestandes und werden sich wohl auch durch den Erweiterungsprozess des Statuts ziehen, wie schon die Einführung des Art. 8bis RS zeigte. Dafür spricht jedoch

<sup>140</sup> *Robinson* (Fn. 29), S. 318 f.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> Absatz 4 und 9 der Präambel; Art. 5 Abs. 1 und Art. 1 Römisches Statut; vgl. auch IStGH (TC), *Katanga*, Urteil vom 7. März 2014 – ICC-01/04-01/07-3436, Rn. 1382, 1394 ff.

<sup>144</sup> Hierzu ausführlicher: *Mégret* (Fn. 23), S. 201 ff.

auch die große Symbolkraft der Kernverbrechen, die auch als Argument für einen Ökozidatbestand angeführt werden kann. So würde eine Aufnahme eines Ökozidatbestandes auch ein wichtiges Signal dahingehend senden, dass Umwelt- und Klimaschutz nicht mehr als verhandelbar gelten können, was im Übrigen dem Stand der Forschung entspricht. Ein Ökozidatbestand im Römischen Statut kann daher aufgrund seiner stigmatisierenden und präventiven Wirkung als ein wichtiger Schritt identifiziert werden, um den Menschenrechten und damit auch dem Umweltschutz den ihnen gebührenden Stellenwert im Entscheidungsprozess über Umwelt- und Klimaschutzmaßnahmen zu geben, der bislang vor allem von ökonomischen Analysen geprägt ist.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> John C. Shideler/Jean Hetzel, Introduction to Climate Change Management. Transitioning to a Low-Carbon Economy, 2021, S. 232.

## Entscheidungsbesprechung

# Tierwohl schlägt Religionsfreiheit – Zum Urteil des EGMR in Sachen Executief van de Moslims van België u. a. ./ Belgien (16760/22 u. a.) vom 13. Februar 2024

Theodor Schilling<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Aix-en-Provence, Dr. jur. utr., LL.M. (Edin.), apl. Professor, Humboldt-Universität zu Berlin.

## Inhaltsübersicht

- I. Das Besprechungsurteil
- II. Der legitime Zweck der streitigen Regelung
- III. Die Verhältnismäßigkeit der streitigen Dekrete
- IV. Die Abwägung von Konventionsrechten mit Gemeinwohlinteressen
- V. Schluss

### Zitation:

Theodor Schilling, Tierwohl schlägt Religionsfreiheit, in: MRM 29 (2024) 1, S. 61–72.  
<https://doi.org/10.60935/mrm2024.29.1.6>

Eingereicht: 04.03.2024

Akzeptiert: 17.01.2024

Publiziert: 12.06.2024

### Urheberrecht:

Soweit nicht anders gekennzeichnet, ist dieses Werk unter einem Creative-Commons-Lizenzvertrag Namensnennung 4.0 lizenziert. Dies gilt nicht für Zitate und Werke, die aufgrund einer anderen Erlaubnis genutzt werden. Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem Hyperlink: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

## Zusammenfassung – nichtamtliche Leitsätze

1. Die rituelle Schlachtung von Tieren fällt in den Schutzbereich des Rechts, seine Religion durch das Praktizieren von Riten im Sinne von Art. 9 EMRK zu bekennen. Ernährungsvorschriften lassen sich unter das Praktizieren von Bräuchen subsumieren. Religionsinterne Meinungsverschiedenheiten hierüber können den Beschwerdeführern die Rechte aus Art. 9 nicht nehmen.
2. Die Förderung des Tierwohls lässt sich als moralischer Wert betrachten, wobei der Begriff „Moral“ von Natur aus entwicklungs offen ist.
3. Wenn es um Fragen des Verhältnisses des Staates zu Religionen geht und über diese Fragen kein klarer europäischer Konsens besteht, sich aber eine graduelle Entwicklung hin zu einem verstärkten Schutz des Tierwohls abzeichnet, kommt dem Vertragsstaat ein nicht enger Entscheidungsspielraum zu.
4. Die Qualität der gesetzgeberischen Prüfung ist von besonderer Bedeutung, wenn es bei dem gerügten Eingriff um eine allgemeine Norm geht. Die gerichtliche Überprüfung eines solchen Eingriffs muss die Anforderungen von Art. 9, wie sie der EGMR versteht, im Einzelnen berücksichtigen.
5. Die zuständigen Stellen müssen sich um eine Abwägung der streitigen Rechte und Interessen sowie um einen fairen Ausgleich zwischen ihnen bemühen, damit die beanstandete Maßnahme in den staatlichen Entscheidungsspielraum fällt.

## Keywords

Religionsfreiheit, Tierwohl, Schutz der Moral, Leben der EMRK, Entscheidungsspielraum, Verhältnismäßigkeit, „procedural turn“, Deferenz

## I. Das Besprechungsurteil

Die belgischen Regionen Flandern und Wallonien haben mit je eigenem Dekret das Schächten von Tieren nur mit der Maßgabe erlaubt, dass das Tier zuvor (umkehrbar) betäubt wird. Die Beschwerdeführer, im Wesentlichen islamische Vereinigungen und jüdische Privatpersonen, sahen darin einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Religionsfreiheit. Ihr Anliegen, mit dem sie zuvor schon vor dem belgischen Verfassungsgericht und dem EuGH<sup>1</sup> gescheitert waren, hatte auch vor dem EGMR keinen Erfolg.

Das Urteil des EGMR (Besprechungsurteil) kann nicht befriedigen: Es räumt dem Tierwohl einen zu hohen, der Religionsfreiheit einen zu niedrigen Stellenwert ein. Es greift die zweifelhafte Lehre von der „gesellschaftlichen Grundentscheidung“ wieder auf, zeigt eine unangemessen hohe Achtung (Deferenz)<sup>2</sup> gegenüber nationalen Stellen und wendet erstmals, in Abweichung von der ständigen Rechtsprechung, die Lehre vom „Leben“ der Konvention auf die Einschränkung von Konventionsrechten an, ohne für diese Einschränkung auch nur einen europäischen Konsens feststellen zu können. Zudem vernachlässigt es die Frage der Angemessenheit des Eingriffs. Doch der Reihe nach.

<sup>1</sup> EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u. a.*, C-336/19, Urteil vom 17. Dezember 2020 (GK).

<sup>2</sup> Zu dem Begriff Defferenz s. Text bei Fn. 30 f.

## II. Der legitime Zweck der streitigen Regelung

Das Besprechungsurteil beginnt mit der – normativ erwünschten<sup>3</sup> – Feststellung, dass das Schächten zum Recht der Beschwerdeführer aus Art. 9 EMRK gehöre, ihre Religion durch das Praktizieren von Riten zu bekennen.<sup>4</sup> Dass das Schächten ohne eine vorherige Betäubung des Tieres erfolge, stelle einen Aspekt des religiösen Ritus dar, der für die Beschwerdeführer von Bedeutung sei. Die vorherige Betäubung vorzuschreiben stelle daher einen Eingriff in die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer dar.<sup>5</sup> Dieser Eingriff könne gerechtfertigt werden, wenn er einem der in Art. 9 Abs. 2 EMRK abschließend aufgeführten, eng auszulegenden legitimen Zwecken diene.<sup>6</sup>

Während die Subsumtion einer Regelung unter die in der EMRK jeweils aufgeführten legitimen Zwecke generell ohne Schwierigkeiten möglich ist und daher vom EGMR meist nur summarisch geprüft wird,<sup>7</sup> erfährt sie im Besprechungsurteil eine ausführliche Begründung.<sup>8</sup> Das Tierwohl werde in Art. 9 Abs. 2 EMRK nicht erwähnt.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> S. Theodor Schilling, *Das Recht auf Befolgung von Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensgeboten – Eine normative Betrachtung*, in: *ZöR* 78 (2023), S. 341–376 (361).

<sup>4</sup> Besprechungsurteil, Rn. 65, mit Verweis auf EGMR, *Cha'are Shalom Ve Tsedek ./. Frankreich* (27417/95), Urteil vom 27. Juni 2000 (GK), Rn. 74.

<sup>5</sup> Besprechungsurteil, Rn. 87 f.

<sup>6</sup> Besprechungsurteil, Rn. 91, unter Verweis auf EGMR, *S.A.S. ./. Frankreich* (43835/11), Urteil vom 1. Juli 2014 (GK), Rn. 113.

<sup>7</sup> So ausdrücklich EGMR, *Navalnyy ./. Russland* (29580/12 u. a.), Urteil vom 15. November 2018 (GK), Rn. 120.

<sup>8</sup> Dazu s. EGMR, *S.A.S.* (Fn. 6), Rn. 114.

<sup>9</sup> Besprechungsurteil, Rn. 93.

Jedoch habe der EGMR in anderen Zusammenhängen anerkannt, dass der Tierschutz ein in Art. 10 EMRK geschütztes Gemeinwohlinteresse darstelle und die Vermeidung von tierischem Leid einen Eingriff in Art. 11 EMRK unter dem Gesichtspunkt „Schutz der Moral“ rechtfertigen könne.<sup>10</sup> Auch das Besprechungsurteil greift auf den in Art. 9 Abs. 2 EMRK aufgeführten legitimen Zweck „Schutz der Moral“ zurück: Der Schutz der Moral könne nicht nur als Schutz der Menschenwürde in den zwischenmenschlichen Beziehungen verstanden werden; die Konvention interessiere sich auch für das Umfeld, in dem die geschützten Personen lebten, und insbesondere für die Tiere.<sup>11</sup> Das steht in einem gewissen Widerspruch zu dem, was das Besprechungsurteil vorausgeschickt hat, dass nämlich die in Art. 9 Abs. 2 EMRK aufgeführten legitimen Zwecke eng auszulegen seien.<sup>12</sup> Man wird bezweifeln dürfen, dass der Begriff „Schutz der Moral“ bei enger Auslegung den Tierschutz einschließt.

Vielleicht hatte das Besprechungsurteil auch selbst Zweifel. Es versucht jedenfalls, das bereits gefundene Ergebnis mit der Lehre vom „Leben“ der Konvention zu stützen. Die in ständiger Rechtsprechung entwickelte Auffassung, dass die EMRK ein „living instrument“ und damit entsprechend den Umständen der jeweiligen Jetztzeit auszulegen sei, soll verhindern, dass der EGMR zu einem Hindernis für Reformen und Verbesserungen werde.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Besprechungsurteil, Rn. 94, mit Verweis auf EGMR, *PETA Deutschland ./. Deutschland* (43481/09), Urteil vom 8. November 2012, Rn. 47, und EGMR, *Friend u. a. ./. Vereinigtes Königreich* (16072/06), Beschluss vom 24. November 2009, Rn. 50.

<sup>11</sup> Besprechungsurteil, Rn. 95.

<sup>12</sup> Dasselbe gilt für EGMR, *S.A.S.* (Fn. 6), Rn. 121.

<sup>13</sup> S. etwa EGMR, *Stafford ./. Vereinigtes Königreich* (46295/99), Urteil vom 28. Mai 2002, Rn. 68;

Von dieser Ratio der Lehre vom „Leben“ der EMRK weicht das Besprechungsurteil erstmals ab: Die Lehre gelte nicht nur für die Konventionsrechte, sondern auch für die Gründe für deren Einschränkung. Es besagt damit, was bisher nur anfechtbare Analysen abweichender Meinungen<sup>14</sup> erschließen wollten: dass die Metapher vom „Leben“ der EMRK auch mit dem Ziel einer Abschwächung der Konventionsrechte angewandt werden kann. Als einziger Beleg für diese Neuerung wird das in derselben Sache ergangene Urteil des EuGH angeführt.<sup>15</sup> Legt man die ursprüngliche Begründung der Lehre zugrunde, so muss das heißen, dass der EGMR auch nicht zum Hindernis für Einschränkungen von Konventionsrechten werden wolle. Das wäre freilich eine überraschende, mit Art. 19 EMRK kaum vereinbare Begründung.

Der Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung wird noch deutlicher, wenn das Besprechungsurteil darauf abstellt, dass das Tierwohl von zahlreichen Personen in den fraglichen belgischen Regionen als moralischer Wert betrachtet werde:<sup>16</sup> In der bisherigen Rechtsprechung wird zwar anerkannt, dass die Meinung der Bevölkerung bei Fragen der Rechtfertigung von Eingriffen aus Gründen der Moral eine wichtige Rolle spiele, aber ergänzt, dass dies nur für eine Erweiterung, nicht für eine Einschränkung des Konventionsschut-

EGMR, *Sergey Zolotukhin ./. Russland* (14939/03), Urteil vom 10. Februar 2009 (GK), Rn. 78.

<sup>14</sup> S. *Laurence R. Helfer/Erik Voeten*, *Walking Back Human Rights in Europe?*, in: *EJIL* 31 (2020), S. 797–827; dagegen *Alec Stone Sweet/Wayne Sandholtz/Mads Andenas*, *Dissenting Opinions and Rights Protection in the European Court: A Reply to Laurence Helfer and Erik Voeten*, in: *EJIL* 32 (2021), S. 897–905.

<sup>15</sup> Besprechungsurteil, Rn. 97, mit Verweis auf EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie* (Fn. 1), Rn. 77.

<sup>16</sup> Besprechungsurteil, Rn. 98.

zes gelte. Ausdrücklich heißt es, dass es mit den der EMRK zugrunde liegenden Werten unvereinbar wäre, die Rechte einer Minderheit davon abhängig zu machen, dass sie von der Mehrheit akzeptiert würden.<sup>17</sup>

Schließlich führt das Besprechungsurteil noch an, dass auch andere Konventionsstaaten ähnliche Regelungen wie die hier streitigen eingeführt hätten,<sup>18</sup> ohne freilich einen entsprechenden europäischen Konsens<sup>19</sup> festzustellen.<sup>20</sup> Vielmehr begnügt es sich mit einem entsprechenden Trend.<sup>21</sup> Aufgrund all dieser Gesichtspunkte, die weder für sich noch zusammengekommen überzeugen, subsumiert das Besprechungsurteil das Tierwohl unter den Begriff des Schutzes der Moral. Somit verfolgten die streitigen Dekrete einen legitimen Zweck.

### III. Die Verhältnismäßigkeit der streitigen Dekrete

Der Feststellung, dass der Tierschutz ein legitimer Zweck der Einschränkung der *Religionsfreiheit* sei, folgt die Prüfung, ob die konkrete Einschränkung, also die Tierschutzmaßnahme, das Verbot des Schächterns ohne vorherige Betäubung des Tiers,

in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei, ob also ein „pressing social need“, ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis für die Regelung bestehe;<sup>22</sup> das ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit<sup>23</sup> und verlangt, dass der Vertragsstaat zwingend überzeugende Gründe („convincing and compelling reasons“) für die Einschränkung anführt.<sup>24</sup> Für die Wirksamkeit des Schutzes der Konventionsrechte ist diese „Schrankenschanke“ von entscheidender Bedeutung, die der EGMR freilich bereits generell relativiert: Während dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 EMRK nach Einschränkungen nur zulässig sind, wenn sie in „einer“, also einer idealtypischen demokratischen Gesellschaft notwendig sind, stellt er auf die konkrete demokratische Gesellschaft des Eingriffsstaates ab; dieser könne die jeweilige Sachlage grundsätzlich besser einschätzen als der internationale Richter.<sup>25</sup> Dabei komme ihm ein Entscheidungsspielraum zu.<sup>26</sup>

#### 1. Der „procedural turn“

Das Besprechungsurteil folgert aus dem Grundsatz der Subsidiarität des internationalen Menschenrechtsschutzes, dass den Entscheidungen demokratisch legitimierter Stellen der Vertragsstaaten besonders bei umstrittenen Fragen der allgemeinen Politik besondere Bedeutung zukomme.<sup>27</sup> Diese Ausführungen entsprechen dem

<sup>17</sup> EGMR, *Bayev u. a. ./.* *Russland* (67667/09 u. a.), Urteil vom 20. Juni 2017, Rn. 70.

<sup>18</sup> Besprechungsurteil, Rn. 99.

<sup>19</sup> Zu diesem s. etwa *Theodor Schilling*, „Vom Rechte, das mit uns geboren ist“. Überlegungen aus Anlass von EGMR, *Fedotova gegen Russland* (2023), in: *EuGRZ* 2024, S. 7–20 (13).

<sup>20</sup> Besprechungsurteil, Rn. 106.

<sup>21</sup> Ähnlich, freilich mit dem Ziel einer Erweiterung des Menschenrechtsschutzes, EGMR, *Christine Goodwin ./.* *Vereinigtes Königreich* (28957/95), Urteil vom 11. Juli 2002 (GK), Rn. 85.

<sup>22</sup> S. etwa EGMR, *Vogt ./.* *Deutschland* (17851/91), Urteil vom 26. September 1995 (GK), Rn. 52 (ii).

<sup>23</sup> S. dazu bereits *Schilling* (Fn. 19), S. 13.

<sup>24</sup> Besprechungsurteil, Rn. 103, unter Verweis auf EGMR, *Bayatyan ./.* *Armenien* (23459/03), Urteil vom 7. Juli 2011 (GK), Rn. 123.

<sup>25</sup> S. etwa EGMR, *A, B und C ./.* *Irland* (25579/05), Urteil vom 16. Dezember 2010 (GK), Rn. 223; Besprechungsurteil, Rn. 104.

<sup>26</sup> Besprechungsurteil, Rn. 104 ff.

<sup>27</sup> Besprechungsurteil, Rn. 104.



„procedural turn“ in der Rechtsprechung des EGMR,<sup>28</sup> der Wende weg von einer materiellen Prüfung des Handelns des Vertragsstaats hin zu einer mehr formalen Prüfung von dessen Entscheidungsprozessen. Diese Wende auf den Grundsatz der Subsidiarität zu stützen, begegnet freilich Bedenken. Der Grundsatz will zunächst nur besagen, dass Stellen der Vertragsstaaten den Schutz der Konventionsrechte zu gewährleisten haben, bevor der EGMR mit möglichen Verletzungen befasst wird. Die Vertragsstaaten haben so das Recht des ersten Zugriffs auf Verletzungen der Konvention; sie können und sollen ihnen auf nationaler Ebene abhelfen.<sup>29</sup> Der Grundsatz gibt ihnen aber nicht das Recht, in bestimmtem Rahmen für den EGMR verbindlich festzustellen, ob die Konvention verletzt wurde, wie es Ergebnis des „procedural turn“ ist.

Jedoch hat die Rechtsprechung des EGMR in manchen Fällen eher unsystematisch angenommen, dass gewisse Beurteilungen solcher Stellen mehr oder weniger ungeprüft stehen bleiben sollten, was im Englischen als „deference“ bezeichnet wird;<sup>30</sup> für das Deutsche bietet es sich an, auf das alte Wort „Deferenz“<sup>31</sup> zurückzugreifen. Besonders weit geht die Deferenz gegenüber den Gesetzgebern der Vertragsstaaten nach der Rechtsprechung des EGMR bei gesellschaftlichen Grundentscheidun-

gen (choix de société, choice of society).<sup>32</sup> Das überrascht, da das, was jedenfalls bisher als solche Grundentscheidung eingestuft wurde<sup>33</sup> – das französische<sup>34</sup> und belgische<sup>35</sup> Verbot der Vollverschleierung, das flämische und wallonische Verbot des Schächstens ohne vorherige Betäubung<sup>36</sup> –, nichts anderes war als eine gewöhnliche Entscheidung des Gesetzgebers und damit eine solche der Mehrheit.<sup>37</sup> Solchen Grundentscheidungen eine gegenüber Anforderungen der EMRK besonders geschützte Position einzuräumen, ihnen zu deferieren, heißt, den Schutz der Minderheit aus den Augen zu verlieren, der doch das Wesen der EMRK ausmachen sollte.<sup>38</sup> Das zeigt das Besprechungsurteil deutlich, das eine solche Entscheidung, die in ein Konventionsrecht von Minderheiten, nämlich deren Religionsfreiheit, eingreift, für konventionskonform erklärt.

<sup>28</sup> Dazu s. etwa *Oddný Mjöll Arnardóttir*, The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance, in: *International Journal of Constitutional Law* 15 (2017), S. 9–35.

<sup>29</sup> S. etwa *Theodor Schilling*, *Internationaler Menschenrechtsschutz*, 4. Aufl. 2022, Rn. 57–60.

<sup>30</sup> Etwa *Arnardóttir* (Fn. 28), passim.

<sup>31</sup> S. Deutsches Wörterbuch von *Jacob Grimm* und *Wilhelm Grimm*, Neubearbeitung (<sup>2</sup>DWB), Band 6, Spalte 524, Zeile 65: „1 ehrerweisung [...] 2 seltener als verhaltensweise, ehrfurcht, unterwürfigkeit“

<sup>32</sup> Besprechungsurteil, Rn. 105; EGMR, *S.A.S.* (Fn. 6), Rn. 153.

<sup>33</sup> EGMR, *Perinçek ./. Schweiz* (27510/08), Urteil vom 15. Oktober 2015 (GK), Sondervotum Nußberger, betrachtet es als gesellschaftliche Grundentscheidung, die Rechte der Opfer von Genoziden und anderen Greueln ungeachtet des Ortes zu schützen, wo sie begangen wurden. Hier scheint ein materieller Aspekt in den Begriff einzufließen, der bei den anderen Anwendungen fehlt.

<sup>34</sup> EGMR, *S.A.S.* (Fn. 6), Rn. 153.

<sup>35</sup> EGMR, *Belcacemi und Oussar ./. Belgien* (37798/13), Urteil vom 11. Juli 2017, Rn. 53.

<sup>36</sup> Besprechungsurteil, Rn. 105.

<sup>37</sup> Kritisch zur gesellschaftlichen Grundentscheidung auch EGMR, *S.A.S.* (Fn. 6), Gemeinsame, teilweise abweichende Stellungnahme der Richter Nußberger und Jäderblom, Rn. 13 f.; EGMR, *Belcacemi und Oussar* (Fn. 34), Sondervotum des Richters Spano, dem Richterinnen Karakaş beipflichtet, Rn. 7 und 9.

<sup>38</sup> S. etwa EGMR, *Bayev* (Fn. 17), Rn. 70; auch EGMR, *Fedotova u. a. ./. Russland* (40792/10 u.a.), Urteil vom 17. Januar 2023 (GK), Abweichende Stellungnahme des Richters Wojtyczek, Rn. 2.1: „Convention rights are by definition counter-majoritarian claims“.

### a. Das gesetzgeberische Verfahren

Das Besprechungsurteil sieht seine Aufgabe darin, zu beurteilen, ob der Eingriff in die Religionsfreiheit der Beschwerdeführer im Grundsatz gerechtfertigt ist und ob er unter Berücksichtigung des Entscheidungsspielraums der Vertragsstaaten im Hinblick auf den Tierschutz verhältnismäßig ist.<sup>39</sup> Zu diesem Zweck betrachtet es entsprechend dem „procedural turn“ vorab, wie es sagt, die Qualität der parlamentarischen und richterlichen Überprüfung des Eingriffs in die Religionsfreiheit, den die streitigen Dekrete bewirken; dieser Qualität komme eine besondere Bedeutung bei der Bestimmung des einschlägigen Entscheidungsspielraums zu.<sup>40</sup> Dabei stellt es fest, dass die Gesetzgeber mit aller wünschenswerten Sorgfalt vorgegangen seien.<sup>41</sup> Sie hätten sich bemüht, die widerstreitenden Rechte und Interessen in einem wohlüberlegten Gesetzgebungsverfahren abzuwägen.<sup>42</sup> Diese Abwägung sei ausdrücklich im Hinblick auf die Erfordernisse der Religionsfreiheit begründet worden, wobei die Gesetzgeber die Folgen der streitigen Dekrete für die Religionsfreiheit geprüft und namentlich eine umfängliche Analyse der Verhältnismäßigkeit vorgenommen hätten.<sup>43</sup>

Freilich beschränkt sich das Besprechungsurteil auf die Prüfung des formellen Vorgehens der Gesetzgeber (einschließlich der Feststellung dieser umfänglichen Analyse), ohne auf eine materielle Prüfung der Verhältnismäßigkeit einzugehen. Das beruht wohl zum einen auf dem Grundsatz der Subsidiarität, zum anderen darauf,

dass die Rechtsprechung des EGMR bis zu seinen jüngsten Entscheidungen kaum einen materiellen Begriff der Verhältnismäßigkeit entwickelt hatte. Zwar war immer klar, dass nur eine zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignete Maßnahme einen Eingriff in ein Konventionsrecht rechtfertigen kann. Ob der Eingriff hierzu auch erforderlich sein muss, ist hingegen in der Rechtsprechung umstritten. Die Große Kammer hat jüngst klar gesagt, dass nur eine zur Erreichung eines legitimen Zwecks erforderliche Maßnahme verhältnismäßig sein kann, nicht ohne dem Vertragsstaat im nächsten Satz einen Entscheidungsspielraum zuzusprechen.<sup>44</sup> Frühere Entscheidungen der Großen Kammer haben eine Prüfung der Erforderlichkeit der Maßnahme hingegen wegen der subsidiären Rolle des EGMR abgelehnt und allein auf den Entscheidungsspielraum der Vertragsstaaten abgestellt.<sup>45</sup>

Was schließlich die Angemessenheit (oder die Verhältnismäßigkeit i. e. S.)<sup>46</sup> des Eingriffs im Sinne des aus dem deutschen Recht bekannten Dreisatzes – Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit –<sup>47</sup> angeht, so wird diese zwar, soweit er-

<sup>39</sup> Besprechungsurteil, Rn. 107.

<sup>40</sup> Besprechungsurteil, Rn. 108.

<sup>41</sup> Besprechungsurteil, Rn. 109 f.

<sup>42</sup> Besprechungsurteil, Rn. 109.

<sup>43</sup> Besprechungsurteil, Rn. 110.

<sup>44</sup> EGMR, Advisory opinion as to whether an individual may be denied authorisation to work as a security guard or officer on account of being close to or belonging to a religious movement (P16-2023-001), Gutachten vom 14. Dezember 2023 (GK), Rn. 114.

<sup>45</sup> Darauf weisen Besprechungsurteil, Sondervoten der Richterin Koskela, der der Richter Kuris beipflichtet, Rn. 2 ff., sowie der Richterin Yüksel, Rn. 5 ff., hin; s. die entsprechenden Nachweise ebenda.

<sup>46</sup> Zu diesem (und weiteren) Synonym(en) für die Angemessenheit s. etwa *Mike Wienbracke*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Zeitschrift für das Juristische Studium 6 (2013), S. 148–154 (152).

<sup>47</sup> S. etwa Bundesministerium der Justiz, Verhältnismäßigkeit als rechtsstaatliches Grundprinzip, abrufbar unter: <https://www.bmj.de/DE/>

sichtlich erstmals, in einem Gutachten der Großen Kammer angesprochen.<sup>48</sup> Sie wird dort aber nicht als konventionsrechtliche Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs aufgefasst; vielmehr wird es den nationalen Stellen überlassen, festzustellen, ob ein Eingriff angemessen sein müsse.<sup>49</sup> Das ist einerseits überraschend, da erst die Prüfung der Angemessenheit eines Eingriffs der Schrankenschanke „Verhältnismäßigkeit“ Zähne verleiht. Verzichtet man auf sie, so lässt sich jede beliebige Einschränkung der Religionsfreiheit oder eines anderen Konventionsrechts rechtfertigen, soweit sie nur zur Erreichung eines beliebigen legitimen Zwecks erforderlich ist. Andererseits aber werden die Vertragsstaaten immerhin verpflichtet, sich Rechenschaft darüber zu geben, ob sie einen zur Erreichung eines Zwecks erforderlichen, aber unangemessenen (unzumutbaren) Eingriff vornehmen wollen.

Im dem Besprechungsurteil zugrunde liegenden Fall haben die Gesetzgeber ungeachtet der dort angesprochenen umfangreichen Analyse der Verhältnismäßigkeit weder die Angemessenheit der Maßnahme noch die Frage geprüft, ob sie einen unangemessenen Eingriff vornehmen wollten. Sie haben zwar festgestellt, dass das Schächten ohne vorherige Betäubung das

Tierwohl erheblich beeinträchtigt,<sup>50</sup> haben dem aber die Folgen der Maßnahme – des Verbots solchen Schächten – für die Beschwerdeführer nicht gegenübergestellt. Vielmehr haben sie diese Folgen wegdefiniert, indem sie ausgeführt haben, dass auch ein Schächten nach vorheriger umkehrbarer Betäubung den Geist der Ritualschlachtung im Rahmen der Religionsfreiheit respektiere.<sup>51</sup> Sie haben damit genau das getan, was die Religionsfreiheit in der Auslegung des EGMR den Vertragsstaaten wie auch ihm selbst verbietet: die Legitimität der Art und Weise zu beurteilen, in der religiöser Glaube (auch durch Riten) ausgedrückt wird.<sup>52</sup> Das Besprechungsurteil geht auf diese Frage nicht ein.

## b. Die gerichtliche Überprüfung

Staatliche Gerichte verdienen nach der Rechtsprechung des EGMR Deferenz, wenn sie ihre Entscheidungen eingehend „unter Beachtung der in der Rechtsprechung des EGMR definierten Grundsätze“<sup>53</sup> begründen. Das Besprechungsurteil stellt fest, dass sowohl das belgische Verfassungsgericht als auch der EuGH die Anforderungen des Art. 9 EMRK, wie er vom EGMR ausgelegt worden sei, umfassend berücksichtigt hätten.<sup>54</sup> Da das Besprechungsurteil die erste Gelegenheit war, bei der sich der EGMR zu der Frage äußern konnte, ob sich der Tierschutz unter einen der legitimen Zwecke des Art. 9 Abs. 2 EMRK

[rechtsstaat\\_kompakt/rechtsstaat\\_grundlagen/verhaeltnismaessigkeit/verhaeltnismaessigkeit\\_node.html](#) (zuletzt besucht am 28. März 2024).

<sup>48</sup> Die Formulierung „outweigh the consequences“ („whether the interest pursued by the unfavourable measure ... must outweigh the consequences for the person concerned“) [EGMR, Advisory opinion (Fn. 44), Rn. 115] findet sich sonst nicht in der Rechtsprechung.

<sup>49</sup> EGMR, Advisory opinion (Fn. 44), Rn. 115: „it is for the competent national authorities to ascertain whether the interest pursued by the unfavourable measure [...] must outweigh the consequences for the person concerned. To that end, the following considerations must be taken into account: ...“

<sup>50</sup> Besprechungsurteil, Rn. 25, Nr. 1.1.4.5 der Begründung des Dekrets, wo Nr. 1.1.4.2 zitiert wird.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> EGMR, *Eweida u. a. ./.* Vereinigtes Königreich (48420/10 u. a.), Urteil vom 15. Januar 2013, Rn. 81; EGMR, *İzzettin Doğan u. a. ./.* Türkei (62649/10), Urteil vom 26. April 2016 (GK), Rn. 69.

<sup>53</sup> Besprechungsurteil, Rn. 111.

<sup>54</sup> Besprechungsurteil, Rn. 115.

subsumieren lasse,<sup>55</sup> ist nicht recht klar, welche Auslegung durch den EGMR diese Gerichte hätten berücksichtigen können. Klar ist hingegen, dass auch sie entgegen den Anforderungen der Rechtsprechung des EGMR weder auf die Frage der Angemessenheit des Eingriffs noch auf die Frage eingegangen sind, ob der Eingriff angemessen sein müsse. Die vom Besprechungsurteil getroffene Feststellung ist also zumindest fragwürdig. Voraussetzung der Deferenz, die das Besprechungsurteil dem belgischen Verfassungsgericht und dem EuGH erweist, sollte aber sein, dass sie zutrifft. Das Besprechungsurteil scheint auch hier<sup>56</sup> den von ihm selbst aufgestellten Prüfungsmaßstab – die umfassende Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR durch die staatlichen Gerichte – zu ignorieren.

## 2. Die eigene Prüfung durch das Besprechungsurteil

Das Besprechungsurteil stellt weiter fest, dass der gerichtlichen Überprüfung der streitigen Dekrete neben Art. 9 EMRK weitere Normen zugrunde lagen, namentlich Art. 13 AEUV, wonach die Mitgliedstaaten der EU „den Erfordernissen des Wohlergehens der Tiere als fühlende Wesen in vollem Umfang Rechnung“ tragen.<sup>57</sup> Da die EMRK keine entsprechende Bestimmung enthält, hat es in gewissem Umfang eine eigenständige Bewertung vorgenommen und es nicht bei der Deferenz gegenüber den vorangegangenen gerichtlichen Entscheidungen belassen. Es hat zunächst daran erinnert, dass das Tierwohl als Aspekt des Schutzes der Moral eine Einschränkung der Religionsfreiheit rechtfertigen könne.<sup>58</sup> Die streitigen Dekrete und die zu ihnen ergangenen gerichtlichen Entscheidungen hätten sich auf den wissenschaftlichen Konsens gestützt, dass die der Schächtung vorhergehende Betäubung der Schlachttiere deren Leiden am besten vermindere. Es gebe keinen Anlass, das in Frage zu stellen.<sup>59</sup> Andere Gerichte haben diese Tatsachenfrage freilich anders beantwortet.<sup>60</sup>

Im Rahmen seiner eigenen Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs führt das Besprechungsurteil aus, eine Maßnahme sei nur verhältnismäßig, wenn sie das Recht des Einzelnen aus Art. 9 EMRK nicht über das hinaus einschränke, was zur Erreichung des legitimen Zwecks erforderlich sei; es müsse sichergestellt sein, dass dieser Zweck nicht mit einem milderen Mittel erreicht werden könne.<sup>61</sup> Dabei verfügten die Vertragsstaaten über einen Entscheidungsspielraum, um die widerstreitenden

Das Besprechungsurteil stellt weiter fest, dass der gerichtlichen Überprüfung der streitigen Dekrete neben Art. 9 EMRK weitere Normen zugrunde lagen, namentlich Art. 13 AEUV, wonach die Mitgliedstaaten der EU „den Erfordernissen des Wohlergehens der Tiere als fühlende Wesen in vollem Umfang Rechnung“ tragen.<sup>57</sup> Da die EMRK keine entsprechende Bestimmung enthält, hat es in gewissem Umfang eine eigenständige Bewertung vorgenommen und es nicht bei der Deferenz gegenüber den vorangegangenen gerichtlichen Entscheidungen belassen. Es hat zunächst daran erinnert, dass das Tierwohl als Aspekt des Schutzes der Moral eine Einschränkung der Religionsfreiheit rechtfertigen könne.<sup>58</sup> Die streitigen Dekrete und die zu ihnen ergangenen gerichtlichen Entscheidungen hätten sich auf den wissenschaftlichen Konsens gestützt, dass die der Schächtung vorhergehende Betäubung der Schlachttiere deren Leiden am besten vermindere. Es gebe keinen Anlass, das in Frage zu stellen.<sup>59</sup> Andere Gerichte haben diese Tatsachenfrage freilich anders beantwortet.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Besprechungsurteil, Rn. 116.

<sup>60</sup> S. etwa österr. Verfassungsgerichtshof (öVfGH), Geschäftszahl B3028/97, Urteil vom 17. Dezember 1998, Rn. II B 2.7.1, m. w. N.: der Ritus des Schächtens wurzele „nicht etwa in einer gleichgültigen oder gar aggressiven Haltung dem Tier gegenüber [...], sondern [lege] auf die bestmögliche Vermeidung von Schmerzen, Leiden und Angst bei den zu schlachtenden Tieren höchsten Wert“; vertiefend namentlich *Brigitte Schinkele*, Religionsfreiheit und Tierschutz. Schächten aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Richard Potz/Brigitte Schinkele/Wolfgang Wieshaider (Hrsg.), *Schächten. Religionsfreiheit und Tierschutz*, 2001, S. 49–96; auch etwa *Heike Baranzke*, Streitfall Schächten: Impuls für eine interkulturelle Tierethik?, in: GAIA 12 (2003), S. 313–314; *Hanna Rheinze*, Schechita – Öko-Kaschrut – Veganismus, in: GAIA 12 (2003), S. 314–316; *Ilhan Ilkilic*, Das islamische Schächten als Herausforderung für die multikulturelle Gesellschaft, in: GAIA 12 (2003), S. 316–317.

<sup>61</sup> Besprechungsurteil, Rn. 117, mit Verweis auf EGMR, Advisory opinion (Fn. 44), Rn. 114. Kritisch dazu die Sondervoten; s. Text bei Fn. 45.

<sup>55</sup> Besprechungsurteil, Rn. 92.

<sup>56</sup> S. Text bei Fn. 12.

<sup>57</sup> Besprechungsurteil, Rn. 115.

Interessen zu einem ausgewogenen Ausgleich zu bringen. Das Besprechungsurteil fährt fort, die Gesetzgeber hätten darauf geachtet, keine Maßnahmen zu ergreifen, die über das zur Erreichung des legitimen Zwecks Erforderliche hinausgingen. Sie hätten sich also um einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen bemüht. Die streitige Maßnahme halte sich somit im Rahmen ihres Entscheidungsspielraums. Es sei nicht Aufgabe des EGMR, zu entscheiden, ob diese Maßnahme den für die Beschwerdeführer verbindlichen religiösen Geboten entspreche.<sup>62</sup> Auf die Frage der Angemessenheit des Eingriffs geht das Besprechungsurteil ebenso wenig ein wie auf die Frage, ob dieser angemessen sein müsse, was festzustellen die Rechtsprechung des EGMR den Vertragsstaaten überlässt.<sup>63</sup>

### 3. Die Angemessenheit der streitigen Maßnahme

Auch wenn die Rechtsprechung des EGMR den Vertragsstaaten nicht vorschreibt, nur angemessene Eingriffe vorzunehmen, sondern nur, zu prüfen, ob ein Eingriff angemessen sein müsse, sei hier auf die Angemessenheit der streitigen Dekrete eingegangen. Deren Prüfung muss das Gewicht, das dem Tierschutz im konkreten Zusammenhang zukommt, gegen die Bedeutung des Gebots des Schächtens ohne vorherige Betäubung für die Beschwerdeführer abwägen. Zum Gewicht des Tierschutzes hatte der EuGH ausgeführt, dass sich der „Tierschutz als Wert“ betrachten lässt, „dem die heutigen demokratischen Gesellschaften seit einigen Jahren größere Bedeutung beimessen“.<sup>64</sup> Diese

Formulierung legt zum einen nahe, dass der Tierschutz jedenfalls kein zwingendes Gemeinwohlinteresse ist.<sup>65</sup> Zum anderen gemahnt sie an die Warnung, dass „Großgüter des Gemeinwohls, [...] wenn unkonkretisiert in die Waagschale gelegt, [...] Abwägungsergebnisse zu Lasten der Freiheit präjudizieren“ können.<sup>66</sup> Dem Gemeinwohlinteresse „Tierschutz“ wird in den heutigen Gesellschaften nur höchst selektiv größere Bedeutung beigemessen, und zwar namentlich dann, wenn die verpönte, dem Tierschutz zuwiderlaufende Praxis die eines anderen Kulturkreises ist.<sup>67</sup>

Mit den streitigen Dekreten haben die Gesetzgeber das Großgut des Gemeinwohls „Tierschutz“ konkretisiert, indem sie spezifisch festgestellt haben, dass das Schächten ohne vorherige Betäubung das Tierwohl erheblich beeinträchtigt.<sup>68</sup> Gleichwohl erweist sich die Berufung auf den Tierschutz zur Begründung des Verbots des Schächtens ohne vorherige Betäubung als ein Fall doppelter Moral, solange andere, der Kultur der Mehrheit konforme Beeinträchtigungen des Tierwohls wie die Massentierhaltung nicht unterbunden werden. Ein Gemeinwohlinteresse „Tierwohl“ wird aber nur dann erheblich schwe-

<sup>62</sup> Besprechungsurteil, Rn. 118 f.

<sup>63</sup> EGMR, Advisory opinion (Fn. 44), Rn. 115.

<sup>64</sup> So EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie* (Fn. 1), Rn. 77; ähnlich öVfGH (Fn. 60), Rn. II B 2.7.1.

<sup>65</sup> Nach öVfGH (Fn. 60), Rn. II B 2.7.1., ist „[d]er Tierschutz [...] für die öffentliche Ordnung nicht von derart zentraler Bedeutung, dass er das Verbot einer Handlung verlangt, die einem jahrtausendealten Ritus entspricht“.

<sup>66</sup> Dieter Grimm, Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Herfried Münkler/Karsten Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002, S. 125–140 (136).

<sup>67</sup> Zu erwähnen ist hier das viel erörterte Verbot der Einfuhr und/oder Produktion von foie gras namentlich im angelsächsischen Kulturkreis, aber auch in Deutschland.

<sup>68</sup> Besprechungsurteil, Rn. 25, Nr. 1.1.4.5 der Begründung des Dekrets, wo Nr. 1.1.4.2 zitiert wird.

rer wiegen können als das Individualinteresse an der Befolgung des Schächtgebots, wenn es zumindest den Grad an Überzeugungskraft, Ernsthaftigkeit, Schlüssigkeit (cohesion) und Bedeutung aufweist, den der EGMR zur Voraussetzung des Schutzes eines religiösen Gebots macht.<sup>69</sup> Bei dem Gemeinwohlinteresse „Tierschutz“ ist das nach dem Gesagten auch bezogen auf das Verbot des Schächtens ohne vorherige Betäubung nicht der Fall.

Das Gewicht des Schächtgebots für die Beschwerdeführer hat das Besprechungsurteil im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung kurz angesprochen,<sup>70</sup> sich im Übrigen dazu aber ausdrücklich nicht geäußert; es führt sicherlich zu Recht aus, dass es nicht Aufgabe des EGMR sei, der Frage nachzugehen, ob die vorherige umkehrbare Betäubung mit den für die Beschwerdeführer verbindlichen religiösen Geboten vereinbar sei.<sup>71</sup> Das gilt nicht nur für den EGMR, sondern ebenso für jeden Dritten, kann aber nicht bedeuten, dass die Bedeutung der Beachtung dieser Gebote für die Beschwerdeführer außer Acht zu lassen wäre.<sup>72</sup> Es muss vielmehr bedeuten, dass der Abwägung die eigenen Angaben der Beschwerdeführer über diese Bedeutung zugrunde zu legen sind. Das Besprechungsurteil, das die Angemessenheit des Eingriffs nicht prüft, ignoriert folglich den die Gläubigen bindenden Gebotscharakter des Schächtens und die besondere Bedeutung, die das religiöse Verbot des Verzehrs von in ihren Augen nichtgeschächtetem Fleisch für diese hat.<sup>73</sup> Hätte es diese be-

sondere Bedeutung in Rechnung gestellt, so hätte dies das Gewicht des Individualinteresses der Gläubigen an der Befolgung des Schächtgebots signifikant erhöht. Eine Abwägung, hätte sie denn stattgefunden, hätte dann wohl ergeben, dass das Gemeinwohlinteresse „Tierschutz“ – konkretisiert: das Interesse daran, die Schmerzen des Schlachttiers „genauso wirksam zu mildern wie eine Schlachtung [...] [nach] Betäubung“<sup>74</sup> – jedenfalls nicht erheblich schwerer wiegt als dieses Individualinteresse.<sup>75</sup> Die Angemessenheit des fraglichen Eingriffs wäre damit zu verneinen.

#### IV. Die Abwägung von Konventionsrechten mit Gemeinwohlinteressen

Das Besprechungsurteil verkürzt, insofern der Rechtsprechung der Großen Kammer folgend, die Verhältnismäßigkeitsprüfung um den Aspekt, der für den Menschenrechtsschutz von der größten Bedeutung ist, den Aspekt der Angemessenheit des Eingriffs,<sup>76</sup> und ersetzt ihn durch den Entscheidungsspielraum der Vertragsstaaten. Freilich schließt es an seine Schlussfolgerung, die nationalen Stellen hätten im entschiedenen Fall ihren Entscheidungsspielraum nicht überschritten, die Feststellung an, sie hätten eine im Grundsatz

---

Gemeinsame Abweichende Stellungnahme der Richter Sir Nicolas Bratza, Fischbach, Thomassen, Tsatsa-nikolovska, Panțiru, Levits und Traja; sowie bei GA Hogan, SAe in EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie* (Fn. 1), Rn. 77.

<sup>69</sup> EGMR, *Eweida* (Fn. 52), Rn. 81; st. Rspr.

<sup>70</sup> Besprechungsurteil, Rn. 87.

<sup>71</sup> Besprechungsurteil, Rn. 86.

<sup>72</sup> So aber Besprechungsurteil, Rn. 119.

<sup>73</sup> Ein gewisses Unbehagen am Schächtverbot zeigt sich in EGMR, *Cha'are Shalom Ve Tsedek ./. Frankreich* (27417/95), Urteil vom 27. Juni 2000 (GK),

<sup>74</sup> EuGH, *Centraal Israëlitisch Consistorie* (Fn. 1), Rn. 43.

<sup>75</sup> So schon *Schilling* (Fn. 3), S. 363.

<sup>76</sup> Die Sondervoten (Fn. 45) möchten die Prüfung auch noch um den Aspekt der Erforderlichkeit kürzen, weil dieser den Entscheidungsspielraum der Vertragsstaaten einschränke.

gerechtfertigte Maßnahme ergriffen, die als im rechten Verhältnis zum angestrebten Zweck, dem Schutz des Tierwohls als Aspekt der Moral, stehend angesehen werden könne.<sup>77</sup> Das ist ein Hinweis darauf, dass die Annahme eines Entscheidungsspielraums bei der Abwägung von Konventionsrechten mit Gemeinwohlinteressen,<sup>78</sup> wie sie das Tierwohl darstellt, die europäische Überwachung unnötig verkompliziert und in diesem Sinne problematisch ist.<sup>79</sup> Von einem Entscheidungsspielraum lässt sich nur reden, wenn eine Entscheidung (nur) in bestimmten Grenzen zulässig, außerhalb dieser Grenzen also unzulässig ist. Geht es aber um eine Abwägung von Konventionsrechten mit Gemeinwohlinteressen, wie es bei einer Berufung des Vertragsstaats auf die Schrankenbestimmung des Art. 9 Abs. 2 EMRK der Fall ist, stellt sich die (einseitige) Frage, wie weit das Konventionsrecht reicht. Der Terminus „Entscheidungsspielraum“ trifft solche Fälle nicht gut: Bei ihnen gibt es die eine richtige Entscheidung, die freilich umstritten sein mag. Das Konventionsrecht reicht so weit, wie seine Einschränkung durch den Vertragsstaat in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig, nicht verhältnismäßig ist, wobei die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit europäischer Überwachung unterliegt.<sup>80</sup> Der Schutz eines Konventionsrechts unter der EMRK hängt also direkt davon ab, ob „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“, also „verhältnismäßig“, über „geeignet“ hinaus

auch „erforderlich“ oder gar „angemessen“ heißt.

Es geht, wie gesagt, um die Festlegung einer Grenze, nicht um einen Spielraum zwischen möglichen Grenzlösungen. Solange diese eine Grenze nicht erreicht ist, also eine Einschränkung zum Schutz legitimer Gemeinwohlinteressen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, ist ein Konventionsrecht unter der EMRK schlicht nicht geschützt.<sup>81</sup> Umgekehrt steht es dem Staat ohne konventionsrechtliche Grenze frei, weitergehende Rechte zu gewähren; auch wenn er auf den Schutz eines Gemeinwohlinteresses, etwa des Tierwohls, gänzlich verzichtete, wäre das keine menschenrechtliche Frage, soweit er damit nicht Rechte Anderer verletzte.<sup>82</sup>

Die Frage, ob die eine Grenze erreicht ist, die Einschränkung eines Konventionsrechts also verhältnismäßig ist, beantwortet in der Prozesssituation der EGMR,<sup>83</sup> wobei er gegebenenfalls den vorhergehenden parlamentarischen und/oder gerichtlichen Entscheidungen deferieren kann.<sup>84</sup> Hier ist die Rede vom europäischer Überwachung unterliegenden Entscheidungsspielraum irreführend: Der europäischen Überwachung unterliegt nur die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, also im konventionsrechtlichen

<sup>77</sup> Besprechungsurteil, Rn. 123.

<sup>78</sup> Sie liegt der EMRK insgesamt zugrunde: S. etwa EGMR, *Rees ./. Vereinigtes Königreich* (9532/81), Urteil vom 17. Oktober 1986 (Plenum), Rn. 37 Abs. 3; EGMR, *Christine Goodwin* (Fn. 21), Rn. 72.

<sup>79</sup> Dazu bereits *Schilling* (Fn. 19), S. 19 f.

<sup>80</sup> S. auch EGMR, *Fedotova* (Fn. 38), Teilweise abweichende Stellungnahme von Richter Pavli, dem die Richterin Motoc beipflichtet, Rn. 7 f.

<sup>81</sup> Ebenso EGMR, *Z ./. Finnland* (22009/93), Urteil vom 25. Februar 1997, Abweichende Stellungnahme des Richters De Meyer: „Les formules creuses que nous répétons dans nos arrêts [...] au sujet de la marge d'appréciation des Etats ne sont que des circonlocutions inutiles, qui ne nous servent qu'à indiquer, d'une manière abstraite, que les Etats peuvent faire tout ce que nous ne considérons pas comme incompatible avec les droits de l'homme.“

<sup>82</sup> Diese Möglichkeit wird im Besprechungsurteil, Rn. 102, dahingestellt gelassen.

<sup>83</sup> S. etwa EGMR, *Vogt* (Fn. 22), Rn. 52 (ii).

<sup>84</sup> So am Ende auch Besprechungsurteil, Rn. 123.

Zusammenhang die Beachtung der Eignung und gegebenenfalls der Erforderlichkeit des Eingriffs zur Erreichung eines legitimen Zwecks. Über die Grenze der Verhältnismäßigkeit hinaus darf der Vertragsstaat ein Konventionsrecht nicht einschränken. Die vom Besprechungsurteil gestellte Frage nach der Enge oder Weite des Entscheidungsspielraums<sup>85</sup> wird damit zu der Frage, wo die Grenze zwischen einer verhältnismäßigen und einer unverhältnismäßigen Einschränkung zu ziehen ist.

Entscheidungsspielraum der Vertragsstaaten überlässt, wobei es nur die Aspekte der Eignung und der Erforderlichkeit des Eingriffs zur Erreichung des legitimen Zwecks, nicht aber den Aspekt der Angemessenheit prüft. Es schützt damit, und das gilt zugleich für die ständige Rechtsprechung, entgegen der Intention der EMRK nicht Menschenrechte im Kontext der Demokratie, sondern umgekehrt die Demokratie im Kontext der Menschenrechte.<sup>87</sup>

## V. Schluss

Das Besprechungsurteil ist in vieler Hinsicht unbefriedigend. Das Ergebnis überzeugt nicht: Dass das Recht zweier vielleicht fundamentalistischer religiöser Minderheiten auf Bekenntnis ihrer Religion durch Riten dem selektiven Tierschutzgewissen einer (post-)christlichen Mehrheit weichen muss, ist schwerlich damit in Einklang zu bringen, dass dieses Recht einen der wesentlichsten Aspekte der Identität der Gläubigen und ihrer Sicht des Lebens schützt.<sup>86</sup> Dass das Besprechungsurteil auf dem Weg zu diesem Ergebnis die ständige Rechtsprechung, die Lehre vom „Leben“ der EMRK nur mit dem Ziel einer Verstärkung der Konventionsrechte anzuwenden, aufgibt, ist bedauerlich. Im Übrigen entspricht es wohl der ständigen Rechtsprechung, insbesondere darin, dass es den „procedural turn“ mitvollzieht und auch im Rahmen seiner eigenständigen Prüfung die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit weitgehend dem

<sup>85</sup> Besprechungsurteil, Rn. 106.

<sup>86</sup> So EGMR, *Buscarini u. a. ./ San Marino* (24645/94), Urteil vom 18. Februar 1999 (GK), Rn. 34.

<sup>87</sup> S. dazu *Steven Greer*, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, 2000, S. 26.



## Manfred Kittel, *Die Zwei Gesichter der Zerstörung. Raphael Lemkins UN-Genozidkonvention und die Vertreibung der Deutschen.*

Eckart Klein<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Prof. Dr. iur., ehemaliger Direktor des MenschenRechtsZentrums der Universität Potsdam.

**Manfred Kittel, *Die Zwei Gesichter der Zerstörung. Raphael Lemkins UN-Genozidkonvention und die Vertreibung der Deutschen*, erschienen im Verlag Duncker & Humblot (Forschungen zur Geschichte ethnischer Vertreibung Bd. 1), Berlin 2023, 181 Seiten, ISBN 978-3-428-18905-2.**

Im Mittelpunkt des lesenswerten Buches steht die Frage nach dem richtigen Verständnis der UN-Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermords von 1948, die 1951 in Kraft getreten ist. An ihrer Erarbeitung hatte *Raphael Lemkin* (1900–1959), ein jüdischer, im Zarenreich geborener polnischer Jurist, erheblichen Anteil; es ist daher berechtigt, dass *Kittel* auf die Lemkinsche Interpretation immer wieder zurück kommt. Für die rechtliche Beurteilung kann allerdings nur die Konvention selbst maßgebend sein, die nach den im Völkerrecht anerkannten Interpretationsmethoden auszulegen ist. Davon geht auch der Autor, der Regensburger Neuhistoriker *Manfred Kittel*, zutreffend aus.

*Lemkin* hat nach seiner Entlassung als Staatsanwalt aus dem polnischen Staatsdienst im Jahr 1934 seine schon zuvor begonnenen Studien über die „Zerstörung ethnischer, nationaler und religiöser Gruppen“ (S. 35) fortgeführt, also den Schutz der Gruppe als solcher neben den Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit von Individuen gestellt. In seinem im amerikanischen Exil geschriebenen Buch über „Axis Rule in Occupied Europe“ (1944) fand er für das Vorgehen der Achsenmächte gegen die unterworfenen Völker, das er als „new conception for destruction of nations“ beurteilte, den neuen Begriff Genozid („genocide“). Damit sollte bezeichnet werden „a coordinated plan of different actions aiming at the destruction of

### Zitation:

Eckart Klein, Manfred Kittel, *Die Zwei Gesichter der Zerstörung. Raphael Lemkins UN-Genozidkonvention und die Vertreibung der Deutschen.*, in: MRM 29 (2024) 1, S. 73–78.  
<https://doi.org/10.60935/mrm2024.29.1.5>.

Eingereicht: 02.02.2024

Akzeptiert: 28.02.2024

Publiziert: 12.06.2024

### Urheberrecht:

Soweit nicht anders gekennzeichnet, ist dieses Werk unter einem Creative-Commons-Lizenzvertrag Namensnennung 4.0 lizenziert. Dies gilt nicht für Zitate und Werke, die aufgrund einer anderen Erlaubnis genutzt werden. Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem Hyperlink: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. (...) Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group. <sup>1</sup> Diese Überlegungen hat *Lemkin* später im Kontext seiner Mitarbeit bei der Entstehung der Konvention von 1948 und noch danach weiter ausgeführt, wie *Kittel* immer wieder deutlich macht.

Die entscheidende im hier besprochenen Buch diskutierte Frage ist, ob der Begriff des Genozids/Völkermords voraussetzt, dass eine bestimmte Gruppe von Menschen – die Konvention spricht von einer nationalen, ethnischen, rassistischen oder religiösen Gruppe als solcher – ganz oder möglichst ganz physisch ausgerottet werden soll (Ausrottungsgenozid) oder ob es genügt, eine solche Gruppe in ihrer sozialen Einheit und Geschlossenheit zu zerstören (Zerstörungsgenozid). Diese in der Wortwahl gelungene Unterscheidung ist wesentlich für den „vertreibungshistorisch fokussierten Blick“ des Verfassers (S. 14), der, wie es der Untertitel zum Ausdruck bringt, die Vertreibung der Deutschen (nach dem Zweiten Weltkrieg) am Maßstab der Konvention messen will. Das ist durchaus legitim, auch wenn man berücksichtigt, dass diese erst nach Vollzug der Vertreibung aus ehemals von Deutschen besiedelten Gebieten geschaffen und in Kraft getreten ist. Es spricht nichts dagegen, die dort entwickelten Maßstäbe auch an vor 1948 geschehene Ereignisse anzulegen, wenn man sich klar macht, dass eine sich daraus ergebende Beurteilung als Völkermord nicht zu unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen führen kann, es sei denn, sie ergäbe sich aus an-

deren schon damals geltenden Rechtsnormen. So kann man durchaus neben den bereits erwähnten Vertreibungen etwa das Vorgehen gegen die indigenen Völker durch europäische und asiatische Kolonialmächte oder die Niederschlagung des Aufstandes der Herero und Nama in Deutsch-Südwest-Afrika, dem heutigen Namibia (1904), das Vorgehen des Osmanischen Reiches gegen die Armenier (1915/16), den sog. Holodomor (Hungermord) am ukrainischen Volk durch Stalin (1932/33) und selbstverständlich den von Deutschen verübten Holocaust (Shoa) an den europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland untersuchen und prüfen, ob sie die Kriterien der Konvention von 1948 erfüllen und als Völkermord im heute anerkannten juristischen Sinn bezeichnet werden können. Das ist jedenfalls unter moralischen Aspekten von Bedeutung, ist doch der Genozid als „Verbrechen der Verbrechen“ („crime of crimes“), wie es der vom UN-Sicherheitsrat eingesetzte Internationale Strafgerichtshof im Fall Ruandas ausgedrückt hat, mit einem besonders schweren moralischen Vorwurf behaftet.<sup>2</sup> Der heftige Widerstand davon betroffener Staaten dagegen, dass ein von ihnen vor oder nach 1948 zu verantwortendes Geschehen als Völkermord bezeichnet wird, ist daher aus dieser Perspektive verständlich. Dann liegt es auch nahe, die zur Einordnung als Völkermord führenden Kriterien der Konvention eng auszulegen und die zu prüfenden Vorkommnisse eher den Kategorien der „Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Menschheit)“ oder „Kriegsverbrechen“ zuzuweisen, selbst wenn es zwischen diesen Verbrechen und dem Völkermord keine rechtliche (wohl aber eben eine moralische) Hierarchie gibt. Vertreibungen nationaler, ethnischer, rassistischer oder religiöser Gruppen werden

<sup>1</sup> *Raphael Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe, 1944, S. 79.*

<sup>2</sup> *ICTR, Prosecutor ./ Kambanda (ICTR 97-23-S), Urteil vom 4. September 1998, Rn. 16.*

nur dann als Genozid eingestuft werden können, wenn man auch den „Zerstörungsgenozid“ neben dem „Ausrottungsgenozid“ als von der Konvention erfasst hält. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass Vertreibungen durch die Art und Weise ihrer Ausführung den Charakter eines Ausrottungsgenozids annehmen und dann gesichert der Konvention unterfallen (S. 22 f.).

Die Konvention von 1948 ist in dem hier interessierenden Punkt jedoch nicht eindeutig. *Kittel* führt zu Recht aus, dass einerseits die Katastrophe der Shoa, zweifelsfrei ein Ausrottungsgenozid, im Vordergrund der Beratungen stand und zudem viele der daran beteiligten Staaten an der Erörterung der von ihnen zu verantwortenden Vertreibungen aus nachvollziehbaren Gründen kein Interesse hatten. So wurde ein syrischer Vorschlag, den erzwungenen Heimatverlust explizit in die Konvention aufzunehmen, abgewehrt (S. 17). Andererseits ist der Wortlaut der Konvention (Art. II) nicht zweifelsfrei. Völkermord wird definiert durch bestimmte, enumerativ aufgeführte Handlungen, die in der Absicht vorgenommen werden, „eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören (destroy)“. Die hierzu erforderlichen alternativen Tathandlungen sind zwar teilweise (lit. a und c) unmittelbar auf Tötung (killing) oder körperliche Zerstörung (physical destruction) der ganzen Gruppe oder ihrer Teile durch die Auferlegung von dazu geeigneten Lebensbedingungen gerichtet und sprechen insofern für ein Verständnis als Ausrottungsgenozid. Jedoch lassen sich die Verhängung von Maßnahmen zur Geburtenverhinderung innerhalb der Gruppe (lit. d), jedenfalls aber die gewaltsame Überführung von Kindern der Gruppe in eine andere Gruppe (lit. e) als Maßnahmen verstehen, die ganz ohne Tötung geeignet sind, die Lebensgrundlagen einer Gruppe als solcher zu zerstören, womit sie

die Kriterien eines Zerstörungsgenozids aufnehmen. Sie enthalten sogar Elemente eines „kulturellen Genozids“, der allerdings entgegen den Intentionen *Lemkins* keine Aufnahme in die Konvention fand.<sup>3</sup> Letztlich war, wie *Kittel* richtig bemerkt, die Konvention „das Ergebnis eines klassischen diplomatischen Kompromisses“ (S. 23). So lässt sie zumindest das Verständnis zu, dass „Genozid“ ihrem Sinn nach auch ein Zerstörungsgenozid ist.

Unter diesen Umständen kommt der Praxis der Staaten und internationaler Organe erhebliche Bedeutung zu. *Kittel* weist darauf hin, dass die Genozidkonvention in den späteren Jahren zunächst wenig Beachtung fand. Bemerkenswert sind insoweit jedoch zum einen die bei der Ratifikation der Konvention durch die Bundesrepublik Deutschland 1953/54 geführte Debatte über die Ergänzung des Strafgesetzbuches um den § 220a zum Völkermord und zum anderen die Intensität, mit der *Lemkin* sich an dieser Debatte beteiligte (S. 58 ff., ferner die Dokumente im Anhang, S. 154 ff.). Seine Eingaben beanstandeten, dass der Entwurf der neuen Bestimmung (§ 220a) von der Ausrottung der Mitglieder einer Bevölkerungsgruppe ausging. *Lemkin* vertrat dezidiert die Ansicht, dass dadurch der Sinn der Konvention eingeengt und diese zudem als Argument gegen die „Austreibung im Osten“ unbrauchbar werde. Dieses Argument hat den Bundestag, wie die im Buch teilweise wiedergegebene parlamentarische Aussprache erkennen lässt, wohl überzeugt (Dokumente 3, 5 und 6). Entsprechend ist die endgültige Fassung von § 220a sehr nahe an den Wortlaut von Art. II der Konvention herangeführt worden und geht nicht mehr

<sup>3</sup> Auf der Verlustliste der Lemkin'schen Vorschläge steht übrigens auch das Herausfallen des Schutzes „politischer Gruppen“ aus Art. II der Konvention.

von notwendiger Ausrottungsabsicht aus, sondern von der Absicht, „eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“ (S. 162). Im Rechtsausschuss wurde die Wendung der „Gruppe als solche“ damit erläutert, dass dabei das Leben von Gruppenmitgliedern nicht gefährdet sein müsse. „Es genüge für die Verwirklichung des Tatbestandes, daß die Gruppe in ihrem Zusammenhang zerstört werde“ (S. 160). Zutreffend wird ferner auf den viele Jahre späteren Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (Kammer) hingewiesen (S. 103 ff.), wonach „die in § 220a StGB vorausgesetzte Absicht der Zerstörung der Gruppe (...) schon nach dem natürlichen Wortsinn weiter (ist) als die physisch-biologische Vernichtung“. Zudem wird dort ausgeführt, dass nach einschlägigen Resolutionen des UN-Sicherheitsrates und der Generalversammlung „ein Verständnis des Völkermordbegriffs, das über die physisch-biologische Vernichtung der geschützten Gruppe hinausgeht, zumindest nicht ausgeschlossen ist.“<sup>4</sup> Allerdings gibt es zahlreiche von *Kittel* auch benannte gegenteilige Aussagen, die dafür ganz verschiedene Argumente anführen (S. 74 ff., 84 ff., 92 ff., 105). Besonders deutlich hat der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag den Genozid mit der Absicht der physisch-biologischen Zerstörung verbunden (S. 105).<sup>5</sup> Im Übrigen gibt es zum einen die ihre Einzigartigkeit unterstreichende grundsätzliche Gleichsetzung des Völkermordbegriffs mit der Shoa, die für alle anderen ähnlichen Vorkommnisse andere rechtliche Einord-

nungen fordert (etwa als Verbrechen gegen die Menschlichkeit), oder es wird zumindest eine hohe Zahl von Getöteten verlangt, um ethnische Säuberungen und Vertreibungen entsprechend qualifizieren zu können. Der „Zerstörungsbegriff“ in Art. II der Konvention dürfe nicht zu einer inflationären Verwendung des Genozidbegriffs als „crime of crimes“ führen.<sup>6</sup> Das Römische Statut über die Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs (1998) und das deutsche Völkerstrafgesetzbuch (2002) übernehmen die Definition des Völkermords aus der Genozidkonvention und ordnen zugleich Vertreibungen den „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ zu (S. 106).<sup>7</sup> Doch schließen die hier vorgenommenen Eingruppierungen nicht aus, dass das eine Verbrechen in das andere übergehen kann. Es bleibt also das Problem des „richtigen“ Verständnisses von Art. II der Konvention, die Grundlage für die Schaffung sowohl des Römischen Statuts (Art. 7) als auch des Völkerstrafgesetzbuchs (§ 7) gewesen und daher für deren Auslegung wesentlich ist.

Auf den Seiten 115 bis 126 zieht *Kittel* seine Schlussfolgerungen für die Vertreibung der Deutschen aus ihren (süd-)osteuropäischen Siedlungsgebieten. Er hält sowohl die subjektiven als auch die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen für gegeben. Dabei geht er von dem nach der Genozidkonvention möglichen Verständnis aus, dass sie auch den „Zerstörungsgenozid“ erfasst und damit weder die Intention

<sup>4</sup> BVerfG (K), Beschluss vom 12. Dezember 2000 – 2 BvR 1290/99, Rn. 22 und 34. Weiter wird in dem Beschluss auf Entscheidungen der Internationalen Strafgerichtshöfe für das frühere Jugoslawien und Ruanda Bezug genommen (Rn. 28 ff.).

<sup>5</sup> ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić* (IT-98-33), Urteil vom 02. August 2001, Rn. 580.

<sup>6</sup> Erst kürzlich hat der israelische Ad-hoc-Richter Aharon Barak in dem Verfahren vor dem IGH über den gegen Israel gerichteten Antrag Südafrikas auf den Erlass einstweiliger Maßnahmen im Gaza-Konflikt vor der beunruhigenden Tendenz einer Verwässerung des Völkermordbegriffs gewarnt (vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 31.01.2024, S. 8).

<sup>7</sup> Römisches Statut Art. 7 lit. d; Völkerstrafgesetzbuch § 7 Ziff. 4.

zur Tötung von Gruppenmitgliedern noch faktisch eine Tötungshandlung erfordert, vielmehr die „Zerstörung einer Gruppe ‚als solcher‘ in ihrer sozialen Einheit und Geschlossenheit“ und eine hierauf bezogene Intention genügen lässt (S. 143). Der Autor erörtert und belegt dies unter Hinweis auf vielfältig vorhandene und publizierte Nachweise und Dokumente, wobei auch die sehr große Anzahl getöteter Mitglieder der verschiedenen deutschen Siedlungsgruppen im Verlauf der jeweiligen Vertreibung zur Sprache kommt (S. 124 f.). Neben solchen Vorfällen gab es auch die Auferlegung von Lebensbedingungen, die geeignet waren, die körperliche Zerstörung der Gruppe als solcher ganz oder teilweise herbeizuführen oder die Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Schäden, die Mitglieder der Gruppe zu erleiden hatten. Die Zerstörungsabsicht wird in den vorhandenen Vertreibungsplänen gesehen, die exekutiert wurden. Aber selbst wenn man von der engeren Ansicht (Ausrottungsgenozid) ausgeht, müsste man bei der Vertreibung der Deutschen aus Jugoslawien von Völkermord ausgehen, da durch die Deportationsmaßnahmen ein Drittel der noch dort lebenden deutschen Bevölkerung (über 60.000 Personen) sein Leben verlor (S. 144 f.).

Es besteht kein Zweifel, dass durch die Ereignisse in Srebrenica und Ruanda das Völkermordthema neue Aufmerksamkeit fand und Gegenstand intensiver, gerade auch juristischer Erörterungen wurde (S. 107 ff., 133 ff.). Der Deutsche Bundestag hat im Jahr 2016 die schwere Verfolgung, Vertreibung und Tötung großer Teile der armenischen Bevölkerung durch das Osmanische Reich (1915/16) als Völkermord unter heftigem Protest der türkischen Regierung anerkannt. 2021 folgte die entsprechende Anerkennung der brutalen Niederschlagung des Herero- und Nama-Aufstandes in Deutsch-Südwestafrika (1904–08), im

November 2022 würdigte der Bundestag den Holodomor (1932/33), im Zuge dessen Hunderttausende aufgrund der von Stalin angeordneten Maßnahmen in der Ukraine den Hungertod erlitten, dahingehend, dass „eine historisch-politische Einordnung als Völkermord naheliege“. Am 19. Januar 2023 wurde das Vorgehen des sogenannten Islamischen Staates gegen die Jesiden im Irak und Syrien (2014–2017) als Völkermord anerkannt.<sup>8</sup> Eine entsprechende Genozid-Resolution bezogen auf den Angriffskrieg der Russischen Föderation gegen die Ukraine (seit 2022) hat der Bundestag bislang nicht verabschiedet, in der Literatur gibt es aber klare Stimmen, die wohl zutreffend von einem (noch andauernden) Genozid ausgehen (S. 140).<sup>9</sup> Noch nicht erwähnen konnte *Kittel* den Überfall von Hamas-Mitgliedern auf Israel im Oktober 2023, der zur grausamen Tötung von über tausend Menschen und zur Verschleppung von etwa 200 Personen als Geiseln führte und zumindest genozidale Züge aufweist. Auch im Hinblick auf den dadurch verursachten neuen Gaza-Konflikt, in dessen Verlauf bislang etwa 25.000 Zivilpersonen im Gazastreifen ums Leben kamen und die Lebensbedingungen der Bevölkerung sich katastrophal entwickelt haben, ist die Frage aktuell geworden, ob dieser Selbstverteidigungskrieg Israels nicht auch ab einem bestimmten Zeitpunkt als Genozid einzuschätzen ist. Über eine gegen Israel gerichtete Klage

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Eckart Klein*, Der Genozid des sogenannten Islamischen Staates an den irakischen Jesiden aus der Sicht des Völkerrechts, in: *Stefan Gatzhammer/Johann Hafner/Dawood Khattari* (Hrsg.), *Ferman 74. Der Genozid an den Jesiden 2014/15. Analysen – Interviews – Dokumentationen*, 2021, S. 51–77.

<sup>9</sup> Über die Frage, ob Russland zur Rechtfertigung seines Krieges sich auf einen von der Ukraine begangenen Völkermord im Osten seines Territoriums berufen kann, wird der IGH noch entscheiden.

Südafrikas, ob das Vorgehen Israels als Genozid zu beurteilen ist, wird der Internationale Gerichtshof zu entscheiden haben. Ein bereits verkündeter Beschluss über vorläufige Maßnahmen hat diese Frage noch offen lassen können. Viele andere Fälle könnten noch angeführt werden (z .B. Tibeter, Uiguren, Rohingya). Unmittelbare Rückschlüsse werden von den von Deutschland ausdrücklich als Genozid anerkannten Vorfällen auf die Beurteilung der Vertreibungen nicht gezogen.

Die lang anhaltende Verdrängung des von der Konvention behandelten Verbrechens des Völkermords aus der allgemeinen öffentlichen Beachtung, bis es zu den aufwühlenden Geschehnissen in Srebrenica kam, ist zu Recht einer intensiven Beschäftigung mit dem Verbrechen des Völkermords gewichen.

Das hier besprochene Buch zeigt, dass gleichwohl noch nicht alle Fragen geklärt sind. Die bereits bei der Entstehung der Konvention aufgetretene Differenz bezüglich der Auslegung des Völkermordtatbestands besteht fort. Der zuletzt von *Aharon Barak* im Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof eindrucksvoll eingeforderten Auslegung im Sinne eines am Holocaust orientierten engen Verständnisses (Ausrottungsgenozid) steht die schon ursprünglich vom „Vater“ der Konvention von 1948 *Lemkin* vertretene Ansicht gegenüber, dass auch die Zerstörung, die eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche in Gänze oder teilweise ihrer Einheit und ihres Zusammenhalts beraubt, Genozid sei und die Charakterisierung als „crime of crimes“ verdiene. Das Buch von *Kittel* vertritt mit durchaus nachvollziehbaren Argumenten die zuletzt genannte Auffassung.